



REVISTA DIGITAL

CONSTITUIÇÃO
E GARANTIA
DE DIREITOS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

29ª Edição



Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos,

Natal, v. 16, n. 2, jul./dez. 2023

ISSN: 1982-310X

Qualis A4

Editor-chefe

Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira - UFRN

Editor Adjunto

Prof. Dr. Fabrício Germano Alves - UFRN

Comissão Editorial

Hermínia Boracini Bichinim Costa Silva - UFRN

Bruna Leticia da Silva - UFRN

Conselho Científico

Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira - UFBA

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - FUIT

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes - PUC Minas e UFMG

Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior - UNIPAR e FUIT

Prof. Dr. Manuel Munhoz Caleiro - UEMS

Prof. Dr. Wagner Vinícius de Oliveira - UFT

Prof.^a Dr.^a Cleide Calgaro - UCS

Prof.^a Dr.^a Marisa Rossignoli - UNIMAR

Edição da capa e diagramação

Bruna Leticia da Silva - UFRN

Revista Digital
CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS



- 05 **DERECHO DE LOS TRATADOS Y NORMAS DE JUS COGENS: LA IMPERACTIVIDAD Y PREPODERANCIA DE LAS NORMAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO INTERNACIONAL**
Micheli Piucco
Clovis Gorczewski
- 17 **FINDING CONNECTIONS BETWEEN THE ITLOS ADVISORY OPINION ON FLAG STATE RESPONSIBILITY FOR IUU FISHING AND THE ADVANCEMENT OF OCEAN JUSTICE**
Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura
Tiago V. Zanella
- 40 **ORIGENS DA IDEIA DE LIBERDADE NO OCIDENTE: DA LIBERDADE ANTIGA À MODERNA E A SÍNTESE KANTIANA DO LIBERALISMO COMO CONJUNTO DOUTRINÁRIO**
Newton de Oliveira Lima
Lirton Nogueira Santos
- 62 **ENTRE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E ARGUMENTOS DE POLÍTICA: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN**
Aldenilson de Sousa Oliveira
Edith Maria Barbosa Ramos
Pastora do Socorro Teixeira Leal
- 82 **A POSSIBILIDADE DE DERROGAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO**
Bernardo Mageste Castelar Campos
- 103 **IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO DO POVO INDÍGENA XUKURU VS. BRASIL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO**
Ellen de Nazaré dos Santos Mendes
Thiago Oliveira Moreira
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega



- 138** **RESERVAS AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: NECESSIDADE DA REVISÃO DOS MODELOS EXISTENTES**
Gustavo Oliveira Vieira
Maria Luiza Sesterheim
- 156** **DIREITO À SAÚDE E MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO**
Taiana Castrillon Dionello
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
- 174** **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MIGRAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E O USO DE RECONHECIMENTO FACIAL PARA O CONTROLE MIGRATÓRIO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA**
Patrícia da Luz Chiarello
Jacson Roberto Cervi
Patricia Grazziotin Noschang
- 195** **RESENHA DA OBRA "LÁ GENÉTICA DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO" DE H. ITZIAR CABALLERO CAMINO**
Iker Barbero
- 198** **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE FEITO PELO STF DIANTE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**
Luiz Guilherme Arcaro Conci
Livia Fioramonte Tonet
- 225** **O CARÁTER (NÃO) ETERNO DAS OBRIGAÇÕES DO BRASIL JUNTO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UM DEBATE À LUZ DO "CASO PUTIN"**
Fernando César Costa Xavier
- 242** **WAR IN UKRAINE: THE SHIFT OF THE UNITED NATIONS' CENTER OF GRAVITY FROM THE SECURITY COUNCIL TO THE GENERAL ASSEMBLY**
Catherine Maia
André-Marie Gbénou



DERECHO DE LOS TRATADOS Y NORMAS DE JUS COGENS: LA IMPERACTIVIDAD Y PREPODERANCIA DE LAS NORMAS ESTRUCTURALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Micheli Piucco
Clovis Gorczewski

RESUMO

El principal objetivo de este trabajo es abordar la cuestión de responsabilización de los Estados por violaciones de tratados de derechos humanos en los que no son partes y la prevalencia de normas de *jus cogens*. Como justificación, los Estados argumentan que al no estar obligados por algunas normas internacionales y, siguiendo el derecho convencional establecido en las Convenciones de Viena sobre la materia de 1969 y 1986, seguirían sin poder ser considerados responsables, ya que en ejercicio de su soberanía y, en particular el respeto a los principios de libre consentimiento y buena fe y la regla *pacta sunt servanda*, no ratifican tratados sobre la materia. De esta manera, podrían cometerse diversas violaciones de derechos humanos sin que resulte en responsabilidad internacional, respetando en consecuencia el derecho de los tratados y las tesis presentadas al respecto por los Estados. En este sentido, se destacan las normas consuetudinarias y su importancia, además de las *lacunas* en la materia y la necesidad de regulaciones estrictas para los Estados que incumplan las normas, por tratarse de normas imperativas de derecho internacional. Se utiliza el método deductivo de procedimiento y análisis y la técnica de investigación bibliográfica.

Palavras-Chave: Derechos Humanos; Derecho de Tratados; Normas Consuetudinarias; Normas de Jus Cogens.

- Post-Doctoranda en Derecho en la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doctora en Derecho por la UNISC, con período sándwich en la Universidad de Burgos (PDSE/CAPES). Máster y Licenciada en Derecho. Especialista en Relaciones Internacionales con énfasis en Derecho Internacional. Profesora de la Universidad de Passo Fundo-RS. Abogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0157-771X>. Correo electrónico: micheli.piucco@hotmail.com.
- Doctor en Derecho por la Universidad de Burgos (2002), posdoctorado por la Universidad de Sevilla (CAPES 2007) y la Universidad de La Laguna (CAPES/FUNDACIÓN CAROLINA 2011). Profesor de la Universidad de Santa Cruz do Sul - UNISC. Abogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0511-8476> Correo electrónico: clovisg@unisc.br.

1 INTRODUCCIÓN

La cuestión de los derechos humanos y, en especial, la afirmación de los derechos humanos a partir de la internacionalización de los tratados sobre la materia significa insertar al sujeto como titular de derechos no sólo a nivel interno, sino también a nivel internacional. Los tratados de derechos humanos, especialmente los adoptados después de graves violaciones en la Segunda Guerra Mundial, demuestran la importancia de definir normas para todos los Estados que, independientemente de dónde estén ubicados, deben prevalecer.

Así, los derechos humanos son instrumentos que actúan como freno a las violaciones de derechos universalmente reconocidos basados, especialmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que determina el paradigma de la internacionalización de los derechos humanos y la afirmación de valores comunes a toda la humanidad. Con el paso de los años, ha quedado claro que estos derechos no tienen un carácter práctico universal y que aún ocurren violaciones de derechos humanos esenciales ante conflictos internos, conflictos internacionales, discriminación, entre otros.

A su vez, el derecho internacional no es un derecho sin estructuras y reglas básicas. Se rige por los tratados internacionales sobre las formas de adopción y vinculación de los tratados celebrados dentro de la comunidad internacional, destacando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Estados) y 1986 (Organizaciones Internacionales), además de los principios de libre consentimiento y buena fe y la norma *pacta sunt servanda*, determinada en los Tratados antes mencionados.

Derecho Internacional de los Tratados se establece tratándose de Estados que tienen soberanía y/u Organismos Internacionales con competencias como sujetos de derecho internacional. Además, difiere del derecho interno, donde todos están sujetos a las normas del territorio nacional. En el Derecho Internacional sólo los Estados están obligados –por regla general– de acuerdo con su manifestación de voluntad, es decir, obligarse es opcional, es un acto de soberanía.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo surge de analizar qué norma prevalecerá ante un posible conflicto entre los estándares de derechos humanos y los del derecho internacional convencional, considerando, además, que al igual que la Declaración

Universal de Derechos Humanos, los tratados pueden considerarse normas consuetudinarias y normas de *jus cogens* (normas imperativas de derecho internacional) y que vinculan a todos los Estados independientemente de su ratificación.

De esta manera, queda claro que los derechos humanos deben constituir un nivel mínimo a ser observado por todos los Estados, tomando como parámetro la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de estándares estrictos e instancias efectivas en materia de rendición de cuentas por su violación. Siguiendo el ejemplo de casos como la Segunda Guerra Mundial y el conflicto internacional entre Rusia y Ucrania, existe un llamado a la sociedad internacional para que los Estados que violan los derechos humanos rindan cuentas severamente.

El estudio propuesto hace referencia a la investigación básica, que tiene como base lógica operativa el método deductivo. Como instrumento para la realización del proceso investigativo se utiliza la técnica bibliográfica, sustentada en instrumentos normativos internacionales, además de las fuentes bibliográficas.

2 TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA, CONCEPTOS E IMPORTANCIA

A partir del hito histórico de la internacionalización de los derechos humanos, se produce un cambio de perspectiva sobre el tema en la sociedad internacional, además de la forma en que los derechos humanos han sido contemplados e implementados hasta entonces. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es decisiva para establecer nuevos caminos hacia la universalización de derechos esenciales para los seres humanos y, de esta manera, convertirse en paradigmática no sólo para los Estados que hoy cuentan con estándares básicos en la materia, sino para el propio derecho internacional de los derechos humanos.

Es de destacar que los derechos humanos se integran a la normativa interna a partir de las normas y de los aspectos económicos, sociales, políticos e históricos, que los diferencian entre teoría y práctica. Así, la ratificación de tratados de derechos humanos surge de cuestiones internas y se modifica de acuerdo con cada Estado al tener autonomía para obligarse a las normas de su interés y conveniencia.

Para Ramos, los derechos humanos, al constituir principios generales del Derecho Internacional, rigen las relaciones de todos los Estados, ratifiquen o no tratados en la materia (RAMOS, 2015, p. 33). Según la Corte Internacional de Justicia (CIJ):

*The Court recognizes that an understanding was reached within the General Assembly on the faculty to make reservations to the Genocide Convention and that it is permitted to conclude therefrom that States becoming parties to the Convention gave their assent thereto. It must now determine what kind of reservations may be made and what kind of objections may be taken to them. The solution of these problems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention. The origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties. The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (I) of the General Assembly, December 11th 1946). **The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation** (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1951, p. 12). (Nuestra énfasis)*

Nuevamente en 1966, la Corte Internacional de Justicia reiteró que los principios del derecho humanitario son básicos y deben ser cumplidos por todos los Estados. Según la Corte, estas normas son inviolables como resultado de la aplicación del derecho internacional consuetudinario (Corte Internacional de Justicia, 1996). Sobre este tema, no hay acuerdo sobre qué derechos están cubiertos como normas consuetudinarias y principios generales del derecho. Ramos destaca que el consenso sobre el derecho a la vida difiere del consenso sobre los derechos sociales, pues en este sentido el mundo sigue marcado por el hambre y la miseria de millones de personas (RAMOS, 2015, p. 33).

Es de destacar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 determinó en sus artículos 53 y 64 que:

Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Artigo 64 - Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se (BRASIL, 2009).

Así, se observa que las normas imperativas de derecho, aceptadas y reconocidas por la sociedad internacional, no pueden ser derogadas ni modificadas, salvo por normas posteriores de la misma naturaleza. Además, los principios establecidos se consideran normas de *jus cogens*, aplicadas universalmente, siguiendo el ejemplo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya que se consideran los pilares de todos los demás tratados internacionales.

En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, se trata de uno de los documentos normativos más importantes en materia de derechos humanos. Declaró, entre otros, la universalización, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, destacando la búsqueda de establecer parámetros comunes para todos los Estados en esta materia luego de la comisión de graves atrocidades contra la especie humana.

Como ejemplo, la Declaración Universal fue adoptada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Las declaraciones, en la práctica y en la teoría del derecho internacional, no tienen fuerza jurídica vinculante, por lo que no pueden ser observadas sin mayores limitaciones y/o responsabilidades por parte de los Estados. Cuando fue adoptada a través de una resolución, la Declaración Universal tuvo el carácter de recomendación, sin fuerza vinculante, sin quitarle valor político y moral (ALVES, 1994, p. 15-18; ORAÁ, ISA, 1997, p. 77-78).

Declaración Universal tiene algunas peculiaridades. Con el paso de los años, su valor legal ha ido cambiando. Se reconoció su valor como instrumento de interpretación de los derechos humanos. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia consideró que tiene el carácter de norma consuetudinaria, aplicada en la interpretación de los derechos humanos. La Declaración Universal fue reconocida por la sociedad internacional y la Corte Internacional de Justicia como una norma que, tras su paulatina conversión, pasó a ser una norma con carácter consuetudinario (Corte Internacional de Justicia, 1980, p. 42; ACCIOLY, CASELLA, SILVA, 2021 ,p.160; ALVES, 1994, p.18).

A la Corte Internacional de Justicia:

*Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights. But what has above all to be emphasized is the extent and seriousness of the conflict between the conduct of the Iranian State and its obligations under the whole corpus of the international rules of which diplomatic and consular law is comprised (...)*¹ (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1980, p. 42). (grifo nosso)

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos es una norma consuetudinaria y de *jus cogens*, reconocida por todos los Estados, universalmente y sin restricciones a Estados partes o no. De esta manera, se visualiza la posibilidad de la existencia de estándares internacionales en materia de derechos humanos, los cuales pueden transformarse en estándares consuetudinarios y vinculantes para todos los Estados. El ejemplo de la Declaración Universal es peculiar, pues se considera que desde su inicio no tuvo carácter vinculante, pero, en la actualidad, existen varios tratados –con fuerza vinculante– sobre derechos humanos y surge la duda sobre la obligatoriedad para todos los Estados y no sólo a quien lo ratificó.

Es digno de mención que los derechos humanos son pilares de apoyo para toda la sociedad internacional, pero que la soberanía y el respeto por el derecho de los tratados pueden ser, y de hecho son, un obstáculo importante en la práctica y la rendición de cuentas por las violaciones de derechos, considerando la estructura y la sistemática de las leyes internacionales. En este sentido, la Declaración Universal por sí sola es insuficiente ante una violación masiva de los derechos humanos si no está alineada con el Consejo de Seguridad de la ONU u otros tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional o los Tribunales Regionales para la Protección y Promoción de la Derechos humanos.

3 TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS: APLICACIÓN, REGULACIONES Y LIMITACIONES

¹ “Privar injustamente a seres humanos de su libertad y someterlos a coacción física en condiciones difíciles es en sí mismo manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, así como con los principios fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero lo que hay que destacar sobre todo es el alcance y la gravedad del conflicto entre la conducta del Estado iraní y sus obligaciones en virtud de todo el corpus de normas internacionales que integran el derecho diplomático y consular (...)” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1980, p. 42). (traducción livre)

Los Estados tienen autonomía para ratificar tratados internacionales independientemente de la materia. Sin embargo, tras la ratificación y vigencia del texto convencional, están obligados a seguir los compromisos asumidos, siguiendo los principios de libre consentimiento y buena fe y la regla *pacta sunt servanda*, establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

No existe en el derecho internacional la obligación normativa de firmar y ratificar tratados, dependerán de cuestiones internas de gobierno, pero una vez realizados obligan al Estado y sus poderes a las obligaciones contraídas. Esta es una de las principales diferencias en relación con el derecho interno. Mientras que en el derecho interno, al encontrarse en su territorio, el sujeto se somete a las normas del Estado en el que se encuentra, en el derecho internacional el Estado sólo está obligado por los tratados que ha ratificado.

Destaca el autor (REZEK, 2018, p. 26):

Dentro da ordem jurídica estatal, somos todos *jurisdicionáveis*, dessa contingência não escapando nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno. Quando alguém se dirige ao foro para demandar contra nós, em matéria civil ou criminal, o juiz não nos pergunta vestibularmente se aceitamos ou recusamos sua jurisdição: é imperioso aceitá-la, e a opção pelo silêncio só nos poderá trazer maior transtorno. Já o Estado, no plano internacional, não é originalmente jurisdicionável perante corte alguma. Sua aquiescência, e só ela, convalida a autoridade de um foro judiciário ou arbitral, de modo que a sentença resulte obrigatória e que seu eventual descumprimento configure um ato ilícito (REZEK, 2018, p. 26). (énfasis del autor)

Al abordar el tema de los tratados internacionales, independientemente de la materia, se aborda la cuestión de un tipo de “relación contractual” entre los sujetos de derecho internacional que realizaron o ejecutarán el tratado. Para ello, el derecho internacional se apoya en reglas procesales estructuradas en la búsqueda de una organización de las relaciones que se producen y parámetros mínimos en las relaciones que se llevan a cabo en el derecho internacional. En este sentido, son las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Estados) y la Convención de Viena de 1986 (Organizaciones Internacionales) las que establecen las normas más importantes sobre la materia.

Ambos Convenios mencionados son instrumentos básicos que determinan las reglas y principios aplicados y que rigen el derecho internacional de los tratados, correspondiendo a un marco normativo que determina las normas generales sobre el derecho de los tratados en el derecho internacional con su positivización, especialmente de las cuestiones procesales, nomenclaturas y denuncias de tratados, es decir, el procedimiento para su formalización en el

derecho internacional y aspectos que deben ser observados en el derecho interno por los Estados.

Respecto de los Convenios mencionados, destaca la reserva formulada en los preámbulos que “Observando que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la regla *pacta sunt servanda* son universalmente reconocidos (...)”, además de su artículo 26 que determina que “Todo tratado vigente obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, se determina que en el derecho de los tratados existen parámetros a observar al ratificar o incluso al no ratificar un compromiso internacional (BRASIL, 2009).

El artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que el consentimiento de los Estados para ser parte en un tratado se produce por diversos medios “[...] mediante la firma, el canje de los instrumentos constitutivos del tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o adhesión, o por cualquier otro medio, si así se acuerda”. Así, se observa que el proceso determina la aceptación por parte del Estado de un acto de soberanía, por lo que debe seguir la buena fe y la regla *pacta sunt servanda* en la promoción del tratado y su implementación en el derecho interno (BRASIL, 2009).

En este escenario, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 comenzó a prever la regulación de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales a partir de sus codificaciones, y las cuestiones no reguladas deben seguir, según lo estipulado, normas consuetudinarias (BRASIL, 2009).

En este sentido, es importante resaltar que el abuso de doctrinas basadas en leyes violatorias de los derechos humanos y las consecuencias generadas por estas tesis llevaron a la comunidad internacional a considerar que la violación de los derechos humanos, independientemente del lugar en que se cometa, es un obstáculo para los sistemas internacionales. Para Travieso “[...] la soberanía es un gran obstáculo y uno de los objetivos para afirmar que la protección de los derechos humanos, ha ido superando las fronteras nacionales” (1998, p. 255-256).

La superación de fronteras surge de la normativa internacional y de la posibilidad de responsabilizar a los Estados por la violación de los derechos humanos, pero con la excepción de que formen parte de los sistemas de rendición de cuentas en el derecho internacional, es decir, que se sometan a la jurisdicción de los tribunales internacionales.

La internacional establece instrumentos de rendición de cuentas y control que pueden ser activados cuando el Estado ha fallado u omitido en su obligación de implementar y

garantizar los derechos humanos internamente. Desde el momento en que el Estado contrae obligaciones internacionales, permite el seguimiento internacional y se somete a la jurisdicción de un tribunal internacional, comienza a consentir el control y la supervisión en su territorio, en un visible relajamiento de su soberanía. La acción internacional es complementaria, se establece como una garantía adicional en la protección y promoción de los derechos humanos (PIOVESAN, 2000, p. 97-98).

En este sentido, se destaca que es inherente a las actividades de los Estados cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente hacia la sociedad internacional. El problema radica, sin embargo, en la implementación de tratados de derechos humanos no ratificados de importancia primordial para toda la humanidad. Especialmente en lo que respecta a la posible responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos y la sumisión a tribunales internacionales, la comprensión mayoritaria de la imposibilidad es visible.

CONSIDERACIONES FINALES

El tema de los derechos humanos y el derecho de los tratados en el derecho internacional desde 1945 con la creación de las Naciones Unidas y, especialmente, en 1948 con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ha demostrado gran relevancia y aplicabilidad en la protección de diversas personas, grupos y Estados a lo largo de los años de su institución.

La historia demuestra la necesidad de crear mecanismos en el derecho internacional que vinculen a todos los Estados, surgiendo como una necesidad dada las múltiples violaciones de derechos humanos cometidas en la Segunda Guerra Mundial y que dejaron perpleja a la comunidad internacional. Así, con el objetivo de establecer valores comunes, se proclama la principal declaración sobre derechos humanos – DUDH - como documento base para regir las relaciones internacionales.

Por otro lado, es saludable resaltar que en el derecho internacional existe una estructura formalizada sobre el proceso del derecho de los tratados. Su ratificación, vinculante y obligación derivada de un compromiso internacional expresado por el Estado en cumplimiento de la buena fe, el *pacta sunt servanda* y el libre consentimiento. Así, desde el

momento en que un Estado ratifica un tratado de derechos humanos, por ejemplo, las obligaciones derivadas del derecho internacional se vuelven vinculantes.

Sin embargo, la cuestión central en relación con los derechos humanos y el derecho de los tratados es la posibilidad de responsabilizar internacionalmente a un Estado por violar los tratados de derechos humanos. Cuando surge del ejercicio de competencia por un tribunal que tiene competencia y que ha sido reconocida por el Estado, es innegable la posibilidad de ejercer competencia y juzgar por violación de obligaciones internacionales.

A su vez, el problema surge por el no reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional y la violación de los derechos humanos por parte de un determinado Estado. En determinados casos, existe la imposibilidad de jurisdicción internacional y posible impunidad para crímenes muy graves contra personas, como el caso entre Rusia y Ucrania y la violación de derechos en materia de guerra, lesa humanidad y genocidio.

Cabe señalar que las normas de *jus cogens* y las normas consuetudinarias tienen aplicación universal, independientemente del reconocimiento por uno o más Estados, pero la competencia de los tribunales internacionales no se produce de esta manera. Así, dado el respeto al derecho convencional, es posible encontrarnos ante una violación masiva de los derechos humanos y la imposibilidad de una manifestación concreta y activa por parte de los tribunales internacionales sobre el caso.

Además, la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre los casos, se ha visto en varias ocasiones limitada en la práctica por las manifestaciones del Consejo de Seguridad de la ONU y las imposiciones de las cuestiones políticas de los miembros permanentes del Consejo, incluso frente a violaciones de derechos humanos.

El propósito de este artículo no es establecer una respuesta concreta al caso en cuestión, sino demostrar cómo el derecho internacional en varias ocasiones puede verse limitado a la hora de juzgar atrocidades contra la especie humana incluso después de más de setenta años de la institución de un sistema que busca no permitir que se repita lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial. Una vez más, la comunidad internacional vive una serie de violaciones de derechos humanos, limitadas por el poder de algunos Estados y sus acciones estrictamente políticas en detrimento de la muerte de miles de personas.

REFERENCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento y; CASELLA, Paulo Borda. **Manual de derecho internacional público**. 25ª edición. São Paulo: Saravá, 2021.

ALVES, J. A. Lindgren. **Los derechos humanos como cuestión global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BRASIL. **Decreto N° 7.030, de 14 de diciembre de 2009. Promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluida el 23 de mayo de 1969, con reserva a los artículos 25 y 66**. 2009. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América contra Irán). Sentencia de 24 de mayo de 1980**. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Legalidad del uso por un Estado de Armas Nucleares en un conflicto armado. Opinión consultiva de 8 de julio de 1996**. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-BI.pdf>>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951**. Disponible en: <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

ORAÁ, Jaime Oraá; ISA, Felipe Gómez. **La Declaración Universal de Derechos Humanos: un breve comentario sobre su 50 aniversario**. Universidad de Deusto: Bilbao, 1997. Disponible en: <http://www.deusto-publicaciones.es/ud/openaccess/forum/pdfs_forum/forum06.pdf>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

PIOVESAN, Flavia. **Derechos Humanos Globales, Justicia Internacional y Brasil**. Fondo Rev. Súper Esc. Ministerio. Distrito público Fed. Territ., Brasilia, Año 8, V. 15, p. 93 – 110, enero/junio. 2000. Disponible en: <https://educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/dwnld/educacao_basica/educacao%20infantil/legislacao/declaracao_universal_de_direitos_humanos.pdf>. Consultado el: 25 de agosto. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Proceso Internacional de Derechos Humanos**. 4ta Edición. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZEK. **Derecho Internacional Público: curso elemental**. 17ª edición. São Paulo: Saraiva, 2018.

TRAVIESO, Juan Antonio. **Historia de los Derechos Humanos y Garantías: análisis en la Comunidad Internacional y en Argentina**. 2da Edición. Buenos Aires: Heliasta, 1998.

TREATY LAW AND JUS COGENS NORMS: THE IMPERACTIVITY AND PREPODERANCE OF STRUCTURAL RULES OF INTERNATIONAL LAW

Abstract: The main objective of this work is to address the question of liability of States for violations of human rights treaties in those that are not parties and the prevalence of norms of jus cogens. As a justification, the States argue that although they are not bound by some international norms and, following the conventional law established in the Vienna Conventions on the matter of 1969 and 1986, they will continue without being able to be considered responsible, as in the exercise of their sovereignty and, in particular respect for the principles of free consent and good faith and the *pacta sunt servanda* regulation, do not ratify treaties on the matter. In this way, several violations of human rights could be committed without resulting in international responsibility, thereby respecting the right of the treaties and the theses presented in this regard by the States. In this sense, customary norms and their importance stand out, in addition to the gaps in the matter and the need for strict regulations for States that fail to comply with the norms, as they are mandatory norms of international law. The deductive method of procedure and analysis and bibliographic research technique are used.

Keywords: Human rights; Treaty Law; Customary Norms; Rules of *Jus Cogens*; Prevalence.



FINDING CONNECTIONS BETWEEN THE ITLOS ADVISORY OPINION ON FLAG STATE RESPONSIBILITY FOR IUU FISHING AND THE ADVANCEMENT OF OCEAN JUSTICE

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura
Tiago V. Zanella

RESUMO

The 2015 Advisory Opinion (AO) of the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) on illegal, unreported, and unregulated (IUU) fishing underscored the critical importance of due diligence obligations for flag states and represented a significant step in the upholding of the International Rule of Law and in the struggle towards ocean justice. The AO highlighted that flag states possess a duty to effectively exercise their jurisdiction and control over vessels flying their flag to prevent, deter, and eliminate IUU fishing activities. Furthermore, the AO emphasized the responsibility of flag states to cooperate with other states and international organizations to combat IUU fishing, thus fostering the shift from a historical and sectorial to a modern and integrated approach to fisheries' management, especially among member states to the UN Convention on the Law of the Sea. In this paper, it is claimed that the AO revealed how valuable the work of international organizations such as the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) can be for the interpretation and consolidation of new juridical perspectives on ocean governance and may ultimately contribute to the ideal of blue justice.

Palavras-Chave: International Tribunal for the Law of the Sea; IUU fishing; Due diligence; Integrated approach. Ocean justice.

-
- Pós-Doutorando pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Hamburgo (UHH); Assessor Jurídico do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural na Paraíba (Senar). Consultor do Centro de Estudos Político-Estratégicos da Marinha do Brasil; Advogado. E-mail: vfventura@gmail.com
 - Pós-Doutorando pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Doutor em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL); Diretor do IBDMar (Instituto Brasileiro de Direito do Mar; Consultor jurídico da UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes). E-mail: tiagozanella@gmail.com

1 INTRODUCTION

The Law of the Sea (LOS) is a special regime of International Law that gains momentum in the context of growing *functional differentiation*. According to this phenomenon, the emergence or consolidation of legal subsystems is accelerated by the growing complexity of contemporary problems, which, on their turn, demand global and sophisticated answers based on highly scientific and technical standards (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, p. 1007). For this reason, the LOS can be considered an international *special* regime of International Law (*lex specialis*), one molded on the struggle between conflicting interests: those of maritime powers and nations with primordial interest in shipping and sailing the world's oceans, and those of coastal states interested essentially in the security of resources within their adjacent waters (MCDORMAN, 1981). According to that historical account, one can clearly understand the difference between “maritime” and merely “coastal” states, a distinction based on the state's ability and material conditions to sail the seas.

The history of this specific realm of International Law is that of the division of the ocean between states, a partition into multiple jurisdictional spaces, amongst which the exclusive economic zones, continental shelves, and the high seas. Yoshifumi Tanaka (2008, p. 2) labels this a “zonal management approach”, one deeply rooted in the history of LOS and resulting from two key antagonistic principles: the principle of *territorial sovereignty* and the principle of *freedom of navigation*. Whilst one embodies the concept of territorial seas, the other honors the high seas and the liberty to navigate.

The conflicting nature of the LOS could be summed up to the ancient and opposing doctrines of “open seas” (*mare liberum*) and “closed seas” (*mare clausum*), based on which the LOS has been “made, changed, challenged and remade” (PIRTLE, 2000, p. 11). Each doctrine gives birth to different principles of the law of the sea. On the one hand, the *mare liberum* thesis is supported by the principle of the freedom of the seas, which had in Hugo Grotius (2004, p. 95) its main defender. On the other, the *mare clausum*, defended by authors such as William Welwod.

Take that historical background a few centuries forward and one is faced with the controversies surrounding the management of *fisheries* in the LOS. On that regard, the current legal framework on illegal, unregulated and unreported fishing (IUU fishing) offers the

foundation for implementing a renewed approach to the LOS: one not entirely dual-zoned, but rather multizonal and integrated. Indeed, not only *hard law* (such as the III United Nations Convention on the Law of the Sea, and the 1995 Straddling Fish Stocks Agreement), but also *soft law* (e.g. the Food and Agriculture Voluntary Guidelines, as well as the UN Resolution 61/105) provide a relatively fertile field upon which a modern and *integrated* approach to fisheries may be built.

However, the social construction of IUU fishing as global problem is not an easy task. Constructing the discourse around the negative impacts of illegally caught fish on people's livelihoods and ecosystems proves exceedingly challenging due to various factors. According to Encoe (*apud* HANNIGAN, 1995, p. 75), an issue becomes an environmental *concern* only when it: a) garners mass media attention, increasingly via social networks; b) involves governmental entities; c) necessitates government intervention; d) is not disregarded by the public as a one-off incident; e) intersects with the personal interests of a substantial portion of citizens. Consequently, emerging environmental challenges demand a multi-faceted legitimacy that's arduous to attain, spanning from social media to political spheres and broader public engagement. Thus, an adverse environmental occurrence tends to be acknowledged as problematic only when significant segments of public opinion can relate to it; only then does it prompt effective public responses.

In that context, constructing IUU fishing as a grave concern was aided by the adoption of the UN Sustainable Development Goals (SDGs), particularly those related to marine conservation, sustainable fisheries management, and combating illegal activities.² That is especially true in light of the fact that the SDGs are the closest “measurable indexes” available to the international community to assess a variety of challenges and *risks* to ocean health that could comprise the notion of “ocean justice”.³ That is, only upon overcoming the thus far diagnosed risks to ocean, one could consider countries and the international

² It is the case of SDG 14 (Life Below Water), in which target 14.4 specifically aims to “effectively regulate harvesting and end overfishing, illegal, unreported, and unregulated fishing and destructive fishing practices”. United Nations, A/RES/70/1, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. New York, 2015.

³ One of the greatest risks to ocean health in current days is, according to Bennett et al (2021, p.2), the phenomenon of “blue growth” and the “environmental degradation and reduction of availability of ecosystem services”, which results from the rush for increased exploitation of marine living and non-living resources. IUU fishing is certainly a risk in that regard.

community at large to move up the scale of ocean justice and become socially and environmentally just.⁴

In fact, IUU fishing poses significant threats to the achievement of ocean justice in several ways, particularly as it actively contributes to *resource depletion*, undermining the sustainability of marine ecosystems and their services, which directly and indirectly benefit human life on the planet.⁵ This threatens the ability of present and future generations to access and benefit from marine resources equitably, thus impeding efforts towards ocean justice. Aside from that, IUU fishing is synonym to *economic injustice*, as such a practice tends to disproportionately impacts small-scale fishers and coastal communities who rely on marine resources for their livelihoods. By engaging in illegal activities, IUU fishers gain unfair competitive advantages over legal fishers, exacerbating economic inequalities and injustices within the fishing industry.

Thirdly, a major threat IUU fishing poses to ocean or blue justice considerations is the evident *environmental degradation*, as it often involves destructive methods such as bottom trawling and the use of illegal fishing gear, causing significant harm to marine habitats and non-target species. This environmental degradation undermines the integrity of marine ecosystems, compromising their resilience and ability to support diverse life forms, which is contrary to the ideal of ocean justice. Finally, IUU fishing undermines effective *ocean governance* by eroding trust in regulatory mechanisms and weakening enforcement efforts. This undermines the rule of law and hampers the ability of states to cooperate and effectively manage marine resources, hindering progress towards achieving ocean justice on a global scale. Hence, addressing IUU fishing is essential for promoting equitable and sustainable management of the oceans and ensuring that all stakeholders can benefit from and contribute to the protection and utilization of marine resources fairly.

⁴ While the discussion on the epistemology of “ocean justice”, its roots and scope can be a rather exciting one to conduct, it falls beyond the goal of this particular contribution to delve into the topic. We expect to explore and develop it further in upcoming publications.

⁵ In the particular case of Brazil, a 2022 Fisheries Audit by the worldwide known Non-Governmental Organization “Oceana” found that 67% of Brazilian fish stocks were overfished. The third edition of the Fisheries Audit Brazil presents the performance of marine fisheries management in the country based on data, regulations, and different governance arrangements in place. Twenty-two indicators were proposed to assess the fisheries panorama in Brazil, distributed across four categories: (1) status of fish stocks; (2) organization of fisheries; (3) transparency in fisheries management; and (4) adequacy of fisheries policy, mainly the National Policy for Sustainable Development of Aquaculture and Fisheries (Law No. 11.959/2009).

Against the backdrop of the fourth threat presented above (ocean governance and Rule of Law), the work of international organizations, such as the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), is indispensable for the interpretation and consequent consolidation of new juridical perspectives on ways to advance effective ocean governance schemes and uphold International Law and the *ordre publique* of the oceans. The main goal of current and future efforts ought to be the mitigation of human impact on ecological systems, while taking into account contemporary demands for national development and economic growth.

In that context, the ITLOS was asked to render in 2015 an advisory opinion on flag states' responsibility for IUU fishing activities conducted within the EEZ of third states party to the UN Convention on the Law of the Sea (hereinafter "UNCLOS"). In its opinion, the Tribunal engaged at first in recognizing the existence of "due diligence" obligations falling upon flag states with regard to combatting IUU fishing. Then, however, it refused to expressly admit the possibility of holding a flag state *liable* for wrongful acts of vessels flying their flag, provided that the flag state proved to have adopted diligent measures domestically to halt IUU fishing.

Overall, despite the skepticism with which the bulk of international legal literature welcomed that advisory opinion, the Tribunal's stance instigated positive outcomes, particularly in light of the historical supremacy of a *sectorial* approach to the LOS. Based on the obligations of due diligence, the Tribunal has not only reinforced the interaction between the LOS and other regimes, such as the Law of State Responsibility and Environmental Law, but also nudged from a purely sectorial to an *integrated* approach to tackling marine issues as grave as the IUU fishing.

2 FISHERIES IN THE LOS AND THE HISTORICAL CONFLICT BETWEEN PRINCIPLES: FREEDOM OF THE SEAS V. SOVEREIGN RIGHTS OVER LIVING RESOURCES

Two of the founding fathers of International Law of the Sea, Hugo Grotius and Emmerich de Vattel, have pioneered in dedicating reflections to oceanic matters. Grotius laid the basis of the freedom of the seas principle, whereas de Vattel presented the modern concept of territorial seas, defined as jurisdictional waters, which form the territory of a state (VATTEL, 1863). Given it is not the purpose of this article to scrutinize the entire history of

the LOS, a few words on the Grotian legal reasoning shall suffice to comprehend the ongoing dispute involving living resources in the seas.

In the 17th century, following the Iberian restriction on shipping through the world's oceans, Grotius published his main thesis of the "community of the sea" and the freedom of fishing. Resorting repeatedly to analogies as well as to natural law, Grotius affirmed the basic customary rule of the Law of Nations, according to which "it is lawful for any nation to go to any other and to trade with it" (GROTIUS, 2004, p. 95). Neither the Portuguese, the Spaniards, nor the Dutch owned the oceans, and to defend this postulate, Grotius dives into the depths of Roman legal literature.

While referring to acclaimed works of Ulpian, the Dutch author builds his central argument that the seas are by nature "open to all", and not just to citizens of a single state. For there is an abyssal distinction between conceptions of the sea as a "common good", as opposed to the seas as "public good". Given that the seas were common from the beginning of civilization, it could not be appropriated in its entirety by anyone. Therefore, so Grotius (2004, p. 95), "he who prohibits anyone else from fishing on the sea, whoever he is, commits a wrong."

Grotius examines the nature of the ocean and reaches the conclusion that the oceans, as something that cannot be limited physically and cannot be the property of one person or people (2004, p. 110). Besides, provided that the oceans need no cultivation to bear fruit (fish), whatever exists inside of it is to be considered common, and any restrictions to sailing the seas or fishing should entail a legal damages action.⁶ In a similar line of reasoning, De Vattel represented a powerful voice against the ownership of the "open seas". In his words, "no nation has a right to take possession of the open seas or claim the sole use of it, to the exclusion of the others". Such a distinction between free, open seas and territorial waters marked the legal beginning of *dualism* between two distinct zones of the ocean.

Centuries onwards, maritime powers such as Portugal, Spain, The Netherlands, France, England, Canada, Russia, the United States, among others, sailed the seas with absolute freedom, trading with peoples from all parts of the world, to the extent that the very ideological foundation of the LOS was laid on the *mare liberum* theory, which then

⁶ After the publication of his main theses, and the reply to Welwod, it could be said that Grotius "won" the debate, because in 1609 King Phillip III of Spain and Portugal came to a temporary peace with the Dutch. The freedom of the seas was formally obtained.

“facilitated the emergence of the forces that led to the Industrial Revolution” (VIDAS; SCHEI, 2011, p. 6). Indeed, the freedom of the seas is a concept with a fascinating evolution, outcome of customary law and milestone for the free flow of commerce and communication between nations.

On the other side of the equation, coastal states that for centuries watched the harvest of their natural resources by merchant fleets of developed countries were gradually claiming exclusivity to those marine resources offshore. Consequently, after World War I, traditional maritime powers witnessed a staunch opposition to *mare liberum* norms in the international arena, as developing states advanced increasing jurisdictional claims to secure ocean resources, mainly fisheries, which responded for a significant part of their economic activity. In this juncture, the imminence of conflicts led coastal and maritime states to meet in The Hague in 1930 with the arduous task to codify the existing customary LOS. The Conference was organized by the League of Nations, but failed to produce a final document, given the already visible divergences between states.

A few years later, the continued failure to delimit the extent of territorial waters and fisheries jurisdiction stirred a move by the President of the US, which further promoted the division of the oceans. The Truman Proclamations of 1945, one on fisheries and another on the continental shelf, secured “property rights” over resources on the seabed and water column of the United States’ continental shelf, and came as a model to be followed. Back then, several Latin American states took the same course of action and declared jurisdiction over their contiguous seas, triggering what McDorman names “the great expansion of coastal state jurisdiction” (MCDORMAN, 1982, p. 2).

Coastal states then defended their national interests by controlling ocean resources, mainly fisheries, and prompted a series of “enclosures” of the adjacent waters to their coasts. This new phenomenon produced the unexpected problem of excessive jurisdictional claims by Latin American states due to the lack of harmonious international practice on this matter. Countries such as Brazil, known for its “territorial ambitions”, Argentina⁷ and Chile⁸ announced far-reaching declarations and proclaimed sovereignty over the continental shelf of whatever depth and additionally of a maritime areas extending 200 nautical miles from the

⁷ See Argentinian Declaration of 1946. Available at: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_30.pdf. Visited on: 26.03.2023.

⁸ See Chilean Declaration of 1947. Available at: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_30.pdf. Visited on: 26.03.2023.

shore (VARGAS, 1982, 58). The unilateral delimitation of continental shelves by Latin American states became the rule, as Mexico, Nicaragua, Guatemala, Honduras, El Salvador and Ecuador imitated the action (ODA, 2003, p. 19).

The rapid and unsystematic expansion of jurisdictional waters threatened the *ordre public* of the oceans and was, therefore, the *raison d'être* of the 1958 Geneva Conference on the Continental Shelf. The UN-hosted Conference adopted four conventions,⁹ including the Convention on the Continental Shelf, and was responsible for bringing about new contributions to the LOS regime, as it fostered a “progressive development” of International Law. For the first time, the basic features of the freedom of the seas principle was conversed into a treaty, and the so-called zonal management approach was finally codified (TANAKA, 2008, p. 3). However, there was still work to be done, given that the specific Convention on the Continental Shelf failed to specify the width of that zone, as well as the extent of state control over fisheries (MCDORMAN, 1981, P. 3).

Less than a decade after the diplomatic Conference of 1958, disputes regarding sovereignty over natural resources on the offshore of coastal states, as well as on the high seas were still common. At that moment, the US had “landed” on the deepest underwater hole in the world, the Challengers Deep, in the Mariana Trench,¹⁰ located on the Pacific Ocean, and started worries about the possible exploitation of the seabed in ultra-deep waters. As McDorman (2005, p. 378) rightly pointed out, “the development of international ocean law owes as much to technological advancement as to scientific discovery,” and as such, the continental shelf regime itself, for instance, would not exist but for the introduction of ocean drilling and deep-water technologies. Such rapid technological developments inspired the idea of a fresh and more ambitious Convention on the Law of the Sea, capable of holistically addressing up-to-date issues of ocean governance worldwide.

⁹ The four Conventions adopted were: the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; the Convention on the High Seas; the Convention on Fishing and Conservation of the Living Resources of the High Seas, and the Convention on the Continental Shelf, all of them having entered into force between 1962 and 1966. In addition, an Optional Protocol of Signature Concerning the Compulsory Settlement of Disputes was adopted, which entered into force on 30 September 1962. Available at: <http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1958/lawofthesea-1958.html>. Visited on: 26.03.2023.

¹⁰ In 1960, the Swiss scientist Jacques Piccard designed a submersible vehicle with financial support of the U.S. Navy, and dove into the depths of the Challenger Deep, the deepest hole known in the world's oceans, in 1960. In that occasion, the submersible *Trieste* descended 11.000 meters until the very bottom of the sea. The descent was expected to mark deep ocean explorations.

At that moment, a new political phenomenon produced further legal consequences on the balancing between the principle of the freedom of the seas and the principle of sovereignty over natural marine resources: the *decolonization wave*. As it shook the world, developing coastal states expanded their territorial seas and fisheries zones, therefore tightening legislative controls over their continental shelves, and consolidating a trend of jurisdictionalism over the oceans (MCDORMAN, 1981, p. 4). Based on geographical considerations, “the naturally favored minority of states has had the strongest interest in an extension of seaward limits of the continental shelf, whereas the majority of naturally unfavored states has had an interest in restricting encroachments on the international area of the deep ocean floor” (JOHNSTON, 1988, p. 85). In this juncture, opposition between those principles was stronger than ever, and inspired the beginning of diplomatic conversations towards a new binding instrument.

The III United National Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) was signed in 1982, in Montego Bay, Jamaica, and embodied over a decade of arduous negotiations in one of the most impressive exercises of international diplomacy in Public International Law. The cornerstone of UNCLOS is arguably Arvid Pardo’s speech to the United Nations General Assembly in 1967, when Malta’s ambassador to the UN urged states to declare the seabed beyond national jurisdiction as *common heritage of humankind* (CHH),¹¹ thus seeking to halt the then ongoing creeping jurisdictionalism of the oceans (GALINDO, 2006).¹²

Despite the challenging and long negotiations,¹³ UNCLOS has succeeded in designing a global architecture for ocean governance worldwide (FREESTONE, 2011, p. 100). Even more importantly, “most of the significant concepts of the treaty have been absorbed by states into their national laws and practices”, as the Convention begins to yield quasi-universal principles, some of them grounded on customary International Law of the Sea, that is, in centuries of state practice (MCDORMAN, 1995, p. 5).

Alongside other binding instruments, UNCLOS advanced topics that have helped consolidate the regime of the LOS. That notwithstanding, there is still much to be done on

¹¹ Common space areas are regarded as regions owned by no one, though hypothetically managed by everyone. On the gender-related issue, it should be noted that, although some reports prefer the gender-neutral equivalent “common heritage of humankind”, the expression is widely quoted as “of mankind”, and so will it be used on this dissertation.

¹² One of the main purposes of the CHH principle is to protect areas beyond national jurisdiction or, when necessary, to allow exploitation in a way that enhanced the common benefit of humankind.

¹³ The UNCLOS III is the treaty with the longest negotiation record in the history of the United Nations.

enforcing these instruments, as challenges ahead of the ocean governance amount to: marine (oil) pollution, invasive alien species, habitat destruction, and, for the purpose of this contribution, poorly managed fisheries, among others. Indeed, almost 30 years after the entry into force of the Convention, coastal states call for new protocols and agreements to address unfinished agendas, such the legal framework applicable to the high seas (FREESTONE, 2011, p. 100). As Vladimir Golitsyn, former ITLOS judge, would put it, the international society needs to promote a shift from an approach that emphasizes “entitlement to”, to one that highlights “responsibility for” the oceans, so as to grant application both in areas within and outside national jurisdiction, without disregard to the jurisdictional dimension (GOLITSYN, 2011, p. 61). In the light of this “exploitation-oriented” approach, which is perceptible in UNCLOS, a question which remains is to whether and how international lawyers and institutions applying the UNCLOS could tackle one of the ongoing main challenges to a healthy ocean governance: the practice of IUU fishing.

3 FROM A ZONAL TO AN INTEGRATED APPROACH TO FISHERIES’ MANAGEMENT: AN INCH CLOSER TO REASONABLE STANDARDS OF OCEAN JUSTICE?

Grotius’ assumptions underpinning the *mare liberum* theory are now fundamentally outdated. Unlike the panorama that the Dutch author had at hand, ocean resources are currently known to be finite, with overfishing posing a threat to entire species; states nowadays possess technological means to establish maritime boundaries with amazing precision; and regardless of how immense oceans are, maritime conflicts are most likely inevitable, due to a plethora of security, economic and environmental considerations in the international arena. Confirming this rationale, Malcolm Shaw (2008, p. 554) considers that “the predominance of the concept of the freedom of the high seas has been modified by the realization of resources present in the sea and the seabed beyond the territorial sea.”

The traditional approach, based on the opposition between *sovereign rights* (UNCLOS Art. 56 (1) (a)) and the freedom of the seas, has proven insufficient to tackle current challenges, mainly those related to the sustainable exploitation of the oceans’ living resources. Three main problems undermine effectiveness in the global struggle against IUU fishing: the

separation between law and nature; the sectorial approach to LOS; the persistent mutual exclusion by states of the principles of freedom of the seas and territorial sovereignty.

Firstly, on the separation between law and nature, i.e. when maritime spaces are spatially divided, it seems undeniable that the distance criterion ignores the ecological interactions between marine species and physical media and circumstances. Hence, the need to develop a broader approach to the governance of large marine ecosystems arises. In the words of Tanaka, “as the ocean is a dynamic natural system, it is logical that International Law of the Sea must take the dynamics of nature into account” (TANAKA, 2008, p. 6), what has not been the case in the past decades, as explained below.

The second issue refers to the *sectorial* approach to different fields of LOS, such as shipping, fishing and environmental protection, thus ignoring interrelationships between marine issues. In legal literature, the need to focus on the interactions between marine issues from a holistic perspective is often emphasized, regardless of how demanding such a shift might be (TANAKA, 2008, p. 7).

Thirdly, a traditional, short-sighted approach to the two principles of sovereignty over marine resources and freedom to roam the seas pose challenges to the enforcement of sound sustainable practices in fisheries management and, consequently, need a revision. For instance, when it comes to the protection of marine living resources, the “freedom of the seas” loses its validity. Instead of the *laissez-faire* freedom system, states ought to focus on the “duty to have due regard to the rights of other States and the need of conservation for the benefit of all.”¹⁴ Similarly, instead of the absolute principle of sovereignty, a legal framework capable of resolving problems of marine pollution and conservation of living resources within maritime zones of states should be stimulated.¹⁵

For those reasons, the quest for a more “integrated management approach” could not only add coherence to the LOS, but also contribute to tackling IUU fishing. Such an approach is to be found in international instruments, such as the Agenda 21, adopted after the 1992 Rio Conference, and the UN General Assembly Resolution 60/30 on “Oceans and the Law of the Sea”, agreed upon in 2009. While the former advanced the integrated approach to the

¹⁴ ICJ, Fisheries Jurisdiction Case, United Kingdom v. Ireland, 1974.

¹⁵ To these three problems, one may add a fourth and crucial one: the lack of *political will* to enforce fisheries’ norms and legislation (SCOVAZZI; VEZZANI, 2023, p. 92), which nonetheless escapes the purpose and main theses of this paper.

planning and management of land resources (principle 10.1),¹⁶ the latter included socio-economic aspects to the reporting and assessment of the status of marine environments (par. 89), in an attempt to grasp a broader picture of the ongoing marine conservation efforts.¹⁷ The problem lies on the fact that those international instruments use this approach in a rather loose manner, given the conceptual blurriness of “integrated”. There is not a definition, but a purpose, which is to outreach the traditional approach, and face challenges more effectively – IUU fishing amongst which.

Challenges to a sustainable marine governance are manifold and call for urgent migration from sectorial responses to integrated policies,¹⁸ which would imply some steps to achieve a sound marine environmental status. Policies that take into account the multidimensional status of environmental protection and, accordingly, consider economic, technological and political factors. As Tanaka (2008, p. 241) formulates it, “since conservation measures inevitably affect national development, there is a need to reconcile these measures with the economic, technological and political circumstances of every state.”¹⁹ On an international adjudicative level, the advisory opinion on flag state responsibility for IUU fishing rendered by the ITLOS might represent a step towards a renewed, *ecosystem-oriented approach* to oceanic problems.

4 THE 2015 ITLOS ADVISORY OPINION: *AVANT GUARDISME* IN THE LAW OF THE SEA?

With respect to high seas fisheries, the UNCLOS is grounded on the principle of exclusive jurisdiction of the flag state, although the current panorama shows that the principle alone is inadequate for ensuring compliance with and enforcement of rules. Bearing these

¹⁶ United Nations. Agenda 21, World Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 1992.

¹⁷ The UN Resolution 60/30 was suggested by the Intergovernmental Oceanographic Commission of the UNESCO. Available at: http://ioc-unesco.org/index.php?option=com_oe&task=viewDocumentRecord&docID=4289. Visited on 29.04.2023.

¹⁸ In the case of the European Union, a major step was taken with the adoption of the European Directive on Marine Strategy Framework (2008), according to which 11 qualitative descriptors outline what the document defines as “good environmental status”. The main and ambitious goal of the Directive is to provide diverse and dynamic oceans and seas, which are clean, healthy and productive (overall aim of promoting sustainable use of the seas and conserving marine ecosystems). See CHURCHILL, Robin. The European Union and the challenges of marine governance: from sectoral response to integrated policy? *In*: VIDAS, Davor and SCHEI, Peter Johan. **The world ocean in globalization**: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues. Leide: Nijhoff, 2011.

¹⁹ See TANAKA, Yoshifumi. **The dual approach** [...], 2008, p. 241.

considerations in mind, and looking forward to improved manners to hold flag states responsible, the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) ²⁰ submitted a request for advisory opinion to the Tribunal in March 2013.²¹ Interesting enough, it was the first time that the full Tribunal rendered an advisory opinion, instead of just a special chamber, and in April 2015, the ITLOS published the definitive Advisory Opinion.²²

In its petition, the SRFC focused on assessing both the responsibility and liability of flag states upon IUU fishing activities conducted within the EEZ of third party states.²³ The original questions were:

1. What are the obligations of the flag State in cases where illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing activities are conducted within the Exclusive Economic Zone of third party States?
2. To what extent shall the flag State be held liable for IUU fishing activities conducted by vessels sailing under its flag?
3. Where a fishing license is issued to a vessel within the framework of an international agreement with the flag State or with an international agency, shall the State or international agency be held liable for the violation of the fisheries legislation of the coastal State by the vessel in question?
4. What are the rights and obligations of the coastal State in ensuring the sustainable management of shared stocks and stocks of common interest, especially the small pelagic species and tuna?

²⁰ The organization responsible for the request to the ITLOS is an intergovernmental organization created in 1985 by a Convention that united Cabo Verde, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania, Senegal, and Sierra Leone in the struggle against the depletion of living resources off their coasts. Already on the preamble, the Sub-Regional Commission stresses the relevance of coastal states to cooperate among each other and harmonize domestic policies on fisheries, so as to reach a balance between conservation and exploitation of those resources. As it could not have been different, the economic and political element of national development was present, as well as the care for the nutritional needs of local populations. In the original document, written in French, contracting states highlight "la nécessité, pour les pays riverains, de coopérer et d'œuvrer en vue de l'harmonisation de leurs politiques en matière de préservation, de conservation et d'exploitation des ressources halieutiques de la sous-région, ainsi que le besoin de coopérer au développement de leurs industries nationales de pêche." See Convention of Sub Regional Fisheries Commission, Praia, Cabo Verde, 1985. Available at: <http://www.spcsrp.org/medias/csrp/documents/CSRP-1993-ConvPraya.PDF>. Visited on 25.04.2023.

²¹ Such a procedure is established in article 138 of the Rules of the Tribunal, which grants ITLOS jurisdiction over contentious and advisory cases.

²² See ITLOS. Advisory Opinion on the Request submitted to the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission. Case 21, Hamburg, 2015.

²³ Flag States such as Panama and Togo are often cited as "safe havens" for irregular vessels that engage in IUU fishing activities. The practice of granting "flags of convenience" to troubled ships is also widespread, despite the detrimental effects they bear to the management of fisheries worldwide. The Environmental Justice Foundation provides detailed information on "flags of convenience" and states engaged in this practice. See ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION. **Pirates and profiteers**: how pirate fishing fleets are robbing people and oceans. London, 2005.

The Sub-Regional Commission illustrates long-ranged sight and good intentions in the struggle against IUU fishing within maritime zones of its member states. Amongst the objectives of the SRFC, emphasis is added to the coordination of policies in terms of the adoption of international best practices, the development of sub-regional cooperation with regard to tracing, controls and surveillance, and the improvement of members' research capacities in fisheries sciences on the sub-regional level. Besides local efforts to repress illegal fishing, it should be praised that the Commission, which is legally entitled to stand before courtrooms, has also engaged in juridical battles in order to achieve the main goal of sustainable fishing activities.

Following the request for the advisory opinion, the Tribunal received two rounds of written statements by a plethora of international actors, including Member States to the UNCLOS, States Parties to the 1995 Straddling Fish Stocks Agreement,²⁴ Intergovernmental Organizations,²⁵ as well as Non-Governmental Organizations.²⁶ At this moment, several states raised preliminary questions alleging the lack of jurisdiction of the Tribunal to render advisory opinions. Countries such as the United States, China, Australia, Spain, the United Kingdom, Ireland, among others, have supported this claim.

On the preliminary questions, the judges decided unanimously that the Tribunal holds conventional jurisdiction to entertain requests for advisory opinions. According to the decision, the UNCLOS does not encapsulate the contentious function of the Tribunal, whose Statute (Annex VI) allows for it. The ITLOS has jurisdiction to decide on “all matters”, which encompasses more than just disputes. If it were not so, the legal wording should expressly display “disputes”. That is the result of a combined interpretation of articles 21 and 138 of the Statute of the ITLOS.²⁷ Besides, the Tribunal considered that the questions asked were legal in nature, for they were made in terms of law and demanded complex juridical interpretation in order to render an opinion. Moreover, consistent with paragraph 77 of the opinion, “the Tribunal is mindful of the fact that by answering the questions it will assist the SRFC in the

²⁴ The United States presented a statement as member of this treaty, given that they have not ratified the UNCLOS III so far.

²⁵ Important intergovernmental organizations to pronounce on this case were: the Forum Fisheries Agency, the International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, the Caribbean Regional Fisheries Mechanism, the United Nations, the Food and Agriculture Organization of the United Nations, and the Central American Fisheries and Aquaculture Organization.

²⁶ The World Wildlife Fund (WWF) acted as *amicus curiae* by submitting a brief.

²⁷ Article 21 of the Statute reads, “The jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement, which confers jurisdiction on the Tribunal.”

performance of its activities and contribute to the implementation of the Convention.” For this reason, amongst others, the ITLOS deemed it appropriate to render the advisory opinion.

As for the material content of the opinion, in general lines, the Tribunal considered that the flag state has a duty “to ensure” that vessels flying its flag abide by the law of coastal states where fishing activities are taking place. The “responsibility to ensure” is enshrined in the provisions of article 58 (3) (rights and duties of other states in the EEZ), article 62 (4) (utilization of the living resources), and article 192 (general obligation to protect and preserve the marine environment) of the UNCLOS. The combined interpretation of those instruments leads to the conclusion that flag states have to take the necessary measures to ensure that vessels flying its flag are not engaged in IUU fishing activities.

The “responsibility to ensure” does not lead, however, to automatic liability of flag states for wrongdoing of ships flying their flags. When tackling this question, the Tribunal explicitly referred to the obligations of due diligence from paragraph 125 to 140, and made a clear distinction between obligations of due diligence and obligations of result.²⁸ A positive development is, however, the reinforcement of the principle of due diligence and of “obligations of conduct” in the LOS.²⁹ According to the reasoning of the ITLOS, the obligation of due diligence

“[...] is not an obligation of the flag State to achieve compliance by fishing vessels flying its flag in each case with the requirement not to engage in IUU fishing in the exclusive economic zones of the SRFC Member States. The flag State is under the “due diligence obligation” to take all necessary measures to ensure compliance and to prevent IUU fishing by fishing vessels flying its flag” (paragraph 129).

The opinion based on the obligations of due diligence reinforces previous international case law, with the Pulp Mills on the River Uruguay being a case in point. Comprising a dispute between Argentina and Uruguay, the contention related to the construction and operation of pollutant pulp mills on the banks of the River Uruguay, i.e. on the borders of both

²⁸ Among the obligations of due diligence established by the UNCLOS III and relating to the fighting of IUU fishing, the following deserve special attention: the obligation to inform, to cooperate (art. 64 (1) UNCLOS III), to ensure the adoption of conservation and management measures (article 61, UNCLOS III), and to undertake mutual consultations (article 300, UNCLOS III) with third states on whose coast IUU fishing activities are being conducted.

²⁹ KOIVUROVA, Timo; SINGH, Kritika. **Due diligence**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2022, available on online at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034>.

countries. In the best interest of this paper, it is notable that the Court outlined, although superficially, the content of due diligence obligations. The final ruling considers that such obligations “entail not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party”.³⁰

Within ITLOS case law, efforts to consolidate the due diligence principle date back to 2011, when the Seabed Disputes Chamber addressed a Request of the International Seabed Authority regarding “responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area”.³¹ The content of the due diligence obligation, although still vague, was scrutinized between paragraphs 110 and 120 of that opinion.

In paragraph 110 of the opinion, ITLOS considered that the obligation of due diligence is not an obligation of result, but an obligation of means. In fact, “[t]he sponsoring State’s obligation “to ensure” is not an obligation to achieve, in each and every case, the result that the sponsored contractor complies with the aforementioned obligations. Rather, it is an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result. To employ terminology dear to International Law, this obligation may be characterized as an obligation “of conduct” and not “of result”, as well as an obligation of due diligence. The relevance of this previous case law should not be underestimated, given that in the Advisory Opinion on flag states responsibility for IUU fishing, the Tribunal refers several times to those two decisions in order to base its legal reasoning.

The opinion was welcomed with relative skepticism, especially by coastal states authorities, who awaited more precise considerations on flag state responsibilities, and by a parcel of the international legal literature who considers the focus of the opinion to be erroneously laid on vessels, instead of on nationals, people, who actually conduct and engage in illegal fishing.

³⁰ See *Pulp Mills on the River Uruguay case*, (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ, para. 197.

³¹ The ISBA is an organization created by the UNCLOS III alongside the International Tribunal for the Law of the Sea. For detailed information on this treaty body, see: CHIRCOP, A. E. Operationalizing Article 82 of the United Nations Convention on the Law of the Sea: A New Role for the International Seabed Authority? *Ocean Yearbook* 18, 2004. Institutional information on the ISBA available at: <https://www.isa.org.jm/>. Visited on 28.04.2015.

In fact, as accurately emphasized by Pieter van Welzen (2023, p. 226), the ITLOS Advisory Opinion primarily addressed the requirement for vessels to adhere to the fisheries regulations of coastal States. However, vessels themselves are generally not the intended recipients of these regulations. Instead, they typically target individuals who oversee the vessel's operations and activities, such as the master, crew members, owner, and operator. These individuals often hail from countries other than the flag State concerned. Consequently, when enforcing its regulations against foreign owners, operators, and crew members, a flag State must rely on cooperation from other States, which may not always be forthcoming. It remains uncertain whether ITLOS took this aspect into account when determining the flag State's responsibility for IUU fishing activities carried out by vessels flying its flag or its nationals. Notably, the ITLOS Advisory Opinion does not address the obligations of states whose nationals are owners or operators of fishing vessels.

Also, it might also not have been the dream opinion expected by the international legal scholarship, due to the fact that the Tribunal refused to stipulate any concrete measures that flag states were obliged to undertake in fulfilling the due diligence principle.³² In fact, if the flag state can prove that “all necessary measures” to prevent IUU fishing were duly taken, it was not to be held liable for damages produced.³³ In this juncture, to prove that administrative measures preceded the registration of fishing vessel could theoretically shield flag states against compensation claims. Besides such an elusiveness, the advisory opinion was also explicit in confining its effects to the EEZ of the member States to the SRFC, leaving the responsibilities of flag states for IUU fishing on the high seas for a coming opinion.³⁴

Dissatisfactions and constructive criticisms aside, the advisory opinion ought to be praised for the positive developments it entails. Firstly, it consists of an international

³² On their separate opinions, Judges Wolfrum and Lucky have highlighted some discontent themselves. On the one hand, Judge Wolfrum considers that the advisory opinion could and should have been more detailed on its considerations, besides addressing the issue of reparation of damages, as established by the Draft Articles of the ILC on State Responsibility for Wrongful Acts (Declaration of Judge Wolfrum, paragraph 1). On the other hand, Judge Lucky highlighted the creative role of international judges in welcoming new approaches and considering technological advancements (Declaration of Judge Lucky, paragraph 12).

³³ Paragraph 146 of the Advisory Opinion reads: “the liability of the flag State does not arise from a failure of vessels flying its flag to comply with the laws and regulations of the SRFC Member States concerning IUU fishing activities in their exclusive economic zones, as the violation of such laws and regulations by vessels is not per se attributable to the flag State.” See: Advisory Opinion on the Request submitted to the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission. ITLOS, Case 21, 2015.

³⁴ Paragraph 154 reads: “the Tribunal considers that, in light of its conclusion that its jurisdiction in this case is limited to the exclusive economic zones of the SRFC Member States [...]” See: Advisory Opinion on the Request submitted to the Tribunal by the Sub-Regional Fisheries Commission. ITLOS, Case 21, 2015.

manifestation located in the important intersection between special regimes of international law, such as environmental law and law of the sea, whose mutual permeability and integration deserves to be further stimulated. In the opinion, the Tribunal approached the LOS with lenses of two different regimes of international law: principles of state responsibility and of international environmental law.³⁵ Despite the vagueness of considerations, to invoke the principle of due diligence in the law of the sea, a principle still in the making, with strong environmental foundations, is to foster the shift from a purely traditional approach towards an integrated approach to the solution of ocean issues.

Secondly, although the Tribunal avoided specifically addressing the *environmental* facet of due diligence obligations, it is likely that future proceedings will ground claims on the objective breach of due diligence obligations. Intergovernmental organizations dedicated to fisheries governance have from now on a concrete foundation to base future claims of compensation for IUU fishing. The opinion, therefore, fosters states to adopt binding requirements, for instance, for the registration of fishing vessels. This measure would enable authorities to fight illegal fishing in a more efficient manner. Besides, those binding standards would support claims of flag state responsibility for illegal fishing, what could de-stimulate the emission of those flags of convenience and consequently represent a blow to IUU activities.

The key background problem, though, one may argue, is the fact that failure of the international community to effectively fight IUU fishing is not caused by the lack of legal norms, provisions nor clarity in the interpretation of such norms. Rather, it is caused by a political motivation that reflects in feeble enforcement measures (SCOVAZZI; VEZZANI, 2023, p. 92). Yet, key results compiled by FAO on the topic of IUU fishing conclude that “countries have made progress in combating illegal, unreported and unregulated fishing, but a more concerted effort is needed to fully address the issue”. In fact, according to FAO,

by the end of 2022, the Agreement on Port State Measures, the first binding international agreement to specifically target IUU fishing and which entered into force in 2016, comprised 74 Parties, including the European Union (which counts as one Party on behalf of its 27 Member States). [...] In addition, during the 2018–2022 period, globally, the **degree of implementation of these instruments has risen from 3 to 4 (out of a maximum score of 5), indicating good overall progress**, with close to 75 percent of states scoring highly in their degree of

³⁵ On the interaction between special regimes of international law, see VENTURA, 2014.

implementation of relevant international instruments in 2022 compared to 70 percent in 2018. (emphasis added).³⁶

Hence, even though the principle of due diligence has no legally binding definition up to now (KULESZA, 2016, p. 262), the content and extension of the principle should be outlined on a systematic fashion, in order to prospectively delimit the substance of those “obligations of means” that influence the effectiveness of the struggle against IUU fishing. It is also possible that the advisory opinion be interpreted in an extensive way, so as to comprise maritime zones other than just the EEZ of member states to the SRFC, therefore, including the much exposed high seas.

The Advisory Opinion herein analyzed builds on a history of progressive decisions rendered by the ITLOS that gradually enhance the international legal framework relating to responsibility rules within the Law of the Sea. Also, the Advisory Opinion provided legal clarity on the obligations of states to combat IUU fishing under the UNCLOS, in a move that can lead to translucent *enforcement* powers and obligations. Upholding these obligations contributes to ocean justice by ensuring that legal frameworks are in place to protect marine resources and the rights of coastal states and communities dependent on those resources. Last but not least, the Tribunal’s opinion recommended flag states and port states measures such as enhancing cooperation and enforcement mechanisms, fostering a more equitable and just global ocean governance regime.

5 CONCLUDING REMARKS

In short, the International Law of the Sea is not only faced with the dichotomy between freedom of navigation and territorial sovereignty, which embodies a traditional approach to maritime issues, but with a fundamental trichotomy. The latter dichotomy has been lately coexisting with another rather recent one: the trichotomy between those principles and principles of marine environmental protection, thus rendering it a *de facto* trichotomy. By the time UNCLOS was signed, the wave of *prise de conscience environnementale* had marine

³⁶ SDG Indicators Data Portal. Indicator 14.6.1 - Progress by countries in the degree of implementation of international instruments aiming to combat illegal, unreported and unregulated fishing. Available at:

<https://www.fao.org/sustainable-development-goals-data-portal/data/indicators/1461-illegal-unreported-unregulated-fishing/tracking-progress-on-food-and-agriculture-related-sdg-indicators-2022/en> Visited on: 26.03.2023

environmental concerns inchoately permeate the international agenda, and Parts V and XII of the Convention, alongside its Preamble, undeniably reflect those concerns (VENTURA, 2020, p. 15).

On the one hand, the purest version of *mare liberum* can no longer exist, for it was formulated for another era, a considerably diverse historic moment. If applied vigorously, as the (absolute) freedom of fishing, for instance, this principle would limit the effective enforcement of regulations on issues that deeply affect the ocean, such as IUU fishing. On the other hand, the sovereignty perception of the exclusive and unrestricted access to oceans' resources cannot represent a barrier to the application of a rational, integrated approach to the management of fisheries, with due regard to the rights of third states even within national jurisdictional zones, such as the EEZ and the continental shelf.

Overall, the ITLOS Advisory Opinion has had a catalytic effect on shaping state practices worldwide, fostering a more concerted and cooperative approach towards combating IUU fishing and promoting sustainable fisheries management. On the one hand, it can be argued that countries have strengthened domestic legislation and regulations to align with the obligations outlined in the advisory opinion, which includes implementing measures for vessel monitoring, licensing, and enforcement to prevent IUU fishing activities. On the other, States may interpret the opinion as a recommendation for the adoption of enhanced enforcement measures, such as extraterritorial port state measures (2009 Port States Measures Agreement),³⁷ and closer international cooperation, so as to tackle the critical and never-ending issue of IUU fishing.

REFERENCES

BENNET, Nathan James; et al. **Blue growth and blue justice**: Ten risks and solutions for the ocean economy. *Marine Policy*, 125, 2021, pp. 1-12.

CHURCHILL, Robin. The European Union and the challenges of marine governance: from sectoral response to integrated policy? *In*: VIDAS, Davor and SCHEI, Peter Johan. **The world ocean in globalization**: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues. Leide: Nijhoff, 2011.

³⁷ Food and Agriculture Organization (FAO). Agreement on Port State Measures to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing, 2009.

FREESTONE, David. Problems of high seas governance. *In*: VIDAS, Davor and SCHEI, Peter Johan. **The world ocean in globalization: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues**. Leiden: Nijhoff, 2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Quem diz humanidade pretende enganar?: internacionalistas os usos da noção de patrimônio comum da humanidade aplicada aos fundos marinhos (1967-1994)**. PhD Dissertation. University of Brasília, Brasília, 2006.

GOLITSYN, Vladimir. Major challenges of globalization for seas and oceans: legal aspects. *In*: VIDAS, Davor and SCHEI, Peter Johan. **The world ocean in globalization: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping, regional issues**. Leiden: Nijhoff, 2011.

GROTIUS, Hugo. **The Free Sea**, trans. Richard Hakluyt, with William Welwod's Critique and Grotius's Reply, ed. David Armitage. Indianapolis: Liberty Fund, 2004, p. 95. Available at: http://oll.libertyfund.org/titles/859#Grotius_0450_251. Visited on 26.03.2024.

HANNIGAN, A. John. **Sociologia Ambiental**. A formação de uma perspectiva social. Editora Instituto Piaget, 1995.

JOHNSTON, Douglas M. **The theory and history of ocean boundary making**. Montreal: McGill-Queens University Press, 1988.

KOIVUROVA, Timo; SINGH, Kritika. **Due diligence**. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2022, available on online at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034>.

KULESZA, Joanna. **The principle of due diligence in international law**. *In*: Due diligence in international law. Brill: Nijhoff, 2016, pp. 262-275.

MCDORMAN, Ted L. **The marine environment and the Caracas Convention on the Law of the Sea: a study of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea and other related marine environmental activities**. Halifax: Dalhousie University Press, 1981.

MCDORMAN, Ted L. The entry into force of the Law of the Sea Convention and South-East Asia: an introductory comment. *In*: MATICS, K. I. and MCDORMAN, T. (Eds.). **Selected papers in commemoration of the entry into force of the U.N. Convention on the Law of the Sea**. Bangkok: SEAPOL, 1995.

MCDORMAN, Ted L. *et alii*. **International Ocean Law: materials and commentaries**. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

ODA, Shigeru. **Fifty years of the Law of the Sea: with a special section on the International Court of Justice**. The Hague: Kluwer Law International, 2003

PIRTLE, Charles E. Military uses of ocean space and the law of the sea in the new millennium. *In*: **Ocean Development and International Law**, 31, 7, 2000, pp. 11-32.

SCOVAZZI, Tullio and VEZZANI, Simone. **Legal opinion on compliance and corrective measures in the GFCM system**. 30 september 2023.

SHAW, Malcolm. **International Law**, 6th edition, Cambridge: CUP, 2008.

TANAKA, Yoshifumi. **A Dual Approach to Ocean Governance**: the cases of zonal and integrated management in International Law of the Sea. Paris: The Ashgate International Law Series, 2008.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, vol. 25, n. 4, 2004, pp. 999-1046.

VARGAS, Jorge A. Latin America and its contributions to the Law of the Sea. *In*: LAURSEN, Finn (Ed.). **Towards a New International Marine Order**. Leiden: Nijhoff, 1982.

VATTEL, Emmerich de. **The Law of Nations**; or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns. Philadelphia: Law Book Sellers, 1863.

VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Environmental jurisdiction in the Law of the Sea**: the Brazilian Blue Amazon. Springer: Cham, 2020.

VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Ecologização do Direito Internacional Humanitário**: proteção ambiental em tempos de guerra. João Pessoa: Editora UFPB, 2014.

VIDAS, Davor and SCHEI, Peter Johan (Eds.). **The world ocean in globalization**: climate change, sustainable fisheries, biodiversity, shipping regional issues. Leiden: Nijhoff, 2011.

WELZEN, Pieter van. Mending the net – State responsibility for nationals involved in IUU fishing? *In*: **The environmental Rule of Law for oceans: designing legal solutions**. Cambridge: CUP, 2023, p. 226.

ENCONTRAR LIGAÇÕES ENTRE O PARECER CONSULTIVO DO ITLOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE BANDEIRA PELA PESCA IUU E O AVANÇO DA JUSTIÇA OCEÂNICA

Resumo: A Opinião Consultiva emitida pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) sobre pesca ilegal, não declarada e não regulamentada (INN), em 2015, ressaltou a importância das obrigações de diligência devida para os estados de bandeira e representou um passo significativo na defesa do Estado de Direito Internacional e na luta pela justiça oceânica. A opinião consultiva destacou que os estados de bandeira têm o dever de exercer efetivamente sua jurisdição e controle sobre embarcações que navegam sob sua bandeira para prevenir, dissuadir e eliminar atividades de pesca INN. Além disso, enfatizou a responsabilidade dos estados de bandeira em cooperar com outros estados e organizações internacionais para combater a pesca INN, promovendo assim a transição de uma abordagem histórica e setorial para uma abordagem moderna e integrada para a gestão da pesca, especialmente entre os estados membros da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Neste artigo, argumenta-se que a opinião consultiva revelou o valioso trabalho desempenhado por organizações internacionais como o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) para a interpretação e consolidação de novas perspectivas jurídicas sobre a governança dos oceanos, revelando potencial para contribuir, em última instância, para o ideal da justiça azul ou oceânica.

Palavras-chave: Tribunal Internacional do Direito do Mar. Pesca INN. Devida diligência. Abordagem integrada. Justiça oceânica.



ORIGENS DA IDEIA DE LIBERDADE NO OCIDENTE: DA LIBERDADE ANTIGA À MODERNA E A SÍNTESE KANTIANA DO LIBERALISMO COMO CONJUNTO DOUTRINÁRIO

Newton de Oliveira Lima
Lirton Nogueira Santos

RESUMO

O liberalismo como conjunto doutrinário não é só um fenômeno moderno, ele tem bases e antecedentes na Antiguidade, com o humanismo estóicos e sofistas e reaparece na modernidade após o personalismo cristão, que fortaleceu e ampliou a estrutura da individualidade, encontrando na filosofia de Immanuel Kant sua síntese doutrinária e perspectiva de conservação da liberdade nos elementos morais e políticos eficazes de reforma do Estado e defesa da dignidade humana calcada na vontade do indivíduo, pois Kant foi um liberal republicano, defensor da ciência moderna e do iluminismo contrário ao absolutismo. Kant apregoa a incondicionalidade da vontade no seu livre querer da lei moral, que resume a liberdade Ocidental em sua matriz mais relevante de valor moral e político como projeto juspolítico.

Palavras-Chave: Liberalismo; Liberdade; Moral deontológica; Individualidade.

- Professor Associado da UFPB. Líder do grupo de pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.
- Professor Assistente da Universidade Estadual do Piauí. Juiz de Direito do TJ-PI. Mestre em Teoria geral e Filosofia do Direito (UFPE).

1 O LIBERALISMO NO ESPÍRITO PRÉ-MODERNO : GÊNESE DA FILOSOFIA INDIVIDUALISTA

O que primeiro deve ser esclarecido é que o liberalismo é muito mais que um sistema político-econômico, ele é antes um movimento cultural de profundo sentido filosófico e axiológico que propugna indeclinavelmente pela liberdade; e que ele é uma vertente de um movimento ideativo ainda maior, que é o humanismo desde da Antiguidade, e, também, o individualismo, na modernidade.

A aceção de que o homem é um ser personalístico e especial dentro da sociedade e do cosmos vem desde a “Grécia Clássica”, onde o humanismo consistia em seus primórdios na separabilidade da personalidade humana da cosmogonia mítica, a qual enquadrava o homem no contexto natural como apenas mais um ser dentre os demais, e que como doutrina unificada por uma concepção de liberdade, entendida em dois aspectos centrais: primeiro, liberdade perante a natureza, que é a individualidade do homem; segundo, liberdade perante o próprio corpo social totalizante e orgânico, que é a liberdade da personalidade, sendo que esta última processou-se mais vagarosamente que a primeira, e somente atingiu clara definição com a filosofia estóico-cristã.

Na filosofia grega, somente os estóicos é que se irão se desvencilhar da supremacia da cidade (*urbis*) sobre o indivíduo, assim, abriu caminho para a concepção personalista cristã. Como anterior aos estóicos teve-se o pensar dialético de Heráclito, como avanço importantíssimo em relação às filosofias antecessoras a ele (eleatismo, naturalismo jônico etc.).

Ainda assim, com o advento do humanismo do helenismo clássico uma vertente do pensamento helênico pôde dar o primeiro passo específico para a construção de uma ideia de liberdade do indivíduo sem a tutela da comunidade: a sofística, que usou a dialética de Heráclito como humanismo letrado da arte do discurso na pólis, assim, o humanismo surge da dialética como uso da linguagem em público, a exaltação do orador, a força da ágora pública formada por homens livres, ainda que representassem uma minoria demográfica da cidade, mas havia liberdade pessoal como característica da democracia (Aristóteles, 1986, p.155).

Com seu convencionalismo e relativismo éticos, os sofistas adentraram na arena política ática sem estarem presos à grande preocupação moralista de se adequarem à ética

estatal e comunitária como expressões naturais da vida moral da pólis e do cidadão. Como asserta Jaeger (1995, p.379-80):

Para os Gregos do período clássico ou mesmo para os de todo o período da cultura da *polis*(...) a convicção de que o Estado era a única fonte das normas morais; e era impossível conceber a existência de outra ética que não a ética do Estado, isto é, as leis da comunidade em que o homem vive. É no momento em que se cava o abismo entre as leis do Estado e as leis cósmicas que se abre o caminho que leva ao cosmopolitismo da época helenística. Não falta entre os sofistas quem tenha expressamente levado às suas últimas consequências esta crítica do *nomos*. São os primeiros cosmopolitas.

Por cosmopolitismo Jaeger quer caracterizar tão-somente a visão não preconceituosa que os sofistas tinham dos outros povos, tais como nas concepções de Cálicles e Antifonte (Jaeger, 1995, p.380); observa ainda o igualitarismo social e jurídico abstrato de Hípias e Antifonte, baseado num racionalismo ingênuo, mas que de certa forma apregou mudanças sociais profundas (Jaeger, 1995, p.380).

Ainda que com fins imorais para os padrões helenísticos, a escola sofística desmistificou a ligação Estado-moralidade e coletividade-estatalidade, lançando as bases da primeira crítica radical do Estado, e sem dúvida fundando a chamada escola individualista (mecanicista) de direito político, defendendo a ideia de que o Estado deve servir ao indivíduo e não o contrário. O liberalismo e o individualismo iniciantes da sofística foram desenleados pela pólis ateniense.

A tese de que o liberalismo surgiu na Grécia antiga está implícita em Werner Jaeger (1995, p.174), o maior estudioso da cultura grega, quando escreve: “a pólis jônica trouxe com a sua ideia do direito o princípio organizador de uma nova estrutura social e ao mesmo tempo criou, com a abolição dos direitos de classe, a liberdade cívica”.

Consequentemente, em virtude de um ideário cujo ponto de síntese é a questão da liberdade do cidadão frente ao Estado, colocando inclusive em discussão as primeiras garantias do indivíduo contra o poder, os sofistas foram, outrossim, os fundadores do ideário político de vertente individualista, que efetivamente na modernidade começa com o atomismo social do livre mercado e do interesse próprio em Hobbes, como observa Bobbio (1994, p.66), mas o individualismo como sistema valorativo político, já como humanismo literário e político-cultural, remonta aos sofistas como os precursores desta corrente de pensamento político e social, porquanto eles já tinham na liberdade o valor-síntese de seu ideário, como frisa Aristóteles (1986, p.170) na caracterização das ambições em luta na democracia, e por

isso para Aristóteles (1986,p.150) ela seria uma forma de Constituição decadente, tomando aqui no sentido aristotélico constituição = regime político³⁸.

Todos os povos antigos e os assim chamados primitivos, tiveram (e têm até hoje) o organicismo como sistema natural de organização e valoração políticas. Até mesmo Platão, com seu estatismo sofopolítico, propugnando pelo rei-filósofo, e Aristóteles (1986, p.15), com seu naturalismo político-estatal, seguiram o organicismo posto nestes termos: “Na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes.”

Quanto ao pensamento político orgânico platônico, diz Popper que não concedia ao indivíduo uma valorização de sua liberdade, concedendo ao Estado uma supremacia fundamental. Popper (1986, p.110):

Ora, é interessante notar que, para Platão, e para a maioria dos Platônicos, um individualismo altruísta (como por exemplo o de Dickens) não pode existir. De acordo com Platão, a única alternativa para o coletivismo é o egoísmo; identifica simplesmente todo altruísmo com o coletivismo e todo individualismo com o egoísmo. Não se trata de uma questão de terminologia, de meras palavras, pois, em vez de quatro possibilidades, ele só reconhece duas. Isso criou considerável confusão na especulação sobre assuntos éticos, até mesmo nos dias de hoje. A identificação de individualismo com o egoísmo fornece a Platão poderosa arma para defender o coletivismo, assim como para atacar o individualismo. Ao defender o coletivismo, pode apelar para nosso sentimento humanitário de desprendimento; ao atacar, pode ferretar todos os individualistas como egoístas, incapazes de devotamento de qualquer coisa além deles próprios. Esse ataque, embora dirigido por Platão contra o sentido que damos ao individualismo, isto é, contra os direitos dos indivíduos humanos, apenas alcança, naturalmente, um alvo muito diferente, o egoísmo. Mas essa diferença é constantemente ignorada por Platão e pela maioria dos Platônicos. Por que tentou Platão atacar o individualismo? Acho que ele sabia muito bem o que estava fazendo ao apontar suas armas para essa posição, pois o individualismo, talvez ainda mais do que o igualitarismo, era uma fortaleza das defesas do novo credo humanitário. A emancipação do indivíduo, de fato, era a grande revolução espiritual que conduziria à queda do tribalismo e a ascensão da democracia”.

Sócrates *apud* Radbruch (1974, p.184) apregoava a supremacia incondicional da legalidade ante à individualidade: “Crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?”

³⁸ A partir da sofística o Estado começa a perder sua aura divina e receber críticas realistas, calcados em problemas concretos da comunidade. Abriram eles o caminho para se afirmar que o Estado e a sociedade são meios para a completude do homem, e não o oposto, consoante prega o organicismo, isto é, o homem é apenas uma peça da sociedade e do Estado, este último realidade social a que devem obediência os cidadãos.

Só nas culminâncias racionais da reflexão política da escola sofista é que primeiro se cogitou, na história do pensamento, de se atribuir ao indivíduo um papel próprio e primacial no contexto da pólis. Aquela revolução mencionada por Popper nada mais era que o próprio fortalecimento do individualismo político axiológico pela escola sofista. Diz o próprio Werner Jaeger (1995, p.351)³⁹:

Nos tempos clássicos é essencial a ligação entre a alta educação e a ideia do Estado e da sociedade. Não é como exemplo histórico, meramente aproximado, que usamos o termo humanismo; é com plena reflexão, para designarmos o ideal de formação humana que com a sofística penetra nas profundezas da evolução do espírito grego e no seu sentido mais essencial.

Os sofistas estavam, portanto, muito à frente de seu tempo, e uma manifestação similar de suas ideias no espírito grego só se deu com o democratismo ateniense, e posteriormente na filosofia estoica. E não é por acaso que Jaeger (1995, p. 353) disse: “O humanismo sofista - o primeiro que a História conheceu”.

Sólon *apud* Jaeger (1995, p.180) sintetiza seu pensamento nessa passagem em que invoca a responsabilidade política dos cidadãos frente à tirania, e a não responsabilidade dos deuses pelos destinos humanos (tema constante em seu agir público)⁴⁰:

Se foi por debilidade vossa que haveis sofrido o mal, não lanceis sobre os deuses o peso da culpa. Fostes vós próprios que permitistes a esta gente que se engrandecesse, dando-lhe a força e caindo por isso em vergonhosa servidão (...) A nossa cidade não sucumbirá aos decretos de Zeus e do conselho dos deuses bem-aventurados, porque Palas Atenas, sua alta protetora, sobre ela estendeu as mãos, mas são os próprios cidadãos que a querem arruinar com a sua ambição e a sua estupidez.

Quanto a Clístenes⁴¹, sua edificação dos fundamentos democráticos atenienses foi imprescindível para instalação desse regime, como assevera Claude Mossé (1998, p.23):”Este

³⁹ Esse “sentido essencial” de que fala Jaeger somente pode ser a questão da liberdade, que floresceu *pari passu* na alma helênica, e que sempre pugnou, ainda que inconscientemente, contra o determinismo cosmológico-comunitário sufocador da individualidade, e que somente nos sofistas teve uma expressividade marcante e definitiva, que plantou a semente da liberdade individual e sociopolítica, cerne de qualquer humanismo e de todo liberalismo.

⁴⁰Antecipando-se e colocando-se ao lado dessas ideias no campo estritamente político, Sólon e Clístenes deram o primeiro golpe na tirania, o primeiro com sua igualitária legislação, o segundo derrubando o tirano Hípias em Atenas (510 a. C.), abrindo espaço para o primeiro governo democrático da História.

⁴¹ A democracia surgiu como o regime político que propugna pela igualdade legal e social dos cidadãos (termo aliás que só adquire sentido sob seu império), a livre participação destes na discussão sobre o destino da pólis, a manutenção de políticas públicas de bem-estar popular etc. Com Péricles é que a democracia e o individualismo se firmam em pilstras sólidas, tais como a noção individual de justiça (em oposição ao ideal estatista e abstrato de justiça platônico); desenvolvendo a autoconfiança dos homens em si mesmos, Péricles contribuía para a gestação do autêntico cidadão, cuja formação interior destinava-se à libertação do jugo estatal e até do enfraquecimento da neblina comunitária sobre a luz da individualidade.

não criou a democracia ateniense: criou as condições que iriam permitir o nascimento da democracia, tornando todos os cidadãos iguais perante a lei - uma lei que, daí em diante, seria a expressão da vontade de todo o povo.”

Pergunta-se: qual a relação entre liberalismo e democracia na antiguidade? Ora, assim que nasceu o regime democrático assomou igualmente o liberalismo político, conforme previsto na Constituição de Sólon, onde pela primeira vez o cidadão arroga direitos contra o Estado (proibição de não ser preso por dívidas; direito à defesa processual), emerge concomitantemente o ideal de liberdade como autoafirmação do indivíduo; as instituições atenienses não eram liberais, no sentido da representatividade? A Ágora não era uma assembleia onde os cidadãos expunham livremente seu pensamento?

O elitismo democrático, que se traduzia no voto restrito aos homens livres, que eram os cidadãos, e a participação direta destes últimos no governo, não compromete o raciocínio de que os aspectos essenciais do liberalismo eram observados pelos gregos, tais quais: voto livre e direto dos representantes para vários cargos como magistrados; facultatividade de opinião política ao cidadão; direito de ser votado; representação parlamentar (com algumas exceções à participação direta); respeito e submissão do governante à lei etc.

Tudo isso não constitui um conjunto de liberdades públicas (direitos civis) inseridos num Estado Democrático de Direito? E não são essas as garantias mínimas que qualquer liberalismo espera e requer?

Bobbio, aliás, faz a pertinente observação de que tanto o regime democrático como o liberalismo são vertentes da acepção individualista das valorações políticas (Bobbio, 1994, p.46), tendo a origem no antigo democratismo grego e nas ideias políticas sofistas, primeiros berços do individualismo na estimativa política.

No entanto, liberalismo e democratismo não são equivalentes idealisticamente, porquanto, como explanou o mesmo Bobbio (1994, p.48): a democracia visa à liberdade exterior, à liberdade contra o poder. O liberalismo almeja: a liberdade interior, a autoformação do indivíduo e a corrosão da autoridade exacerbada do Estado e qualquer grupo social; assim, vê-se que desde da época helênica é inviável a unidade entre liberdade e coletividade, o individualismo grego teve um cunho original excessivamente cultural (inclusive com o teatro, onde surge o termo *persona*, marcador individual) pautado, desde os sofistas, passando por Sólon, Clístenes e Péricles, chegando a Demóstenes, em propostas políticas e sociais,

exaradas durante as discussões públicas⁴². Outra coisa não fizeram os gregos, tanto teórica como pragmaticamente, que pregar o valor do homem e da liberdade. Coloca Jaeger (1995, p.10):

O início da história grega surge como princípio de uma valoração nova do Homem, a qual não se afasta muito das ideias difundidas pelo Cristianismo sobre o valor infinito de cada alma humana nem do ideal de autonomia espiritual que desde o Renascimento se reclamou para cada indivíduo. E teria sido possível a aspiração do indivíduo ao valor máximo que os tempos modernos lhe reconhecem, sem o sentimento grego da dignidade humana?

É da Grécia, com a afirmação do valor do indivíduo, que parte o desenvolvimento da ideia de pessoa humana firmada afinal no cristianismo, que é mais profundo que o humanismo cultural ático, como demonstra Popper (1986, p.117):

Esse individualismo, unido ao altruísmo, tornou-se a base de nossa civilização ocidental. É a doutrina central do Cristianismo (“Ama a teu próximo”, dizem as Escrituras, e não “ama tua tribo”); e forma o âmago de todas as doutrinas éticas que surgiram de nossa civilização e a estimularam. É também, por exemplo, a doutrina prática central de Kant (“reconhecei sempre que os indivíduos humanos são fins e não os utilizeis como simples meios para vossos fins.”). Não há outro pensamento que tenha sido tão poderoso para o desenvolvimento moral do homem.

O estoicismo, como a última grande filosofia antiga antes do cristianismo⁴³, foi materialista e organicista, assertando um humanismo que calcou o valor do indivíduo na Reta Razão enquanto alma do todo cósmico, *homo res sacra homine* (o ser humano é coisa sagrada para o outro), que congrega a liberdade racional no Cosmos: *membra sumus corporis magni* (somos partes de um corpo maior). Isso antecipa a ideia ética da liberdade enquanto dever, como depois defenderá Kant, que foi influenciado pelos estóicos e seu amor ao dever (Kant, 2018, p.29).

A defesa do indivíduo como humanismo caritativo e personalista outra obra não teve além de conformar a vontade (livre-arbítrio) a valores mais elevados, fazendo nascer no

⁴² O problema do termo individualismo ter-se tornado pejorativo foi em oposição ao interesse coletivo que ele violaria, e a condenação moral ao egoísmo, mas na verdade a defesa da própria liberdade (a tradição moderna da liberdade negativa de não interferência do Estado ou de terceiros na vida privada e na intimidade moral dos indivíduos) desde Hobbes é marco da civilização ocidental, inclusive como condição de posicionamento perante a vida pública e a formação pessoal como desenvolvimento moral das próprias potencialidades. Hobbes é acusado de ser o primeiro individualista, exatamente por ser um dos primeiros liberais modernos, mas isso não deve ser tomado como algo negativo, mas positivo, dada sua defesa da liberdade política.

⁴³ E os grandiosos filósofos estóicos como Epicteto, Marco Aurélio, Cícero, que pugnavam pela liberdade civil e política dos cidadãos romanos. Assim como Sêneca fez uma gestão racional da coisa pública, todos defendendo a liberdade racional e individual contra o poder arbitrário do Estado.

homem uma faculdade de autodeterminação e afirmação da personalidade, que são a base de qualquer doutrina liberal e humanista. O cristianismo criou o conceito de pessoa humana, uma integração de individualidade, vontade livre (livre-arbítrio) e dignidade moral universal, separada da antiga lei natural cósmica que regia o destino humano⁴⁴.

A individualidade humana analisada com toda sua rica carga interior, a um tempo axiológica, somente pôde ser efetivamente compreendida no cristianismo, que constatou a verdade de que só na liberdade como ação e como valor pressuposto é que os demais valores podem se concretizar (Hessen, 1980, p.79).

O cristianismo humanitário e individualista é que, moralizando e aprofundando filosoficamente o sofismo e o estoicismo, pôde soerguer o autêntico humanismo personalista, cuja expressão política é o liberalismo e a expressão axiológica o individualismo. Como disse o neotomista Jacques Maritain *apud* Mondin (1981, p.167): “A pessoa como tal é um todo. Dizer que a sociedade é um todo composto de pessoas quer dizer que a sociedade é um todo composto de muitos todos”.

Na Renascença, consagra-se definitivamente o indivíduo como tendo valor primordial ante à própria Igreja e sociedade, podendo então declarar Pico della Mirândola *apud* Dalle Nogare (2009, p.57): “o homem é um microcosmos”. Infelizmente, o absolutismo monárquico como modelo político e o mercantilismo como regime econômico retardam por algumas centenas de anos o apogeu do liberalismo, que já se desenhava lentamente, desde o alvorecer da Era Moderna⁴⁵. Depois, vieram as grandes façanhas liberais dos séculos XVII, XVIII e

⁴⁴ Dessarte, o cristianismo recrudescer o ideal humanista grego rumo à individualidade enriquecida pela universalidade ética da dignidade da pessoa humana e pela concepção da transcendência espiritual; se já havia a ideia de universalidade ética do valor de cada indivíduo no helenismo antigo, esta era abstrata e extrínseca a cada indivíduo, sendo que facilmente se lhe transferia a importância e a peculiaridade de sua existência à comunidade. A partir do cristianismo, cada ente humano passou a ter em si uma universalidade concreta, ética, com fim transcendente, com valor em si, portanto, sendo então considerado insubstituível e particularizado em relação aos demais, à sociedade e ao próprio cosmos. Dotado de autotranscendência e valor enquanto ser-em-si, o indivíduo torna-se pessoa humana. O valor liberdade assoma aqui como fundamental, quer o homem deseje ou não seguir a Jesus: compete a cada alma a escolha; o cristianismo atinge a individualidade, e com ela, a personalidade, que é o valor em-si do indivíduo, concebido como uma totalidade, e não como simples ente em dependência profunda para com um todo. Toda a comunidade cristã primitiva e medieval, no entanto, volta-se tanto para a questão religiosa e salvífica, por influência da igreja católica, que o homem acaba por novamente tornar-se alienado de si, congregando-se a um organicismo de outra ordem: o teológico. Aliás, o catolicismo é adepto do organicismo político, na medida em que vê na unidade comunitária com o corpo eclesástico a autêntica vertente de atuação política do homem. Ao mesmo tempo que desenvolveu o personalismo ético que conceitualmente defendia o valor da liberdade e da personalidade o organismo foi igualmente forte no catolicismo, submetendo a sociedade e o Estado ao poder político-teológico medieval da igreja.

⁴⁵ A pólis grega e o cristianismo primitivo, não foram as únicas comunidades antigas a instaurarem as bases democráticas e liberais; em Roma, apesar do elitismo nobiliárquico dos patrícios, a plebe foi gradualmente evoluindo rumo à conquista do poder, ganhando a guerra social. Somente a República, tendente passo a passo para o pleno liberalismo e democratismo políticos proporcionaria tais conquistas, que as ditaduras militares e o

XIX, e a partir de então o liberalismo firma-se impreterivelmente como ideário doutrinário, cultural, político e econômico. Na Era Moderna, portanto, consolida-se explicitamente o liberalismo como movimento político-econômico pela explicitação do ideal de liberdade, tal qual aduz Leonard Krieger (1967, p.16):

Condições gerais livres distinguem a experiência moderna e trazem um suporte analítico para a tendência instintiva de fazer começar a história pela Renascença e pela Reforma. Primeiro, é só deste momento histórico em diante que a liberdade se tornou um fator contínuo na história ocidental e não apenas ocasional. Segundo, só então a liberdade se tornou dinâmica não apenas uma força estabilizadora- isto é, sua direção passou a ser extensão e não mais preservação de controle. Terceiro, foi então que o enquadramento institucional da liberdade mudou-se do nível local para o regional. Esta mudança representou mais do que uma simples transferência de local pois acarretou a mutação no estado existencial da liberdade. As conexões visuais e pessoais, que tomaram a liberdade, a autoridade e a segurança adjuntos naturais de uma ordem local controlável, foram afastadas e deram lugar às relações distantes e abstratas dentro das quais áreas de controle devem ser estabelecidas. Quarto, a Renascença e a Reforma marcam o início do processo pelo qual a liberdade se torna um valor distinto e as instituições que a corporificam se tornam corpos autônomos. Quinto, elas marcam o início do processo de multiplicação dos agentes de liberdade temporal. A liberdade abstratamente já tinha sido reconhecida há longo tempo, mas o exercício da liberdade só tinha sido reconhecido para representantes identificáveis ou indivíduos autorizados. Discutindo os antigos *loci* de liberdade, os protagonistas da Renascença e da Reforma iniciaram a expansão da figura “pessoa” para uma cada vez maior inclusão dos indivíduos anônimos como constituindo o povo literal.

A argumentação marxista é completamente errônea ao colocar o liberalismo como produto do capitalismo ou sua ideologia basilar e inafastável, ou como impensável e impraticável indistintamente deste último. A concepção histórica de liberdade política nasce como complemento e garantia da liberdade econômica, mas também como resistência ao arbítrio do Estado Estamental absolutista. O liberalismo nasce na modernidade usando o discurso público sobre direitos fundamentais naturais como limitação do poder executivo; no percurso da revolução calvinista contra o absolutismo, Locke (2005,p.490) gesta seu pensamento de soberania popular via parlamento, tirando a primazia do exercício do poder de modo autoritário e antiético pelos reis, defendendo, inclusive, um direito à desobediência civil e dissolução do pacto político caso a lei civil ou a lei natural (direitos naturais) fossem

império dos césores fizeram cessar. O que se vê é que o individualismo político, sob as diversas formas da política, da economia, da intelectualidade sempre tenta furar o bloqueio autoritário e organicista no decorrer da História, notadamente no período medieval, provando que o espírito comercial e a democracia são próximos, como em Atenas, em Cartago, cidade fenícia, possuía igualmente um sistema representativo e até certo grau democrático, que perdurou até o domínio romano. Na Idade Média, as urbanidades comerciais italianas (Veneza, Gênova, Pisa) são um bom exemplo de republicanismo, ainda que dominado por uma elite econômica. A Hansa teutônica, a prodigiosa aliança comercial do norte europeu, já antecipava o livre comércio no mercado e o livre-cambismo. A feira de Champagne era modelo de um espaço negocial sem restrições.

violados pelos monarcas, assim, desde do protoliberal Locke que se torna completamente improvável a afirmativa de associação completa do liberalismo ao sistema ideológico capitalista⁴⁶.

A capacidade organizacional da liberdade econômica individual sob o capitalismo está circunscrita a um paradigma econômico e suas funções protegidas juridicamente, mas que não se reduz a qualquer forma de liberdade política em particular. Merquior (1991, p.32) encontra a origem histórica dos conceitos inglês e francês de liberdade respectivamente em Hobbes e Rousseau, o primeiro com sua teorização das liberdades limitando o Estado, e o segundo com sua lição da vontade popular contra o Estado: “a teoria inglesa dizia que a liberdade significava independência. O conceito francês (de Rousseau) consistia em que liberdade é autonomia”.

É preciso então colocar-se um fim a este círculo vicioso que pretende retroagir no tempo e se perde em palavras, que é a tese da identidade liberal-capitalista, e a finalização dela é precisamente esta: as distinções sociológica e filosófica entre sistema social e conjunto doutrinário político-econômico. Berlin (1981, p.151-152):

Aqueles que acreditavam na liberdade como num autogoverno racional mais cedo ou mais tarde com certeza iriam refletir a respeito de como isso se aplicaria não apenas à vida interior de um homem, mas também ao relacionamento com outros membros de sua sociedade. Mesmo os mais individualistas dentre eles – E Rousseau, Kant e Fichte certamente começaram como individualistas- chegaram a um ponto em que se indagaram a si mesmos se era possível existir uma vida racional não apenas para o indivíduo, mas também para a sociedade, e, em caso positivo, de que forma poderia ela ser conseguida. Desejo ser livre para viver minha vontade (ou meu “eu real”) ordena, mas outros também o desejam. Como evitar conflitos com as vontades dos outros ? (...) Um Estado racional (ou livre) seria um Estado governado por leis que todos os homens racionais acatariam livremente; (...)

2 O CONCEITO DE LIBERDADE MODERNA E O INDIVIDUALISMO POLÍTICO

Opta-se pelo conceito de liberdade em sua matriz kantiana como direcionador da presente condução conceitual da busca pelo significado da liberdade em função de sua

⁴⁶ O sistema socioeconômico capitalista adequa-se tanto a um Estado Absolutista (capitalismo mercantilista, onde nasceu) como ao Estado jusnaturalista liberal (mas não existe só neste regime político). O sistema socioeconômico capitalista é adequado ao complexo de relações econômicas que se estabelecem sob influxo orgânico que não requer necessariamente a liberdade individual de não-dominação e não-intervenção no âmbito privado entendida como liberdade política, a China, hoje, é o melhor exemplo de como o Estado pode dominar politicamente e intervir na vida do cidadão e este ainda assim produzir e crescer economicamente.

importância para a caracterização do individualismo político como raiz ideal do pensamento liberal e como síntese da liberdade na Modernidade. Berlin (1981, p.151-152):

Aqueles que acreditavam na liberdade como num autogoverno racional mais cedo ou mais tarde com certeza iriam refletir a respeito de como isso se aplicaria não apenas à vida interior de um homem, mas também ao relacionamento com outros membros de sua sociedade. Mesmo os mais individualistas dentre eles – E Rousseau, Kant e Fichte certamente começaram como individualistas- chegaram a um ponto em que se indagaram a si mesmos se era possível existir uma vida racional não apenas para o indivíduo, mas também para a sociedade, e, em caso positivo, de que forma poderia ela ser conseguida. Desejo ser livre para viver minha vontade (ou meu “eu real”) ordena, mas outros também o desejam. Como evitar conflitos com as vontades dos outros ? (...) Um Estado racional (ou livre) seria um Estado governado por leis que todos os homens racionais acatariam livremente; (...)

O conceito de liberdade em Kant (2001, p.70) é um sentido significativo para a atualidade histórica, enquanto continua a tradição alemã de liberdade como autotelia, que dá à sua vontade fins próprios, e por isso é livre, mas o ideário de Kant também abarca o conceito francês de liberdade, como autonomia e não intervenção estatal na vida privada individual (Kant, 2005, p.39), assim como abarca o modelo inglês de liberdade como não dominação e independência do cidadão em relação ao Estado (Kant, 2005, p.56). Kant (2005, p.224-225):

Mas toda a verdadeira República é e não pode ser senão um sistema representativo do povo, que pretende em nome do povo e mediante a união de todos os cidadãos, cuidar dos seus direitos, por intermédio dos seus delegados (deputados): “o povo unido não só representa o soberano, como é ele próprio o soberano; porque é nele (no povo) que se encontra originariamente o poder supremo, do qual hão de derivar-se todos os direitos dos indivíduos, como meros súbditos (ou então, como funcionários do Estado), e a República, uma vez estabelecida, não precisa já de abrir mão das rédeas do governo e entregá-las de novos àqueles que o tinham anteriormente conduzido e que poderiam agora voltar a aniquilar, com o arbítrio absoluto, todas as novas instituições.”

Se a filosofia de Kant estatui diretrizes de ordem ética, estética, metafísica e até políticas para a vontade é porque pressupõe uma estrutura constitutiva antropológica e universal da liberdade, que é um querer incondicionado, mas voltado precipuamente para a finalidade moral, e como isso Kant abarca em seu pensamento todo o conceito Ocidental de liberdade em suas estruturas finalísticas de ação prática: a ética cristã do livre-arbítrio, preservado por Kant como mecanismo da vontade não-interessada do juízo estético de fruição do belo (satisfação desinteressada) e do “juízo reflexionante” sobre as representações espontaneamente constituídas na mente a partir dos sentidos, “juízo de determinação”

(Kant,2016,p.45) e na boa vontade natural de fazer o bem (Kant, 2001, p.28); a ética cristã do dever é preservada no juízo de determinação da vontade pela lei moral, obrigando a vontade sob lei, quando este fim de respeito à lei for o móvel (motivo) da ação ética (Kant,2016a,p.132).

O que se defende é que há essa função *latu sensu* ética da vontade dentro de um padrão compreensivo e, portanto, hermenêutico desse querer kantiano, pois no fundo todo querer, seja de natureza metafísica, diretamente moral ou político ou estético, sofre um condicionamento histórico em seu sentido de desiderabilidade, dependendo do contexto de significação.

Daí a importância de traçar uma distinção hermenêutica para concretizar-se e tomar por si um ato, saindo do simples potencial para a ação da ética kantiana. O fundamento metafísico da liberdade, o incondicional voltado para o sujeito que deseja e que apreende esse desejo pode ser retomado como meta fundamental dentro de um circuito de possibilidades históricas do sujeito, que escolhe por si ser livre de acordo com a razão.

Se o sujeito é autônomo como quer Kant, ele deve ser histórico como almeja Ricoeur (2008, p.134). Se a liberdade é finalística, deve possuir um fundamento hermenêutico de distinção da sua ação, esse fundamento, mantendo a compreensão gnosiológica, deve ser a hermenêutica. No fundo, o projeto de constituição de uma liberdade fundante da autonomia e da autonomia como garantia e expressão da liberdade é a defesa sintética de Kant sobre a liberdade ética que vem os estóicos e dos cristãos com a liberdade individualista moderna, a partir do uso ético da liberdade política como em Locke e seu liberalismo (liberdade de aderir ao pacto, de expressar-se, de crença etc., todas abarcadas depois no sistema juspolítico kantiano).

Se a defesa da liberdade como autonomia é plena de um ponto de vista filosófico com remetimento a sua situação política, quiçá a força e o poder arbitrários podem golpeá-la, mas não a destituir de sua valoração social e individual, se firmada estiver a consciência histórica da liberdade nos indivíduos e nas sociedades. No entanto, pode-se observar que mesmo na Grécia clássica, passando depois pela Roma antiga, pela Idade Média, pelas Eras Moderna e Contemporânea, as manifestações do liberalismo, no fundo, obedecem a um substrato axiológico uno, que é o valor liberdade, o qual, é claro, é interpretado diversificadamente pelas várias culturas.

Nem por isso, porém, é impossível distinguir o cerne do liberalismo enquanto doutrina unificada e transcendentalmente presente no evoluir espiritual (cultural), porquanto é no sistema liberal que se revela a assunção *pari passu* da liberdade e, concomitantemente, é na efetivação de cada ato de autêntica liberdade (com autonomia, autotelia, independência) que se concretiza o ideário liberal, que é axiológico em seu fim mais importante, assegurar a autonomia das sociedades e dos sujeitos.

Segundo Leonard Krieger (1967, p.14) a liberdade como autonomia é tratada como conquista gradual da Modernidade, desde da Reforma Protestante e da Renascença, observando que antes delas não havia o exercício da autonomia do sujeito, não se considerava liberdade como centrada da subjetividade, mas como concessão dos poderes constituídos ou da coletividade.

A modernidade é a eclosão do sujeito, com Descartes e seu *cogito ergo sum* (penso, logo existo), centrando o saber na racionalidade interna à mente e seu poder nomotético sobre o mundo e com a autotelia e autonomia resumidas em Kant, que resguarda Deus na fé subjetiva (escolha individual) e a liberdade prática na moral e no Direito, criticando com a razão científica as crenças metafísicas e os poderes absolutos.

Ocorre que no desenvolvimento da pós-modernidade a independência da subjetividade revelou-se frágil em seu autossustento, e até mesmo a manutenção desse espírito crítico mostra-se insuficiente ao ligar-se ao valor verdade e esquecer os demais; dessa forma, a carência de sentido da existência e a opressão social logo se fazem perceber na irracionalidade pós-moderna, consequência da ausência de um direcionamento axiológico que congregue valores objetivos e coordene gnoseologia e subjetividade, daí a importância de uma ação crítica calcada em valores políticos ético-republicano-liberais para combater a alienação que se abate sobre o homem pós-moderno.

3 KANT E A SÍNTESE DA SIGNIFICAÇÃO ONTOLÓGICA DA LIBERDADE OCIDENTAL : DA LIBERDADE MORAL À LIBERDADE JURÍDICA

Preconizando a manutenção do projeto de liberdade kantiano, a estrutura do sujeito de conhecimento do idealismo subjetivo de Kant não pode mais ser aceita em sua vinculação com um plano racional abstrato nem com um plano de racionalidade teleológica voltada a uma ética a histórica, que desconsidere a capacidade de atuação dos fatores sociais, linguísticos, ideológicos etc. sobre a liberdade do sujeito.

A própria noção central de sujeito na filosofia clássica, criada pelo tomismo e pelo cartesianismo encontra-se em xeque, visto que numa perspectiva histórico-hermenêutica como a de Ricoeur (2008) demonstra-se a não centralidade do sujeito em sua racionalidade teleológica, mas em processos de interação histórica e linguística que dependem da hermenêutica para adquirir um sentido finalístico em concreto.

O gênio de Kant foi exatamente preparar o caminho para a construção de uma racionalidade que se aproxime da hermenêutica, partir de sua noção de racionalidade como projeto inacabado historicamente uma razão a-ser (oposto da racionalidade metafísica, que identificou razão e Ser de maneira definitiva, estática, ‘reveladora’, “natural”), com a possibilidade da razão para a construção da lei moral vinculante da conduta (Kant, 2016a, p.68).

A posição do sujeito gnoseológico no próprio estatuto neokantiano de uma ética que centra no conceito de liberdade o fundamento transcendental de toda ação, pode ser atualizado pela via da linguagem, que perfaz a reconstrução do sujeito na interação intelectual linguísticas do sentido de verdade discursiva, histórica, como em Ricoeur (2008).

A ligação do conceito de liberdade em Kant com o *a priori* da lei moral e sua projeção de universalização, pode ser atualizado como válido à luz da hermenêutica histórica de Ricoeur (2008), pois restitui o sujeito ao processo de interação com os jogos de linguagem no desvendamento de formação e incidência da liberdade, enquanto condicionante a todo contexto ético.

Em Kant (2001, p.64), a moral é deontológica: baseia-se no dever que o homem tem de seguir os princípios universais de razão, que ditam de modo abstrato as normas pelas quais o homem deve se guiar. Só que o cerne dessa adequação ao dever é a liberdade dirigida a um puro valor, o moral (Kant, 2001, p.56), que se expressa discursivamente (racionalmente) numa fórmula, que se denomina de imperativo categórico (uma ordem irresistível autoimposta pelos indivíduos a si mesmos), que é um valor-princípio em Kant (o que sintetiza individualismo moral e obrigação moral política de autonomia, escolher as leis pelas quais um indivíduo se regerá), como explica Cassirer (1961, p.348-49):

Segundo Kant, a liberdade é equivalente à autonomia. Não significa “indeterminismo”, e ainda menos significa um tipo especial de determinação. Significa que a lei a que obedecemos nas nossas ações não nos é imposta do exterior, mas que o sujeito moral dita a si próprio essa lei. Na sua exposição da sua teoria, Kant previne-nos constantemente contra um mal-entendido fundamental. A liberdade ética, afirma ele, não é um facto, mas um

postulado. Não é um *gegeben*, mas *aufgegeben*; não é um dom da natureza humana; é, antes, uma tarefa, e a mais árdua tarefa que o homem pode impor a si mesmo. Não é dada, mas pedida; é um imperativo ético. Realizar este pedido torna-se especialmente difícil em tempos de crise social quando a derrocada de toda a vida pública parece iminente.

Com seu idealismo alemão na base epistemológica dos limites da experiência possível dados pelas categorias mentais coordenadas pela razão pura prática e o ataque à Metafísica transcendente, e sua ideia individualista liberal de base, dada a influência do pensamento escocês do livre-mercado sobre sua obra, Kant ainda se deixou influenciar pela filosofia iluminista francesa republicana e humanista universalista; basta-se observar que sua moral tem um fundo racionalista, calcado em principiologias racionais às quais deveria se ater em termos invariáveis e inflexíveis o espírito humano.

A finalidade da liberdade seria o respeito impostergável (a completa adesão interna da vontade pessoal) aos princípios éticos deontológicos racionais que sintetizam a liberdade ocidental e a vinculam a uma perspectiva política que resguarde e assegure a liberdade de todos, cosmopolitamente (Kant, 2004, p.45), ou seja, para toda a Humanidade, liberdade moral, política e liberalismo se co-pertencem, dentro da limitação do poder do Estado e da sua reforma republicana em todos os países (Kant, 2004, p. 13).

A maneira pela qual se atingiriam esses princípios éticos seriam: 1) a pura razão, e não uma captação emocional ou sentimental da moralidade, exatamente para afastar de todo o subjetivismo, evitando que as inclinações pessoais preponderassem, e 2) o relativismo, combatendo com uma arma supostamente invencível as variações morais de lugar e época: o princípio racional ético (Kant, 2016a, p.123).

Kant pôde fundar a constituição da subjetividade contemporânea para a autêntica moralidade a partir da liberdade e concebeu objetivamente o bem moral a atingir, pautando na razão a decisão de que se fazer um ato moral seja universalmente sustentável como lei para toda a humanidade (Kant, 2016a, p.96).

O kantismo concebeu o bem moral não como um valor transcendente, mas como valor-postulado apriorístico formal/discursivo humanista, o que o faz herdeiro de Sócrates e seu valor ético humanista universal da virtude e dos sofistas com sua ética de referência humana (*homo mensura*, de Protágoras) e não cósmica ou divina, junto ao dever universal dos estoicos; o dever do sujeito é seu próprio bem maior (Kant, 2016a, p.98), através do cumprimento da lei em si e por si como lei moral universal reguladora da vontade humana,

tornando-a livre pela razão, e não por qualquer outro princípio, seja o pragmatismo da ação e sua consequência útil (consequencialismo), o Bem maior (utilitarismo), ou o desejo do sujeito (hedonismo), Kant manteve a coerência em torno de seu sistema. Diz Berlin (1981, p.147), sintetizando a autonomia deontológica e a autotelia ética (moral dos fins individuais) em Kant:

(...) Mas se, como bem afirmou Kant, todos os valores tornam-se valores pelos atos livres dos homens, e são desse modo chamados enquanto assim permanecem, não há valor mais elevado que o indivíduo. Portanto, fazer isso é coagir os homens em nome de algo menos final do que eles mesmos – é curvá-los à minha vontade ou a alguma ânsia particular de outrem, em favor de sua felicidade, benefício, segurança ou conveniência. Viso a algo desejado (por qualquer motivo, não importa quão nobre) por mim ou por meu grupo, para o qual estou usando outros homens como meio. Mas isto é uma contradição do meu conhecimento dos homens, isto é, dos fins em si mesmos. Todas as formas de adulterar os seres humanos, de pegá-los e moldá-los aos nossos padrões, contra a sua própria vontade, todos os controles e condicionamentos do pensamento, tudo isso é uma negação do que há de homem no homem e em seus valores finais.

A tradição kantiana de defesa da liberdade fez a interação contexto-significante-condicionamento histórico – assim o fazendo, estatui a própria limitação do sujeito, que deve ser reconhecido como dialogador com o sistema social e suas trocas simbólicas histórica e hermeneuticamente significadas, e não um mero criador de objetos no âmbito de sua subjetividade solipsista, egoísta, enquanto sujeito de conhecimento.

O sistema kantiano estabeleceu um paradigma construtivo da liberdade (autonomia), comprometido com a racionalidade transcendental (que revela seu sentido do intelecto à forma) e operou na apreensão da fenomenologia descritiva da liberdade no processo de revelação de sentido do valor pela atividade compreensiva-cognitiva do sujeito em relação ao objeto, e por isso pode sintetizar seu escopo de ser um liberalismo republicano, isto é, unir a liberdade individual e os fins éticos do Estado, que tem por escopo maior a defesa da liberdade digna de seus cidadãos (Kant, 2005, p.32), através do soerguimento de leis que protejam o pacto por eles livremente estabelecido que formou o corpo político, o que leva a mais uma prova do ponto central da liberdade no sistema kantiano, com a liberdade moral antecedendo e sintetizando o liberalismo e a política moral (republicana), assim Kant coordena a tradição humanista de liberdade digna, através de um programa universal de reforma do Estado e limitação do poder (cosmopolitismo e republicanismo).

A fundamentação jurídica do Estado kantiano é a garantia da liberdade externa (jurídica - calcada na obrigação legal, diferente e complementar à liberdade moral, interna, da vontade, regida pelo Imperativo Categórico: age de tal modo que a máxima de tua ação seja

um princípio universal de conduta), esse estatismo kantiano é eminentemente liberal político, reformista-republicano e laico-iluminista; ele protege a liberdade moral – núcleo da moralidade Ocidental, desde da liberdade do arbítrio (escolha e gosto) à liberdade moral racional do Imperativo Categórico (lei moral).

Assim, pode-se depreender que há uma relação essencial entre Estado de Direito liberal e garantia da liberdade moral em Kant, que inclusive limita a obediência ao Estado se este não for republicano (Kant, 2004, p.50), a consciência moral se oporá à tirania política, genocídio ou torturas anti-humanitárias (Kant, 2001,p.34) ou a leis manifestamente injustas (Kant, 2005, p.49), a objeção de consciência a leis injustas é uma interface moral/juspolítica, assegurando ao cidadão sua independência. Diz Kant (2005, p. 53-54):

O poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo. Uma vez que dele deve decorrer todo o Direito, não pode ele causar com a sua lei injustiça a absolutamente ninguém (...)

Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), quer dizer, de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se cidadãos (*cives*) e os seus atributos jurídicos incindíveis de sua natureza como cidadãos são : liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram consentimento; a igualdade civil, quer dizer, não reconhecer no povo nenhum outro superior senão aquele em relação ao qual ele tenha a mesma faculdade moral que ele em relação a si tem de obrigar juridicamente; em terceiro lugar, o atributo da independência civil que consiste em dever sua própria existência e conservação não ao arbítrio de outro no povo mas aos seus próprios direitos e capacidades como membro da comunidade, por conseguinte, a personalidade civil, que consiste em não poder ser responsabilizado por nenhum outro nos assuntos jurídicos.

Só a capacidade de votar qualifica o cidadão como tal; mas essa capacidade pressupõe independência daquele que, no povo, não quer ser meramente parte da comunidade (...)

O projeto liberal kantiano tem como características: 1- Ser progressista; 2- Ser crítico do absolutismo; 3- Ser defensor dos direitos do homem e do cidadão; 4- Iluminismo; 5- Reformista, não revolucionário, em sentido de reestruturação republicana igualitária do Estado, criticar o Estado e o exercício do poder (governo); 6- Comprometido com o Estado de Direito, a separação dos poderes, frisando a forma republicana do Estado, o que se entende hoje como democracia liberal; 7- Ser defensor das liberdades e garantias individuais e da limitação dos poderes estatais; 8- Ser defensor do Estado laico e da liberdade de expressão e de crença. Para Kant (2009, p.225) a principal forma de governo é a republicana liberal, que busca o bem comum através da lei, dado que:

- A. Lei e liberdade sem poder (anarquia)
- B. Lei e poder sem liberdade (despotismo)

- C. Poder sem liberdade nem lei (barbárie)
- D. Poder com liberdade e lei (república)

O pensamento liberal, resguardando a tradição de direitos civis, humanistas, individuais e morais do Ocidente é, em si, incompatível com a ideia de uma política e um Estado coletivistas, seja socialista ou marxista ou comunista; exatamente porque qualquer forma de Estado que ataque a ordem privada da existência põe em risco direitos e garantias fundamentais que asseguram as liberdades individuais e coletivas.

O que faltou ao coletivismo foi perceber que a propulsão da História é a tentativa da pessoa humana em realizar (racionalmente) os valores, que são objetos ideais com propensão de concretizar-se pela sua realizabilidade apriorística. O coletivismo sob as diversificadas formas pelas quais se traveste sempre incorre no mesmo e fatal erro: o de superestimar o papel do Estado fazendo com que as pretensões de autodesenvolvimento do indivíduo sejam açambarcadas pelas intenções do ente coletivo-estatal, tal como apregoa Machado Paupério (1991, p.92):

Dentro da ordem da justiça, que cabe ao Estado primacialmente realizar, cabe-lhe instaurar e conservar na comunidade a paz e a segurança, a que todos nós temos direito. Mas ao Estado não cabe introduzir ordem nas relações entre os particulares nem coordenar suas próprias atividades. Deve, apenas, conforme suas possibilidades e, segundo as necessidades dos indivíduos, ajudar a estes ou aos grupos na realização de suas tarefas específicas (...) O bem público, finalidade da ordem política, é o bem que condiciona a consecução de todos os bens particulares, tanto na ordem nacional quanto na ordem internacional. A sociedade política não tem por fim procurar o bem de cada um, mas as condições graças às quais pode ser conseguido o bem de cada qual.

Para Kersting, Kant é “anticomunista”, na “Doutrina do Direito” (Kant, 2005) do §1 ao §23, existe um sistema de formalização e defesa da propriedade privada (que é garantia política do cidadão, como já observava Locke), o que revalida o liberalismo de Kant (KERSTING, 2009a, p.415).

4 CONCLUSÃO

O liberalismo como ordem social e política foi reconstruído na década de setenta do século XX sob os auspícios da Escola de Viena (Mises, 1987, p.85), o liberalismo austríaco de livre-mercado e a capacidade de gerenciamento do sujeito no contexto da era de globalização comercial amplamente desenvolvida – sem a perspectiva do eticismo kantiano, todavia, admitiu-se uma era amplamente concorrencial e sem margens para inspirações altruístas e

com forte apregoamento do declínio do Estado, com isso, as pressões do mercado global estão a atacar os direitos humanos e a ideia de liberdade Ocidental, pois em comparação a outras culturas que mais valorizam o coletivo que o indivíduo, há uma pressão pela despersonalização dos indivíduos em prol do trabalho e do aumento de produtividade, o que assim, leva ao incremento da tecnologia e a decadência do humanismo e da proteção jurídica do cidadão.

O estreito laço entre valores jurídicos e morais que sustentam a pressão por um Estado de Direito justo, leva ao liberalismo político a missão de garantir a humanização e não admitir a exploração crescente do neoliberalismo econômico, que ataca quem quer fazer um direito justo e ético e assegurar às pessoas igualdade, segurança e dignidade.

O mercado de trabalho e o mercado global financeiro e comercial e suas exigências produtivistas não pode destruir a pessoa humana em prol da valorização tecnológica e econômica, isso seria a mais cabal inversão de valores e isso seria a realização do coletivismo de uma maneira ainda mais cruel do que o coletivismo criticado na seção 3 do presente artigo, pois ele seria a efetivação do trabalho automatizado em ampla escala, passando por cima de toda a tradição liberal humanista descrita nas seções 1 e 2 do presente artigo.

A implementação de uma interpretação justa e ética do Direito resguarda a tradição do liberalismo e do humanismo contra as agruras anti-humanistas e anti-axiológicas; se o valor dos valores é a liberdade digna dos homens é necessário que os juristas vejam na doutrina jurídica de Kant um sistema sintético de liberalismo como base política do Estado de Direito e do seu programa de autocontenção de poder e de garantia de liberdade e de igualdade dos cidadãos e no humanismo como perspectiva do dever ético de limitação e guia da aplicação das normas, evitando ordens injustas.

Na época de crise de formas jurídicas estruturantes das garantias fundamentais do cidadão e da crise de valores do Ocidente face ao complexo processo de globalização, estabelecer uma filosofia dos valores de modo claro é uma benesse para os direitos humanos e para as combalidas tradições da humanidade livre e discursiva vinda dos sofistas e da humanidade ética vinda dos estóicos, aliada aos paradigmas jurídicos e políticos que se entrecruzam no ponto de aproximação de valores humanitaristas e liberais, sintetizados na tradição do liberalismo republicano humanista de Kant.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1981.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: brasiliense, 1994.
- CASSIRER, Ernst. **O Mito do Estado**. Lisboa: Europa-América, 1961.
- DALLE NOGARE, Pedro. **Humanismos e Anti-Humanismos**. Uma introdução à Antropologia Filosófica. Petrópolis: Vozes, 2009.
- HESSEN, Johannes. **A Filosofia dos Valores**. Lisboa: Almedina, 2001.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito, parte 1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- _____. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. São Paulo: Iluminuras, 2009
- _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.
- _____. **Crítica da Faculdade de Julgar**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- _____. **Crítica da Razão Prática**. 4.Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.
- _____. **Crítica da Razão Pura**. 6.Ed. Trad. de Alexandre Fradique Mourujão e Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2008.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Portugal, Lisboa: Edições 70, 2001.
- _____. **Os progressos da Metafísica**. Lisboa: Edições 70, 2018.
- JAEGER, Werner. **Paidéia**. 3.ed. Trad. Arthur Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KERSTING, Wolfgang. Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant. **Kant**, GUYER, P. (Org.). Aparecida, Ideias & Letras, 2009a, p.467-489. Acesso em: 29 abr. 2023.
- KRIEGER, Leonard. **Etapas na História das Liberdades Políticas**. Liberdade. Friedrich, Carl (Org.). Trad. de Norah Levy. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. Acesso em: 02 out. 2023.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MACHADO PAUPÉRIO, Arthur. **O Estado e a Realidade Nacional**. Rio de Janeiro: Rabação, 1991.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo Antigo e Moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1987.

MONDIN, Battista. **Curso de Filosofia**. Trad. de Benoni Lemos. São Paulo: Paulinas, 1981, vol. 1.

MOSSÉ, Claude. **O cidadão na Grécia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1998.

POPPER, Karl Raymund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte : Itatiaia, 1987, vol. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RICOEUR, Paul. **O Justo**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, vol.1.

**ORIGINS OF THE IDEA OF FREEDOM IN THE WEST: FROM
ANCIENT TO MODERN FREEDOM AND KANTIAN SYNTHESIS OF
LIBERALISM AS A DOCTRINARY SET**

ABSTRACT: Liberalism as a doctrinal set is not only a modern phenomenon, it has ground and antecedents in Antiquity, with Stoic and Sophist humanism and reappears in modernity after Christian personalism, which strengthened and expanded the structure of individuality, found in the philosophy of Immanuel Kant his doctrinal synthesis and perspective of preserving freedom in the effective moral and political elements of reforming the State and defending human dignity based on the will of the individual, as Kant was a liberal republican, defender of modern science and the Enlightenment contrary to absolutism. Kant proclaims the unconditionality of the will in his free will of the moral law, which summarizes Western freedom in its most relevant ground of moral and political value as a legal and political project.

Keywords: Liberalism. Freedom. Deontological morality. Individuality



ENTRE ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E ARGUMENTOS DE POLÍTICA: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM DEMANDAS DE SAÚDE À LUZ DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Aldenilson de Sousa Oliveira
Edith Maria Barbosa Ramos
Pastora do Socorro Teixeira Leal

RESUMO

O crescente número de ações judiciais buscando as mais variadas prestações tem transferido ao Poder Judiciário a atribuição para decidir sobre questões importantes na área da saúde. Sob essa perspectiva, a presente pesquisa tem por objetivo explicitar e discutir a distinção estabelecida por Ronald Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de política. Para tanto, realiza-se, inicialmente, uma breve exposição da teoria do direito de Dworkin, com ênfase para a sua oposição à concepção positivista de Hart, notadamente à tese da discricionariedade judicial. Em um segundo momento, examina-se se a implementação do direito à saúde melhor se opera como uma questão de princípio ou de política, destacando que no caso de intervenção do Poder Judiciário deverão ser observados sempre argumentos de princípio. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico de revisão de literatura e documental. Os resultados evidenciam a aplicação da distinção proposta por Dworkin nas decisões relacionadas à saúde no contexto brasileiro, apesar de reconhecer certos equívocos dos juízes na aplicação dos argumentos de princípio.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Política pública. Princípios. Judicialização.

- Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: dennys_ousa@hotmail.com
- Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais -UFMG. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora da graduação e Pós-graduação da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Coordenadora do Mestrado em Direito e Afirmação de Vulneráveis da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Santa Luzia/Santa Inês (MA). Presidente da Comissão de Direito à Saúde do Conselho Seccional da Orem dos Advogados do Brasil (OAB), no Maranhão (Portaria nº291, de 24 de fevereiro de 2022). E-mail: edith.ramos@ufma.br
- Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará, especialização em Direito Civil pela UNAMA, Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca/ES e em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante/ES, mestrado em Direito pela Universidade Federal do Pará, doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pós-doutorado em Direito pela Universidade Carlos III, Madrid/ES. Atualmente é professora de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal do Pará- UFPA e da Universidade da Amazônia - UNAMA, desembargadora federal do trabalho aposentada- Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região. E-mail: pastoralear@ufpa.br

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como escopo principal investigar a prática jurídica na efetivação do direito social e fundamental à saúde sob a ótica da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin (2002), especialmente no tocante à distinção fundamental entre argumentos de princípio e argumentos de política estabelecida pelo autor na obra “Levando os direitos a sério”, publicada em 1977.

Em termos bibliográficos, a obra situa-se na primeira fase do pensamento do autor. No entanto, é incontestável que as ideias ali defendidas, até hoje influenciam de forma significativa a teoria do direito e a jurisprudência das cortes superiores de países cujas estruturas têm por característica o Constitucionalismo democrático do pós-guerra, incluindo o Brasil.

Dworkin (2002) observa que quando da análise dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário, em especial aqueles com maior controvérsia entre as diferentes normas incidentes sobre a matéria, denominados de “casos difíceis” (*hard cases*), os juristas tendem a recorrer a *standards* (padrões) diferentes das regras para fundamentar suas argumentações, operando no nível de princípios ou, mesmo, de diretrizes políticas.

Nessa perspectiva, sustenta que a decisão judicial pode ser construída tanto com base em argumentos de princípios jurídicos quanto em argumentos de política (*policy*). De forma sucinta, enquanto os primeiros fazem referência à salvaguarda de direitos individuais ou de grupos específicos, os últimos dizem respeito a interesses coletivos, pautando-se nos interesses da comunidade em geral.

Destaca-se que essa distinção se revela fundamental não apenas por se apresentar como um possível parâmetro hermenêutico para solução do dilema da colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos, notadamente nos casos controversos, mas, sobretudo, por servir como um indicativo da legitimidade democrática das decisões judiciais proferidas (Simioni, 2011). Ao optar por fundamentar suas decisões entre argumentos de princípios ou argumentos de política, as consequências advindas dessa escolha refletem sobremaneira na tensão existente entre constitucionalismo e ideal democrático.

Por sua vez, o direito social e fundamental à saúde, apesar da extrema relevância para o ser humano, dada a sua intrínseca relação com outros valores igualmente fundamentais, especialmente o direito à vida, e vida com dignidade, raras vezes encontra solução tranquila

quando submetido à apreciação do Poder Judiciário. Como um direito social integrante dos chamados direitos fundamentais da segunda geração, a garantia e efetivação do direito à saúde reclama, em sua dimensão positiva, prestações materiais por parte do Estado. Isso geralmente implica a alocação de recursos públicos, o que, por sua vez, suscita discussões sobre a potencial interferência do Judiciário na esfera política dos demais poderes.

Não obstante, ao ser explicitamente consagrado na Constituição Federal de 1988, de forma genérica no artigo 6º, e mais especificamente entre os artigos 196 a 200, o direito à saúde, como todo direito fundamental, têm aplicação imediata, conforme estipulado no artigo 5º, 1º, da CF. Isso significa que não está sujeito à dependência do legislador ordinário para produzir os seus efeitos. Além disso, impõe ao Judiciário o dever de resguardá-lo diante de qualquer violação.

Essa, a propósito, tem sido a representação do cenário brasileiro nos últimos anos. Diante da evidente ineficiência do aparato estatal em assegurar a efetividade do direito à saúde, tem-se observado um aumento significativo no volume de ações judiciais pretendendo as mais variadas prestações de bens e direitos relacionados à saúde, impondo aos aplicadores do Direito uma atuação cada vez mais ousada, fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da saúde.

Diante desse cenário, torna-se imperativo investigar como o Judiciário, no anseio de garantir concretude ao direito à saúde, têm enfrentado essa questão, em obediência às competências constitucionais outorgadas pelo Estado Democrático de Direito, sem usurpar, para si, funções que seriam de outros Poderes. Para tanto, recorre-se à teoria da decisão judicial de Dworkin (2002), a partir da distinção traçada pelo teórico norte-americano entre princípios jurídicos e diretrizes políticas. Nesse sentido, analisa-se se os Tribunais Superiores utilizam em seus julgamentos, na resolução de casos envolvendo o direito à saúde, fundamentos amparados em argumentos de princípios ou argumentos de política (*policy*).

A relevância do estudo é manifesta, pois, embora se concentre em analisar apenas uma pequena fração da complexa estrutura teórica de um dos maiores filósofos do direito do século XX, sua importância é evidenciada pela tentativa de se atribuir legitimidade ao processo decisório das demandas que veiculam questões de saúde, enfatizando-se as argumentações baseadas em princípios na resolução desses casos.

A metodologia adotada na presente pesquisa baseou-se em uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A

partir das obras de Dworkin e de outros autores que se debruçam sobre a temática, visa apresentar os principais conceitos das categorias propostas, além de analisar, por meio da compreensão da fundamentação de dois casos práticos extraídos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a aplicabilidade da teoria de Dworkin no tocante ao recorte efetuado.

Para abordar essa temática, o artigo está dividido em duas seções teóricas, acrescidas da introdução e considerações finais. No primeiro momento, são discutidos breves aspectos sobre a teoria do direito de Ronald Dworkin (2001 e 2002), com ênfase para a distinção entre princípios e diretrizes políticas. Em seguida, problematiza-se sobre a efetivação do direito à saúde, enquanto questão de princípio ou de política, por intermédio do Poder Judiciário, assentando-se principalmente nas formulações de Sarlet (2007 e 2014), Silva (2021) e Moreira (2005). Ao final, analisa dois casos práticos envolvendo questões de saúde à luz da distinção operada por Dworkin, unindo, assim, teoria e prática.

2 BREVES NOTAS SOBRE A TEORIA DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

Antes de abordar de forma específica a distinção fundamental entre argumentos de princípios e argumentos de política e sua aplicação no âmbito da interpretação judicial, faz-se necessário traçar breves considerações sobre a teoria do direito de Ronald Dworkin.

O autor inicia a exposição de sua teoria na obra “Levando os direitos a sério”, publicada em 1977. Nela, Dworkin faz críticas contundentes, especialmente no artigo “O modelo de regras II” (capítulo III), à concepção positivista defendida por seu grande antagonista e mestre, H. L. A. Hart. Argumenta que a teoria do seu mentor, apesar de mais refinada que a concepção positivista tradicional, seria incompleta uma vez que não é capaz de fornecer respostas satisfatórias a conflitos mais sofisticados e complexos que surgem das práticas sociais (Dworkin, 2002).

Para Dworkin (2002), Hart apresenta o seu conceito de Direito a partir de um sistema baseado em um modelo exclusivamente de regras, desvinculado de padrões morais⁴⁷, sendo reconhecidas como tais apenas em razão de sua origem (“teste de pedigree”)⁴⁸. Afirma, ainda,

⁴⁷ Hart (2009), em seu pós-escrito, em resposta a Dworkin, que o classificou como um positivista “dos simples fatos”, sustenta que a sua doutrina consiste em um “positivismo brando”, vez que reconhece a possibilidade das normas (primárias e secundárias) incorporarem princípios de justiça e valores morais, fato este que teria sido mal compreendido por Dworkin.

⁴⁸ Dworkin, refere-se ao teste de pedigree, chamado regra de reconhecimento, como sendo o instrumento de que se utilizam os positivistas para determinar a validade das regras jurídicas, levando-se em consideração apenas a forma como foram criadas. Ressalta, todavia, que não seria útil para todos os casos, notadamente em relação aos

que afastando-se da tradicional doutrina positivista, Hart refuta a suposta completude e determinação do direito, ao defender a possibilidade da utilização da discricionariedade judicial em situações conflituosas que não encontram solução tranquila no conjunto de regras que conformam o “direito”, por ele denominadas “casos difíceis” (*hard cases*). Discorrendo sobre o poder discricionário que, segundo Hart, caberia aos juízes diante da “indeterminabilidade” do direito, Dworkin sustenta que seria

(...) o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes (Dworkin, 2002, p. 55).

Nesse contexto, Dworkin (2002) argumenta que a abordagem do Hart ignora a existência de outros padrões normativos além das regras, como os princípios jurídicos e os objetivos políticos, os quais, apesar de estruturalmente distintos e de não sujeitarem o seu âmbito de validade a um “teste de pedigree”, são, igualmente, válidos para se chegar a uma solução adequada e coerente em um processo judicial. Além disso, segundo Dworkin (2002), a concepção de Hart, ao permitir a criação do direito pelo juiz nos casos mais complexos, incentiva a discricionariedade judicial, em contradição com o ideal democrático e com a própria ideia de segurança jurídica engendrada pela teoria positivista.

Assim, para Dworkin (2002), o positivismo comete o equívoco de associar a existência dos direitos a regras explicitamente estabelecidas por uma autoridade competente, deixando de levar em consideração as implicações decorrentes dos princípios morais, que embora não escritos, são igualmente obrigatórios. Nas palavras do autor,

(...) as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do direito deve trazer à luz esses problemas e enfrentá-los como problemas da teoria moral (Dworkin, 2002, p. 12).

Dessa forma, Dworkin desenvolve a sua teoria jurídica fundamentando-a principalmente nos princípios jurídicos, que, segundo sua concepção, são o reflexo dos valores morais mais elevados de uma determinada comunidade política. Ademais, prioriza a

princípios, uma vez que “a origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo” (Dworkin, 2002, p. 64)

aplicação da sua teoria na análise dos casos difíceis (*hard cases*), que ocorrem “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” ou “quando nenhuma regra regula o caso” (Dworkin, 2002, p. 127).

Nesse sentido, ao atribuir aos princípios a mesma força normativa das regras, Dworkin supera as limitações impostas pelo Positivismo, promovendo a reaproximação entre Direito e Moral, além de fornecer aos juristas padrões normativos diversos das regras para justificar as decisões judiciais, especialmente nos casos difíceis, afastando a ideia de incompletude do sistema e eliminando a possibilidade de discricionariedade pelo juiz.

É importante salientar, conforme Barroso (2001), que a mudança paradigmática ocorrida a partir da segunda metade do século XX, marcada pela atribuição de normatividade aos princípios, da qual se deve especial tributo à sistematização precursora de Dworkin, não se traduz simplesmente a um retorno ao jusnaturalismo. Segundo o referido autor, o pós-positivismo “não surge com o ímpeto da desconstrução (...). Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade” (Barroso, 2001, p. 32).

No âmbito de sua teoria da decisão judicial, Dworkin concentra a sua atenção sobre a prática interpretativa, buscando identificar os elementos que devem ser considerados pelo juiz na construção de sua decisão. Para Dworkin (2001), o direito é um conceito interpretativo, que é alcançado da melhor maneira possível mediante a interpretação da prática social e jurídica de uma comunidade específica. Como sustenta Guest (2010, p. 7), “a teoria do direito de Dworkin é que a natureza da argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes”.

No entanto, conforme ressaltam Freitas e Colombo (2017), não se trata de atribuir ao juiz uma função criativa, na forma discricionária defendida por Hart, onde o julgador escolhe livremente entre várias decisões possíveis, mas que o julgador seja capaz de descobrir, a partir da história institucional da prática jurídica de sua comunidade⁴⁹, a interpretação moral que melhor reflita a intenção do ordenamento ou aquela que possa fazer da prática judicial a melhor possível, de modo a garantir uma solução consistente e adequada.

⁴⁹ Conforme Silva (2013, p. 78), o processo interpretativo decisório, norteador pela prática jurídica de uma comunidade deve considerar tudo o que lhe for pertinente, como: “a Constituição e as leis infraconstitucionais, enquanto elementos legislativos; os precedentes, enquanto direito costumeiro (*common law*); bem como a moralidade política, enquanto elemento moral de seu juízo”.

E isso só é possível, conforme Dworkin (2001), mediante uma interpretação construtiva, que rejeite tanto o objetivismo positivista, como também seja capaz de contornar a subjetividade do intérprete, buscando, através de um conjunto de princípios, a construção do Direito como integridade⁵⁰. Assim, no âmbito do julgamento de questões jurídicas complexas, em especial os casos difíceis, espera que os juízes se empenhem na atividade interpretativa, de modo a construir a única resposta correta – a mais justa – para cada caso (Dworkin, 2001).

Após essas considerações iniciais sobre a teoria do direito de Dworkin, ressaltando a sua interconexão com a moralidade, passa-se a aprofundar a teoria da decisão judicial de uma maneira mais pragmática a partir da análise da interação entre regras, princípios e diretrizes políticas e da necessária distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política.

2.1 Os princípios como padrões normativos: a necessária distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política

Conforme destaca Simioni (2011), até a época de Kelsen e Hart, a ideia de realizar uma leitura moral das normas jurídicas era praticamente impensável. Falava-se de princípios gerais de direitos, mas estes eram vistos apenas como mera técnica de integração de lacunas deixadas pelas normas jurídicas, as quais constituíam o campo do direito positivo. A compreensão predominante era de que o direito se resumia a uma questão de existência ou não de textos jurídicos.

No entanto, como enfatizado anteriormente, ao contrário da perspectiva positivista de Hart, que concebe o direito como um sistema baseado exclusivamente em regras, eventualmente incompleto e lacunoso, Dworkin (2002) sustenta a ideia de que não há incompletude no direito em si. Mesmos nos casos de maior complexidade (*hard cases*), o autor argumenta que é possível chegar a uma solução por meio da aplicação de outros padrões normativos diversos das regras, tais como os princípios jurídicos e as diretrizes políticas.

Os impactos da distinção promovida por Dworkin entre regras e princípios é notória diante da influência que exerce não apenas sobre os teóricos da vertente substancialista do

⁵⁰ Contrapondo-se ao convencionalismo e ao pragmatismo jurídico, Dworkin (2001, p. 272), elabora a sua concepção de direito como integridade, na qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Ademais, o direito como integridade “é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração” (Dworkin, 2001, p. 273).

pensamento jurídico atual, denominado de pós-positivismo jurídico⁵¹, mas também em relação a outros autores que adotam em suas teorias a perspectiva procedimentalista. Um exemplo notável é o procedimentalista Robert Alexy, que, também acolhe a distinção entre regras e princípios, embora a faça sob uma perspectiva consideravelmente distinta (Simioni, 2011).

Nesse sentido, é importante registrar que a teoria de Alexy é uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, a qual identifica tanto as regras como os princípios como espécies de normas jurídicas que visam prever e proteger um direito fundamental (Brandão, 2020). Princípios, para Dworkin (2002), por sua vez, correspondem a padrões externos ao direito positivo que tem o seu *locus* nas práticas sociais de uma comunidade e permitem chegar a uma interpretação adequada e justificada de um caso concreto, sem que se constituam uma espécie de norma jurídica.

Nesse contexto, embora a diferença que mais se alinhe aos interesses deste artigo não seja aquela entre regras e princípios, convém apresentar os principais elementos característicos dessa distinção, conforme a teoria dworkiana. Ressalta-se, de início, que Dworkin (2002) frequentemente emprega o termo princípio de forma genérica para indicar todo o conjunto de padrões (princípios morais, diretrizes políticas etc.), que não sejam regras. A utilização precisa do termo somente é empregada quando estabelece a distinção entre princípios e políticas (Dworkin, 2002). Assim, segundo Dworkin (2002), a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Para o autor ambos os padrões “apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem” (Dworkin, 2002, p. 39).

Nesse sentido, enquanto as regras são concebidas como normas do direito positivo e se aplicam por uma questão de tudo ou nada, sem possibilidade de gradações – isto é, diante de um caso concreto, ou se aplicam ou não se aplicam, contribuindo ou não para a construção da decisão judicial, sem margem para meio-termo -, os princípios abrangem os demais padrões que não se enquadram como regras, de modo que o seu âmbito de aplicação não é determinado previamente, mas encontra-se sujeito a considerações de adequação e coerência.

Outra diferença característica apontada entre as categorias refere-se à dimensão de peso ou importância. As regras estão situadas no domínio da validade, de modo que havendo

⁵¹ Conforme Simioni (2011), a doutrina do Pós-positivismo jurídico divide-se em duas grandes perspectivas teóricas: a procedimentalista e a substancialista. Enquanto a primeira nega a existência de valores éticos ou princípios morais passíveis de universalização, a segunda, defende não apenas a possibilidade, mas também a necessidade de examinar adequadamente a sua existência.

o conflito entre elas, apenas uma será aplicada ao caso concreto, seguindo os critérios clássicos de resolução de antinomias: cronológico, hierárquico ou da especialidade. Não é possível afirmar que uma regra é mais ou menos importante na sua aplicação prática.

Por outro lado, os princípios possuem a mencionada dimensão de peso ou importância. Assim, em uma situação de colisão entre princípios, é necessário considerar “a força relativa de cada um” (Dworkin, 2002, p. 42) de acordo com as nuances do caso concreto, de modo a determinar qual deles prevalecerá. Ademais, ao contrário das regras, isso não implica na exclusão do outro, que, em situações diversas poderá se sobrepor.

É relevante destacar, ainda, a observação feita por Dworkin (2002, p. 46) no sentido de que, embora tanto as regras como os princípios sejam reconhecidos como padrões normativos, estes últimos “parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda a sua força, nas questões judiciais difíceis”, ou seja, naqueles casos que não é possível chegar a uma solução tranquila por meio do direito positivo.

Ainda dentro do estudo do padrão dos princípios, outra clara distinção estabelecida por Dworkin e que serve de base fundamental para a análise da presente pesquisa, diz respeito à diferença entre princípios, em sentido estrito, e diretrizes políticas. Dworkin (2002, p. 36) denomina princípios como

(...) um padrão que deve ser observado, não porque é uma exigência de justiça econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

Já a política, seria

(...) aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas (Dworkin, 2002, p. 36).

De modo a tornar mais clara essa distinção, ele apresenta dois exemplos práticos, aduzindo que “o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política”, já “o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio” (Dworkin, 2002, p. 36). Com base nessa diferença, Dworkin (2002) sustenta que uma decisão judicial tanto pode ser justificada a partir de argumentos de princípios quanto com base em argumentos de política (*policy*). A distinção, segundo ele, encontra-se no objetivo que se pretende promover ou proteger por meio da decisão judicial.

Enquanto os argumentos de política visam à realização de algum objetivo geral da comunidade, de modo a promover melhorias no âmbito político, econômico ou social, os argumentos de princípio implicam a proteção de um direito individual ou de um grupo específico, em decorrência de alguma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Em suma, para Dworkin (2002, p. 141), “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.

Defende, no entanto, que os juízes devem pautar os seus julgamentos em argumentos de princípios, nunca em argumentos de política, uma vez que “não deveriam ser e não são legisladores delegados” (Dworkin, 2002, p. 129). Além disso, destaca que apenas aqueles que não consideram a mencionada distinção em sua teoria cometem o equívoco de afirmar que, ao julgar um caso difícil, o juiz estaria legislando.

No Brasil, as decisões judiciais que determinam a prestação de assistência médica e/ou farmacêutica muitas vezes são construídas sobre casos difíceis, o que suscita debates sobre a atuação do Poder Judiciário, se, na busca de se fazer “justiça” a qualquer custo, está, na verdade, assumindo uma atividade típica do Estado-administração.

Desse modo, face ao papel desempenhado pelos juízes neste mister, convém analisar, à luz da distinção operada por Dworkin, qual a natureza dos argumentos (se de princípios ou de políticas) utilizados pelos magistrados para garantir concretude a esse direito fundamental, o que será feito na próxima seção.

3 O DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL À SAÚDE E A SUA IMPLEMENTAÇÃO ATRAVÉS DA INTERVENÇÃO JUDICIAL: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO OU DE POLÍTICA?

De início, cumpre destacar que o termo saúde é conceituado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”, não se resumindo a “ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946). Embora elaborada há mais de meio século, em meio aos reclamos que sucederam à segunda grande guerra, a aludida definição carrega em si, além de um caráter histórico-ideológico, a ideia de uma vida plena, sem privações em seus aspectos físico, mental e social (Cavalcanti, 2021).

Apesar da existência de severas críticas a essa conceituação, principalmente em razão de sua notória abrangência e inquestionável caráter utópico, foi esse o conceito que orientou a

construção do direito à saúde em nossa Carta Magna, além de constituir referência para a legislação infraconstitucional que estrutura o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se infere da leitura do art. 3º, da Lei 8.080/90 (Silva, 2021).

No Brasil, é a partir da Constituição Federal de 1988 que a saúde adquire o *status* de direito fundamental, conforme previsão expressa no *caput*, do seu artigo 6º. Antes da promulgação da atual Constituição, os serviços e ações de saúde eram restritos a determinados grupos, em regra, àqueles que poderiam pagar pelo tratamento ou que contribuíam com a Previdência Social. Com a Constituição Cidadã, o acesso passou a ser universal e igualitário, de modo que não deve existir distinção entre grupos ou serviços prestados.

Ademais, ao impor ao Estado o dever de garantir a sua concretização, a Constituição Federal representou um marco histórico na proteção da saúde. Essa proteção deve ser assegurada tanto por meio de uma abordagem defensiva, através do estabelecimento de normas sancionatórias (penais e sanitárias), como por uma perspectiva prestacional, mediante assistência médica e/ou farmacêutica que dê ênfase à sua promoção (Sarlet, 2014).

É importante destacar que a fundamentalidade do direito à saúde não se resume apenas ao seu aspecto formal, decorrente da expressa previsão na Constituição, no Título II, que trata “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”. É também reconhecida sob uma perspectiva material, por constituir-se como pressuposto essencial para que tantos outros direitos igualmente fundamentais, a exemplo do direito à vida - e vida com dignidade -, sejam efetivamente assegurados (Sarlet, 2007).

Não obstante a especial proteção, a realidade brasileira demonstra um certo descompasso com as diretrizes constitucionais vigentes, evidenciado pela desídia do poder público em assegurar o direito à saúde aos seus cidadãos. Essa omissão se manifesta tanto através do Poder Legislativo, quando, exemplificativamente, deixa de estabelecer adequadamente as políticas públicas de saúde, quanto por meio do Poder Executivo, quando, por exemplo, deixa de manter em suas farmácias básicas medicamentos em quantidade necessária ao atendimento da população (Silva, 2021).

Nesse contexto, despontam demandas no âmbito do Poder Judiciário a pleitear os mais variados serviços e ações de saúde, fenômeno que ficou conhecido na doutrina como judicialização da saúde. Dentre as demandas mais frequentemente levadas ao Poder Judiciário destacam-se questões relacionadas ao fornecimento de medicamentos e a pedidos de tratamento médico-hospitalar.

Cumprir destacar, no entanto, no tocante à forma como esse direito deve ser exequível, que o mesmo legislador constituinte determinou que a saúde seja garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à sua promoção, prestação e recuperação (CF, art. 196), categorizando-a dentro dos chamados direitos sociais. Tais grupos de direito caracterizam-se, no geral, por exigir, para a sua concretização, de prestações materiais a serem institucionalizadas pelo Estado.

Nesse sentido, questão que se coloca é saber em qual padrão normativo a efetividade do direito à saúde se enquadraria dentro da distinção operada por Dworkin, ou seja, se a intervenção judicial demandaria a análise de um princípio em sentido estrito ou de uma diretriz política.

A esse respeito, Moreira (2012) menciona que, embora a Constituição Federal de 1988 reconheça aos direitos sociais, neles incluído o direito à saúde, uma carga normativa mais densa que aquela conferida por Dworkin, uma vez que, como direito fundamental positivado gozam de aplicação imediata (CF, art. 5º, §1º), além de estarem protegidos pelas cláusulas pétreas, os direitos sociais em geral, se estruturam na forma de *policies*, no sentido empregado por Dworkin.

Assim, para o autor, não parece apropriado tratar o direito à saúde como se fosse princípio jurídico em sentido estrito, ou, de forma mais drástica, como regra jurídica, uma vez que “a sua consecução envolve a adoção de meios, admite a atuação infraconstitucional e administrativa para a instituição de políticas que cumpram a finalidade proposta”, de modo que seria melhor compreendido como um “direito subjetivo à política pública” (Moreira, 2012, p. 272 e 277).

No entanto, apesar de sustentar esse arranjo teórico, Moreira (2012) reconhece que isso não exclui o caráter normativo do direito à saúde. Como bem destacado pelo professor, o legislador constituinte conferiu a esse direito carga normativa mais forte do que aquela atribuída por Dworkin à concepção de diretriz política, não constituindo a saúde, portanto, meramente uma meta, mas um direito fundamental com aplicabilidade imediata e garantia de justiciabilidade em caso de ameaça ou violação (Moreira, 2012).

Nessa mesma perspectiva, argumenta Mapelli Júnior (2017) que a possibilidade de controle judicial das políticas públicas de saúde – ou seja, ações governamentais voltadas a garantir efetividade ao aludido direito fundamental, passou a ser vista com uma certa naturalidade por juízes e tribunais, o que, para Barroso (2009), estaria atrelado à evolução da

doutrina brasileira da efetividade, que nos últimos anos passou a reconhecer aplicabilidade direta e imediata aos dispositivos constitucionais, mesmo quando tratam de direitos sociais, por recusar que essas normas sejam vistas apenas como meros programas a serem perseguidos pelo poder público, deixando o cidadão à mercê da vontade estatal.

Assim, o direito à saúde, na condição de direito a prestações materiais, passou a ser reconhecido pela jurisprudência e doutrina pátrias como verdadeira posição jurídica subjetiva oponível pelo indivíduo em relação ao Estado, seja na hipótese de risco de morte ou mesmo naquelas em que se busca garantir a ideia do mínimo existencial, isto é, o conteúdo mínimo para uma vida com dignidade e qualidade (Sarlet, 2014).

Desse modo, retomando a indagação proposta no título desta seção, é possível afirmar que o direito fundamental à saúde se encontra abrangido, em uma percepção mais imediata, por princípios em sentido estrito, conforme a concepção adotada por Dworkin. Isso decorre do próprio sistema normativo integrado por princípios e regras incorporado pela Constituição de 1988, sendo o princípio da dignidade humana, sem dúvidas, o seu principal vetor interpretativo.

3.1 Análise da aplicação da distinção estabelecida por Dworkin em casos envolvendo matéria de saúde

Como enfatizado anteriormente, a distinção proposta por Dworkin entre argumentos de princípios e argumentos de política tem seu âmbito de aplicação dirigido principalmente para os chamados casos difíceis, ou seja, aquelas situações práticas em que os operadores do Direito não encontram uma solução clara a partir de normas presentes no ordenamento jurídico (regras ou precedentes). Ademais, argumentos de princípio constituiriam um ideal mais nobre do que os de política, de modo que devem ser priorizados pela decisão judicial (Dworkin, 2002).

Casos concretos da área da saúde bem denotam a relevância dessa distinção por nem sempre encontrarem uma resposta tranquila no ordenamento jurídico, seja pela ausência de regulamentação apropriada no campo das regras, como ocorre nos casos de pedido de fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, seja por envolver a colisão entre diferentes valores constitucionais. Nesse último caso, pode-se

mencionar os pedidos voltados para tratamentos médicos cujo alto custo sobrecarrega sobremaneira o orçamento do ente demandado, interferindo em interesses coletivos.

No âmbito da jurisprudência pátria, colhe-se como exemplo dessa aplicação parte da fundamentação da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito do Recurso Especial n.º 948.944/SP⁵², em que se discutiu, em ação civil pública ajuizada em conjunto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, o direito de uma criança acometida por doença grave ao fornecimento de um medicamento específico. Na ocasião, foi ressaltado que

(...) No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. *Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como “hard case” (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais stricto sensu – direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller). Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. (destaques nossos)*

Apesar de o recorte apresentado fundamentar-se igualmente em uma situação de colisão entre princípios que se resolveria a partir da aplicação do método de ponderação definido por Alexy, destaca-se da transcrição a expressa referência feita pelo STJ à distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio proposta por Dworkin, além de determinar que a decisão no caso concreto deve observar argumentos de princípios, denotando a aplicação da teoria do filósofo do direito norte-americano no âmbito da jurisprudência brasileira na análise dos casos difíceis envolvendo saúde.

No mesmo sentido, ressaltando que as decisões relacionadas a direitos individuais de saúde não se confundem com a implementação de políticas públicas, ou seja, não encontram seu fundamento em argumentos de política, mas sim de princípios, destaca-se trecho da fundamentação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso

⁵² REsp n. 948.944/SP, relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22/4/2008, DJe de 21/5/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: dez. 2023.

Extraordinário n.º 429903⁵³, que tratou da obrigatoriedade de a Administração Pública manter quantidade mínima de determinado medicamento em estoque:

(...) Enfatize-se que o Poder Judiciário não está determinando as metas nem prioridades da Administração Pública, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas, o que se está a fazer é, sob a ótica da Administração, um efetivo controle da legitimidade de seus atos, o que se afigura perfeitamente possível quando tais atos desbordam os lindes do razoável, alcançando o universo do arbítrio. Some-se, a isso, a percepção do tema na seara da pretensão deduzida nestes autos e de seus beneficiários, que está a revelar um direito subjetivo inerente à própria dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde, que, uma vez violado, não pode ficar à margem da jurisdição. (destaques nossos)

Dessa forma, percebe-se que, em consonância com a distinção proposta por Dworkin, as decisões judiciais analisadas não têm por objetivo maior o bem-estar da comunidade como um todo, através de argumentos fundado em políticas. Ao contrário, diante das dificuldades inerentes aos casos, em que há notória colisão de valores, buscam justificar direitos individuais a partir de argumentos baseados em princípios morais, buscando sempre a melhor resposta possível a ser aplicada, ou, conforme Dworkin, a resposta correta do direito.

Importante frisar, conforme adverte Simioni (2011), que uma decisão baseada em princípios morais não quer dizer que esteja fundamentada nas convicções pessoais de cada julgador, mas, sim, em uma questão muito maior e mais profunda representada pelas convicções de moralidade política de uma determinada comunidade, a ponto, inclusive, de justificar decisões contrárias aos interesses da maioria.

Assim, tomando os princípios como guia dos atos de interpretação do direito, sobretudo nos casos difíceis, impõe-se ao juiz não inventar uma solução para o caso concreto naquelas circunstâncias em que a lei não prevê uma decisão clara, como sugere Hart, mas descobrir, a partir da análise do conjunto de princípios que dão sustentação àquele caso, o direito das partes dentro do processo judicial. Nesse sentido, em interessante análise de decisões judiciais envolvendo o direito à saúde à luz da teoria de Dworkin, Santos (2008, p. 51) conclui que

Ao propor uma mudança de postura dos aplicadores do direito, fazendo com que entendam o direito como um sistema complexo integrado por diversos princípios que, não raro, se encontram em situação de conflito, Dworkin incentiva a atividade interpretativa, para que o juiz busque a única resposta correta para o caso: a melhor

⁵³ (RE 429903, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 25-06-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13-08-2014 PUBLIC 14-08-2014). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6511667>. Acesso em: dez. 2023

possível. Agindo dessa maneira, os juízes não se limitam à mera subsunção de regras, ao mesmo tempo em que não invadem a seara de atuação dos órgãos de deliberação política. Realizam, isso sim, o importante papel de aplicação do direito.

Apesar disso, é preciso reconhecer, conforme sustenta Simioni (2011), que “com frequência, os juízes apresentam argumentos de princípios equivocados”, o que, todavia, não desmerece os ganhos para o direito. Assim, “mesmo que os direitos e as obrigações dos cidadãos não sejam claros, pelo menos eles são encorajados a supor que todos têm direitos e obrigações, que merecem ser reconhecidos pelos tribunais” (Simioni, 2011, p. 212).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, percebe-se que a teoria de Dworkin, especialmente a distinção estabelecida entre argumentos de princípio e argumentos de política, é perfeitamente aplicável ao contexto jurídico brasileiro, notadamente nas demandas em que se discute a efetivação do direito à saúde, tanto que observada, de forma direta ou indireta, na fundamentação de decisões proferidas pelas Cortes Superiores acerca da matéria.

Isso porque o fenômeno da judicialização da saúde, sem dúvida, se classifica dentro daqueles casos difíceis conceptualizados pela teoria dworkiana, visto que, na maioria das vezes, os conflitos encontrados não possuem uma solução clara baseada na lei, necessitando recorrer a outros padrões normativos (princípios, política etc.) para garantir uma resposta adequada e coerente ao caso concreto.

Desse modo, para evitar uma atividade interpretativa criativa, por meio da qual o juiz, de forma discricionária, escolha a solução que reputa mais adequada, bem como garantir que essa mesma decisão respeite os limites da atividade jurisdicional, enaltecendo os princípios da democracia, é essencial que essa justificação esteja pautada em argumentos de princípios, jamais em argumentos de política.

Para Dworkin, os argumentos de política visam à proteção de algum objetivo coletivo, que busque a promoção de uma melhoria no bem-estar geral da comunidade. Essas decisões devem ser tomadas no âmbito do processo político pelo Estado-administração. Por outro lado, os argumentos de princípio privilegiam direitos individuais, que devem protegidos em razão de alguma exigência de justiça, equidade, devido processo legal ou qualquer outra dimensão de moralidade.

Não se pode olvidar o fato de que a saúde, como direito fundamental explicitamente consagrado, goza de especial proteção em nosso ordenamento constitucional. No entanto, isso não deve ser visto como uma licença irrestrita para uma efetivação desmedida pelos tribunais, como se regra jurídica fosse. A natureza de direito social, sujeito a limitações de ordem econômica, implica ponderar os impactos da decisão sobre as necessidades coletivas, o que não contradiz, de modo absoluto, a teoria de Dworkin.

Além disso, é necessário reconhecer o equívoco de alguns magistrados no uso dos argumentos de princípio ao julgarem casos difíceis relacionados à saúde, resultando em decisões completamente divergentes para situações idênticas.

Em última análise, pode-se afirmar que, embora não se defenda uma atuação abrangente do Poder Judiciário em demandas de saúde, priorizando a ação do Estado-administração na promoção de políticas sociais e econômicas que garantam o acesso universal e igualitário para todos, não se pode afastar da análise do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a esse direito fundamental. Portanto, aos magistrados cabe, ao deparar-se com casos difíceis, basear-se em argumentos de princípio, assegurando, assim, legitimidade democrática às suas decisões.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a ação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 29-60, jan. a mar. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf Acesso em: 01 dez. 2023.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Normas de Direitos Fundamentais**: um estudo sobre o nível das regras. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

CAVALCANTI, Marcos Ricardo Herszon. **Direito à saúde e judicialização**: a necessidade de reconstruir consensos ante os avanços científicos e orçamento público. 1. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. [E-book]. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/189735/epub/9?code=0h0qhc3LWHguhd/E18iIA3E/kssBRDGwkigr2I+OAUz4RMWgqZRT/ez9IgguaiGgY9lwTQ6RpzAkS1Sh3ASmGw==>. Acesso em: 05 nov. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREITAS, Valdimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. **Revista Direito e Liberdade**. Rio Grande do Norte, v. 19, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.01.11.pdf Acesso em: 25 nov. 2023.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. **Judicialização da Saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na Administração Pública**. 1. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017. [E-book]. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/168911/pdf/134?code=6ny8YrUIntemv7n6orX24/ifnh5ozb0rJbysFEBU851KO/Q/S3QO8UNEwxcfBr5IJHFKE1st+I+EpKibeBPQaQ==>. Acesso em: 05 nov. 2023.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Entre princípios e políticas (policies): breve análise sobre a aplicação do direito à saúde à luz das ideias de Ronald Dworkin**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2ff385c6e75c56b7> Acesso em: 03 dez. 2023.

SANTOS, Débora Marques de Azevedo dos Santos. **Levando a sério o direito fundamental à saúde: uma análise das reivindicações individuais de fornecimento de medicamentos, à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/30950> Acesso em: 2 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n. 11, setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf Acesso em: 03 dez. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lênio Luiz (Org.). 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

SILVA, Alex Matoso. O acesso à jurisdição em face da garantia da universalidade das políticas públicas em saúde. 1. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021. [E-book]. Disponível em: < <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/189764/epub/6?code=ryH/nUdvLC/4ND>

GPgiLaH40551GQrD7tH9TQ7u95rgPPNVmwfx3kMn5qjbXotryhbAEmWK6hrwRDmpkle
XwNYQ==> Acesso em: 25 nov. 2023.

SILVA, Aline Padro. **Legitimidade e decisão:** a construção do julgamento dos casos difíceis pela teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em:
https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-31072014-163626/publico/VERS_PARCIAL_DISSERTA_AlinePradoSilva.PDF. Acesso em: 10 dez. 2023.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, V. 5, n. 1, 2011. Disponível em:
<https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/4756> Acesso em: 20 nov. 2023.

BETWEEN ARGUMENTS OF PRINCIPLE AND ARGUMENTS OF POLICY: AN ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS IN HEALTH CLAIMS IN LIGHT OF RONALD DWORKIN'S THEORY

ABSTRACT: The growing number of lawsuits seeking the most varied benefits has transferred the power to decide on important issues in the health sector to the Judiciary. From this perspective, the present research aims to explain and discuss the distinction established by Ronald Dworkin between arguments of principle and arguments of policy. To this end, initially, a brief exposition of Dworkin's theory of law is made, with emphasis on its opposition to Hart's positivist conception, notably the thesis of judicial discretion. Secondly, it is examined whether the implementation of the right to better health operates as a matter of principle or policy, highlighting that in the case of intervention by the Judiciary, arguments of principle must always be observed. This is qualitative research, carried out using a deductive method and a technical literature and document review procedure. The results demonstrate the application of the distinction proposed by Dworkin in decisions related to health in the Brazilian context, despite recognizing certain mistakes made by judges when applying the arguments of principle.

Keywords: Right to health. Public policy. Principles. Judicialization.



A POSSIBILIDADE DE DERROGAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO

Bernardo Mageste Castelar Campos

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade da suspensão temporária de direitos humanos em situações de emergência admitida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em especial, são analisadas as três hipóteses nas quais a Convenção admite a derrogação de algumas das garantias fundamentais nela previstas: os casos de “guerra”, de “perigo público” e de “outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte”. A análise é feita através do exame do texto da Convenção e de seus trabalhos preparatórios, da comparação com outros instrumentos de direitos humanos e dos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema. O artigo observa que os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos consideram a observância do sistema democrático como um requisito adicional para se determinar a legalidade da suspensão de garantias da Convenção, concluindo que este requisito busca evitar abusos na utilização do instrumento pelos países da América Latina.

Palavras-Chave: Convenção Americana de Direitos Humanos. Derrogação de Direitos Humanos. Estado de Emergência. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

- Pesquisador de Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (Itália). Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano-Bicocca em cotutela com a Université Côte dAzur (França).

1 INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção Americana) admite em seu artigo 27 a possibilidade de que seus Estados-Partes suspendam obrigações de direitos humanos nela contidas em determinadas circunstâncias. O artigo estabelece que “em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte” este poderá suspender, “na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação”, algumas das garantias previstas no instrumento (OEA, 1969a, Art. 27). O dispositivo elenca alguns direitos que não podem ser suspensos e estabelece a obrigação dos Estados de informar às outras Partes as medidas adotadas.⁵⁴

Se à primeira vista parece contraditório que um tratado de proteção dos direitos humanos permita a suspensão da aplicação de garantias nele presentes, através de uma análise mais atenta é possível perceber que esta escolha é pragmática. Ao se admitir derrogações, o tratado não só reconhece uma impossibilidade fática das Partes em cumprir integralmente todos os direitos humanos em situações excepcionais, mas também permite que o impacto negativo das medidas adotadas em tais situações seja atenuado e regulado.

Cláusulas derogatórias estão presentes em outros instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (Convenção Europeia) (CONSELHO DA EUROPA, 1950, Art. 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP ou Pacto Internacional) (ONU, 1966, Art. 4). O exercício da suspensão de direitos admitido pelos Estados-Partes de tais convenções, espécie de “*jus ad tumultum*” (CRIDDLE; FOX-DECENT, 2012), é condicionado à satisfação de certos requisitos, como a existência de situações excepcionais, a conformidade das medidas tomadas com outras obrigações do Direito Internacional, a proibição de discriminações e a proibição da suspensão de certos direitos.

O presente artigo se propõe a analisar as circunstâncias que podem justificar a declaração de uma emergência e autorizam o exercício do direito de suspensão dos direitos na Convenção Americana. A partir de uma análise comparativa do artigo 27 da Convenção Americana e dos dispositivos análogos da Convenção Europeia e do PIDCP e do

⁵⁴ Artigo 27, parágrafos 2º e 3º. Os artigos listados pelo parágrafo 2º que não podem ser suspensos são os artigos 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), incluindo “as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos”.

entendimento do tema por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), conclui-se que o artigo 27 da Convenção Americana é interpretado e aplicado de forma mais restritiva pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em função do histórico de abusos em sua aplicação no continente americano. Esta tendência é verificada na subordinação de sua aplicação à observância do “exercício efetivo da democracia representativa”, que limita a possibilidade de malversação do instrumento para fins políticos.

2 CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A SUSPENSÃO DE DIREITOS

A possibilidade de suspensão de garantias e direitos fundamentais em estados de emergência é uma estratégia adotada pelos principais instrumentos internacionais de direitos humanos como forma de garantir a aplicação de suas disposições mesmo em situações anormais. O “direito à suspensão de direitos” é uma técnica de adaptação que busca substituir a regra tradicional do Direito dos Tratados que só admite a inexecução de normas convencionais quando seu cumprimento é impossível, optando por uma visão pragmática que reconhece a impossibilidade da plena satisfação de certos direitos humanos em situações de crise, mas ao mesmo tempo impõe regras à sua decretação e condução (O’DONNELL, 1984; MCGOLDRICK, 2004; HIGGINS, 1976).

O artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos admite a suspensão de garantias pelos Estados-Partes em razão de “guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança” do Estado (OEA, 1969a, Art. 27). Às Partes, portanto, é concedida a possibilidade de suspender certas disposições da Convenção Americana em situações específicas, obedecendo aos limites impostos pela própria Convenção, por outros tratados internacionais por ele firmados e pelas normas do Direito Internacional (CtIDH, 1987, para. 18; LIMA, 2024). Na Convenção Europeia o exercício do direito de suspensão é admitido em “caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação”, desde que observados o princípio da proporcionalidade e outras obrigações do Direito Internacional (CONSELHO DA EUROPA, 1950, Art. 15(1)). O PIDCP autoriza que seus Estados-Partes suspendam obrigações decorrentes do instrumento “quando situações excepcionais ameacem a existência da nação” (ONU, 1966, Art. 4(1)).

As cláusulas derogatórias dos três principais instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos têm em comum o requisito da existência de uma situação extraordinária, que ponha em risco a segurança ou independência do Estado e não possa ser sanada com a utilização de medidas ou restrições ordinárias (O'DONNELL, 1985). Tal pressuposto, analisado a seguir, deve ser “o ponto de partida de qualquer análise jurídica sólida do artigo 27 e da função por ele exercida” (CtIDH, 1987, para. 19). Referido como Princípio da Ameaça ou da Gravidade Excepcional, tal regra estabelece que apenas situações de gravidade excepcional autorizam os Estados a decretar estados de emergência (CtIDH, 1987; ONU, 1997). As circunstâncias admitidas pela Convenção Americana para a suspensão de garantias serão examinadas separadamente nos próximos tópicos.

2.1 Suspensão em função de “guerra”

O “caso de guerra” é a primeira das três hipóteses previstas pelo artigo 27(1) que autorizam a adoção de estados de emergência. A hipótese parece distante da realidade atual do continente americano, mas em um passado recente a atividade de guerrilhas regionais e guerras fronteiriças constituíam algumas das causas mais comuns para a decretação de estados de emergência, e tal conexão entre estados de emergência e ameaças à paz e segurança internacionais explica em parte a preocupação internacional em regular tal instrumento (O'DONNELL, 1978).

O conceito clássico de guerra como “contenção entre dois ou mais Estados através de suas forças armadas com o propósito de dominação e imposição de condições de paz conforme o desejo do vencedor” (OPPENHEIM, 1912, p. 61) atualmente é considerado anacrônico, tendo-lhe substituído o conceito de “conflito armado”, de caráter internacional ou não. A adoção do novo conceito evita que a existência de um estado de guerra seja negada por um dos Estados contendores, o que em tese excluiria a aplicação do Direito Internacional Humanitário ao conflito. Na atualidade entende-se por “conflito armado” a existência de “qualquer diferença existente entre dois Estados e que leva à intervenção de forças armadas” (PICTET, 1952, p. 32). Um conflito armado de caráter não internacional é definido pelo Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 como aquele que ocorre no território de um Estado entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos

armados organizados que exerçam controle sobre uma parte de seu território e realizem operações militares contínuas e concentradas (ONU, 1977, Art. 1).

Alguns autores defendem que o artigo 27 da Convenção Americana não abarca situações de conflitos armados que não se enquadrem no conceito tradicional de “guerra”, o que impediria sua aplicação, por exemplo, a situações de guerra civil (NORRIS; REITON, 1981). No entanto, o recurso aos trabalhos preparatórios da Convenção Americana não aponta que a intenção de seus redatores de limitar o conceito à concepção formal do termo (OEA, 1969b). Além disso, a interpretação evolutiva do termo exclui essa possibilidade, especialmente considerando que o termo “guerra” é utilizado de forma genérica para se referir ao que hoje se entende por conflito armado (O’DONNELL, 1984).

O debate em relação ao uso do termo “guerra” também permeia o PIDCP. Apesar de seu artigo 4º ter se inspirado na provisão semelhante da Convenção Europeia, que também prevê a guerra como causa para a decretação do estado de sítio, o Pacto Internacional de 1966 não faz menção à guerra por tentar evitar, mesmo que por implicação, que esta possa ter previsão legal (HIGGINS, 1976). Ainda sim tal hipótese é reconhecida pelos comentários ao artigo 4º feitos pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, que ainda estabelecem a relação do dispositivo com as normas do Direito Internacional Humanitário (ONU, 2001).

No âmbito do Sistema Interamericano, a relação direta entre as normas de Direito Internacional Humanitário e a Convenção Americana foi primeiro aventada pela Comissão Interamericana no Caso 11.137 (*Juan Carlos Abella v. Argentina*) (CIDH, 1997; LIXINSKI, 2010; BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES, 2011a). Também conhecido como *La Tablada*, o caso surgiu da alegação de que a Argentina teria violado direitos de dezenas de pessoas por crimes cometidos por agentes estatais em um quartel militar na província de Buenos Aires, em 1989. Após frustrar o ataque feito por indivíduos armados contra a instalação militar, membros das forças armadas argentinas teriam torturado e executado sumariamente diversos assaltantes, mesmo após o fim do confronto. Os demandantes alegaram a violação de diversas normas do Direito Internacional Humanitário pelos agentes estatais, entre as quais a proibição do uso excessivo da força e do uso de meios ilícitos (CIDH, 1997, para. 147). A Comissão Interamericana, entendendo tratar-se de um conflito armado de caráter não internacional, concluiu que deveria aplicar ao caso o Direito Internacional Humanitário para melhor lidar com tal tipo de situação, à qual se aplicaria a

Convenção Americana mesmo que não formulada especificadamente para sua regulação (CIDH, 1997, paras. 157-171; ZEGVELD 1998).

Apesar disso, a Corte Interamericana só admitiu a aplicação do Direito Internacional Humanitário em relação à Convenção Americana no caso *Las Palmeras v. Colômbia*, de 2000, em que analisou a admissibilidade da denúncia feita pela Comissão Interamericana de que a Colômbia teria violado o artigo 4º (direito à vida) da Convenção Americana e o artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949 pela morte de civis em um vilarejo colombiano durante operação conduzida por suas forças de segurança (CtIDH, 2000a, para. 12). A Corte entendeu que sua competência para interpretar e aplicar a Convenção Americana também a permitiria examinar se a conduta de determinado país ao aplicar a Convenção estaria de acordo com outras normas domésticas ou internacionais (CtIDH, 2000a, paras. 32-33; BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES 2011b). Tendo em vista que a Colômbia também havia ratificado as Convenções de Genebra de 1949, os magistrados entenderam que disposições relevantes destes instrumentos poderiam ser utilizadas como elementos de interpretação da própria Convenção Americana (CtIDH, 2000a, paras. 32-33). Conforme ressaltou posteriormente no caso *Bámaca Velásquez v. Guatemala*,

Apesar de a Corte carecer de competência para declarar que um Estado é internacionalmente responsável pela violação de tratados internacionais que não lhe atribuem tal competência, pode-se observar que certos atos e omissões que violam os direitos humanos de acordo com os tratados que lhe compete aplicar infringem também outros instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana, como as Convenções de Genebra de 1949 e, em particular, o artigo 3º comum a elas (CtIDH, 2000b, paras. 208-209).

A adequada caracterização de uma situação de modo a diferenciar conflitos armados internos de situações de tensões ou distúrbios internos é importante para se determinar a aplicação ou não do Direito Internacional Humanitário (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES 2011a). Conflitos armados de caráter não internacional são regulados pelo artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 e por seu Protocolo II de 1977. Tais disposições, no entanto, não se aplicam a situações de tensões e distúrbios internos, como motins, atos esporádicos e isolados de violência e outros atos análogos que não se caracterizam como conflitos armados (ONU, 1977, Art. 1(2)), tais como manifestações violentas em grande escala, revoltas estudantis ou assassinatos de funcionários públicos por questões políticas (CIDH, 1997, para. 154). Todavia, estes podem ser caracterizados nas

outras duas hipóteses que autorizam a decretação de estados de emergência (os casos de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, analisados na sequência). Apesar de não ter realizado tal diferenciação, a Corte Interamericana já reconheceu a existência de conflitos armados internos na Colômbia (CtIDH, 2005a), na Guatemala (CtIDH, 2000b), em El Salvador (CtIDH, 2011), na Nicarágua (CtIDH, 2004a), no Suriname (CtIDH, 2005b) e no Peru (CtIDH, 2004b).

2.2 Suspensão em função de “perigo público”

A hipótese de “suspensão em função de perigo público” do artigo 27(1) da Convenção Americana também é prevista na Convenção Europeia e no PIDCP, apesar de haver certa confusão terminológica entre as versões em português, espanhol, francês e inglês destes instrumentos⁵⁵. Originalmente a hipótese não estava prevista no estudo realizado pela Comissão Interamericana sobre Estados de Sítio e a Proteção dos Direitos Humanos nos Estados Americanos de 1968 (OEA 1968b), e sua inclusão no texto da Convenção Americana surgiu a partir da sugestão feita pelo representante de El Salvador de se incluir “outras calamidades públicas” no texto do artigo, para que “uma situação que não fosse necessariamente de ameaça à segurança interna ou externa, mas que possa ocorrer” fosse prevista pelo instrumento (OEA 1969b, p. 264).

A hipótese de perigo público parece abarcar situações de desastre público, calamidade e catástrofes, eventos que podem interromper a vida da nação e requerem medidas especiais de enfrentamento pelo Estado (NORRIS; REITON, 1981). Tal visão é compatível com o PIDCP, em cujos trabalhos preparatórios registra-se a preocupação de que o termo “situações excepcionais” seria restritivo demais e não cobriria desastres naturais, que “quase sempre” justificariam a derrogação de direitos por parte de um Estado (ONU, 1955, p. 66; ONU, 2001, para. 3).

⁵⁵ As versões em português, espanhol e francês da Convenção Americana utilizam termos equivalentes idênticos em suas versões da Convenção Europeia (“*perigo público*”, “*peligro público*” e “*danger public*”, respectivamente). As versões em inglês das duas Convenções utilizam os termos “*public emergency*” e “*public danger*” como sinônimos. No PIDCP, que tem como versões autênticas os textos em espanhol, francês e inglês (art. 53), os termos utilizados são respectivamente “*situaciones excepcionales*”, “*danger public exceptionel*” e “*public emergency*”. Até mesmo as versões em português do PIDCP adotadas no Brasil e em Portugal diferem, tendo este adotado o termo “situações excepcionais” e aquele, “emergência pública”. Tendo em vista a equivalência das normas em todas as versões, neste artigo os termos serão utilizados como sinônimos.

O conceito de “desastre” adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) em seu Projeto de Artigos sobre a Proteção de Pessoas em Caso de Desastres de 2016 parece se adequar às hipóteses de circunstâncias excepcionais do artigo 27 da Convenção Americana. O termo é conceituado pela CDI como:

um evento calamitoso ou série de eventos resultando em perda generalizada de vidas, grande sofrimento humano e perigo extremo, deslocamentos em massa ou danos materiais ou ambientais em larga escala, *perturbando seriamente o funcionamento da sociedade*. (ONU, 2016, Art. 3(a)).

Apesar de listar como exemplos de desastres a ocorrência de terremotos, tsunamis, secas, aumento do nível do mar, alagamentos e deslocamentos de terra, a CDI esclarece que seu conceito independe do agente causador do evento, se de origem natural ou humana (ONU, 2016, p. 6).

2.3 Suspensão em função de “outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte”

A terceira e última hipótese do artigo 27(1) que autoriza a decretação de estados de emergência é a ocorrência de “outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte”. A utilização de conceitos imprecisos foi uma estratégia adotada pelos elaboradores da Convenção Americana para superar a dificuldade em se identificar as circunstâncias excepcionais que poderiam legitimamente possibilitar a derrogação de direitos pelos Estados, conforme destacam Burgorgue-Larsen e Úbeda de Torres (2011a, p. 170). As autoras apontam que as hipóteses de “guerra” e “perigo público” na verdade são subcategorias de “outra emergência”, tendo em vista o termo geral desta, que as englobaria.

Apesar de inspirada na Convenção Europeia, que prevê como hipótese geral a ocorrência de “outro perigo público que ameace a vida da nação”, a Convenção Americana optou por utilizar o termo “que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte” por motivos não totalmente esclarecidos, apesar do estudo realizado pela Comissão Interamericana em 1968 sobre estados de emergência adotar linguagem semelhante à prevista no instrumento europeu (OEA, 1968). Não obstante, os conceitos dos termos utilizados nos textos de ambos os instrumentos podem ser considerados equivalentes (O’DONNELL, 1984).

O estudo de 1968 da Comissão Interamericana sobre a relação entre estados de sítio e direitos humanos sugere que o termo “segurança do Estado-Parte”, encontrado em algumas constituições americanas cobriria “apenas casos sérios nos quais a integridade ou existência dos três elementos constitutivos do estado – pessoas, território, e ordem jurídica – estão ameaçados” (NORRIS; REITON, 1981). Daniel Hugo Martins, Relator Especial do estudo, entende que a expressão se referiria às situações de “perigo real e iminente à existência do país como nação, à sobrevivência do estado como entidade política soberana e independente, à integridade do território, ao respeito à constituição política em vigor, à existência de poderes legítimos pelas autoridades constitucionais” (NORRIS; REITON, 1981, p. 193; CIDH, 1983, para. 12). Já o termo “independência” se relacionaria com a sobrevivência do Estado como uma entidade soberana e politicamente independente (NORRIS; REITON, 1981).

Segundo Grossman, o termo geral do artigo 27 deixa claro que uma situação de crise deve satisfazer ao menos três requisitos para que constitua causa legítima para a derrogação de direitos da Convenção Americana. O primeiro requisito apontado é aquele que requer que a causa deva ser um *evento real ou iminente* (GROSSMAN, 1986, p. 42). Para a Comissão Interamericana, medidas de exceção só são admitidas contra “ameaças reais à ordem pública ou à segurança do Estado” (CIDH, 1981), sendo que uma ameaça só será considerada real quando existir no país “uma situação extremamente grave” (CIDH, 2000c, para. 34). Tal requisito evita a adoção de “estados de emergência preventivos” ou “*de facto*”, que são proclamados ou mantidos mesmo após o fim das causas que deram ensejo à sua decretação e que subsistem com propósitos políticos que desvirtuam o instrumento (O’DONNELL, 1985; O’DONNELL, 1978).

Em seu Relatório Anual de 1980-1981, a Comissão Interamericana notou a ocorrência de estados de emergência que “foram promulgados sem que as circunstâncias os justifiquem, como um simples meio de aumentar a discricionariedade do exercício do poder público” (CIDH, 1981, cap. 5). Na América Latina a malversação dos estados de emergência visando ocultar golpes de estado e regimes autoritários nos anos 1970 e 1980 estava intimamente ligada às chamadas “doutrinas de segurança nacional”, que consideravam oponentes políticos ou ideológicos como “inimigos” contra os quais seria necessário travar uma “guerra interna” (BURGORGUE-LARSEN; ÚBEDA DE TORRES 2011a; QUIROGA 1988; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1983), o que se observou no Brasil

(CtIDH, 2010), no Chile (ONU, 1979), na Colômbia (INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1983), no Uruguai (CIDH, 1974) e no Paraguai (CIDH 1987), entre outros Estados.

O segundo requisito apontado por Grossman é que a situação deva ser de gravidade excepcional, a ponto de *ameaçar a independência ou segurança do Estado* (1986, p. 42). A aplicação do Princípio da Ameaça Excepcional à Convenção Americana foi analisado pela Corte Interamericana em sua Opinião Consultiva sobre o *Habeas Corpus* em Situações de Emergência (CtIDH, 1987, para. 19). Tal requisito limita diretamente a primeira hipótese que permite que Estados decretem estados de emergência, a situação de guerra. O estudo da Comissão Interamericana de 1968 já afirmava que a mera existência de uma guerra declarada ou ataque estrangeiro não seriam suficientes para justificar a suspensão de direitos humanos, o que só seria admitido em circunstâncias extremas (NORRIS; REITON, 1981; CIDH, 1983, para. 5). O mesmo entendimento é esposado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, que entende que “nem todo distúrbio ou catástrofe constituem uma situação excepcional que ameace a vida da nação” e que o artigo 4º(1) do PIDCP requer que “mesmo durante um conflito armado as disposições que suspendam a aplicação do Pacto só serão permitidas na medida em que a situação constitua um perigo para a existência da nação” (ONU, 2001, para. 3).

Comparando o texto das cláusulas de derrogação da Convenção Americana, do PIDCP e da Convenção Europeia, Buergenthal observa que “a Convenção Europeia e o Pacto preveem emergências de maior magnitude do que aquela prevista na Convenção Americana”, em especial por não haver referência ao requisito de ameaça à “vida” ou “existência” da nação no tratado americano (BUERGENTHAL, 1981, p. 165). Mas tanto Grossman quanto O’Donnell discordam que a Convenção Americana permite a suspensão de garantias em situação de menor perigo em relação aos outros instrumentos. Para Grossman, “está claro que os critérios necessários para a declaração de situações de emergência no caso da Convenção Americana não são menos rigorosos” que aqueles previstos no Pacto Internacional (1986, p. 43). Já em relação à Convenção Europeia, O’Donnell reconhece que tal impressão pode existir à primeira vista, mas que a jurisprudência do Sistema Europeu de Direitos Humanos “sugere que as diferenças não são tão grandes como pareceria mostrar uma simples comparação” entre a redação dos artigos (1984, p. 203).

Cabe ressaltar que o próprio artigo 27(1) da Convenção Americana prevê que as disposições adotadas pelos Estados para a suspensão de direitos devem ser compatíveis com

as demais obrigações que lhe impõem o Direito Internacional. Além de normas consuetudinárias, entre as quais se encontra o rol de direitos considerados inderrogáveis pelo artigo 3º das Convenções de Genebra de 1949, incluem-se entre estas obrigações os outros tratados internacionais dos quais os Estados fazem parte, como o PIDCP, que foi ratificado por todos os Estados-Partes da Convenção Americana. Portanto, tais normas devem ser observadas em consonância com as disposições do artigo 27 da Convenção Americana.

O terceiro requisito observado por Grossman para que uma situação constitua causa legítima para a derrogação de direitos da Convenção Americana é a necessidade de que a emergência *afete a viabilidade continuada da comunidade organizada como um todo* (1986, p. 45). A Comissão Interamericana entende que a suspensão de garantias legitimada pelo artigo 27 somente pode ocorrer mediante a existência de “circunstâncias extremamente sérias” e desde que tal medida busque “preservar os direitos e liberdades que foram ameaçados pela perturbação da ordem pública e da segurança pessoal” (CIDH, 1980a, para. 4). Apesar da defesa da ordem pública não constar como circunstância que permita a derrogação de direitos pelo artigo 27 da Convenção Americana, o Relator Especial Daniel Hugo Martins entende que o termo “segurança do Estado-Parte” também incluiria a “situação de sério e iminente perigo de profunda perturbação da paz social ou da ordem pública de tal natureza que põe em perigo a segurança interna do Estado” (NORRIS; REITON, 1981, p. 193). O conceito de “ordem pública” é entendido pela Corte Interamericana como compreendendo “as condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios” (CtIDH, 1985, para. 64).

A Comissão Interamericana reconhece ainda que situações de terrorismo poderiam “presumivelmente apresentar condições nas quais os Estados-Membros podem legitimamente restringir ou derrogar certos direitos” (CIDH, 2002, para. 56). A Corte Interamericana não é explícita sobre a utilização do combate ao terrorismo como justificativa para a derrogação de direitos. Em contrapartida, a maior parte das vezes em que a Corte Europeia lidou com a derrogação de direitos da Convenção Europeia foi em relação ao terrorismo. Sua primeira manifestação neste sentido se deu no famoso caso *Lawless v. Irlanda (nº 3)* de 1961, em que o demandante, suspeito de pertencer ao IRA (*Irish Republican Army*), alegava que a Irlanda havia violado seu direito à liberdade, à um processo equitativo e à legalidade (artigos 5, 6 e 7 da Convenção Europeia) ao mantê-lo em detenção por cerca de seis meses sem ter sido levado à presença de um juiz em 1957 (CEDH, 1961). Interpretando o sentido do termo “outro perigo

público que ameace a vida da nação” do artigo 15 da Convenção Europeia, a Corte Europeia entendeu que a expressão se referia à “uma situação excepcional de crise ou emergência que afeta toda a população e constitui uma ameaça à vida organizada da comunidade da qual o Estado é composto”⁵⁶, concluindo que as ações do governo irlandês foram justificadas e que o país não havia violado qualquer obrigação da Convenção Europeia em relação aos fatos do caso (CEDH, 1961, para. 48). A Corte Europeia manteve seu posicionamento em decisões posteriores, admitindo que a ocorrência de ataques terroristas limitados a uma só região do país ou mesmo o mero risco de ataques terroristas poderiam configurar uma “ameaça à vida da nação”, ainda que a princípio não pareçam ameaçar as instituições do Estado (CEDH, 1996; CEDH, 2009).

A Comissão Interamericana considerou durante a crise do COVID-19 que “durante uma pandemia generalizada que pode afetar a vida e a saúde da população, pode ser imperativo, em determinadas circunstâncias, restringir o pleno gozo de direitos” como os direitos de reunião e liberdade de circulação (CIDH, 2020).

Grossman chama atenção para o fato de que o termo “ameaça” previsto no texto do artigo 27(1) se dirige ao Estado-Parte, e não a seu governo (1986, p. 45). Decorrência do Princípio da Ameaça Excepcional, tal requisito impede que estados de emergência sejam utilizados como meio de aumentar a discricionariedade do poder público sem que existam as circunstâncias que o justifiquem (CIDH, 1981, cap. 5). Exemplo notório de alegação de causas políticas para a decretação de estados de emergência ocorreu no *Caso Grego*, lidado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos (Comissão Europeia) em 1969. O caso surgiu em razão da alegação dos governos da Dinamarca, Noruega, Suécia e Países Baixos de que a Grécia teria violado o artigo 15 da Convenção Europeia por não ter satisfeito os requisitos previstos no artigo para a decretação de um estado de emergência. O governo grego, liderado por uma Junta de Coronéis após um golpe de estado em 1967, havia alegado que as derrogações de direitos foram motivadas por razões de “perigo comunista” e crises “do governo constitucional” e “da ordem pública” (COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS

⁵⁶ Na ocasião a Corte Europeia reconheceu a existência de um perigo público na Irlanda pela “existência de um exército armado envolvido em atividades inconstitucionais e usando a violência para atingir seus objetivos”, pelo “fato de que este exército também estava operando fora do território do Estado” e pelo “aumento constante e alarmante das atividades terroristas” no país no período entre 1956 e 1957. O’Donnell observa um “profundo abismo” entre as conclusões da Comissão Europeia no caso *Lawless* e o significado dos termos “ameaça à vida”, dado a ausência de provas de uma real interrupção da vida da nação em razão das atividades do IRA e o fato de que em 10 anos não havia se produzido nenhum disparo por razões políticas em território irlandês (1984, p. 184-185).

HUMANOS, 1967, paras. 113-120). Analisando a questão, a Comissão Europeia ampliou os requisitos estabelecidos em *Lawless*, estabelecendo que uma emergência só poderia autorizar a derrogação de direitos previstos na Convenção Europeia quando satisfizesse quatro critérios: 1) fosse atual ou iminente; 2) seus efeitos envolvessem toda a nação; 3) a continuação da vida organizada da comunidade estivessem ameaçada; e 4) a crise fosse excepcional, no sentido de que medidas normais de restrição admitidas para a manutenção da segurança pública, saúde e ordem forem claramente inadequadas. A Comissão Europeia concluiu que o governo grego não havia provado a existência de um perigo público ameaçando a vida da nação (COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1967, para. 144; HIGGINS, 1976).

2.4 Suspensão de direitos e o Estado Democrático de Direito

Como visto na seção anterior, o texto do artigo 27 da Convenção Americana parece adotar um requisito menos rígido para a suspensão de direitos em relação à Convenção Europeia e o PIDCP, admitindo tal possibilidade em situações de menor perigo. Esta maior flexibilidade parece ter facilitado o abuso e malversação da possibilidade na América Latina. Apesar de almejar a proteção dos direitos humanos em qualquer circunstância, o instrumento do estado de emergência foi por muito tempo empregado justamente de forma a possibilitar violações destes direitos na América Latina, que experimentou uma “epidemia institucional de estados de emergência” nos anos 1970 e 1980 (ONU, 1997, p. 2). Os mesmos mecanismos de poderes excepcionais formulados para possibilitar a superação de crises paradoxalmente se tornaram instrumentos de repressão da população ao serem utilizados como meio jurídico para legitimar abusos e arbitrariedades de governos antidemocráticos (GROSSMAN, 1986; ONU, 1997, p. 2).

Uma forma encontrada pelo Sistema Interamericano para reagir a tais abusos foi reconhecer a proteção da democracia representativa como um requisito adicional na avaliação da legalidade da decretação de um estado de emergência. Em sua Opinião Consultiva sobre o *Habeas Corpus* em Situações de Emergência, a Corte Interamericana entendeu que:

A suspensão de garantias pode ser, em algumas hipóteses, o único meio para atender a situações de emergência pública e preservar os valores superiores da sociedade democrática. Mas a Corte não pode ignorar o fato de que abusos podem resultar da aplicação de medidas de emergência não justificadas objetivamente à luz dos critérios que orientam o artigo 27 e dos princípios relacionados presentes em outros instrumentos internacionais relevantes. De fato, isso tem sido experimentado em

nosso hemisfério. Portanto, dado os princípios sobre os quais o Sistema Interamericano foi fundado, a Corte deve enfatizar que *a suspensão de garantias não pode ser dissociada do “exercício efetivo da democracia representativa” ao qual o artigo 3º da Carta da OEA se refere. (...) A suspensão de garantias carece de legitimidade quando utilizada com o propósito de atentar contra o sistema democrático.* (CtIDH, 1987, para. 20).

Desta maneira, o respeito ao exercício efetivo da democracia representativa é considerado um elemento preliminar de análise da legalidade da própria circunstância que possibilitaria derrogações a garantias (CIDH, 2000c, para. 25). Conforme salientado pela Corte Interamericana, a exigência de tal requisito se explica pelo fato de que o sistema democrático “estabelece limites que não podem ser transgredidos, garantindo assim que certos direitos humanos fundamentais permaneçam permanentemente protegidos” mesmo em situações de emergência (CtIDH, 1987, para. 20).

Apesar de não constar no texto do artigo 27, tal requisito foi mencionado pelo estudo de 1968 da Comissão Interamericana sobre estados de sítio, onde se concluiu que o estado de emergência só seria compatível com o regime de democracia representativa quando não implicasse na “restrição da vigência do Estado de Direito, nem das normas constitucionais, nem a alteração das competências dos Poderes do Estado ou o exercício dos poderes de polícia” (CIDH, 1968, p. 61).

Se por um lado a consideração de que o respeito ao sistema democrático deve ser considerado como um elemento adicional na análise da legalidade da instituição de um estado de emergência parece extrapolar os limites textuais do artigo 27, por outro lado o artigo admite a inclusão de critérios para sua aplicação externos à Convenção Americana. Seu parágrafo 1º estabelece que em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá suspender determinadas garantias “desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional” (OEA, 1969a, Art. 27).

Em sua Opinião Consultiva sobre o *Habeas Corpus*, a Corte Interamericana menciona expressamente a aplicação das disposições da Carta da Organização dos Estados Americanos, tratado aplicável a todos os Estados-Partes da Convenção Americana e que impõem a eles obrigações vinculantes. O Preâmbulo da Carta estabelece que “a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região”, e o “exercício efetivo da democracia representativa” é listado pelo artigo 3º como um dos princípios básicos da Organização (OEA, 1948).

A caracterização do que seria entendido por “sistema democrático” pode ser feita com base na Carta Democrática Interamericana, aprovada pela Assembleia-Geral da OEA em setembro de 2001. A Carta estabelece o direito dos povos americanos à democracia, componente tido como essencial para o desenvolvimento do continente (OEA, 2001, Art. 1), e elenca como elementos essenciais da democracia representativa o respeito aos direitos humanos e às liberdades individuais, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito e a separação e independência dos poderes públicos (OEA, 2001, Art. 3).

A Comissão Interamericana observa que o respeito pelo Estado de Direito não impede a adoção de medidas extraordinárias pelos governos (CIDH, 1980b), reconhecendo que “na defesa da ordem pública ou da segurança do Estado justifica-se plenamente a atribuição a certos órgãos do governo central de poderes extraordinários para serem exercitados com o fim de preservar as instituições democráticas ou a integridade e soberania do Estado durante o período de duração da emergência” (CIDH, 1981). A Comissão, no entanto, ressalta que o Direito Internacional cria limites precisos ao exercício de tais poderes, sendo necessário “harmonizar as necessidades da defesa da ordem institucional regularmente estabelecida com a proteção dos atributos fundamentais da personalidade” (CIDH, 1974, parte 2). A promulgação ou subsistência de estados de emergência que concedem amplos poderes ao Poder Executivo por tempo indefinido é identificada pela Comissão Interamericana como uma das maiores violações aos direitos humanos (CIDH, 1981; QUIROGA 1988).

3 CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser feitas a partir da análise realizada neste artigo. É possível perceber que a suspensão de garantias fundamentais é admitida pela Convenção Americana em situações excepcionais. Uma análise do artigo 27 da Convenção Americana e de outros instrumentos de proteção de direitos humanos demonstra que esta possibilidade só é admissível em circunstâncias excepcionais quando a restrição de direitos humanos é imperativa para a conservação do Estado que a adota.

A utilização deturpada da possibilidade de decretação de estados de emergência para justificar a violação de direitos humanos observada na prática dos Estados latino-americanos incentivou os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a considerar como critério adicional para se avaliar a legalidade de tais justificativas a observância do sistema

democrático. Este requisito adicional considerado na análise da suspensão de garantias se soma às diversas evidências da capacidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de estar atento à realidade histórica e política dos países do continente ao aplicar a Convenção Americana no exercício de sua função jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUERGENTHAL, Thomas. The American and European Conventions on Human Rights, Similarities and Differences. **American University Law Review**, Washington D.C., v. 30, p. 155-166, 1981.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. “War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 33, p. 148-174, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya. **The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CEDH. Decisão. **A and Others v. The United Kingdom**. no. 3455/05. A. e Outros v. Reino Unido. Estrasburgo, 19 de fevereiro 2009.

CEDH. Decisão. **Aksoy v. Turkey**. no. 21987/93. Aksoy v. Turquia. Estrasburgo, 18 de dezembro de 1996.

CEDH. Decisão. **Lawless v. Ireland (no. 3)**. no. 332/57. Lawless v. Irlanda. Estrasburgo, 1º de julho 1961.

CIDH. **Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981**. Washington, 16 de outubro de 1981. OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 rev. 1.

CIDH. **Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968**. Washington D.C., 1968.

CIDH. **IACHR Calls on the OAS States to Ensure That the Emergency Measures They Adopt to Address the COVID-19 Pandemic Are Compatible with Their International Obligations**, 17 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2020/076.asp>. Acesso em: 30 de março de 2024.

CIDH. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1974**. Washington, 30 de dezembro de 1974. OEA/Ser.L/V/II.34, Doc. 13 rev. 1.

CIDH. Julgamento. **Juan Carlos Abella v. Argentina**. OEA/Ser.L/II.98, doc. 6 rev. 18 nov. 1997.

CIDH. **Report on Terrorism and Human Rights**. Washington, 22 de outubro de 2002. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr.

CIDH. **Report on the situation of human rights in Argentina**. Washington, 11 de abril de 1980. OEA/Ser.L/V/II.49, Doc. 19 corr. 1.

CIDH. **Report on the situation of human rights in Paraguay**. Washington, 28 de setembro de 1987. OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 19 rev. 1.

CIDH. **Report on the situation of human rights of a segment of the Nicaraguan population of Miskito origin**. Washington, 29 de novembro de 1983. OEA/Ser.L./V.II.62, Doc. 10 rev. 3.

CIDH. **Walter Humberto Vásquez Vejarano v. Perú**, *Caso 11.166, Report 48/00*. 13 abr. 2000.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **The Greek Case, Application n. 3321/1967, Denmark v. Greece** (Report of the Sub-Commission). 24 jan. 1968.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** (1951). Disponível em: <<https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights>>. Acesso em: 30 de março de 2024.

CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, n. 1, v. 34, p. 39-87, fev. 2012.

CtIDH. **Caso “Massacre de Mapiripán” v. Colômbia**, julgamento de 15 de setembro de 2005, Série C, nº 134.

CtIDH. **Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala**, julgamento de 25 de novembro de 2000, Série C, nº 70.

CtIDH. **Caso Comunidade Moiwana v. Suriname**, julgamento de 15 de junho de 2005, Série C, nº 124.

CtIDH. **Caso Contreras et. al. v. El Salvador**, julgamento de 31 de agosto de 2011, Série C, nº 232.

CtIDH. **Caso Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil**, julgamento de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219.

CtIDH. **Caso Irmãos Gómez Paquiyauri v. Peru**, julgamento de 08 de julho de 2004, Série C, nº 110.

CtIDH. **Caso Las Palmeras v. Colômbia**, julgamento de 04 de fevereiro de 2000, Série C, nº 67.

CtIDH. **Caso Massacre de Plan de Sánchez v. Guatemala**, julgamento de 29 de abril de 2004, Série C, nº 105.

CtIDH. Opinião Consultiva. **Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights)**. OC-5/85. O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 13 de novembro de 1985.

CtIDH. Opinião Consultiva. **Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)**. OC-8/87. Habeas corpus em Situações de Emergência (Arts. 27(2), 25(1) e 7(6) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 30 de janeiro de 1987.

CtIDH. Opinião Consultiva. **Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and (8) American Convention on Human Rights)**. OC-9/87. Garantias Judiciais em Estados de Emergência (Arts. 27(2), 25 e (8) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). São José da Costa Rica, 06 de outubro de 1987.

FITZPATRICK, Joan. Protection against Abuse of the Concept of Emergency. In HENKIN, Louis; HARGROVE, John Lawrence. **Human Rights: An Agenda for the Next Century**. Studies in Transnational Legal Policy, No. 26. Washington: American Society of International Law, 1994. P. 203-228.

GROSSMAN, Claudio. A Framework for the Examination of States of Emergency under the American Convention on Human Rights. **American University Journal of International Law and Policy**, Washington, v. 1, p. 35-56, 1986.

HIGGINS, Rosalyn. Derogations under Human Rights Treaties. **British Yearbook of International Law**, Oxford, n. 1, v. 48, p. 281-319, 1976.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **States of Emergency: Their Impact on Human Rights**. Genebra: International Commission of Jurists, 1983.

LIMA, Carlos Lucas. A Corte Interamericana em Tempos de Crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, n. 1, v. 16, p. 28-42, 2024.

LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. **European Journal of International Law**, Florença, n. 3, v. 21, p. 585-604, 2010.

MCGOLDRICK, Dominic. The interface between public emergency powers and international law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, n. 2, v. 2, p. 380-430, 2004.

NORRIS, Robert; REITON, Paula Desio. The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitutions of the States Parties. **American University Law Review**, Washington D.C., v. 30, p. 189-223, 1981.

O'DONNELL, Daniel. Commentary by the Rapporteur on Derogation. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, n. 1, v. 7, p. 23-34, fev. 1985.

O'DONNELL, Daniel. Legitimidad de los Estados de Excepcion, a la luz de los instrumentos de derechos humanos. **Derecho PUCP**, Lima, v. 38, p. 165-231, 1984.

O'DONNELL, Daniel. States of Exception. **International Commission of Jurists Review**. Genebra, v. 21, p. 52-60, dez. 1978.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 30 de abril de 1948 (alterada pelo Protocolo de Buenos Aires de 27 de fevereiro de 1967, pelo Protocolo de Cartagena das Índias, de 5 de dezembro de 1985, pelo Protocolo de Washington, de 14 de dezembro de 1992 e pelo Protocolo de Manágua, de 10 de junho de 1993). Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>>. Acesso em: 30 de março de 2024.

OEA. **Carta Democrática Interamericana**, 11 de setembro de 2001. Disponível em: <https://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>. Acesso em: 30 de março de 2024.

OEA. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7-22 nov. 1969, São José da Costa Rica. **Actas y Documentos**. OEA/Ser.K/XVI/1.2. Washington D.C.: Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, 1969.

OEA. **Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica) in SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Rideel, 2017.

ONU. **General Assembly, Document A/2929: Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights**. UNGAOR, UN Doc A/2929, 1º jul. 1955.

ONU. **Human Rights Commission. Summary Record of the 128th Meeting of 11 April 1979**, CCPROR, UN Doc CCPR/C/SR.128.

ONU. **Human Rights Commission: General Comment No.29**, CCPROR, UN Doc CCPR/C/21/ Rev.1/Add.11, 2001.

ONU. **International Law Commission's Draft articles on the Protection of persons in the event of disasters, with commentaries**, 2016. Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/texts/6_3.shtml>. Acesso em: 30 de março de 2024.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** in SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de Direito Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Rideel, 2017.

ONU. Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949 (1977) in SASSÒLI, Marco; BOUVIER, Antoine A.; QUINTIN, Anne. **How Does Law Protect in War? Vol. II**. 3ª ed. Genebra: ICRC, 2011.

ONU. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. **The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees: Question of Human Rights and States of Emergency: Tenth annual report and list of States which, since 1 January 1985, have proclaimed, extended or terminated a state of emergency, presented by Mr. Leandro Despouy, Special Rapporteur appointed pursuant to Economic and Social Council Resolution 1985/37**, ECOSOC, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1997/19. 23 jun. 1997.

ONU. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. **Question of the human rights of persons subjected to any form of detention or imprisonment: Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations know as states of emergency**, ECOSOC, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1982/15.

OPPENHEIM, L. **International Law: A Treatise, vol. 2**. Londres: Longmans, Green and Co., 1912.

PICTET, Jean S. (Org.). **Commentary on The Geneva Conventions of 12 August 1949**. Genebra: ICRC, 1952.

QUIROGA, Cecilia Medina. **The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

ZEGVELD, Liesbeth. The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case. **International Review of the Red Cross**, Genebra, n. 324, p. 505-511, set. 1998.

THE POSSIBILITY OF DEROGATION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM

Abstract: The present article analyses the possibility of temporary suspension of human rights in emergency situations admitted by the American Convention on Human Rights. In particular, the three situations in which the Convention allows for the derogation of some of the fundamental guarantees provided therein are examined: the cases of “war”, “public danger”, and “other emergency that threatens the independence or security of a State Party”. The analysis is carried out through an examination of the text of the Convention and its preparatory work, a comparison with other human rights instruments, and the understanding of the Inter-American Commission and Court of Human Rights on the subject. The article observes that the bodies of the Inter-American Human Rights System consider compliance with the democratic system as an additional requirement for determining the legality of the suspension of guarantees of the Convention, and concludes that this requirement seeks to prevent abuses in the use of the instrument by countries in Latin America.

Keywords: American Convention on Human Rights. Derogation of Human Rights. State of Emergency. Inter-American Court of Human Rights. Inter-American Commission on Human Rights.



IMPLEMENTAÇÃO DA DECISÃO DO POVO INDÍGENA XUKURU VS. BRASIL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUINTA REGIÃO

Ellen de Nazaré dos Santos Mendes
Thiago Oliveira Moreira
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega

RESUMO

A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso do Povo Indígena Xukuru, revela a falha do Estado em assegurar os direitos fundamentais dos indígenas, no que diz respeito à garantia efetiva de posse e usufruto exclusivo de seu território, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. Levando isso em consideração, eis que surge a seguinte questão: qual o impacto jurídico que a sentença da Corte IDH causou no Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5)? Para responder a essa problemática, buscou-se analisar as consequências dessa condenação no âmbito do TRF-5 e investigar o atual estágio de cumprimento das reparações impostas pela Corte IDH ao Brasil. No que se refere à metodologia, foram realizadas pesquisas bibliográficas e análises de conteúdo das decisões do TRF-5 que envolvem o território indígena Xukuru. E, considerando a importância do cumprimento das decisões do tribunal interamericano, foi possível constatar que a sentença da Corte IDH gerou impactos diretos no TRF-5, levando-o à criação de sua própria Unidade de Monitoramento das Decisões do Sistema Interamericano, assim como a sua adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. Também foi verificado que, dos pontos resolutivos indicados pela Corte Internacional, metade ainda permanece pendente de cumprimento pelo Estado.

Palavras-Chave: Corte Interamericana. Povo Indígena Xukuru. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

- Graduanda do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e integrante do Grupo de Pesquisa (CNPq/UFRN) Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8000339494656971>. <https://orcid.org/0000-0002-0514-7103>. E-mail: ellensmendes@gmail.com
- Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Graduação e Mestrado). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, com Estância de Investigação na Universidad Externado de Colombia. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Professor/Pesquisador Visitante da Universidade Lusófona do Porto (2022) e da Universidade Portucalense, Porto, Portugal (2024). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN). Integrante do Grupo de Pesquisa Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN). Membro titular da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, deliberações e recomendações do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos da Justiça Federal da 5ª Região (UMF/JF5). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>. E-mail: thiago.moreira@ufrn.br. <https://ufrn.academia.edu/ThiagoOliveiraMoreira>.
- Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFPE, vinculada à linha de pesquisa "Justiça e Direitos Humanos na América Latina". Coordenadora do Programa de Extensão "Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos - aSIDH" e líder do "Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais", ambos da UFPE. Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) da Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. Recife - PE - BR.. E-mail: flavianne@gmail.com, flavianne.nobrega@ufpe.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2349-01671>.

1 INTRODUÇÃO⁵⁷

Embora a Constituição Brasileira de 1988 traga em seu texto a garantia fundamental dos povos indígenas à posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas por esses, cabendo-lhes o usufruto exclusivo do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, na prática, tais direitos encontram-se longe de serem devidamente efetivados. Isso se deve ao fato de que, para garantir o direito indígena à terra, faz-se necessário a realização do processo de demarcação, que busca estabelecer a real extensão da posse indígena, assegurando-se a proteção dos limites demarcados e impedindo a ocupação dessas terras por terceiros. Porém, este processo que, de acordo com art. 67 do ADCT da Constituição, deveria ocorrer no prazo de cinco anos a partir de sua promulgação, muitas vezes leva décadas para ser concluído.

Um exemplo prático dessa situação é o processo de demarcação das terras do Povo indígena Xukuru, que teve início no ano de 1989 e foi finalizado apenas em 2005, quando ocorreu a confirmação definitiva do registro dessa propriedade no cartório do município de Pesqueira, localizado no estado de Pernambuco. Ocorre que apenas a demarcação e registro dessas terras não foram suficientes para garantir aos Xukuru a real efetivação de seus direitos. Isso porque não se conseguiu finalizar a desintrusão total daquela área, uma vez que havia diversas ações de reintegração de posse que impediam que estas fossem integralmente ocupadas pelos indígenas.

Essa demora em garantir o direito fundamental do Povo Xukuru às suas terras foi um dos fatores que levou o Brasil a ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo considerado responsável pelas violações ao direito à proteção judicial e pela violação do direito à propriedade coletiva. A partir dessa condenação, a Corte determinou, entre outros pontos, que o Estado deveria garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre seu território,⁵⁸ assim como concluir o processo de desintrusão do território, com extrema diligência, efetuando os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e removendo qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão.

⁵⁷ Esse artigo é oriundo do projeto de iniciação científica cujo título é “O Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua Concretização no Âmbito Doméstico”. Tal projeto é financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

⁵⁸ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018, p. 66.

Passando-se cerca de seis anos da condenação do Brasil pela Corte supracitada, pergunta-se: qual o impacto jurídico que essa decisão causou no Tribunal Regional Federal da 5º Região (TRF-5)?

Para responder essa problemática, faz-se necessário que alguns objetivos sejam alcançados. Inicialmente, será demonstrado qual foi a importância que a decisão da Corte IDH teve sobre o TRF-5, tanto no que diz respeito às decisões proferidas após a sua condenação no caso em questão, quanto nas ações desenvolvidas pelo órgão jurisdicional em tela. De maneira mais específica, será descrita a situação do povo Xukuru no Brasil, analisada a decisão da Corte IDH e investigado o andamento do cumprimento dos pontos resolutivos dessa condenação no âmbito do TRF-5.

Com o intuito de alcançar os objetivos acima citados, serão realizadas as análises dos conteúdos da Decisão da Corte IDH e da Resolução de supervisão do cumprimento da sentença que foi publicada em 2019. Além disso, serão observadas, através do portal⁵⁹ de busca processual do TRF5 e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as movimentações dos processos relacionados aos direitos de terceiros à terra indígena Xukuru e a verificação do estágio processual em que se encontram. Também serão realizadas pesquisas de palavras-chaves, no portal⁶⁰ do TRF-5, para que se possa identificar as possíveis ações implementadas pelo citado tribunal, que tiveram como base a condenação do Brasil no caso do Povo Indígena Xukuru. Os termos utilizados serão: “xukuru”, “xucuru”, “corte idh” e “corte interamericana”. Também serão utilizados os relatórios de acompanhamento de cumprimento de sentença do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de realização de consultas a plataformas de dados abertos do Governo Federal, tais como o Portal da Transparência e o Fala BR. Verifica-se então que se trata de uma pesquisa dedutiva que possui uma forma de abordagem exploratória e explicativa.

Percebe-se assim, que o tema tratado neste artigo é relevante, uma vez que esse é o primeiro caso em que o Brasil é condenado em uma corte internacional por violação de direitos dos povos indígenas, tendo gerado reflexos diretos no TRF-5, tais como a sua adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, a criação de uma unidade de

⁵⁹ Buscas realizadas no seguinte sítio eletrônico: <https://pje.trf5.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam> e <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>.

⁶⁰ As buscas foram realizadas na página eletrônica <https://www.trf5.jus.br/index.php>.

monitoramento no âmbito do TRF-5 e diversas outras ações que serão detalhadas ao longo deste artigo.

Além disso, essa condenação demonstra a importância de se resguardar os direitos fundamentais que o país não garantiu através de suas instituições nacionais, em especial os dos povos indígenas Xukuru que se encontravam em uma situação de vulnerabilidade no que diz respeito à garantia exclusiva de posse e usufruto de sua propriedade.

Espera-se que este trabalho possa estimular o debate acadêmico a respeito da importância da Corte Interamericana nas garantias e efetivação de direitos, além de incentivar a fiscalização e monitoramento do cumprimento das decisões da Corte IDH em outras regiões do país.

2 A SITUAÇÃO DO POVO XUKURU NO BRASIL

As referências históricas ao Povo Indígena Xukuru⁶¹ denotam que desde o século XVI já haviam áreas ocupadas por eles no estado de Pernambuco. A invasão às suas terras iniciou-se a partir de meados do século XVII, quando ocorreu uma grande pressão demográfica na região litorânea pernambucana que impulsionou a colonização portuguesa para o interior do estado. O governo português concedeu sesmarias a senhores do engenho que alegavam possuir gados sem terras onde pudessem criá-los, o que levou à ocupação de terras indígenas por esses senhores⁶². Com o passar dos anos, cada vez mais esse povo perdeu espaço e terras para invasores, chegando a ter 90% do seu território ocupado por não indígenas.

De acordo com a sentença da Corte IDH de 2018, esse povo é constituído por aproximadamente 2.354 famílias com 7.700 indígenas, distribuídos em 24 comunidades dentro do território que possui 27.555 hectares de extensão, no município de Pesqueira e

⁶¹ Apesar de a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos usar a grafia Xucuru, esse Povo se autodenomina como Xukuru. Por essa razão adotamos essa grafia em respeito a forma como o povo identifica se identifica, conforme orientação metodológica já explicitada no livro NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (org.). **Transformando vítimas em protagonistas: uma experiência da extensão universitária aSIDH**. Recife: Editora UFPE, 2022. Disponível em <https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/792>. Acesso em 10 out. 2002.

⁶² OLIVEIRA, Kelly. **Mandacaru a história de vida do cacique Xicão Xukuru (PE)**, 2018, p. 19. Disponível em: <https://osbrasis.trgbr.com/wp-content/uploads/2018/04/Biografia-Xicão-Xukuru-Kelly-Oliveira.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2023.

Poção, estado de Pernambuco. Adicionalmente, estima-se que aproximadamente 4.000 indígenas vivem fora da terra indígena, na cidade de Pesqueira⁶³. Esses números da época combinados resultam em uma população total de cerca de 11.700 habitantes, todos buscando o legítimo direito de uso de suas terras. Atualmente, dados recentes do novo censo do IBGE⁶⁴, publicados em 2023, revelam uma maior presença indígena na região, destacando Pesqueira, como o sexto município em população indígena do Brasil, com 22.728 pessoas que se autodeclararam indígenas.

Buscando a legitimação dos seus direitos, os Xukurus, liderados por Francisco de Assis Araújo, o Cacique Xicão, e acompanhados por outros povos indígenas, participaram das mobilizações e discussões do Processo da Constituinte que resultou na elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988.

A promulgação da nova Constituição foi de grande relevância para a proteção dos direitos indígenas, uma vez que, além das já citadas garantias de posse e usufruto permanentes das terras, também trouxe o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Ademais, também assegurou ao indígena, em seu art. 232, a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Ocorre que, apesar do processo de iniciação de demarcação de terras do Povo Xukuru ter se iniciado em 1989, logo depois da promulgação da Constituição, esse procedimento transcorreu lentamente até ser homologado em 2001, quando houve a solicitação do registro das terras no cartório do município de Pesqueira. No entanto, houve mais um retardamento de quatro anos no registro das terras indígenas, em virtude de ação de suscitação de dúvida proposta pelo Oficial de Registro de Imóveis da Cidade de Pesqueira, em caráter meramente protelatório⁶⁵. Todo esse processo se estendeu por mais de 16 anos, ou seja, três vezes o tempo estipulado no art. 67 do ADCT da Constituição.

⁶³ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018, 2018, p. 16-17.

⁶⁴ IBGE. Censo 2022. Brasil tem 1.7 milhão de indígenas e mais da metade deles vive na Amazônia Legal. In: **Agência IBGE Notícias**, 2023. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37565-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas-e-mais-da-metade-deles-vive-na-amazonia-legal>. Acesso em 07 Ago 2023.

⁶⁵ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (org.). **Transformando vítimas em protagonistas**: uma experiência da extensão universitária asidh. Recife: Editora UFPE, 2022. Disponível em <https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/792>. Acesso em 10 out. 2002.

Vale ressaltar que, durante todo esse processo de demarcação, a povo indígena em questão permaneceu em um clima de tensão e violência que perdurou por anos. Conforme a luta pelo direito à terra ia se desenvolvendo, cresciam também as ameaças contra os indígenas. Ameaças essas que foram denunciadas na Procuradoria da República, Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do estado de Pernambuco, Funai, Secretaria de Segurança Pública de Pernambuco e na imprensa daquele município. Os órgãos públicos, no entanto, responderam com um posicionamento inerte, sem que de fato nenhuma ação prática fosse realizada⁶⁶.

Nas mobilizações por seus direitos, destaca-se a atuação do Cacique Xicão que, devido à sua atuação política e capacidade de mobilizar, tornou possível a retomada de diversas áreas ocupadas por fazendeiros. Uma delas foi a Aldeia Caípe, uma das maiores naquele território indígena com área de 300 ha, cuja propriedade particular era reivindicada por Hamilton Didier. As consequências dessa retomada serão melhores detalhadas no tópico 4 do presente artigo.

Vendo as terras serem retomadas, os ocupantes não indígenas intensificaram a violência, indo além das ameaças, começaram os assassinatos. O primeiro foi José Everaldo Rodrigues Bispo, filho do Pajé, e, posteriormente, o procurador da FUNAI, Geraldi Rolim da Mota Filho, um dos responsáveis pelo processo de demarcação física do território. Posteriormente, em 1998, após a denúncia de diversas ameaças, o cacique Xicão também foi assassinado⁶⁷.

Além disso, até os anos 2000, 90% daquele território ainda permanecia ocupado por terceiros, não tendo havido qualquer ação de desintrusão naquelas terras. Dentre os ocupantes não indígenas, se encontravam fazendeiros e políticos de influência na região. Ou seja, o Estado não agiu efetivamente no sentido de retirar esses posseiros ou garantir a proteção da terra ancestral.

Cerca de quase dois anos após a morte do Cacique Xicão, o seu filho Marcos Luidson Araújo, conhecido como Cacique Marquinhos, assumiu a liderança do povo Xukuru e realizou novas retomadas de terras pelos indígenas, tendo, até o final de 2002, restabelecido a

⁶⁶ OLIVEIRA, Kelly. **Mandaru a história de vida do cacique Xicão Xukuru (PE)**, 2018, p. 19.

⁶⁷ Ibidem, 2015, p.19-20.

posse de 21 territórios que estavam em mãos de posseiros e fazendeiros⁶⁸. Entretanto, assim como o seu pai, o novo cacique também passou a receber uma série de ameaças de morte.

Foi considerando todo esse cenário de instabilidade e violência, que a excessiva demora no processo de demarcação de terra provocou, além da impossibilidade de exercer de forma pacífica e exclusiva o seu direito à propriedade, que o Povo indígena Xukuru decidiu levar o caso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH).

3 A CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO POVO INDÍGENA XUKURU

Em 16 de outubro de 2002, o Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, juntamente com o Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), apresentaram a petição inicial à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 35 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação às obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2, do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xukuru e seus membros.⁶⁹

Os peticionários alegaram que o Estado violou o direito à propriedade coletiva dos indígenas em virtude da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e da ineficácia da proteção judicial destinada a garantir esse direito, assim como da falta de recursos judiciais eficazes e acessíveis⁷⁰. Na etapa de mérito também foi alegado a violação dos direitos à vida e integridade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana.

O Estado, por sua vez, argumentou que a petição seria improcedente, pois o processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Xukuru, iniciado em 1980, estava

⁶⁸ SILVA, Rodrigo Deodato de Souza; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil:** uma trajetória processual perante a corte interamericana de direitos humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 1. jan. 2022, p.483.

⁶⁹ CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos:** Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. p. 4.

⁷⁰ CIDH, **Relatório No. 44/15**, Caso 12.728. Mérito. Povo Indígena Xukuru. Brasil. 28 de julho de 2015, p.1.

formalmente concluído. Apesar disso, reconheceu que ainda não havia finalizado a desintrusão do território indígena. O Estado alegou, no entanto, que o processo de demarcação do citado território foi realizado dentro de um prazo razoável, levando em conta a complexidade da questão e a necessidade de garantir o devido processo legal aos terceiros não indígenas, assim como o direito destes a uma indenização justa⁷¹.

Em seu relatório de mérito, a Comissão concluiu que o Estado é responsável internacionalmente pela violação ao direito à propriedade, bem como do direito à integridade pessoal e pela violação dos direitos às garantias e à proteção judicial em detrimento do Povo Indígena Xukuru. Por conseguinte, a CIDH recomendou uma série de medidas que deveriam ser adotadas pelo Brasil. Porém, passado o prazo fornecido para cumprimento (mais dois meses de prorrogação), foi considerado que o Estado não apresentou informação concreta sobre o avanço nas reparações recomendadas. Em consequência disso, em 16 de março de 2016, a Comissão submeteu o caso à Corte IDH e solicitou que declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações constantes em seu Relatório de Mérito⁷².

Cabe destacar que a Corte Interamericana é competente para apreciar o caso em questão, uma vez que o Brasil ratificou a CADH, em 1992⁷³ e reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Levando tais fatores em consideração, o caso do Povo Indígena Xukuru foi apreciado por essa Corte.

Antes de analisar o caso na Corte, cabe ressaltar que, na mesma data de apresentação da petição, em 2002, também houve a solicitação de medidas cautelares a fim de garantir a integridade física do Cacique Marquinhos e sua mãe, tendo em vista que eles receberam várias ameaças de morte. Essas medidas foram concedidas pela CIDH, em 29 de outubro de 2002, tendo sido determinado ao Estado que tomasse as medidas necessárias para a proteção da vida e da integridade dessas duas pessoas, assim como para iniciar uma investigação sobre as ameaças.

De acordo com informações fornecidas pela Comissão em 2020, o Cacique passou a contar com proteção policial desde 2008, quando começou a ser acompanhado por uma

⁷¹ Ibidem, 2015, p.1.

⁷² CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil.** Supervisão de cumprimento de sentença. p. 5.

⁷³ BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília.

equipe de segurança que envolvia escolta policial em tempo integral. Tais medidas foram extensivas à sua mãe e, conforme relatado pelos representantes, foram suficientes para os beneficiários dessa proteção⁷⁴.

Passados cerca de 17 anos da concessão da medida cautelar, sem que houvesse novos eventos que apresentassem risco concreto ao cacique e sua mãe, em 2020, a Comissão decidiu por suspender as medidas cautelares anteriormente concedidas.

Voltando ao julgamento do caso na Corte, a CIDH solicitou ao tribunal interamericano que o Brasil fosse considerado responsável pelas violações constantes no seu relatório de mérito, assim como as reparações ali recomendadas. Em contrapartida, o Brasil se manifestou contrário às violações alegadas e apresentou cinco exceções preliminares que diziam respeito à inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito pela Comissão, à incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte; incompetência *ratione temporis* quanto a fatos anteriores à data de adesão do Estado à Convenção; incompetência *ratione materiae* a respeito da suposta violação da Convenção 169 da OIT; e a falta de esgotamento prévio de recursos internos⁷⁵.

Os representantes também apresentaram as suas alegações em audiência pública e, posteriormente, foram detalhadas no escrito das alegações finais, tendo a Organização Justiça Global atuado como co-peticionária do caso. A audiência ocorreu em 21 de março de 2017, na qual foram convocadas as partes e a Comissão para que fossem ouvidas as suas alegações. A Corte também ordenou o recebimento do depoimento de uma testemunha e dois peritos propostos pelo Estado e pela Comissão. Além disso, o Tribunal recebeu cinco escritos *amici curiae* que foram apresentados por diversas entidades, tais como a Defensoria Pública da União, Clínica de Direitos Humanos do Amazonas, entre outros.

Após a análise do caso, em 2018, a Corte declarou, por unanimidade, que o Brasil é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como pela violação do direito à

⁷⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução de suspensão de medidas cautelares 88/2020**: medida cautelar no. 372-02, 2020.

⁷⁵ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e Seus Membros Vs. Brasil**: Sentença de 5 de fevereiro de 2018. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas). p. 9.

propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção, ambos em relação ao artigo 1.1⁷⁶ do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xukuru⁷⁷.

Levando em consideração que a obrigação geral de respeitar os direitos humanos é traduzida no compromisso do Estado não violar, direta ou indiretamente, por ações ou omissões, os direitos e as liberdades reconhecidas pela Convenção Americana. Nessa toada, toda ação ou omissão de qualquer autoridade, que acarrete a violação de direitos humanos constitui fato imputável ao Estado, por violação do dever de respeito consagrado no art. 1.1 da Convenção Americana.

Sendo assim, considerando as violações acima citadas, a Corte determinou que o Estado deveria adotar, com a maior brevidade possível, as medidas necessárias para garantir a reparação desses direitos violados, de forma a assegurar o efetivo direito de propriedade coletiva e posse desse povo às suas terras.

Tal determinação deve-se ao fato de o artigo 63.1 da Convenção Americana dispor que, no caso de violação de uma obrigação internacional, que tenha causado danos, a Corte determinará, além da garantia do gozo do direito violado, também obrigação de reparação, assim como o pagamento de indenização à parte lesada.

A Corte considerou, entre outros fatos, que o Estado não demonstrou quais seriam os fatores de complexidade que explicariam o atraso na conclusão do processo de titulação, tendo sido considerado apenas o período de dezembro de 1998⁷⁸ a novembro de 2005. Além disso, em que pese o grande número de ocupantes não indígenas presentes nesse território no início do processo de reconhecimento e titulação, em 1989, a complexidade e os custos do processo de desintrusão não justificam a demora em concluí-lo. Ademais, a delonga⁷⁹ na resolução das ações judiciais interpostas por terceiros não indígenas afetou a segurança

⁷⁶ KLUGE, Cesar Henrique. **A atuação do Ministério Público brasileiro no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: perspectiva nacional e internacional**, São Paulo: D'Plácido, 2021.

⁷⁷ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e Seus Membros Vs. Brasil**: Sentença de 5 de fevereiro de 2018. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), p. 9.

⁷⁸ LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Determinação de implementação de políticas públicas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**, Revista Culturas Jurídicas, v. 6, n. 14, 2021, p. 148.

⁷⁹ “não é necessário esgotar os recursos internos do Estado parte quando há demora injustificada na decisão de determinados recursos. Segundo entendimento da Corte, a demora por si só constitui violação das garantias judiciais, visto que o acesso à justiça implica a solução da controvérsia com um prazo razoável”. (CÂMARA; CÂMARA, 2022, p. 57).

jurídica, provocando uma ameaça permanente sobre o direito à propriedade coletiva e constituindo um fator de maior insegurança jurídica para o Povo Indígena Xukuru⁸⁰.

Levando isso em consideração e o fato de que a Sentença por si mesma constituir uma forma de reparação, a Corte fixou as seguintes obrigações:

8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xukuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xukuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença.

10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos.

11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. (CORTE IDH, 2018)

Ressalta-se que os Estados têm o dever inequívoco de adimplir os compromissos internacionalmente firmados em virtude, dentre outros fundamentos, do princípio do *pacta sunt servanda*⁸¹. Além disso, de acordo com o artigo 67 da CADH, as sentenças proferidas pela Corte interamericana são definitivas e inapeláveis. Não obstante, o não cumprimento de decisões da Corte, nos termos do art. 65 da CADH, implica na inclusão do caso, acrescido de recomendações, no relatório da Corte IDH encaminhado anualmente à Assembleia Geral da Organização, o que objetivamente pode representar prejuízos em âmbito internacional ao Estado⁸².

4 CUMPRIMENTO DA SENTENÇA NO CASO POVO INDÍGENA XUKURU VS. BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

⁸⁰ CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil: sentença de 5 de fevereiro de 2018, p. 36-37.

⁸¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015, p.226,

⁸² PRADO JUNIOR, Manoel Batista do; SCOTTI, Guilherme. Normas cosmopolitas e efetivação dos direitos humanos: uma análise do caso do povo xukuru vs. brasil perante a corte interamericana de direitos humanos. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 1, 2022, p. 560.

Na presente sentença, estabeleceu-se que a Corte IDH realizará a supervisão do cumprimento dos pontos resolutivos e dará como concluído o caso quando o Estado cumprir integralmente o que nela está disposto. Após a condenação em questão foi proferida, em 2018, houve a supervisão de cumprimento de sentença, publicada em 2019. Nesse documento, foram analisadas apenas as medidas relativas à publicação e divulgação da sentença pelo Estado e as garantias relacionadas ao direito à propriedade coletiva. Quanto à conclusão do processo de desintrusão e pagamento das indenizações, ficou estabelecido que serão analisadas em resolução posterior, porém sem previsão para ocorrer⁸³.

Na resolução acima citada, a Corte constatou que o Brasil apenas cumpriu a determinação contida no ponto resolutivo 10 da Sentença, que diz respeito à obrigação de publicar o resumo e a totalidade da sentença em página oficial, executando todas as medidas de publicação e divulgação ordenadas.

Em relação ao ponto resolutivo contido no item 11, relacionado ao pagamento a título de indenização pelo dano imaterial e custas processuais, consta na supervisão de cumprimento que o Estado informou que o valor não seria pago através da criação de um fundo, segundo disposto na Sentença da Corte, mas por meio de um pagamento direto à Associação da Comunidade Indígena Xukuru, conforme acordado com os líderes da comunidade⁸⁴. O pagamento direto ao povo Xukuru, sem intermédio de fundo estatal, foi uma inovação importante com a construção de um arranjo institucional inédito, em que o povo indígena assume seu protagonismo⁸⁵ para recebimento dos valores por meio de sua Associação já existente. Em momento posterior à supervisão realizada pela Corte, mais precisamente em fevereiro de 2020, a outrora ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Regina Alves, assinou o acordo de cumprimento de sentença.

Ao realizar consulta no Portal de Transparência do Governo Federal, verifica-se que há dois documentos que dizem respeito aos pagamentos referentes à sentença proferida pela

⁸³ CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos:** Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença, 2019, p. 4.

⁸⁴ Ibidem., 2019, p. 4.

⁸⁵ Para mais informações conferir no tópico “2.4.1 A Associação Xukuru do Ororubá como diferencial na construção de um novo arranjo institucional” do capítulo 2 em: NÓBREGA, Flavianne; CAVALCANTI, Alexandra; LEIMIG SANTOS, Juliana. Entre a Lei e a luta: o caso do Povo Xukuru do Ororubá e os arranjos institucionais formais e informais que dificultaram e favoreceram a promoção de direitos. In: NÓBREGA, Flavianne (org.). **Transformando vítimas em protagonistas:** uma experiência da extensão universitária aSIDH. Recife: Editora UFPE, 2022, p. 72. Disponível em <https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/792> . Acesso em 10 out. 2022.

Corte IDH, no caso aqui tratado⁸⁶, ambos realizados para um CNPJ pertencente à Associação da Comunidade Indígena Xukuru. O primeiro deles, datado de 17 de janeiro de 2020, possui valor de R\$ U\$ 1.010.000,00 (um milhão e dez mil dólares), o que equivale a R\$ 4.117.871,00 (quatro milhões cento e dezessete mil oitocentos e setenta e um reais). Já o segundo, com data de 31 de janeiro de 2020, informa ser um pagamento complementar no valor de U\$ 15.405,16 (quinze mil quatrocentos e cinco dólares e dezesseis centavos), correspondendo a R\$65.498,12 (sessenta e cinco mil quatrocentos e noventa e oito reais e doze centavos). Verifica-se que tais pagamentos foram realizados de forma extrajudicial pela União, através de verba disponibilizada pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

Vê-se assim que o Brasil cumpriu com as determinações relativas às indenizações e às custas processuais ao povo Xukuru, o que foi confirmado pela Corte Interamericana na Resolução de supervisão de cumprimento sentença de 26 de junho de 2023. Nessa mesma resolução de sentença de 2023, a Corte IDH destacou que mantém em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de medidas de reparação envolvendo a garantia do direito à propriedade coletiva (oitavo ponto resolutivo da sentença) e à conclusão do processo de desintrusão (nono ponto resolutivo da sentença), determinando que “o Estado adote, de forma definitiva e o mais breve possível, as medidas necessárias para dar cumprimento efetivo e rápido às reparações indicadas...”⁸⁷.

Nesse sentido, os pontos resolutivos 08 e 09 da sentença, que dizem respeito ao direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre seu território, à conclusão do processo de desintrusão, aos pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé, entre outros, serão detalhados no tópico seguinte.

4.1 Pontos resolutivos pendentes de cumprimento

O procedimento de pagamento das indenizações por benfeitorias de boa-fé teve início no ano de 2001 e, até a emissão da sentença pela Corte, em 2018, ainda se encontravam 45

⁸⁶ Os comprovantes podem ser encontrados no site do Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/busca?termo=XUKURU>

⁸⁷ CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença, 2023. p.5.

ex-ocupantes não indígenas que não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estariam em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos. Além disso, seis famílias não indígenas permaneciam dentro do território indígena Xukuru⁸⁸.

Quanto ao pagamento das indenizações, em consulta realizada com a FUNAI, em 15 de maio de 2023, através do Portal Fala BR⁸⁹, foi solicitado ao órgão o acesso aos dados de pagamentos por benfeitorias que tenham sido realizados a não-indígenas, no que diz respeito ao processo de desintrusão das terras indígenas do Povo Xukuru, a partir do ano de 2018. De acordo com os dados informados pelo órgão, no período de julho de 2018 a maio de 2022, foram realizados 9 pagamentos⁹⁰ referentes a indenizações de benfeitorias realizadas de boa-fé nas terras indígenas Xukuru⁹¹.

Sendo assim, verifica-se que, de acordo com as informações fornecidas pela FUNAI, é possível concluir que os processos de pagamento das indenizações por benfeitorias de boa-fé não foram finalizados, uma vez que foram realizados pagamentos de 09 indenizações de um total de 45 pendentes na data da sentença.

Como explicação, a FUNAI afirma, também em consulta realizada pelo site Fala BR, que não vê sentido em dar prosseguimento ao ajuizamento de ações de pagamentos de benfeitorias, uma vez que alguns desses ex-ocupantes ou nunca se habilitaram junto às Comissões de Pagamento, ou, apesar de terem realizado a habilitação, possuíam pendência documental e não comprovaram que essas pendências foram sanadas. Desta forma, o referido órgão entendeu pelo arquivamento desses processos de pagamento, até que haja a manifestação contrária dos interessados que justifique a reabertura e eventual pagamento de indenização⁹².

Quanto à desintrusão das seis famílias não indígenas que ocupavam o mencionado território, de acordo com informações fornecidas em 2022 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou-se, a partir da consulta pública aos processos judiciais relacionados ao caso, e do diálogo estabelecido com os petiçãoários, que ainda existem terceiros no já citado

⁸⁸ CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e Seus Membros Vs. Brasil**: Sentença de 5 de fevereiro de 2018. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 2018, p.37.

⁸⁹ O Fala.BR é a Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação do Poder Executivo Federal. Por meio dela é possível enviar pedidos de acesso à informação e manifestações de Ouvidoria aos órgãos e entidades.

⁹⁰ A FUNAI informou que os pagamentos foram realizados por meio da UG 194077, Coordenação Regional Nordeste I/AL, tendo sido realizado no elemento de despesa 33390.90.93.

⁹¹ Os pagamentos dessas indenizações podem ser consultados através do portal de transparência do Governo Federal: <https://portaldatransparencia.gov.br>.

⁹² Informações fornecidas pela FUNAI através de manifestação cadastrada em julho de 2023 no portal Fala BR.

território⁹³. Entretanto, em manifestação realizada pelo Fala BR, em maio de 2023, ao ser questionada, a FUNAI informou que não há mais famílias não indígenas residindo no território do Povo Xukuru⁹⁴.

Diante do conflito de informações e levando em consideração que, de acordo com a sentença da Corte, os seis ocupantes não indígenas daquele território eram: Luiz Alves de Almeida, Maria das Montanhas Lima, Bernadete Lourdes Maciel, José Pedro do Nascimento, José Paulino da Silva e Murilo Tenorio de Freitas, realizou-se consulta dos nomes acima no site do TRF-5 e verificou-se que Maria das Montanhas, Murilo Tenorio de Freitas e José Paulino da Silva realizaram a desintrusão dos imóveis que ocupavam naquele território indígena. Os processos que envolvem essa desocupação serão detalhados no tópico 4 do presente trabalho.

Quanto aos outros três ocupantes, não foram encontrados processos judiciais que envolvam suas terras, nem identificados pagamento de indenizações em seus nomes, seja através das informações prestadas pela FUNAI ou por meio de buscas no portal da transparência. Sendo assim, foi realizada nova manifestação no site Fala BR a fim de que a FUNAI prestasse esclarecimentos quanto a essas três famílias.

Em resposta, o referido órgão afirmou que, em se tratando de Luiz Alves de Almeida, detentor de dois laudos fundiários no território indígena Xukuru, houve o reconhecimento étnico dele como indígena Xukuru. Segundo a FUNAI, tal reconhecimento foi realizado em Conselho de Lideranças Xukuru que, através de consulta aos mais velhos do território e de estudo genealógico de sua família, foi identificado que existem laços consanguíneos e parentescos da família em questão com este Povo. Sendo assim, foi reconhecido, em 23 de julho de 2018, o pertencimento do Sr. Luiz e sua família ao povo Xukuru do Ororubá⁹⁵.

No que diz respeito à Bernadete Lourdes Maciel, foi informado que ela é esposa do Sr. Luiz, acima citado e, tendo ambos permanecido naquela terra, não haveria, portanto, a necessidade do pagamento das indenizações a que teriam direito.

⁹³ Conselho Nacional de Justiça. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023.

⁹⁴ Utilizando-se da Lei de Acesso à Informação (LAI), foi realizada uma manifestação na Plataforma Integrada de Ouvidoria e Acesso à Informação do Governo Federal.

⁹⁵ Para confirmar tais informações a FUNAI apresentou a ata do Conselho de Lideranças Xukuru do Ororubá que foi realizada em 23 de julho de 2018 e contou com a assinatura de diversas lideranças, entre elas, o Cacique Marcos.

Por último, em relação a José Pedro do Nascimento, já falecido, trata-se na verdade de seu espólio representado por Quitéria Fátima Bezerra, que desocupou o imóvel voluntariamente após notificação realizada em 04 de maio de 2021 pela FUNAI. Com a confirmação da saída voluntária, o órgão informa que não há necessidade de adoção de medidas adicionais nesse caso.

Sendo assim, verifica-se que quanto ao processo de desintrusão do território, faz-se necessário que seja realizada uma nova consulta ao povo indígena Xukuru para que se verifique se, de fato, eles consideram que a desintrusão foi realizada de forma total e satisfatória, assim como informado pela FUNAI.

Levando em consideração o acima citado, verifica-se que, para além de pagamentos de indenizações extrajudiciais, o cumprimento dos pontos resolutivos 8 e 9 estão diretamente relacionados às ações judiciais interpostas por pessoas não indígenas a respeito de parte do território do Povo Xukuru. Isso fica evidente, uma vez que a própria Corte destacou que a demora na solução dessas ações judiciais constitui uma ameaça permanente ao direito à propriedade coletiva⁹⁶. Desta forma, percebe-se que as ações judiciais pendentes de conclusão inviabilizam o cumprimento total da sentença, uma vez que representam uma interferência na garantia do domínio pleno e efetivo desse povo sobre as suas terras. Ou seja, só será possível que a sentença da Corte IDH seja cumprida em sua totalidade e, o Povo Xukuru tenha garantido a posse e usufruto exclusivo de suas terras, quando os processos judiciais que ainda estão tramitando, e dizem respeito a essas terras indígenas, sejam finalmente concluídos.

4.1.1 Ações judiciais pendentes de conclusão

O CNJ⁹⁷ vem trabalhando para que todos os pontos resolutivos da sentença da Corte sejam cumpridos. Para que isso seja possível, foi realizado um mapeamento das ações judiciais que ainda tramitam no TRF-5 e dizem respeito ao território do Povo Indígena Xukuru. Após a análise, foram identificadas seis ações que envolvem desde reintegração de posse até pedido de anulação de demarcação das terras. Dessas ações, de acordo com a análise

⁹⁶CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xukuru e Seus Membros Vs. Brasil: Sentença de 5 de fevereiro de 2018. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 2018, p.26.

⁹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil:** sumário executivo, Brasília: CNJ, 2023. p. 28-31.

do CNJ publicada em junho de 2023, quatro ainda estavam em fase de conhecimento e duas estão aptas à execução. Entretanto, verificando-se o status atual dessas ações, verifica-se que duas delas tiveram baixa definitiva após a análise do CNJ. Todas elas serão melhor detalhadas nos subtópicos a seguir.

4.1.2 Ações relacionadas à família Didier

Dentre as ações acima citadas, cabe destaque a ação de reintegração de posse de nº 0002697-28.1992.4.05.8300, distribuída em março de 1992, na qual a família Didier questiona a retomada indígena da Aldeia Caípe em fevereiro de 1992, alegando se tratar de imóvel de sua propriedade privada, denominada pelos particulares de “Fazenda Caípe”, com área de 300 ha. A sentença judicial foi favorável aos autores e transitou em julgado em 2014, passando, então, a ser executável de forma definitiva em desfavor do Povo Indígena Xukuru.

Essa ação é emblemática, pois, além de ter sido citada expressamente na sentença da Corte IDH, representa caso paradigmático que envolve a discussão sobre marco temporal e direitos territoriais indígenas no Brasil. A exigibilidade dessa ação de reintegração de posse provoca instabilidade e insegurança ao Povo Indígena Xukuru, repercutindo em outras ações, que também tramitam no TRF-5. Uma delas é a Ação Rescisória proposta pela FUNAI buscando rescindir o acórdão do processo acima citado, que manteve sentença que julgou procedente a pretensão deduzida em ação possessória movida pela família Didier, concedendo a esta a reintegração de posse da Aldeia Caípe que a FUNAI aduz tratar de terra tradicionalmente ocupada pelo Povo Indígena Xukuru⁹⁸.

O caso em questão estava tramitando no STJ desde fevereiro de 2020, através da Ação Rescisória de nº 6.706/DF, porém, em decisão de 17 de agosto de 2022, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva determinou que os autos fossem restituídos ao TRF-5 para que esse promovesse o regular processamento e julgamento da ação, tendo em vista que o STJ se declarou incompetente para julgá-la⁹⁹.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Junior. Pernambuco: 28 fev. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória nº 6706** - DF, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília: 17 ago. 2023.

Os autos da ação foram recebidos pelo TRF-5, que iniciou julgamento, na segunda seção, em junho de 2023, como voto do relator desfavorável ao povo indígena Xukuru. Houve pedido de vista e foram abertas divergências para se aplicar a decisão da Corte IDH, tendo sido realizadas sessões de julgamento do órgão colegiado em 9 de agosto de 2023, 6 de setembro de 2023 e 11 de outubro de 2023, alcançando-se 4 votos favoráveis aos indígenas e 3 desfavoráveis. Em função da regra processual, o caso foi para julgamento ampliado no plenário do TRF-5, formado 24 desembargadores¹⁰⁰. Assim, em 13 de dezembro do mesmo ano, a maioria do pleno do tribunal julgou extinta a ação rescisória, sem resolução do mérito, por considerar ausente o interesse processual, na dimensão utilidade, em virtude da superveniente inexigibilidade e inexecutabilidade do título judicial de reintegração de posse.

Em sua fundamentação, o acórdão destaca, entre outros pontos, que a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Povo Indígenas Xukuru versus Brasil, inviabiliza a execução da ordem de reintegração de posse discutida, sujeitando o Brasil à responsabilização internacional. Além disso, a ocupação efetiva da área pelos indígenas desde 1992 torna a reversão da situação fática impossível.¹⁰¹

Não satisfeito com a extinção da ação rescisória sem resolução do mérito, o Ministério Público Federal (MPF) apresentou Recurso Especial requerendo que seja restituído a inteireza do dispositivo violado, referindo-se ao artigo 17 do CPC, julgando-se procedente o pedido rescisório. Em seu argumento, o MPF reforça a importância da procedência da citada ação para conferir uma melhor definição jurídica ao território indígena, de forma a resolver em definitivo a controvérsia em torno da ocupação¹⁰².

Em manifestação realizada em 09 de abril de 2024¹⁰³, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o Povo Indígena Kukurú, representado por seu cacique Marcos Luidson de Araújo, declararam que não tem interesse em apresentar contrarrazões ao referido Recurso Especial, pois concordam integralmente com os argumentos apresentados pelo MPF, requerendo que ele seja julgado integralmente procedente para que seja analisado o mérito da

¹⁰⁰ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (coord.). **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Xukuru vs Brasil: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000** (Aldeia Caípe - Pernambuco). Recife: Programa de Extensão aSIDH/UFPE, 2023. Disponível em <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/76851>. Acesso em 10 fev de 2024.p. 22.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, Pernambuco: 31 dez.2023.

¹⁰²Recurso especial nº 4.014/2024.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, consulta em 10 de abril de 2024.

supracitada ação rescisória que, conforme acima exposto, foi julgada extinta sem resolução do mérito. Atualmente, o referido recurso aguarda recebimento no STJ.

Em processo relacionado as supracitadas ações, a família Didier alega que, após a ocupação da propriedade e ajuizamento da ação de reintegração de posse pelos autores, a União promoveu a demarcação da “Fazenda Caípe”, com o pressuposto de se tratar de terras indígenas, destituindo assim seus direitos reais sobre a propriedade. Diante disso, Milton do Rêgo Barros Didier e Maria Edite Mota ajuizaram ação de indenização em face da União e da FUNAI, em razão de prejuízos materiais que teriam sido causados pela ocupação, demarcação e expropriação indireta do seu imóvel.¹⁰⁴

Em sentença proferida no dia 14 de novembro de 2018, julgou-se parcialmente procedente os pedidos dos autores, estabelecendo-se que a esses não cabe indenização pela terra nua ou pelos semoventes, mas fazem jus ao recebimento de indenização pelas benfeitorias realizadas na fazenda. Desta forma, a União foi condenada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 684.019,24¹⁰⁵. Após julgamento do STJ que negou provimento ao recurso impetrado pelos autores da ação, o processo aguarda julgamento do agravo interno no STJ.

Sendo assim, no que diz respeito às ações relacionadas à família Didier, verifica-se que elas estão caminhando para uma conclusão que vai de encontro ao estabelecido pela Corte IDH em sua sentença. Desta forma, espera-se que as presentes ações sejam concluídas de modo que realizem, em definitivo, a restituição das terras ao povo Xukuru e também seja feito o pagamento de benfeitorias de boa-fé para os não indígenas que a ocupavam, para que assim as três ações recebam baixa definitiva.

4.1.3 Ação Ordinária nº 0002246-51.2002.4.05.8300 (ação anulatória de ato administrativo de demarcação)

No que diz respeito à Ação Ordinária de nº 0002246-51.2002.4.05.8300, trata-se de ação ajuizada por Paulo Pessoa Cavalcanti de Petribu e outros, que solicitam a anulação do

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Procedimento Comum Cível nº 0812757-50.2017.4.05.8300**, Juiz Federal: Desembargador Federal Allan Endry Veras Ferreira. Pernambuco: 21 jun. 2018.

¹⁰⁵Ibidem.

procedimento administrativo de demarcação do Território Indígena Xukuru, devido a não terem sido pessoalmente notificados para apresentar objeções ao processo administrativo.

Em 2010, decidiu-se em primeira instância que a ação ordinária é parcialmente procedente e determinou-se que os autores teriam direito a receber uma indenização da FUNAI no valor atualizado de R\$ 1.385.375,86.¹⁰⁶ Os recursos foram inicialmente julgados, subindo os autos ao STJ e de lá retornando em face da decisão do Ministro Sérgio Kukina, a qual determinou que fosse apreciada, como se entendesse de direito, a alegação de nulidade processual por ausência de intimação da União, para a apresentação de contrarrazões aos citados recursos. O processo seguiu no TRF-5, tendo sido remetido à 2ª instância, em grau de recurso, o que resultou em anulação do acórdão e determinou a inclusão do processo em pauta para novo julgamento. Posteriormente foram realizadas as intimações necessárias para que o processo estivesse concluso para julgamento, tendo sido solicitado pelo Desembargador Federal Cid Marconi que a Subsecretaria realize o monitoramento mensal do seu andamento, a fim de concluir esta demanda com a máxima diligência¹⁰⁷. Entretanto, atualmente, o processo encontra-se sobrestado em função de Recurso Extraordinário.

4.2 Ações judiciais concluídas

O processo de nº 0800139-38.2020.4.05.8310 trata de uma ação civil pública com pedido de medida liminar, através da qual a FUNAI requer que a ré Maria das Montanhas (e outros) desocupem o imóvel denominado Sítio Campina Nova, inserido no Território Indígena Xukuru e que seja pago a estes uma indenização pelas benfeitorias de boa-fé realizadas no imóvel. Em sentença proferida em janeiro de 2022, foi reconhecida a perda do objeto do pedido de desocupação, uma vez que se verificou que a ré já desocupou o imóvel alvo da ação, sendo esta proibida de reocupar essas terras. Além disso, julgou-se procedente o pedido de pagamento no valor de R\$ 4.921,33 (quatro mil, novecentos e vinte e um reais e trinta e três centavos), relativo às benfeitorias decorrentes da ocupação da terra indígena, destinando os valores apenas a ré acima citada¹⁰⁸. Após ter recurso negado no TRF-5 e STJ, em julho de

¹⁰⁶CIDH, **Relatório No. 44/15**, Caso 12.728, Brasil, 2015, p.15.

¹⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Região). **Apelação Cível nº 0002246-51.2002.4.05.8300**, Desembargador Federal Cid Marconi. Pernambuco: 03 mai. 2023.

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800139-38.2020.4.05.8310**, Juiz Federal Bernardo Monteiro Ferraz. Pernambuco: 19 jan. 2022.

2023, o processo teve sua baixa definitiva no tribunal regional. Além disso, ao consultar pelo nome de Maria das Montanhas Lima no portal da transparência, é possível encontrar o pagamento de R\$4.921,33, definido em sentença.

Já a Ação Civil Pública nº 0800173-13.2020.4.05.8310, citada pelo CNJ como estando em fase de execução, foi ajuizada pela FUNAI em 2020 e teve por objetivo a desocupação do imóvel localizado no Território Indígena Xukuru, ocupado por Murilo Tenório de Freitas, assim como a autorização para o depósito judicial da indenização pelas benfeitorias de boa-fé, uma vez que o réu se recusou a receber o valor da indenização e a desocupar a área indígena¹⁰⁹.

Em janeiro de 2022, foi proferida sentença condenando o réu a desocupar a área de 22.110 hectares no interior da reserva indígena e a acolher o pedido de consignação em pagamento do valor relativo às benfeitorias decorrentes da ocupação da terra indígena. A ação transitou em julgado e recebeu baixa definitiva em abril de 2023, tendo sido confirmado o cumprimento da sentença prolatada, uma vez que houve a desocupação da área e foi realizado o pagamento, pela FUNAI, da indenização pelas benfeitorias realizadas na terra¹¹⁰. Ou seja, tal processo cumpriu seu trâmite legal e foi concluído de forma a remover a interferência de terceiros em uma parte do território Xukuru.

Além das duas ações acima citadas, outros quatro processos que envolviam território da terra indígena Xukuru também foram concluídos após a determinação da sentença da Corte e serão detalhados abaixo.

O processo de n.º 0804673-65.2014.4.05.8300 trata de ação ordinária proposta em 2014 por José do Egito Inácio Teixeira em face da FUNAI, na qual a sentença¹¹¹, naquele mesmo ano, determinou que o órgão efetuasse o pagamento do crédito reconhecido administrativamente, no valor de R\$25.780,86, a título de indenização pelas benfeitorias realizadas na Terra Indígena do Povo Xukuru. Após a realização do pagamento através de RPV, houve a confirmação do cumprimento da sentença¹¹² e o processo teve a sua baixa definitiva em janeiro de 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800173-13.2020.4.05.8310**, Juiz Federal Bernardo Monteiro Ferraz. Pernambuco: 20 jan. 2022.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800173-13.2020.4.05.8310**, Juiz Federal Fábio Bezerra Rodrigues. Pernambuco: 03 fev. 2023.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública nº 0804673-65.2014.4.05.8300**, Juiz Federal Fabio Allan Endry Veras Ferreira. Pernambuco: 15 jul. 2020.

¹¹² Verifica-se através do site <https://rpvprecatório.trf5.jus.br/> que, em abril de 2020, as indenizações pelas benfeitorias realizadas foram pagas através de RPV.

O processo de nº 0800153-85.2021.4.05.8310 diz respeito a uma ação civil pública proposta, em 2021, pela FUNAI, em face de do espólio de José Paulino da Silva, pela qual se buscou a desintrusão da área indígena ocupada por Margarida Cavalcanti da Silva. Entretanto, antes da citação realizada, a parte autora comunicou a desocupação voluntária do imóvel e, em julho de 2021, o processo foi extinto sem resolução do mérito¹¹³.

Por último, o processo de 0800011-81.2021.4.05.8310 trata de ação ordinária ajuizada por Margarida Cavalcanti da Silva em face da FUNAI, objetivando o pagamento de indenização referente às terras ocupadas no território do Povo Indígena Xukuru. Entretanto, a parte autora requereu desistência da ação, sendo o processo extinto sem julgamento do mérito em março de 2021¹¹⁴.

Ao analisar o andamento dos processos acima citados, verifica-se que o TRF-5 vem se engajando na conclusão das ações judiciais pendentes, havendo, em especial nos últimos dois anos, uma série de avanços nas lides atinentes aos casos que envolvem essas terras indígenas.

Todavia, conforme ressaltado pelo CNJ, faz-se necessário que o TRF-5 estimule a mediação para a conclusão dos processos em fase de conhecimento e dos processos aptos à execução, dando destaque para as iniciativas conciliatórias e para o adimplemento das indenizações que estejam pendentes de conclusão¹¹⁵.

Em contrapartida, além do esforço por parte do TRF-5, também é importante que haja o engajamento do STJ no cumprimento da sentença supracitada, uma vez que foi possível verificar que há processos que passaram mais de ano para serem julgados nesse tribunal superior, como é o caso da Ação Rescisória nº 6706/DF, que necessitou de influência do CNJ para ser incluída em pauta de julgamento. Outro ponto a destacar é que as decisões proferidas pelo STJ, nas ações judiciais aqui detalhadas, não fazem qualquer menção a sentença da Corte IDH.

Dito isso, verifica-se que o CNJ é de grande relevância na conclusão dessas ações, uma vez que se propôs a monitorar, de forma periódica, os processos relacionados ao caso aqui retratado, conforme pode ser verificado no tópico a seguir.

¹¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800153-85.2021.4.05.8310**, Juiz Federal Bernardo Monteiro Ferraz. Pernambuco: 19 jul. 2021.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023. 81 p.

4.3 O papel do CNJ no cumprimento

O CNJ vem realizando um importante papel nessa busca pelo cumprimento das determinações da sentença da Corte IDH no caso em comento, pois, foi levando em consideração a importância do cumprimento das decisões da jurisdição interamericana, que o referido Conselho, na Resolução nº 364, de janeiro de 2021, instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF) envolvendo o Estado brasileiro. Essa unidade tem por objetivo monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo poder público para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas que tenham sido proferidas pela Corte IDH e que envolvam o Estado brasileiro.

Além disso, levando em consideração os termos das condenações expedidas pelo tribunal interamericano, a partir de deliberação em plenário realizada em dezembro de 2021, o CNJ resolveu, entre outras medidas, recomendar aos órgãos do Poder Judiciário, a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil; a utilização da jurisprudência da Corte IDH e a priorização do julgamento dos processos em tramitação, relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos, que tenham sido determinadas pela Corte em condenações envolvendo o Estado brasileiro, e que estejam pendentes de cumprimento integral¹¹⁶.

Em contrapartida ao desenvolvimento dessas ações e levando em consideração a necessidade de cumprimento das determinações da Corte IDH, em especial as relacionadas à garantia dos direitos do Povo Indígena Xukuru, foi criada a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, deliberações e recomendações do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região (UMF/JF5). A ideia é que o TRF-5 e o CNJ trabalhem de forma conjunta para que se cumpram os pontos resolutivos pendentes na sentença da Corte Interamericana, conforme será melhor detalhado no tópico a seguir.

5 O IMPACTO DA DECISÃO DO POVO INDÍGENA XUKURU VS. BRASIL NA JUSTIÇA FEDERAL DA QUINTA REGIÃO

¹¹⁶ CNJ. **Recomendação nº 123**, de 07 de janeiro de 2022, Brasil, 2022.

A partir da análise dos processos em andamento no TRF-5 e das iniciativas que foram implementadas após a decisão da Corte em 2018, é possível identificar que esse tribunal regional vem reconhecendo a grande importância e necessidade do cumprimento das determinações do Tribunal Interamericano para o caso Povo Xukuru vs. Brasil. Verifica-se que houve um considerável avanço no que diz respeito à conclusão dos processos que envolvem essas terras indígenas, uma vez que, conforme verificado, alguns processos foram concluídos após a decisão da Corte Interamericana e houve uma importante decisão na ação rescisória que envolve a Aldeia Caípe, localizada no coração do território indígena Xukuru, que também encaminha tal ação para uma solução definitiva. Entretanto, ainda há ações pendentes de solução e, somente após a conclusão de todas elas, será possível adimplir, em sua totalidade, com as determinações da Corte IDH.

Com efeito, verifica-se que, apesar de ainda haver processos que não transitaram em julgado, percebe-se que, nos últimos dois anos, o TRF-5 vem os movimentando em uma frequência muito maior do que nos anos anteriores. Isso se deve, em partes, ao diálogo interinstitucional formalmente estabelecido entre o CNJ e o TRF-5. Um exemplo disso é que, após a realização das reuniões de trabalho entre a UMF/CNJ e o referido tribunal, foi feito um mapeamento dos processos judiciais relacionados diretamente ao caso em questão e que se referem à demarcação e desintrusão do Território Indígena Xukuru.

A partir desse mapeamento, no início de agosto de 2022, a Ação Ordinária nº 0002246-51.2002.4.05.8300 foi incluída em pauta e levada a julgamento no TRF-5; e a Ação Rescisória n. 6706/DF, há um ano sem movimentação no STJ, teve decisão reconhecendo a incompetência do STJ e determinando a sua redistribuição ao TRF-5¹¹⁷.

Além disso, uma importante iniciativa do Tribunal da 5ª região, cuja condenação do Brasil no caso em questão teve grande impacto, foi a criação da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões, deliberações e recomendações do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito da Justiça Federal da 5ª Região (UMF-TRF-5) e a sua adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. A partir da adesão ao pacto, o TRF-5 assinou ato que formalizou o engajamento do Tribunal na transformação

¹¹⁷ CNJ. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sumário executivo, Brasília: CNJ, 2023, p. 28.

cultural que o pacto propõe à magistratura, em favor da promoção do sistema interamericano de direitos humanos.

A criação desta unidade, através do Ato nº 451/2022, faz parte de uma iniciativa pioneira do TRF-5 de dar cumprimento às determinações da Corte IDH e, no caso específico do Povo Xukuru, agilizar os processos relacionados a esta terra que estão tramitando por esse órgão jurisdicional. Ademais, o tribunal comprometeu-se a incentivar a capacitação¹¹⁸ dos seus magistrados em relação aos direitos indígenas. Todas essas ações têm por objetivo viabilizar o cumprimento integral da decisão da Corte na condenação em comento.

No que diz respeito aos impactos jurídicos, verifica-se que, apesar da adesão ao pacto ter sido realizada em agosto de 2022, em 07 de outubro do mesmo ano já ocorreu a primeira influência direta em decisão do TRF-5. Isso porque, em um processo de impedimento de efeito suspensivo à apelação, o Desembargador Federal Marco Bruno Miranda, citou a condenação da Corte IDH no caso Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil, para embasar a sua decisão, destacando que as sentenças da Corte Interamericana ostentam normatividade direta ao direito doméstico brasileiro e ressaltando que o TRF-5 deu um importante passo na priorização do cumprimento dessa sentença ao criar a UMF-TRF5¹¹⁹.

Posteriormente, no mesmo processo, a quinta turma do TRF-5 decidiu que a FUNAI e a União devem cumprir, de imediato, a sentença que julgou procedente a Ação Civil Pública nº 0800610-68.2021.4.05.8003, proposta pelo Ministério Público Federal, que condenou a autarquia ré à obrigação de fazer de concluir o processo de reivindicação/demarcação fundiária da terra indígena do Povo Karuazu, no Estado de Alagoas. Em seu voto, a Desembargadora Federal Cibele Benevides destacou que a demora na demarcação de terras do Povo Karuazu pode resultar em represália por parte da Corte Interamericana, assim como ocorreu no Caso do Povo Xukuru¹²⁰.

¹¹⁸ Exemplo dessa capacitação foi a realizada em 28 a 30 de agosto de 2023, do Curso “Controle de Convencionalidade e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da Justiça Federal”, realizado no TRF5º pelo núcleo de Pernambuco da ESMAFE, com a participação das professoras Flávia Piovesan (PUC-SP, Coordenadora científica da UMF/CNJ), Patrícia Perrone Campos Mello (UERJ, UniCEUB), Flavianne Nóbrega (UFPE), do professor Thiago Oliveira Moreira (UFRN), do Desembargador Luís Lanfredi (Coordenador Institucional da UMF/CNJ) e do professor Patrício Pazmiño, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou o caso do povo Xukuru vs Brasil. Para conferir mais informações <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias/?id=325046>.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Pedido de efeito suspensivo à apelação, processo nº 0811459-18.2022.4.05.0000**, Juiz Federal Marco Bruno Miranda Clementino. Pernambuco: 07 out. 2022.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Pedido de efeito suspensivo à apelação, processo nº 0811459-18.2022.4.05.0000**, Desembargadora Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca. Pernambuco: 09 abr. 2023.

Outra influência da sentença da Corte, dessa vez diretamente em caso que envolve as terras indígenas do Povo Xukuru, pode ser verificada na ação de nº 0002246-51.2002.4.05.8300, no qual o Desembargador Cid Marconi Gurgel de Souza solicitou que a subsecretaria monitore mensalmente o andamento desse processo, a fim de concluir a demanda com a máxima diligência, citando que no caso do Povo Indígena Xukuru, a Corte Interamericana entendeu pela necessidade de o Estado brasileiro imprimir celeridade nas demandas que envolvem essas terras indígenas.

De forma mais recente e de repercussão direta, tem-se o impacto no julgamento da ação rescisória relacionada o caso paradigmático da Aldeia Caípe, quando desembargadora Joana Carolina¹²¹ foi a primeira a abrir divergência ao voto do relator, com voto-vista, em 9 de agosto de 2023, em favor do cumprimento da sentença internacional e do povo Xukuru *versus* Brasil, representando a sinalização inédita de um membro do colegiado no TRF-5 pela observância da decisão da Corte IDH. É um voto que aprofunda aspectos historiográficos, antropológicos e jurídicos, com referências acadêmicas, recuperando expressamente artigo científico “A nulidade do registro do imóvel Caípe”, que integra Dossiê temático de título “Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil”, organizado pelas Professoras Flavianne Nóbrega e Carina Calábria, para a revista Direito e Práxis da UERJ, em 2022. Esse fundamento é recuperado em deliberação posterior que foi para julgamento ampliado no pleno do tribunal.

Foi nessa deliberação do pleno, em 13 de dezembro de 2023, que o colegiado do TRF-5 decidiu pela extinção da ação, sem resolução do mérito, concluindo que é inquestionável que as terras pertencem aos indígenas. Em seu voto, a Desembargadora Cibele Benevides considerou que o acórdão rescindendo é inconveniente, uma vez que afasta o direito originário à propriedade da Comunidade Xukuru e está em desconformidade ao determinado pela Corte internacional, que citou expressamente a Ação de Reintegração de Posse em favor da família Didier como um obstáculo ao gozo pleno por parte da Comunidade Xukuru¹²².

¹²¹ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (coord.). **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Xukuru vs Brasil: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000** (Aldeia Caípe - Pernambuco). Recife: Programa de Extensão aSIDH/UFPE, 2023. Disponível em <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/76851>. Acesso em 10 fev de 2024.

p. 53

¹²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, voto da Desembargadora Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca. Pernambuco: 13 dez. 2023.

A Desembargadora também destacou que o Brasil, uma vez tendo se submetido à jurisdição da Corte IDH, não pode afastar a sua Sentença no caso Comunidade Xukuru vs. Brasil, devendo ser imprescindível a realização do juízo de convencionalidade no supracitado caso, não podendo o Estado justificar um eventual descumprimento com base em norma jurídica interna que impeça o adimplemento da sentença desta Corte Internacional. Por fim, votou pela extinção do feito, em razão da força vinculante da decisão da Corte IDH, que torna qualquer decisão contrária aos seus termos inválida e sem efeito¹²³.

O voto da Desembargadora acompanhou o voto condutor do Desembargador Leonardo Resende, que usou como fundamento a falta de interesse e utilidade do recurso, uma vez que, em 2017, a família Didier ingressou com uma ação indenizatória em face das mesmas terras, reconhecendo a posse do território por parte do Povo Xukuru. Para o desembargador, não seria possível cumprir a ordem de reintegração de posse, em virtude da sentença da Corte IDH ter condenado o Brasil a garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre o seu território¹²⁴.

Conforme destacado pelo referido desembargador¹²⁵, passados mais de 30 anos de pendência desse conflito judicial, essa decisão traz ao povo indígena Xukuru a paz e a segurança jurídica sobre a posse coletiva de suas terras, afastando qualquer receio de que venham a ser ameaçadas pelo cumprimento da ordem de reintegração, cujos efeitos estão esvaziados¹²⁶.

Desta forma, verifica-se que a sentença da Corte IDH influenciou não apenas o andamento dos processos que envolvem as terras do Povo Indígena Xukuru, mas também o julgamento de ações relacionadas a direitos indígenas de outros povos, sendo a condenação utilizada como fundamentação em suas decisões. Vê-se que isso é um avanço positivo, pois, em estudo realizado em 2021 por Flavianne Nóbrega, ao analisar o impacto desta condenação no Judiciário brasileiro, verificou-se tal precedente internacional ainda não tinha repercutido

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Divisão de Comunicação Social do TRF5. **TRF5 extingue ação rescisória e conclui que aldeia Caípe é território indígena Xukuru do Ororubá.** 2023. Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/index.php/noticias/leitura-de-noticias/?id=325257>. Acesso em: 25 dez. 2023.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ A esse respeito, em uma abordagem antropológica, Mônica Maria Gusmão Costa, destaca a importância do diálogo entre direito e antropologia para compreender questões jurídicas complexas, como os direitos dos povos indígenas, considerando tanto os aspectos legais quanto às dimensões culturais, sociais e históricas envolvidas.

nem mesmo nos próprios processos que envolvem o território Xukuru¹²⁷. Essa pesquisa de 2021 é referenciada em publicação¹²⁸ institucional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que, apesar da condenação pela Corte IDH, o Brasil ainda não tinha um impacto transformador em relação aos tribunais nacionais.

O avanço agora é visível, tendo, inclusive, a supracitada condenação da Corte IDH no caso povo Xukuru *versus* Brasil sido utilizada como fundamento no pleno do Supremo Tribunal Federal em agosto de 2023 no caso Povo indígena Xokleng RE nº 1.017.365/SC, de repercussão geral, tema 1031, que refutou a tese do marco temporal e tratou do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígenas. Neste julgamento, destaca-se o fundamento trazido pelo *amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), que suscitou expressamente ao STF o controle de convencionalidade a partir da decisão do caso Povo Xukuru vs Brasil na Corte IDH para questionar a tese do marco temporal, tendo sido nominalmente referenciado pelo Ministro Roberto Barroso¹²⁹:

É muito importante assinalar, e o Ministro Cristiano Zanin lembrou também, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil, também lembrado pelo Ministro Fachin, em que se reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil pela irrazoável demora na demarcação e pelo prejuízo sofrido por tal povo, conforme arazoado da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, que atuou como *amicus curiae*.

Foi a primeira vez que o plenário do Supremo Tribunal Federal utilizou o caso do Povo Xukuru vs Brasil como parâmetro vinculante de controle de convencionalidade em seu julgamento, com repercussões importantes para os julgamentos em andamento nos tribunais regionais e no sistema de justiça nacional. Essa decisão da Suprema Corte nacional teve impacto¹³⁰ reflexo direto nas deliberações colegiadas em andamento no Tribunal Regional da

¹²⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do. Indígenas e sistema de justiça: indicadores do monitoramento do impacto do caso Xukuru no Brasil, Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 2, n. 2, 2022. p. 217.

¹²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Impactos CIDH**: Compendio de artículos académicos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de abril de 2023. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser. L), 2023, p. 95.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA. Plenário. Voto Ministro Roberto Barroso. Inteiro Teor do Acórdão, p. 668. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498>. Acesso em 8 mar de 2024.

¹³⁰ Nas sessões da turma 11 de outubro de 2023, pode-se conferir o voto do Desembargadores Edvaldo Batista da Silva Júnior, Marco Bruno Miranda Clementino e Sérgio Murilo Wanderley Queiroga fazendo referência expressa à decisão do STF no caso Xokleng de repercussão geral, em que ministros citam o caso do povo

5ª Região, que culminaram em dezembro de 2023, com julgamento do pleno pela extinção da ação rescisória, envolvendo o paradigmático caso da Aldeia Caípe, cuja reintegração de posse transitada em julgado em desfavor do povo indígena Xukuru obstaculizava o cumprimento integral das determinações da Corte IDH.

Tem-se assim, um impacto positivo no Tribunal Regional Federal da 5ª região, sendo a criação da UMF/JF5 um importante avanço quanto à legitimidade da Corte IDH para a resolução de conflitos que envolvam a garantia de direitos desses povos indígenas. Além disso, verifica-se que a criação desta unidade e a adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos refletiram diretamente nos processos judiciais que estão tramitando no TRF-5, uma vez que foram adotadas medidas para que estes sejam finalmente concluídos. Vale destacar que, somente após a conclusão desses processos, será possível que as decisões da Corte sejam cumpridas em sua totalidade e o Povo Xukuru tenha garantido a posse e usufruto exclusivo de suas terras.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, percebe-se que o julgamento pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, no Caso do Povo Indígena Xukuru vs. Brasil representou um importante papel na efetivação e respeito aos direitos dessa população que se viu, por muitos anos, impedido de ter garantidos a posse exclusiva e usufruto de sua propriedade.

Outrossim, as medidas de reparação estabelecidas pela Corte são importantes para garantir a efetividade dos direitos violados, assim como para amenizar as consequências que as infrações causaram a esse povo. Verifica-se que, apesar de os pontos resolutivos ainda não terem sido cumpridos em sua totalidade pelo Estado, a sentença da Corte representa um marco legal de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas que reflete não somente no município de Pesqueira, onde o povo Xukuru está localizado, mas em todo o território

Xukuru na Corte IDH, nos termos do memorial de *amicus curiae* da Clínica de Direitos Humanos da UFPE. Para maior aprofundamento conferir o livro: NÓBREGA, Flavianna Fernanda Bitencourt (coord.). **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Xukuru vs Brasil**: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000 (Aldeia Caípe - Pernambuco). Recife: Programa de Extensão aSIDH/UFPE, 2023. Disponível em <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/76851>. Acesso em 10 fev de 2024.

nacional, uma vez que a sentença também objetiva evitar que ocorram fatos similares com outros povos.

Além disso, de forma mais específica, quanto aos impactos que essa decisão causou no TRF-5, fica claro que a condenação do Estado pela Corte IDH, no caso aqui apresentado, refletiu diretamente nas ações desenvolvidas por esse tribunal regional, uma vez que o seu engajamento no cumprimento da sentença desta Corte Internacional, resultou na criação da primeira unidade de monitoramento das decisões do Sistema Interamericano e na sua adesão ao Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos.

Tais ações por parte do TRF-5 representam um importante passo para o judiciário, pois, além do engajamento em cumprir os pontos resolutivos da Corte no caso do Povo Xukuru, a adesão ao Pacto propõe que os órgãos do Poder Judiciário mantenham a observância dos tratados internacionais dos Direitos Humanos, assim como o uso da jurisprudência da Corte IDH e a realização do controle de convencionalidade em suas decisões, revelando o compromisso do TRF-5 com os direitos humanos e com as sentenças proferidas pela Corte Internacional.

Espera-se igual comprometimento por parte do STJ que irá julgar o Recurso Especial apresentado pelo MPF contra o acórdão que julgou extinto, sem resolução do mérito, a ação rescisória de nº 0801601-70.2016.4.05.0000. Faz-se necessário que o julgamento leve em consideração a sentença da Corte IDH no caso do Povo Indígena Xukuru para que se tenha uma decisão em acordo com os pontos resolutivos ali apresentados.

Quanto ao CNJ, verifica-se que, juntamente com o TRF-5, tem apresentado um relevante papel no que diz respeito ao cumprimento das reparações ordenadas pela Corte IDH, uma vez que tem realizado diálogo com os mais diversos órgãos para tratar das atividades relacionadas à implementação da sentença da Corte no Caso Povo Xukuru. Além disso, também vem monitorando de forma periódica o cumprimento dos pontos resolutivos ainda pendentes.

No que diz respeito ao monitoramento dos pontos resolutivos, é importante que o CNJ continue na permanente avaliação junto ao povo Xukuru sobre as ações judiciais em andamento na justiça brasileira, como também verifique se o processo de desintrusão foi finalizado, conforme relata a FUNAI, e se ainda há pessoas não indígenas ocupando o território.

Em suma, apesar de todo o exposto e das importantes iniciativas implementadas pelo TRF-5, verifica-se que ainda há o que caminhar no que diz respeito ao cumprimento total dos pontos resolutivos da Corte, uma vez que dois dos quatro pontos de reparação ainda seguem pendentes de conclusão, mesmo após seis anos da sentença do caso povo Xukuru e seus membros vs. Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Brasília,

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória nº 6706 - DF**, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília: 17 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2068571-PE**, Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: 31 mai. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional da 5ª Região. 5º TURMA. **Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação nº 500**. Relator: Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino. Processo Nº: 0811459-18.2022.4.05.0000, Recife. Pernambuco: 07 out. 2022

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800153-85.2021.4.05.8310**, Juiz Federal Bernardo Monteiro Ferraz. Pernambuco: 19 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública nº 0804673-65.2014.4.05.8300**, Juiz Federal Fabio Allan Endry Veras Ferreira. Pernambuco: 15 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Procedimento Comum Cível nº 0812757-50.2017.4.05.8300**, Juiz Federal: Desembargador Federal Allan Endry Veras Ferreira. Pernambuco: 21 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Processo nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, Pernambuco: 31 dez.2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Civil Pública nº 0800173-13.2020.4.05.8310**, Juiz Federal Fabio Bezerra Rodrigues. Pernambuco: 03 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Ordinária nº 0800011-81.2021.4.05.8310**, Juiz Federal Allan Endry Veras Ferreira. Pernambuco: 04 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000**, Juiz Federal Edilson Pereira Nobre Junior. Pernambuco: 28 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Pedido de efeito suspensivo à apelação, processo nº 0811459-18.2022.4.05.0000**, Desembargadora Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca. Pernambuco: 09 abr. 2023.

CALABRIA, Carina; NÓBREGA, Flavianne. **Diga ao povo e às cortes que avancem: eficácia e impactos do caso do Povo Indígena Xukuru v. Brasil**. Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, v. 13, n. 01, p. 1-35, mar. 2022.

CÂMARA, Fernanda Izídio; C MARA, Heloisa Fernandes (ed.). **Demora injustificada**. In: FACHIN, Melina Girardi. Dicionário Interamericano de Direitos Humanos: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PADILHA, Elisângela; RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. **Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2, p. 647-663, ago. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7393>. Acesso em: 22 dez. 2022.

CIDH, Relatório No. 44/15, **Caso 12.728**. Mérito. Povo Indígena Xukuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

CIDH, **Resolução de suspensão de medidas cautelares 88/2020**: medida cautelar no. 372-02. Medida Cautelar No. 372-02. 2020. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/mc/2020/res_88_mc-372-02_br_pt.pdf. Acesso em: 18 jul. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Impactos CIDH**: Compendio de artículos académicos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 17 de abril de 2023. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser. L), 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sumário executivo. Brasília: CNJ, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Corte IDH**: TRF5 se engaja no cumprimento da decisão sobre terra indígena xukuru. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-recebe-engajamento-do-trf5-no-cumprimento-da-decisao-da-corte-idh-sobre-Xukurus/>. Acesso em: 10 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 364**, de 12 de janeiro de 2021. Dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Brasil.

CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil**: sentença de 5 de fevereiro de 2018.

CORTE IDH. **Caso do Povo Indígena Xukuru e Seus Membros Vs. Brasil**: (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 01 out. 2022.

CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença, 2019.

CORTE IDH. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença, 2023.

COSTA, Mônica Maria Gusmão. **O argumento antropológico na disputa da terra indígena Xukuru do Ororubá**: uma reflexão sobre a (des)consideração do saber antropológico no julgamento envolvendo direitos indígenas ameaçados pela pretensão política do marco temporal. Rev. Interd. em Cult.e Soc. (RICS), São Luís, v.9, n. 2, jul/dez.2023

IBGE. Censo 2022. Brasil tem 1.7 milhão de indígenas e mais da metade deles vive na Amazônia Legal. In: **Agência IBGE Notícias**, 2023. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37565-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas-e-mais-da-metade-deles-vive-na-amazonia-legal>. Acesso em 07 Ago 2023.

KLUGE, Cesar Henrique. **A atuação do Ministério Público brasileiro no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: perspectiva nacional e internacional. São Paulo: D'Plácido, 2021.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Determinação de implementação de políticas públicas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Culturas Jurídicas, [S.L.], v. 6, n. 14, abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45289>. Acesso em: 18 set. 2022.

MENDES, Ellen de Nazaré dos Santos; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Implementação da decisão Povo Xukuru x Brasil no âmbito do TRF da 5ª Região**. In: ALVES, Fabrício (Orgs.). Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Aplicado: tendências atuais do Direito. Natal: Polimatia, 2022.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (org.). **Transformando vítimas em protagonistas: uma experiência da extensão universitária asidh**. Recife: Editora UFPE, 2022. Disponível em <https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/792> . Acesso em 10 out. 2002.

NÓBREGA, Flavianne; CAVALCANTI, Alexsandra; LEIMIG SANTOS, Juliana. Entre a Lei e a luta: o caso do Povo Xukuru do Ororubá e os arranjos institucionais formais e informais que dificultaram e favoreceram a promoção de direitos. In: NÓBREGA, Flavianne (org.). **Transformando vítimas em protagonistas: uma experiência da extensão universitária aSIDH**. Recife: Editora UFPE, 2022. pp. 43-75. Disponível em <https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/792> . Acesso em 10 out. 2002.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do. **Indígenas e sistema de justiça: indicadores do monitoramento do impacto do caso Xukuru no Brasil**. Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 2, n. 2, dez. 2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt (coord.). **Relatório temático do monitoramento de supervisão de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Xukuru vs Brasil: Ação Rescisória nº 0801601-70.2016.4.05.0000 (Aldeia Caípe - Pernambuco)**. Recife: Programa de Extensão aSIDH/UFPE, 2023. Disponível em <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/76851> Acesso em 10 fev de 2024

OLIVEIRA, Kelly. **Mandar a história de vida do cacique Xicão Xucuru (PE)**, 2018. Disponível em: <https://osbrasis.trgbr.com/wp-content/uploads/2018/04/Biografia-Xic%C3%A3o-Xukuru-Kelly-Oliveira.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2023.

PÁDUA, Antônio de Maia. **Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana**. Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, Cidade do México, n. 15, jul/dez 2006.

PINTO, Ana Carolina Amaral. **Desenvolvendo a cultura de monitoramento de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil: o caso do povo Xukuru do Ororubá**. 2022. 52 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2022.

PRADO JUNIOR, Manoel Batista do; SCOTTI, Guilherme. **Normas cosmopolitas e efetivação dos direitos humanos: uma análise do caso do povo xukuru vs. Brasil perante a corte interamericana de direitos humanos**. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 552-579, jan. 2022.

RÉU BRASIL. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros versus Brasil**. 2021. Disponível em: <https://reubrasil.jor.br/caso-do-povo-indigena-Xukuru-e-seus-membros-versus-brasil/#notasdo-autor>. Acesso em: 10 out. 2022.

SILVA, Rodrigo Deodato de Souza; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil: uma trajetória processual perante a corte interamericana de direitos humanos**. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, jan. 2022. FapUNIFESP).

IMPLEMENTATION OF THE DECISION XUKURU INDIGENOUS PEOPLE VS. BRAZIL WITHIN THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE FIFTH REGION

ABSTRACT: The condemnation of Brazil in the Inter-American Court of Human Rights, in the Case of the Xukuru Indigenous People, reveals the failure of the State to secure the fundamental rights of the indigenous people, with regard to the effective guarantee of exclusive possession and usufruct of their territory, as established in the Federal Constitution of 1988. Taking this into account, the following question arises: what is the legal impact that the sentence of the Inter-American Court caused in the Federal Regional Court of the 5th Region (TRF-5)? To respond to this issue, it is sought to analyze the consequences of this conviction within the scope of TRF-5 and to investigate the current stage of compliance with the reparations imposed by the Inter-American Court on Brazil. About the methodology, were realized bibliographic research and content analysis of TRF-5 decisions involving the Xukuru indigenous territory. And, considering the importance of complying with the decisions of the Inter-American tribunal, it was possible to verify that the judgment of the Court had direct impacts on the TRF-5, leading it to the creation of its own Unit for Monitoring the Decisions of the Inter-American System, as well as its adhesion to the National Pact of the Judiciary for Human Rights. It was also verified that, of the resolute points indicated by the International Court, half still remain pending compliance by the State.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Xukuru Indigenous People. Federal Regional Court of the 5th Region.



RESERVAS AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: NECESSIDADE DA REVISÃO DOS MODELOS EXISTENTES

Gustavo Oliveira Vieira
Maria Luiza Sesterheim

RESUMO

A partir da clareira aberta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a se construir um rol de tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, fortalecendo e especializando a sua promoção. Em compensação, novos e mais mecanismos de implementação demandam aprimoramento no sentido de se perquirir a melhoria dos aparatos promotores da sua concretização, como é o caso da problemática que envolve o amplo uso das “reservas” aos tratados. O presente artigo enfrenta, numa abordagem dialética, um dos mecanismos ambíguos no âmbito da universalização dos Direitos Humanos, que são as reservas aos tratados internacionais sobre o assunto. O uso das reservas aos tratados internacionais, que tem limites definidos pelo próprio Direito Internacional, não permitindo ter seu funcionamento em contradição aos objetivos centrais do tratado, padece de um déficit de monitoramento e controle. Tomando o exemplo das reservas à Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, problematiza-se o tema para caracterizar suas contradições e mesmo certos paradoxos, notando que nalguns casos pode funcionar (ou não).

Palavras-Chave: Reservas; Tratados Internacionais; Direitos Humanos.

- Professor de Direito Internacional da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA), Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil. Docente no Bacharelado e Mestrado em Relações Internacionais e Integração. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da Asociación de Estudios de Integración (ADEI). Bacharel e mestre em Direito (UNISC). Doutor em Direito pela UNISINOS, período sanduíche na University of Manitoba (Canadá- bolsista ELAP). Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/4394697909393247>>
- Bacharel em Direito pela UNISINOS. Bancária. Autora da monografia de conclusão da graduação sobre as reservas aos tratados de direitos humanos, com pesquisa sobre a Convenção sobre Direitos das Crianças de 1989.

1 INTRODUÇÃO

“The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual – in fact baffling – complexity.” (LAUTERPACHT, 1953, p. 124)

O tema das reservas a tratados é parte do conteúdo abordado na disciplina de Direito Internacional, em específico, sobre as fontes de Direito Internacional, quando adentra-se no “Direito dos Tratados”, regido preponderantemente pela “Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados” de 1969. Trata-se de matéria “marcada por controvérsias” (SALIBA, 2011, p. 107), inclusive pelos relatores da Comissão de Direito Internacional (entre Hersch Lauterpacht, Fitzmaurice e Waldock, *e.g.*) e entre juizes da Corte Internacional de Justiça (expressão na opinião consultiva sobre *Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, opinião consultiva de 1951). Do mesmo modo que a participação dos Estados em tratados é expressão da soberania nacional, a possibilidade de formular, repudiar e/ou manter reservas, quando possível, mediante a participação em tratados, também oportuniza mecanismos de mediação entre compromissos internacionais e o regime interno dos Estados. Tal discussão ocorre no âmbito da intrincada busca de equilíbrio entre o princípio da integridade dos tratados e a busca pela mais ampla participação de Estados possível.

Por mais que a Convenção de Viena de 1969 estabeleça limites ao uso de reservas, há casos em que podem ser contrárias aos objetivos do tratado, ou, pelo menos, não preservar mecanismos de monitoramento pela comunidade internacional quanto à adequação. Tal situação pode se tornar mais crítica quando eventual inadequação incide sobre matéria de direitos humanos, cujas expectativas normativas demandam um grau de coerência mais denso para garantir condições de responsabilização ante os compromissos firmados.

O momento inicial para o estabelecimento dos Direitos Humanos como guia ético do processo de mundialização (VIEIRA, 2015) foi produzido pela adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. A Declaração consolida “a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso de valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVESAN, 2006, p. 142), que representam, para Bobbio, da consciência histórica da humanidade, síntese do passado e aspiração para o futuro (BOBBIO, 1992, p. 27 e 28).

Como parte dos resultados da internacionalização e da universalização dos Direitos Humanos, pode-se apontar um número muito significativo de Estados que estão formalmente vinculados aos seus tratados internacionais de âmbito universal. A atualidade dos desafios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos está em linha com a necessidade de novos mecanismos que preservem e aquilatem a capacidade de se robustecer a força normativa de toda base jurídica internacional em prol dos direitos humanos que lhe antecede.

A questão da internacionalização dos direitos humanos é recente, seguindo a concepção jurídica contemporânea, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A amplitude da universalização dos tratados internacionais de direitos humanos impressiona, à primeira vista, contrastando com o déficit de sua concretização. Um dos mecanismos facilitadores desta incoerência normativa são as reservas impostas aos tratados internacionais por seus Estados partes.

Com isso em mente, o presente texto apresenta o tema das reservas, aprofundando o caso das reservas aos tratados internacionais de direitos humanos, mais especificamente tomando como exemplo aquelas usadas à Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 para, daí, extrair novas perspectivas a respeito do seu uso – para que não sirvam como elemento solidificador do voluntarismo estatal.

2 A AMBIGUIDADE DO USO DE RESERVAS NO DIREITO DOS TRATADOS

Autorizando as reservas, o direito internacional positivo optou pelo primeiro [aproximação dos povos em detrimento à unificação do Direito]; as regras em vigor traduzem contudo a preocupação de evitar que as regras convencionais possam ser esvaziadas da sua substância por uma prática abusiva das reservas (DINH, DAILLIER, PELLET, 2003, p.184).

A polêmica sobre o uso das reservas envolve um debate que situa uma importante encruzilhada do Direito Internacional. De um lado a pretensão de se forjar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como *jus cogens* e de outro o dogma da soberania que submete o Direito Internacional ao voluntarismo estatal. Quando uma reserva incompatível é

apresentada, pode haver pressão dos órgãos internacionais e dos Estados para a sua retirada. Porém, se o país não aceita a jurisdição internacional, caberá uma reação a ser orquestrada pelos demais Estados através de objeções às reservas. Contudo, as objeções entre Estados ocorrem em hipóteses muito raras por força do complexo jogo de interesse em que os Estados estão submetidos na arena geopolítica internacional, onde alianças e interesses são negociados numa racionalidade instrumental do poder e dos interesses nacionalistas, em que os Direitos Humanos se veem submetidos.

Os tratados abrem diferentes possibilidades para os Estados quanto às reservas. Há tratados que proíbem reservas, como o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional que em seu artigo 120 define: “Não são admitidas reservas a este Estatuto”. Da mesma forma o artigo 19 da Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição” (VIEIRA, 2006): “Os Artigos desta Convenção não estão sujeitos a reservas” – tratado que tem 164 Estados Partes. Também assim o artigo 309 da Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, embora o artigo seguinte, 310 permita declarações interpretativas. Por força disso, apresentar-se-á o tema em seus conceitos e classificações, uso para depois esboçar-se uma análise a respeito.

2.1 As Reservas no Direito dos Tratados

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 definiu “reserva”, na alínea ‘d’ do parágrafo 1, do artigo 2 como uma “declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua denominação, feita por um Estado quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado ou a ele adere, pela qual visa a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado”. O seu artigo 20 parágrafo 2º indica que quando resulta do número limitado dos Estados negociadores, assim como de objeto e da finalidade do tratado, que a aplicação do tratado na íntegra entre todas as partes é condição essencial para o consentimento de cada uma delas em obrigar-se pelo tratado, uma reserva requer a aceitação de todas as partes.

A Convenção sobre Direito dos Tratados de 1969 dedica os artigos 19 (Formulação de Reservas), 20 (Aceitação de Reservas e Objeções às Reservas), 21 (Efeitos Jurídicos das Reservas e das Objeções às Reservas), 22 (Retirada de Reservas e de Objeções às Reservas) e 23 (Processo Relativo às Reservas). Os tratados podem prever a proibição de reservas ou restringir certas partes às reservas, e, nos demais casos, jamais poderão ser incompatíveis ao objeto e a finalidade do tratado. Em suma, cada tratado pode um regime específico quanto ao uso de reservas ou mesmo proibir sua aplicação, variando inclusive a terminologia adotada.

A Comissão de Direito Internacional, em seu relatório de 1998, elaborou um novo conceito de reserva. Reserva significa uma declaração unilateral, qualquer que seja sua denominação, feita por um Estado ou organização internacional quando assina, ratifica, confirma formalmente, aceita, aprova ou adere a um tratado ou por um Estado que notifica da sucessão do tratado, pelo qual o Estado ou organização expressa a intenção de excluir ou modificar o efeito legal de certas disposições do tratado em sua aplicação em relação ao Estado ou organização internacional (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 2023). Já o Relatório da Comissão de Direito Internacional de 1999, em seu Capítulo VI, define declaração interpretativa: “Declaração Interpretativa significa uma declaração unilateral, qualquer que seja sua denominação, feita por um Estado ou por uma organização internacional através da qual o Estado ou a organização esclarece o significado ou o alcance atribuído pela declaração ao tratado ou a certas disposições” (idem, ibidem). O ponto fundamental que diferencia as declarações interpretativas das reservas, portanto, é o fato de não pretender uma modificação de seu efeito legal. Para que seja denominada reserva sua caracterização deverá ser pelo “critério material, ou seja, pelo objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado” (DAUDT, 2006, p. 59).

Outra questão que dividiu opiniões da comunidade jurídica quanto ao tema das reservas foi acerca dos efeitos jurídicos dos tratados em relação a estados que tenham feito objeções às reservas aqueles que aceitaram as mesmas perante o mesmo tratado multilateral. Foi o tema da opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça (*Reservas à Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*, 1951), que também gerou outras conclusões. Nesse caso, Aziz Saliba define que há um debate persistente sobre “a (in)aplicabilidade das regras atinentes a reservas aos tratados de Direitos Humanos. Em uma versão mais extremada, nenhuma reserva a cláusula ‘material’ de tratado de direitos humanos

seria aceitável” (SALIBA, 2011, p. 112). Assim, os tratados de Direitos Humanos só seriam compatíveis quanto relativos a aspectos procedimentais, à luz da opinião consultiva de 1951, pois “a reserva considerada pela CIJ compatível com o objeto e finalidade do tratado concernia a uma cláusula procedimental” (SALIBA, 2011, p. 113 – entendimento reiterado em CRETELLA NETO, 2019, p. 308).

2.2 Tipos de reservas: classificação de Pithan Daudt na temática dos direitos humanos

O caráter subjetivo dos tratados de direitos humanos faz com que a fundamentação das reservas seja essencial para seu entendimento. Gabriel Daudt traz como forma de análise, uma classificação das reservas conforme o objeto e fundamentação delas, as quais podem “apontar a motivação do Estado em formular a reserva”. A classificação subdivide-se em quatro: (a) reservas de soberania - afasta aplicação da norma internacional em favor da aplicação da norma interna; (b) reservas culturais ou religiosas - fundam-se nas tradições e convicções religiosas; (c) reservas conjunturais - país expressa intenção de cumprir disposições de um tratado, mas está impossibilitado temporariamente, e; (d) reservas de maior proteção - afastam ou excepcionam o conteúdo do tratado em favor de uma regra interna a qual, em seu entendimento, contempla de melhor forma o objeto e finalidade do tratado (DAUDT, 2006, p. 162-170).

A respeito dessa diversidade em relação à aplicação das normas nos tratados de direitos humanos, a título de ilustração, a narrativa trazida por Cançado Trindade, referente debates das Delegações governamentais à Conferência Mundial de Viena (1993). Primeiramente, a fala da delegação chinesa na qual o conceito de direitos humanos enquanto produto do desenvolvimento histórico encontra-se intimamente ligado a condições sociais, políticas e econômicas específicas, e à história, cultura e valores específicos, de um determinado país – em linha com entendimento ocidental, como Bobbio (1992, p. 32), Bolzan de Moraes e outros. Aduziu a delegação chinesa, ainda, que diferentes estágios de desenvolvimento histórico contam com diferentes requisitos de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1997, v. I, p. 219).

Anthony Aust, em sua obra sobre teoria e prática moderna do Direito dos Tratados justifica o uso de “reservas” pelo Reino Unido à Convenção sobre a Proteção dos Direitos das Crianças. Para ele, há casos em que o uso de reservas pode ser motivado pela conformidade ao direito doméstico, quando, por alguma razão política, cultural ou social, não é factível ou desejável a mudança da lei, reconhecendo que muitos estados fizeram reservas à referida convenção, incluindo algumas bastante detalhadas pelo Reino Unido, cujo fundamento assenta-se unicamente no respeito aos seus territórios ultramarinos (AUST, 2007, p. 134).

As reservas apresentadas à Convenção sobre os Direitos da Criança expressam o problema corrente no âmbito dos direitos humanos, do difícil e polêmico diálogo internacional que representam. Diante do quadro geral de reservas apresentado e considerando que a finalidade da reserva é a mudança de efeito jurídico de determinado artigo, como fica a eficácia da Convenção em relação à proteção aos direitos da criança?

3 O CASO DA CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS CRIANÇAS

O caso da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é peculiarmente interessante de ser analisado por dois motivos: (a) é um caso único de universalização e (b) atinge elementos culturais que alcançam o âmago das tradições e da cosmovisão dos povos. (a) A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Resolução n. 44/25 de 20 de novembro de 1989, na 44ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, após décadas de debate para que a “invenção da infância” (ARIÈS, 2006) envolvesse também o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A dita convenção entrou em vigor no dia 02 de setembro de 1990, contando atualmente com 193 Estados Partes (UNITED NATIONS, 2023). Trata-se de um caso ímpar de êxito de universalização, em que apenas Estados Unidos e Somália não figuram como Estados Partes – ambos são apenas signatários. (b) Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança abrange temas que interferem diretamente na forma de vida do povo de cada país, da sua cultura, e, principalmente no modo de educar os filhos, a relação familiar e a religião. Dessa maneira, muitos Estados que manifestaram seu consentimento para se tornarem parte da Convenção, mostrando-se à comunidade internacional como favoráveis ao bem-estar da criança, divergem em pontos de como poderia ser alcançado este

bem-estar, apresentando suas diferenças culturais e limites institucionais, e por isso apresentando reservas a determinados artigos.

O artigo 1º da Convenção dispõe sobre o conceito de criança como “todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir maioridade mais cedo”. Botsuana e Malásia apresentaram reservas, considerando-se não obrigados a seguir este critério no que conflitar com lei interna e suas Constituições. O respeito aos direitos enunciados na Convenção, sem discriminação, é o tópico do artigo 2º, sobre o qual pairam reservas de Bahamas, Ilhas Cook e Malásia, todos privilegiando lei interna em detrimento à Convenção. O melhor interesse da criança, proteção, segurança, saúde e supervisão adequada são direitos protegidos pelo artigo 3º, que Luxemburgo apresentou reserva dizendo que a Convenção não requer modificação do *status* legal da criança nascida de pais para os quais o casamento é absolutamente proibido, garantindo o melhor interesse da criança.

O artigo 6º defende o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento da criança (reservas de três países: China, França e Luxemburgo). A China defende prevalência de lei interna sobre planejamento familiar; França e Luxemburgo é adepta da legislação interna sobre interrupção de gravidez. O artigo 7º institui que a criança tem direito a registro de um nome logo após o nascimento, ter nacionalidade, conhecer e ser cuidada pelos pais, sofrendo reservas de Emirados Árabes, que determina que nacionalidade é questão interna. Oman considera que crianças de pais desconhecidos, nascidas naquele país, podem adquirir a nacionalidade, conforme lei do Sultanato. Malásia privilegia lei interna em todas as questões. Liechtenstein aplicará as leis do Principado. Luxemburgo não coloca obstáculo ao nascimento anônimo, quando do interesse da criança. A confidencialidade do nome dos pais biológicos, na adoção, é garantida pela Polônia, conforme acordo legal firmado quando da adoção.

O artigo 9º trata da separação entre pais e criança deverá ocorrer somente quando do melhor interesse desta. Porém, terá direito a manter relações, e ainda direito à informações básicas sobre a outra parte, quando separados por medida adotada pelo Estado (detenção, prisão, exílio, deportação ou ainda morte). A reserva da Croácia garante o direito, conforme legislação interna, de separar a criança de seus pais sem prévia revisão judicial, desde que providenciada por autoridade competente. Oman acrescenta um entendimento próprio.

O artigo 10 prevê atendimento pelos Estados Partes à solicitação para ingressar ou deixar um país com o objetivo de reunir uma família, com reservas das Ilhas Cook, Suíça e Liechtenstein, todos privilegiando leis internas. O artigo 13 defende o direito de liberdade de expressão, e também sofre reserva pela Áustria diz que será aplicado, desde que não conflitue com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Malásia afirma que aplicará a Convenção somente no que for compatível com sua Constituição e lei interna. A Santa Sé interpreta o artigo com salvaguarda do inalienável direito dos pais concernentes à educação, religião, privacidade e outros.

O art. 14 garante à criança liberdade de associação, pensamento, consciência, e descrença, além da liberdade de professar a própria religião. Os países que fizeram reservas a esse discordam dos preceitos trazidos em seu § 1º: a Santa Sé, como visto no artigo anterior, salvaguarda o direito dos pais em relação à criança, à educação, religião e outros. Os demais países que manifestaram discordância seguem a religião islâmica, não admitindo qualquer contrariedade à Sharia (Bangladesh, Brunei Darussalam, Emirados Árabes, Iraque, Jordânia, Malásia, Maldivas, Síria e Oman). O art. 15 ratifica liberdade de associação e realização de reuniões pacíficas. Áustria repete condição do artigo 13. Luxemburgo esclarece que o artigo não impede a aplicação da lei interna sobre capacidade para o exercício de direitos. Malásia reafirma a prevalência de lei interna. A Santa Sé ratifica o direito dos pais.

O art. 16 garante o direito à criança contra interferências arbitrárias em sua vida particular, sua família, seu domicílio, correspondência, atentados ilegais, honra, reputação - com reservas por Mali e Santa Sé. Mali declara que em razão do Código de Família de Mali, não reconhece a necessidade do artigo. A Santa Sé ratifica o direito inalienável dos pais sobre educação, religião e privacidade da criança. O artigo 17 substancia o acesso à informação com divulgação de materiais de diversas fontes nacionais e internacionais, divulgação de informações de interesse social e cultural, promoção de intercâmbio e difusão de livros, além de proteção à criança contra informações prejudiciais. A Áustria confirma sua aplicação no que for compatível com direitos básicos de outros, em especial o direito básico de liberdade de informação e liberdade de imprensa. Emirados Árabes afirma respeitar a comunicação de massa, mas aplicará as leis internas. A Turquia reserva-se o direito de interpretar e aplicar o artigo 17, de acordo com letra e espírito da Constituição turca e do Tratado de Lausanne.

O artigo 20 preceitua o direito previsto de proteção e assistência especiais do Estado quando a criança for privada temporária ou permanentemente do seio familiar. As crianças poderão ser colocadas em lares de adoção, Kafalah do direito islâmico ou adotadas, sendo observado o respeito à origem étnica, religião, cultura, língua e continuidade da educação. Brunei Darussalam, Egito, Jordânia e Síria expuseram suas reservas a tudo que contrarie os princípios do Islamismo. O artigo 21 trata sobre reconhecimento dos Estados ao sistema de adoção de crianças, onde o maior interesse da criança deverá prevalecer. A autoridade competente será responsável pelas providências, adotando medidas apropriadas para o impedimento de benefícios financeiros indevidos (com reservas da Argentina, Bangladesh, Brunei Darussalam, Canadá, Egito, Emirados Árabes, Jordânia, República da Coreia, Maldivas, Oman e Síria).

O artigo 24 visa garantir o direito à saúde, tratamento médico, serviços sanitários, assistência médica preventiva com serviços de planejamento familiar. Quiribati observará seus costumes e tradições no que se referir à criança. A reserva da Santa Sé foi relativa ao planejamento familiar. O artigo 26 sobre o direito das crianças a usufruir de previdência social e seguro social são objetos deste artigo. Quiribati observará seus costumes e tradições ao que se referir à criança. A Holanda aceita as provisões do artigo, com a reserva de que não implique na concessão de direito ao seguro social. O artigo 28 aduz o direito da criança à educação, com ensino primário disponível e gratuito, cabendo aos Estados estimular o ensino profissionalizante, tornar o ensino superior acessível, com disponibilidade de orientação educacional e profissional, estímulo à frequência escolar, redução do índice de evasão, cooperação internacional para eliminação da ignorância e do analfabetismo. Quanto às reservas, Quiribati observará seus costumes e tradições, assim como a Malásia. Samoa alega que grande parte das escolas de educação primária está fora do controle do governo. Singapura reserva o direito de promover educação primária gratuita somente para cidadãos do país. A Santa Sé reafirma o direito dos pais na educação das crianças.

O artigo 29 trata da orientação da educação pelos Estados Partes para o desenvolvimento da personalidade, aptidões, com respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, respeito aos pais, à identidade cultural, idioma, valores, ao meio ambiente. A Turquia declara que interpretará o artigo de acordo com a sua Constituição. O artigo 30 busca preservar o direito de crianças que pertençam a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou

de origem indígena a ter, professar ou praticar sua cultura. A França declara que, à luz do artigo 2º da sua Constituição, não o aplicará. A Turquia interpretará o artigo de acordo com sua Constituição. O artigo 32 sobre a proteção da criança contra a exploração econômica e do trabalho prejudicial à criança é a pauta deste artigo. Os Estados se comprometem a estabelecer idade mínima para admissão em emprego, criar regulamentação apropriada em relação a horários e condições de emprego, bem como estabelecer penalidades e sanções para assegurar o cumprimento do artigo o qual, em suma, obriga a legislar. A Nova Zelândia considera que a lei já é apropriada naquele país. Singapura aplicará a legislação trabalhista doo país.

O artigo 37 aborda a proteção contra a tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, proibindo aplicação à criança de pena de morte, prisão perpétua, privação de liberdade de forma arbitrária. A detenção, reclusão ou prisão deve ser apenas último recurso, e o mais breve possível. Toda criança privada de liberdade deve ser tratada com humanidade e respeito, devendo ficar separada dos adultos, possibilidade de manter contato com a família, rápido acesso à assistência judiciária, direito a impugnar a legalidade de sua privação de liberdade perante autoridade competente, e a uma rápida decisão. A Austrália considera esse artigo dificultador no que se refere ao contato do jovem preso com a família, motivo da reserva. O Canadá e Ilhas Cook observarão este item somente quando possível. A lei no Japão prevê a separação de pessoas com menos de 20 anos dos demais adultos. A Malásia reafirma a prevalência de lei interna. A Holanda aceita o artigo com reserva de que não impede a aplicação da lei penal adulta à criança com 16 anos ou mais, de acordo com a lei interna. A Nova Zelândia reserva-se o direito de não aplicar o artigo 37 quando a mistura de jovens e adultos for inevitável e onde o interesse de outros jovens requerer a remoção de um, em particular, ou onde for considerado benéfico aos demais. A Suíça declara que a separação entre crianças e adultos não está incondicionalmente garantida.

O artigo 38 prevê respeito às normas do direito humanitário internacional em caso de conflito armado em relação às crianças. A não participação em hostilidades por menores de 15 anos; não recrutamento de menores de 15 anos para forças armadas, priorizando chamamento de maiores de 18 anos. A Colômbia, Polônia e Uruguai possuem lei interna de proibição para que menores de 18 anos participem de conflito armado, motivando as reservas. O artigo 40 reconhece o direito da criança infratora a recuperar seu sentido de dignidade e valor, e que tenham as seguintes garantias: ser considerada inocente até comprovada sua culpabilidade; ser

informada sem demora das acusações e disponibilizada assistência jurídica; ter sua causa decidida de forma competente e imparcial considerando sua idade e condição; não ser obrigada a testemunhar ou se declarar culpada; se considerada culpada, direito à revisão de pena por autoridade ou órgão judicial superior competente; ter respeitada sua vida privada. Os Estados Partes deverão promover o estabelecimento de leis, idade mínima para presunção de capacidade para infringir leis penais, alternativas à internação em instituições. Alemanha declara que, em respeito ao artigo 40 (2) (b) (ii) e (v) da Convenção, esses artigos deverão ser aplicados de forma que, no caso de infringência à lei penal por menor, não haverá o direito de ter assistência na preparação da defesa e ou uma obrigação de ter a sentença revisada por autoridade superior. Dinamarca, França e Suíça seguirão lei penal interna. A República da Coreia não o considera obrigatório. Mônaco registra que há exceções. Os casos envolvendo menores poderão ser tratados sem a presença de um assistente legal na Holanda.

Se alguns países não ocidentais identificaram na Convenção as características acima descritas, é possível verificar o motivo da contrariedade e motivação da maioria dos países islâmicos para apresentação de reservas, em especial aos artigos 14 e 21 ou, de forma genérica, a tudo que não estivesse de acordo com a *Sharia* Islâmica.

As reservas apresentadas pela China, França e Luxemburgo, ao art. 6º, referentes ao direito à vida, como também os países que condicionam separação de crianças infratoras de adultos quando presos (art. 37), quanto à educação primária e gratuita (art. 28) e em relação à lei penal aplicada, também expressam defesa de suas leis, crenças, cultura e valores. O parágrafo 2º do art. 51 diz que “não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objetivo e propósito da presente Convenção”.

O problema da coexistência e coordenação dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, a nível regional e global. Defende Cançado Trindade a realização de uma coordenação de dimensão horizontal – no plano do direito internacional propriamente dito, proporcionando o devido fortalecimento a mecanismos de supervisão internacional, assegurando uma assistência mais eficaz aos desprotegidos. Em paralelo, ele aponta a necessidade de se desenvolverem as bases jurídicas da aplicação dos princípios do direito internacional humanitário mais além de seu âmbito formal ou convencional. E complementa: “Da mesma forma, é de se esperar que os Estados considerem a pronta retirada das reservas de competência, i.e., das reservas que afetam ou restringem indevidamente o procedimento de

controle internacional e seu funcionamento regular” (CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 54-57).

Segundo Daudt, os tratados de direitos humanos exigem uma ‘metodologia especial e restritiva de interpretação’, que apontam para o desenvolvimento de critérios para a análise e admissibilidade das reservas: 1º) reafirmação do critério de compatibilidade; 2º) impossibilidade de formulação de reservas contrárias a normas *jus cogens* e obrigações *erga omnes*; 3º) em determinadas circunstâncias, possibilidade de formulação de reservas, ainda que incompatíveis, mas com um prazo definido. O mesmo autor afirma que as reservas têm um papel decisivo na aceitação de instrumentos internacionais, “desempenhado mais pelas reservas incompatíveis do que pelas compatíveis. As reservas, nessa hipótese, se tornam um instrumento de introdução das normas internacionais no país” (DAUDT, 2006, p. 214). Reservas apresentadas podem ser retiradas, demonstrando que a aceitação inicial de um tratado internacional, pode representar o início de mudanças na forma de pensar e agir, culminando com a retirada da reserva. Afinal, mesmo considerando alegações culturais, deve haver um limite para a admissibilidade de reservas a tratados internacionais de direitos humanos, pois há direitos humanos mínimos que devem ser preservados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A base de todo sistema internacional contemporâneo foi estruturada para manutenção da paz e progresso da humanidade, com a estandarização de padrões conceituais normativos e do aparelhamento de um sistema de segurança coletiva, é ele que norteia valores e princípios que são aplicados no contexto do Direito Internacional e que busca manter sua coerência (MENEZES, 2023, p. 627-628).

Importa reconhecer a intrincada e co-originária relação entre soberania e Direito Internacional, que redundam na formulação de mecanismos complexos e eventualmente ambíguos como é o caso das reservas aos tratados. Razão pela qual cumpre afirmar que se trata de um instituto relevante para preservar o caráter peculiar das relações forjadas nessa seara do Direito, impondo, simultaneamente, a necessidade de se construir o equilíbrio (dinâmico) entre a *ampla participação* e a *integridade* do tratado em questão. Contudo, cabe instigar reflexões e questionamentos acerca da conformidade do uso das reservas,

notavelmente aos tratados de direitos humanos, como observa-se no caso da Convenção sobre Proteção dos Direitos das Crianças de 1989.

A questão das reservas, em especial a tratados de Direitos Humanos segue aberta. A Declaração de 1948 abre uma senda na história, por onde se desenvolve(u) a revolução copernicana dos Direitos Humanos, num crescendo de normatização internacional que passa a demandar progressivamente mais detalhamentos e o trato pausado em aspectos anteriormente entendidos como meras filigranas, como o tema aqui enfrentado. Por tudo isso, alguns caminhos podem ser perspectivados, como o veto expresso no tratado à possibilidade de reservas, controle e monitoramento quando do seu uso. Por isso, reservas a cláusulas de tratados de Direitos Humanos que sejam procedimentais eventualmente podem ser compatíveis, contudo, se forem cláusulas “materiais” tende a violar o *princípio da integridade do tratado*.

Casos de novos tratados internacionais no marco do Direito Internacional Humanitário evidenciam que a inviabilização de reservas expressa nos tratados internacionais pode existir e funcionar. A lembrar a Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Transferência e Produção de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição de 1997, com profundo impacto humanitário, que mesmo sem possibilidade de reservas alcançou 164 Estados Partes e um nível de implementação mesmo que não manifestaram seu consentimento ao tratado. Outro exemplo é o Estatuto de Roma de 1998 que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional permanente, por evidente contradição que se disporia afetando o coração da iniciativa de justiça internacional em prol dos Direitos Humanos.

Evidencia-se a necessidade da construção de um marco político-institucional, seja por interpretações pormenorizadas, regimes específicos em determinadas temáticas, instituições estatais ou não ou mesmo com monitoramentos independentes, no que se refere às reservas aos tratados internacionais de direitos humanos para que a participação nessas fontes inovadoras de Direito no século XXI não permita que se formem uma cortina de fumaça sobre as graves violações perpetradas pelos Estados.

Estados, organizações internacionais e sociedade civil precisam engendrar mecanismos de controle sobre as reservas aos tratados internacionais de direitos humanos, para que as manifestações de consentimento aos tratados não se constituam como texto *à la*

carte onde o voluntarismo interestatal siga a impor seu lento ritmo de responsabilização perante o povo, maior interessado nos avanços destes processos civilizatórios. Afinal, cabe instituir reforços para que o Direito Internacional encontre caminhos de fortalecimento da sua força normativa, com integridade e coerência, em face ao voluntarismo estatal que eventualmente denigre sua razão de ser.

Dentre as possibilidades entre os sistemas de controle e monitoramento, inclui-se: (i) a exigência, a ser expressa nos tratados internacionais de um prazo para retirada das reservas; (ii) sistema de cooperação internacional que permita cumprimento e adequação à normativa internacional quando ocorre por falta de recursos; (iii) formação de conselhos interinstitucionais de controle e transparência sobre reservas existentes delimitado por tratado internacional que dialogue com os demais conselhos em prol do compartilhamento de mecanismos de implementação e cooperação.

O uso amplo, descriterioso e descontrolado de reservas aos tratados internacionais de direitos humanos demonstra o estado do voluntarismo do Direito Internacional, características que tanto o desautorizam enquanto forma jurídica – ao demonstrar-se a sobreposição da natureza política, quanto o fragilizam. Por tudo isso, cabe mecanismos próprios de observância e monitoramento a cada regime jurídico internacional aberto às reservas para preservar a coerência do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

AUST, Anthony. **Modern Treaty Law and Practice**. 2. Ed. Cambridge: Cambridge University, 2007.

ALSTON, Philip; CRAWFORD, James. **The Future of Un Human Rights Treaty Monitoring**. Cambridge: United Kingdom university press, 2000

ARIÈS, Phillippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRETELLA NETO, José. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

DAUDT, Gabriel Pithan. **Reservas aos tratados internacionais de direitos humanos: o conflito entre a eficácia e a promoção dos direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2.ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

INTERNACIONAL LAW COMMISSION. **Yearbook of the International Law Commission**. 1998. V 2, Part II. Acesso em: 13 set. 2023. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf) >

LAUTERPACHT, Hersch. Law of Treaties. **Yearbook of the International Law Commission**. New York, vol. II, 1953.

MENEZES, Wagner. **Curso de Direito Internacional: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SALIBA, Aziz Tuffi. Comentários ao Artigo 19. Reservas. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 107-168.

SESTERHEIM, Maria Luiza. **O Problema das Reservas aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Estudo da Convenção sobre os Direitos da Criança**. TCC da Graduação em Direito da UNISINOS. Orientado: Gustavo Oliveira Vieira. São Leopoldo, 2009.

UNITED NATIONS. **United Nations Treaty Collection**. Disponível em <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en>. Acesso em 20 ago 2023.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na Mundialização: desafios e perspectivas da Democracia e dos Direitos Humanos**. Ijuí: Unijuí, 2015.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Inovações em Direito Internacional: um estudo de caso a partir do Tratado de Ottawa**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

RESERVATIONS TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES: NEED TO REVIEW EXISTING MODELS

ABSTRACT: From the glade opened by the Universal Declaration of Human Rights, the building of a roster of international treaties on human rights was started, strengthening and specializing its promotion. In contrast, new implementation mechanisms are required in order to improve the apparatus of their implementation, such as the problem that involves the widespread use of “reservations” to treaties. This paper faces, in a dialectical approach, one of the ambiguous mechanisms under the universalization of human rights, which are the reservations to international treaties on the subject. The use of reservations to international treaties, which has limits defined by international law itself, not allowing to be used when in contradiction with the core objectives of the treaty, suffers from a deficit of monitoring and control. Taking the example of reservations to the Convention on the Children Rights, the discussion aims to characterize its contradictions and certain paradoxes, noting that in some cases it may work (or not).

Key-Words: Reservation; International treaties; Human Rights.



DIREITO À SAÚDE E MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO

Taiana Castrillon Dionello
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

RESUMO

A medicina baseada em evidências é uma ferramenta indispensável para uma fundamentação técnica pelo julgador na adequada tutela do direito à saúde nos casos concretos. Sua relevância se torna ainda maior naqueles casos que envolvem medicamentos e/ou tratamentos de saúde ainda não aprovados pelos órgãos reguladores competentes e/ou que estão ainda em fase experimental ou de testes. Nesse sentido, o artigo realiza pesquisa e fornece um panorama atual das decisões judiciais sobre o direito à saúde e que leva em conta a medicina baseada em evidências, no cenário estadual mato-grossense. O problema que orienta a investigação pode ser sintetizado da seguinte forma: em que medida as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso, nas demandas que envolvem o direito à saúde, levam em consideração, na sua fundamentação, os critérios técnicos elaborados pela medicina baseada em evidências? Para responder à problemática suscitada, a análise voltou-se para as decisões colegiadas julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, envolvendo a base territorial do Estado de Mato Grosso e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos últimos 2 (dois) anos. O objetivo geral da pesquisa consiste na análise da jurisprudência dos referidos Tribunais a respeito dos casos que envolvem o direito à saúde em interface com a medicina baseada em evidências. Especificamente, o texto, que está estruturado em duas seções, busca: a) elucidar o conceito de medicina baseada em evidências e sua relevância no âmbito da efetivação do direito à saúde; b) apresentar os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada no Estado de Mato Grosso. O método de análise empregado foi o qualitativo, na medida em que a pesquisa foi construída com base na apreciação do conteúdo de 12 (doze) acórdãos localizados, a partir dos critérios de busca já mencionados, junto ao TRF da 1ª Região e Juizado Especial Federal da 1ª Região, e de 32 (trinta e dois) acórdãos localizados junto ao repositório jurisprudencial on-line do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Como resultado, a pesquisa aponta que atualmente no âmbito da discussão relativa à medicina baseada em evidências, com a judicialização da saúde, o Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso utiliza-se, na maioria dos casos, de critérios científicos para avaliar a adequação de medicamentos e procedimentos em cada caso individualizado, contudo, ainda há grande quantidade de decisões desprovidas de fundamentação que considere as melhores evidências científicas. Assim, embora já criados espaços de debate sobre o tema e núcleos de apoio técnico na Justiça mato-grossense, torna-se indispensável a intensificação de capacitação contínua de magistrados na área, para o fim de despertar a responsabilidade sobre o tema e orientar os fundamentos do direito à saúde para critérios mais técnicos e científicos.

Palavras-Chave: Medicina Baseada em Evidências; Direito à Saúde; Jurisprudência no Estado de Mato Grosso; Brasil.

- Mestranda pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil, Direitos Difusos e Coletivos (FESMP/MT). Especialista em Direito Ambiental – Desenvolvimento Sustentável (FESMP/MT). Especialista em Ministério Público Resolutivo e Gestão de Excelência (FESMP/MT). Promotora de Justiça (MPMT/MP).
- Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP (2023). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ (2008). Graduado em Direito pela UNIJUÍ (2006). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da UNIJUÍ. Professor-pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ.

1 INTRODUÇÃO

A medicina baseada em evidências é uma ferramenta indispensável para uma fundamentação técnica, pelo julgador, na adequada tutela do direito à saúde nos casos concretos. Sua relevância se torna ainda maior naqueles casos que envolvem medicamentos e/ou tratamentos de saúde ainda não aprovados pelos órgãos reguladores competentes e/ou que estão ainda em fase experimental ou de testes. Nesse sentido, o artigo realiza pesquisa e fornece um panorama atual das decisões judiciais sobre o direito à saúde e que leva em conta a medicina baseada em evidências, no cenário estadual mato-grossense.

O problema que orienta a investigação pode ser sintetizado da seguinte forma: em que medida as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso, nas demandas que envolvem o direito à saúde, levam em consideração, na sua fundamentação, os critérios técnicos elaborados pela medicina baseada em evidências?

Para responder à problemática suscitada, o artigo busca a análise jurisprudencial das decisões colegiadas julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, envolvendo a base territorial do Estado de Mato Grosso e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos últimos 2 (dois) anos. A pesquisa foi realizada junto ao repositório *on-line* de jurisprudência de ambos os Tribunais referidos. A pesquisa foi realizada utilizando-se termos específicos, separados ou em conjunto, com emprego de algumas ferramentas de busca como “e”, “ou”, dentre outros. Também foi possível assinalar os tipos de decisões (acórdãos, súmulas, arguições ou decisões monocráticas) e as fontes (Tribunal Regional da 1ª Região e/ou Juizado Especial Federal da 1ª Região). No caso específico do presente trabalho, a busca foi feita com a expressão “medicina baseada em evidências”, com período de 1º/11/2021 a 1º/11/2023, assinalando-se somente os acórdãos oriundos tanto do TRF da 1ª Região, quanto do Juizado Especial Federal da 1ª Região, assim como do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

O objetivo geral da pesquisa consiste na análise da jurisprudência dos sobreditos Tribunais a respeito dos casos que envolvem o direito à saúde em interface com a medicina baseada em evidências. Especificamente, o texto, que está estruturado em duas seções, busca: a) elucidar o conceito de medicina baseada em evidências e sua relevância no âmbito da efetivação do direito à saúde; b) apresentar os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada e a apreciação crítica dos julgados encontrados na pesquisa realizada.

O método de análise empregado foi o qualitativo, na medida em que a pesquisa foi construída com base na apreciação do conteúdo de 12 (doze) acórdãos localizados, a partir dos

critérios de busca já mencionados, junto ao TRF da 1ª Região e Juizado Especial Federal da 1ª Região, e de 32 (trinta e dois) acórdãos localizados junto ao repositório jurisprudencial *on-line* do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

2 A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS E SUA RELEVÂNCIA PARA O JULGAMENTO DE CASOS QUE ENVOLVEM O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A medicina baseada em evidências pode ser compreendida como a utilização do melhor conhecimento científico em relação ao cuidado no tratamento de determinado paciente. Conforme David Sacket, Willian Rosenberg, Muir Gray, Brian Haynes e Scott Richardson (1996) referida medicina versa sobre “uso consciente, explícito e criterioso das melhores evidências atuais na tomada de decisões sobre o cuidado individual dos pacientes”.

Com a judicialização da saúde, a medicina baseada em evidência torna-se ferramenta indispensável para uma fundamentação técnica pelo julgador na adequada tutela do direito à saúde nos casos concretos. Destaca-se as situações de medicações e tratamentos prescritos ao paciente e que ainda não foram aprovados por órgão competente ou em fase experimental. Nesses casos, costumeiramente há negativa pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras de planos de saúde para o seu custeio e o Poder Judiciário é acionado.

Com efeito, deve-se reconhecer a necessidade do julgador buscar conhecimento técnico específico, sob pena de se permitir decisões judiciais assegurando ou não o direito à saúde nos mais diversos casos de prescrição médica, com base em argumentos sempre de cunho eminentemente jurídico.

Não se pode olvidar ainda que em se tratando de saúde, há uma coletividade de usuários-pacientes que se utilizam de medicamentos e tratamentos do sistema de saúde. Torna-se imperativo à sobrevivência do sistema a procura de igualdade de tratamento para que não haja desestabilização do orçamento público. Por outro lado, em se tratando de saúde suplementar, o custeio generalizado de medicações e tratamentos sempre ao crivo da mera prescrição médica, pode levar ao colapso dos planos de saúde e, conseqüentemente, sobrecarga de prestações de saúde ao Estado.

A medicina baseada em evidências tem acolhimento legal pela sua contribuição de busca no melhor conhecimento científico. Nesse sentido, destaca-se o art. 19-Q, §2º, inciso I, da Lei nº 8.080/90 (Brasil, 1990), que anuncia que para que o SUS incorpore, exclua ou altere

medicamentos, produtos e tratamentos deve ser levado em consideração necessariamente as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança. Na mesma lei, por outro lado, o art. 19-T, proíbe ao SUS de promover o pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, produto ou procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA.

A Lei nº 9.656/98 (Brasil, 1998), que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde especial, também acolhe a medicina baseada em evidências, contudo, só o fez recentemente com as inclusões feitas pela Lei nº 14.307/2022 (Brasil, 2022). Com efeito, no que concerne ao rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde (ANS) e que constitui referência básica para todos os planos privados de assistência à saúde, o art. 10, §13, inciso I, anuncia que em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol mencionado, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde desde que exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico. Ainda, a mesma lei, no art. 10-D, §3º, inciso I, anuncia que a comissão instituída para referida atualização do rol deverá considerar as melhores evidências científicas disponíveis e possíveis sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade, a eficiência, a usabilidade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou para a autorização de uso.

Em paralelo, no que concerne ao Poder Judiciário brasileiro, devido ao crescimento de demandas judiciais da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) resolveu direcionar o sistema de Justiça à racionalização das demandas da saúde, por meio de recomendações¹³¹, resoluções¹³², com o monitoramento de resoluções de demandas de assistência à saúde, além de criação de núcleos de apoio técnicos nas Justiças Estaduais e de um núcleo de apoio técnico nacional de consulta à distância pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (NAT-JUS Nacional) (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

Os núcleos de apoio técnico visam auxiliar os magistrados em suas decisões, aprimorando fundamentos científicos, na medicina baseada em evidências, para decidirem se concedem ou não determinados tratamentos e medicamentos.

¹³¹ A Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, orienta aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (Brasil, 2010).

¹³² A Resolução n. 107, de 06/04/2010 institui o Fórum Nacional do judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Brasil, 2010).

O Poder Judiciário no Estado de Mato Grosso possui núcleo de apoio técnico da saúde oriundo de cooperação técnica no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Tribunal Regional Federal da 1ª Região e a Secretaria de Estado e Saúde de Mato Grosso em vigor (Mato Grosso, 2021).

Diante do cenário apontado, considerando a legislação atinente à proteção do direito à saúde e atos normativos do CNJ promovendo e estimulando a fundamentação técnica mais precisa pelos magistrados, com a criação de núcleos de apoio técnicos, buscou-se promover a presente a pesquisa que analisa como atualmente a medicina baseada em evidências vem sendo aplicada e fundamentada pelo Poder Judiciário no Estado de Mato Grosso¹³³.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU DO ESTADO DE MATO GROSSO ACERCA DO EMPREGO DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS NO JULGAMENTO DE DEMANDAS QUE ENVOLVEM O DIREITO À SAÚDE

A pesquisa se propôs a fornecer um panorama atual das decisões judiciais sobre o direito à saúde e que leva em conta a medicina baseada em evidências, no cenário estadual mato-grossense. Para tanto, a base de análise voltou-se para as decisões colegiadas julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, envolvendo a base territorial do Estado de Mato Grosso e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos últimos 2 (dois) anos, o que totalizou 32 acórdãos.

Considerando que as ações envolvendo o direito fundamental à saúde podem envolver todos os entes da Federação (União, Estado, Municípios e Distrito Federal), e em se tratando de interesse da União, a competência é da Justiça Federal, a pesquisa iniciou-se junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consolidada no próprio sítio do referido Tribunal, dedicado à pesquisa de jurisprudência (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2023). A pesquisa pode ser feita utilizando-se termos específicos, separados ou em conjunto, com emprego de algumas ferramentas de busca como “e”, “ou”, dentre outros. Também é possível assinalar os tipos de decisões (acórdãos, súmulas, arguições ou decisões monocráticas) e as fontes (Tribunal Regional da 1ª Região e/ou Juizado Especial Federal da 1ª Região). No caso específico do presente trabalho, a busca foi feita com a expressão entre aspas “medicina

¹³³ Período apurado de 1º/11/2021 até 1º/11/2023.

baseada em evidências”, com período de tempo de 1º/11/2021 e 1º/11/2023, assinalando-se somente os acórdãos oriundos tanto do TRF da 1ª Região, quando do Juizado Especial Federal da 1ª Região. Foram localizados 12 acórdãos, contudo, após detida leitura e análise dos autos respectivos, revelou-se que nenhum deles envolvia o território do Estado de Mato Grosso.

Agindo com semelhança na busca de decisões da Justiça Estadual, a pesquisa foi feita no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso destinado à jurisprudência (<https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/catalogo>), ocasião em que se utilizou a busca de decisões colegiadas, no período de 1º/11/2021 até 1º/11/2023, filtrando a pesquisa para a ferramenta de busca “ementas” e que contivessem a expressão “medicina baseada em evidências”. O resultado foi a localização de 32 (trinta e dois) acórdãos¹³⁴.

Em análise aos acórdãos, verificou-se que todos os casos envolveram operadoras de planos de saúde (100%) no polo passivo da ação, ao passo que no polo ativo constatou-se 17 menores e incapazes (53,12%) e 15 maiores e capazes (46,87%). Foram 24 acórdãos oriundos das Câmaras de Direito Privado (75%), em contraste com 8 acórdãos (25%) oriundos das Turmas Recursais do Juizado Especial Cível.

No que se refere à natureza das decisões contidas nos acórdãos, a maioria são decisões em sede de tutela de urgência (agravo de instrumento), totalizando 18 acórdãos (56,25%). Em contrapartida, as demais são decisões de julgamento de mérito (recursos inominados e apelações), resultando em 14 acórdãos (43,25%).

No que concerne ao objeto de discussão das demandas, seja em sede de agravo de instrumento e ou apelação/recurso inominado, houve a prevalência de 16 casos (50%) versando sobre concessão de tratamentos diversos (em destaque para fonoaudiologia, terapia comportamental pelo método DENVER ou ABA, equoterapia, fisioterapia PEDIASUIT,

¹³⁴ Apelação nº. 1029515-59.2020.8.11.0041, Recurso Inominado nº. 1026293-69.2021.8.11.0002, Agravo nº. 1008212-44.2022.8.11.0000, Agravo nº. 1009433-62.2022.8.11.0000, Agravo nº. 1006455-15.2022.8.11.0000, Agravo nº. 1012542-84.2022.8.11.0000, Recurso Inominado nº. 1024177-59.2022.8.11.0001, Recurso Inominado nº. 1011605-40.2021.8.11.0055, Recurso Inominado nº. 1007947-58.2021.8.11.0006, Agravo nº. 1020774-85.2022.8.11.0000, Agravo nº. 1019825-61.2022.8.11.0000, Apelação nº. 1037340-88.2019.8.11.0041, Apelação nº. 1039534-27.2020.8.11.0041, Agravo nº. 1017031-33.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1014327-47.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1018223-98.2023.8.11.0000, Recurso Inominado nº. 1008286-75.2022.8.11.0040, Recurso Inominado nº. 1036007-22.2022.8.11.0001, Apelação nº. 1014306-65.2019.8.11.0015, Apelação nº. 1039534-27.2020.8.11.0041, Agravo nº. 1004449-98.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1023948-05.2022.8.11.0000, Recurso Inominado nº. 1003088-35.2022.8.11.0015, Agravo nº. 1009551-04.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1005311-69.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1005182-64.2023.8.11.0000, Apelação nº. 1010395-51.2021.8.11.0055, Agravo nº. 1013685-74.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1015573-78.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1014977-94.2023.8.11.0000, Agravo nº. 1017438-39.2023.8.11.0000 e Recurso Inominado nº. 1015296-90.2022.8.11.0002.

dentre outros) para transtornos globais de desenvolvimento, em especial transtorno do espectro autista, além de microcefalia e paralisia cerebral. A outra metade dos casos (50%) versou sobre tratamentos de eletroconvulsoterapia (ECT) e estimulação magnética transcraniana (EMT) para distúrbios psiquiátricos (31,25%), fornecimento de medicação específica para tratamento de doença ou síndrome (15,62%) e cirurgia em modalidade robótica (3,12%).

Os acórdãos resultantes da pesquisa tiveram a prevalência de julgamentos no sentido de concessão do tratamento ou medicação. Foram cerca de 26 acórdãos (81,25%) pela concessão, contra apenas 6 acórdãos (18,75%) em sentido oposto. Destaque-se, ainda, nesse cenário, que todos os acórdãos que negaram tratamento ou medicação no caso concreto (18,75%), foram consolidados em sede de agravo de instrumento, ou seja, em cognição não exauriente oriunda da tutela de urgência. Em contrapartida, todos os acórdãos decorrentes de recurso inominado ou apelação (cognição exauriente) foram julgados no sentido de concessão de tratamento ou medicação pretendida.

Debruçando-se sobre os acórdãos que julgaram pela concessão de tratamento ou medicação, cerca de 13 deles (40,62%) adotaram como um dos fundamentos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que se existe a cobertura para a doença, consequentemente deverá haver cobertura para o procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano. Nesse sentido, utilizou-se de acórdão oriundo de AgRg no AREsp 718634 (Superior Tribunal de Justiça, 2015).

Outra parte significativa de 18 acórdãos (56,25%) acolheu como um dos fundamentos que o tratamento ou medicação requerida passou a ter cobertura pelo rol da Agência Nacional de Saúde (ANS). Muitos desses casos que adotam referido fundamento se referem ao tratamento de transtornos globais de desenvolvimento, dentre eles do espectro autista, em que a ANS editou a Resolução nº 539/2022 (Agência Nacional de Saúde, 2022).

Contudo, a maioria esmagadora de 24 acórdãos (75%) que concederam tratamento ou medicamento, basearam-se como fundamento principal a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que excepciona o rol taxativo de procedimentos e eventos em saúde da ANS, desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles a medicina baseada em evidências. São citados os julgamentos referentes aos acórdãos paradigmas EREsp nº. 1886929/SP (Superior Tribunal de Justiça, 2022a) e EREsp nº. 1889704/SP (Superior Tribunal de Justiça 2022b), datados de junho de 2022.

Referidos acórdãos do STJ estabelecem como parâmetros que excepcionam o rol taxativo da ANS para medicamentos e eventos em saúde do paciente as seguintes situações: a) inexistência de substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS para tratamento do paciente; b) cobertura pelo tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente desde que: b.1) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao rol da Saúde Suplementar; b.2) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; b.3) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; b.4) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

Nesse sentido, transcreve-se trecho pertinente aos acórdãos mencionados:

[...] 11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 - o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 - a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 - é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 - não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.¹³⁵

Embora os 24 acórdãos (75%) que concederam tratamento ou medicamento, utilizaram como farol a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que excepciona o rol taxativo de procedimentos e eventos em saúde da ANS (EREsp nº. 1886929/SP e EREsp nº. 1889704/SP) desde que preenchidos alguns requisitos, dentre eles a medicina baseada em evidências, verifica-se que em verdade são 16 acórdãos (66%) que efetivamente explicitaram

¹³⁵ EREsp n. 1886.929/SP e EREsp n. 1889704/SP.

no caso concreto o preenchimento do requisito de adequação do medicamento ou procedimento, conforme o melhor conhecimento científico para o paciente.

Com efeito, essa fatia de acórdãos que apresentaram a medicina baseada em evidências nos casos *sub iudice* (66%), fundamentou o melhor conhecimento científico para o paciente com base em resoluções do Conselho Federal de Medicina¹³⁶, assim como relatórios do assunto oriundos de núcleos de apoio técnico de outros estados da Federação (NATJUS) e portarias do Ministério da Saúde.

Em contrapartida, do universo dos referidos 24 acórdãos (75%) que concederam tratamento ou medicação tendo como orientação a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já mencionada, cerca de 8 acórdãos (33,33%) não trouxeram nos respectivos casos concretos nenhuma discussão sobre a medicina baseada em evidências, apenas fizeram remissão ao teor dos documentos e prescrição médica particular do paciente.

Por fim, no que se refere aos julgamentos que não concederam tratamento ou medicação no caso concreto, cerca de 6 acórdãos (18,75), todos tiveram também como norte a jurisprudência do STJ no sentido de excepcionalizar o rol do ANS de medicamentos e tratamentos, desde que preenchidos alguns requisitos (EREsp nº. 1886929/SP e EREsp nº. 1889704/SP). Contudo, com o fundamento de não preenchimento de requisitos da jurisprudência do STJ, foram 4 acórdãos (12,5%), ao passo que 2 acórdãos (6,25%) afastaram o medicamento ou tratamento pleiteado com base na medicina baseada em evidências, aduzindo que não houve êxito na demonstração de evidência científica que pudesse afastar tratamento já disposto no rol da ANS.

Assim, no contexto estadual, dos 32 (trinta e dois) acórdãos selecionados com base no critério de medicina baseada em evidências, totalizou-se cerca de 18 (dezoito) acórdãos (16 pela concessão e 2 pela não concessão de medicamento ou tratamento pleiteado), resultando em 56,25% de acórdãos que se constituíram em julgamentos fundamentados na verdadeira avaliação da adequação do medicamento e procedimento, conforme as melhores evidências científicas do caso individualizado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A medicina baseada em evidências revela ser ferramenta indispensável para uma

¹³⁶ Destaque das Resoluções 1.986/2012 e 2057/2013 do Conselho Federal de Medicina para tratamentos de eletroconvulsoterapia e estimulação magnética transcraniana.

fundamentação técnica, pelo julgador, na adequada tutela do direito à saúde nos casos concretos. Sua relevância se torna ainda maior naqueles casos que envolvem medicamentos e/ou tratamentos de saúde ainda não aprovados pelos órgãos reguladores competentes e/ou que estão ainda em fase experimental ou de testes. O artigo, portanto, realizou pesquisa e forneceu um panorama atual das decisões judiciais sobre o direito à saúde e que leva em conta a medicina baseada em evidências, no cenário estadual mato-grossense.

O problema que orientou a investigação foi a análise sobre em que medida as decisões proferidas pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso, nas demandas que envolvem o direito à saúde, levam em consideração, na sua fundamentação, os critérios técnicos elaborados pela medicina baseada em evidências. Para responder à problemática suscitada, o artigo buscou a análise jurisprudencial das decisões colegiadas julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, envolvendo a base territorial do Estado de Mato Grosso e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso nos últimos 2 (dois) anos. A pesquisa foi realizada junto ao repositório *on-line* de jurisprudência de ambos os Tribunais referidos. A pesquisa foi realizada utilizando-se termos específicos, separados ou em conjunto, com emprego de algumas ferramentas de busca como “e”, “ou”, dentre outros. Também foi possível assinalar os tipos de decisões (acórdãos, súmulas, arguições ou decisões monocráticas) e as fontes (Tribunal Regional da 1ª Região e/ou Juizado Especial Federal da 1ª Região). No caso específico do presente trabalho, a busca foi feita com a expressão “medicina baseada em evidências”, com período de 1º/11/2021 a 1º/11/2023, assinalando-se somente os acórdãos oriundos tanto do TRF da 1ª Região, quanto do Juizado Especial Federal da 1ª Região, assim como do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.

O objetivo geral da pesquisa consistiu na análise da jurisprudência dos sobreditos Tribunais a respeito dos casos que envolvem o direito à saúde em interface com a medicina baseada em evidências. Especificamente, o texto, foi estruturado em duas seções, buscando: a) elucidar o conceito de medicina baseada em evidências e sua relevância no âmbito da efetivação do direito à saúde; b) apresentar os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada e a apreciação crítica dos julgados encontrados na pesquisa realizada.

A pesquisa revelou que atualmente no âmbito da discussão relativa à medicina baseada em evidências, com a judicialização da saúde, o Poder Judiciário mato-grossense utiliza-se, na maioria absoluta dos casos (56,25%), de critérios científicos para avaliar a adequação de medicamentos e procedimentos em cada caso individualizado.

Esse cenário favorável decorre principalmente da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, a partir dos acórdãos EREsp nº. 1886929/SP e EREsp nº. 1889704/SP, que trouxeram segurança e orientação para o julgador, com critérios objetivos e técnicos para análise dos casos de tratamentos e medicamentos que não estejam no rol da ANS, dentre eles a busca das melhores evidências científicas do tratamento e medicação pleiteada. Em paralelo, a publicação da Lei nº 14.454/2022, que alterou dispositivos da Lei nº 9.656/1998 (Lei dos planos de saúde), também contribuiu com a determinação às operadoras de planos de saúde que nos casos de tratamento ou procedimento que não esteja incluído no rol da ANS, a cobertura deverá ser autorizada desde que exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico (Brasil, 2022).

Também foram importantes para os julgamentos baseados em critérios científicos, relatórios já prontos e citados nos acórdãos de Núcleos de Apoio Técnicos em situações similares de outras unidades da Federação.

Contudo, apesar da maioria das decisões judiciais no Estado de Mato Grosso acolher fundamentos técnicos e científicos, o caminho a ser percorrido ainda é grande. Com efeito, parte considerável das decisões (43,75%), buscou como fundamento técnico apenas os documentos médicos sobre o diagnóstico e tratamento apontado pela parte interessada, mesmo em algumas oportunidades tenha-se feito remissão a jurisprudência do STJ no sentido de excepcionalizar o rol da ANS. Também não se fez menção a qualquer relatório de Núcleo de Apoio Técnico nacional ou estadual para subsidiar a questão. Esses dados são preocupantes, porque o julgador acaba ficando refém da prescrição médica indicada.

O direito à saúde exige do magistrado muita cautela, em especial nos casos de tratamento e medicação não previstas na lei. A medicina baseada em evidências entra como ferramenta técnica indispensável nessas situações. Desconsiderar evidências científicas conduz a tratamentos inadequados e desnecessários e que acabam por onerar o sistema de saúde público e suplementar. Portanto, o direito à saúde exige não só fundamentação jurídica, mas essencialmente fundamentação técnica na área.

Assim, embora muito já se tenha feito pelo Conselho Nacional de Justiça no tema relativo ao direito à saúde, e, em especial o Judiciário mato-grossense, com a criação de espaços de debate e criação de núcleo de apoio técnico, a pesquisa demonstra ser indispensável a intensificação de capacitação contínua de magistrados na área para o fim de

despertar a responsabilidade sobre o tema e orientar os fundamentos do direito à saúde para critérios mais técnicos e científicos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Resolução Normativa n. 539, de 23 de Junho de 2022**. Altera a Resolução Normativa RN n. 465, de 24 de fevereiro de 2021, que dispõe sobre o rol de procedimentos e eventos em saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória de sessões com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos, para tratamento/manejo dos beneficiários portadores de transtorno do espectro autista e outros transtornos globais do desenvolvimento. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDI1Ng==> . Acesso em 21 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 14.307, de 3 de março de 2022**. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm#art1. Acesso em: 21 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877#:~:text=Recomenda%20aos%20Tribunais%20a%20ado%20C3%A7%C3%A3o,envolvendo%20a%20assist%20C3%A0ncia%20C3%A0%20sa%20C3%BAde.>> . Acesso em 21 nov. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 107, de 06/04/2010**. Institui o Fórum Nacional do judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **NATJUS Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/nat-jus-nacional/>. Acesso em 21 nov. 2023.

GRAY, Muir; HAYNES, Brian; RICHARDSON, Scott; ROSENBERG, Willian; SACKETT, David. **Evidence based medicine: what it is and what it isn't**. 1996. Disponível em: <https://www.bmj.com/content/312/7023/71.full> > Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/catalogo>>. Acesso em: 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação n° 1029515-59.2020.8.11.0041**, Relatora: Desembargadora Serly Marcondes Alves, Quarta Câmara de Direito Privado, julgado em 17/11/2021, DJE em 18/11/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1029515-59.2020.8.11.0041&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=rno48e>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1026293-69.2021.8.11.0002**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 28/06/2022, DJE em 29/06/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1026293-69.2021.8.11.0002&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=bukql>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1008212-44.2022.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 27/07/2022, DJE em 03/08/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1008212-44.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=rkigbk>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1009433-62.2022.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 03/08/2022, DJE em 08/08/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1009433-62.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=liv1j>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1006455-15.2022.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 03/08/2022, DJE em 08/08/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1006455-15.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=ioaz6v>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1012542-84.2022.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 03/08/2022, DJE em 11/08/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1012542-84.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=mbd64a>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1024177-59.2022.8.11.0001**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 25/10/2022, DJE em 26/10/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1024177-59.2022.8.11.0001&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=w3283>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1011605-40.2021.8.11.0055**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 25/10/2022, DJE em 27/10/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1011605-40.2021.8.11.0055&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=j27cp>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1007947-58.2021.8.11.0006**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 11/11/2022, DJE em 16/11/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1007947-58.2021.8.11.0006&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=wfrivc>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1020774-85.2022.8.11.0000**, Relator: Desembargador Sebastião de Moraes Filho, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 07/12/2022, DJE em 14/12/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1020774-85.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=v1lo8s>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1019825-61.2022.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 01/02/2023, DJE em 07/02/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1019825-61.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=fs4kxg>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação n° 1037340-88.2019.8.11.0041**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 01/02/2023, DJE em 07/02/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1037340-88.2019.8.11.0041&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=9okm0q>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação n° 1039534-27.2020.8.11.0041**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 05/04/2023, DJE em 10/04/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1039534-27.2020.8.11.0041&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=0dsljz6>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1017031-33.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Maria Helena Gargaglione Póvoas, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 18/10/2023, DJE em 20/10/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1017031-33.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=vbvuyd>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1014327-47.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 25/10/2023, DJE em 27/10/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1014327-47.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=r82p98>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1018223-98.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 25/10/2023, DJE em 31/10/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1018223-98.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=s5n5slb>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1008286-75.2022.8.11.0040**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 06/03/2023, DJE em 10/03/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1008286-75.2022.8.11.0040&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=emsvq8>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1036007-22.2022.8.11.0001**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 06/03/2023, DJE em 10/03/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1036007-22.2022.8.11.0001&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=auhlrw>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação n° 1039534-27.2020.8.11.0041**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 05/04/2023, DJE em 10/04/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1039534-27.2020.8.11.0041&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=qf2x1k>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1004449-98.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 03/05/2023, DJE em 10/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1004449-98.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=1q38bk>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1023948-05.2022.8.11.0000**, Relator: Desembargador João Ferreira Filho, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 25/04/2023, DJE em 28/04/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1023948-05.2022.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=udvwhw>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado n° 1003088-35.2022.8.11.0015**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio dos Santos, Turma Recursal Única, julgado em 02/06/2023, DJE em 05/06/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1003088-35.2022.8.11.0015&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=qm1py>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1009551-04.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 05/07/2023, DJE em 10/07/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1009551-04.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=9weq79>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1005311-69.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 05/07/2023, DJE em 12/07/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1005311-69.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=77zuvc>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1005182-64.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addário, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 26/07/2023, DJE em 02/08/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1005182-64.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=xn2dxm>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Apelação n° 1010395-51.2021.8.11.0055**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addario, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 23/08/2023, DJE em 29/08/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1010395-51.2021.8.11.0055&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=pbx13a>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1013685-74.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addario, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 30/08/2023, DJE em 06/09/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1013685-74.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=ntq3oe>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento n° 1015573-78.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addario, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 30/08/2023, DJE em 06/09/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1015573-78.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=tbm2qg>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº. 1014977-94.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Marilsen Andrade Addario, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 06/09/2023, DJE em 12/09/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1014977-94.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=g7aiv>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento nº. 1017438-39.2023.8.11.0000**, Relatora: Desembargadora Maria Helena Gargaglione Povoas, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 27/09/2023, DJE em 29/09/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1017438-39.2023.8.11.0000&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=8p5nlb>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Recurso Inominado nº. 1015296-90.2022.8.11.0002**, Relator: Juiz de Direito Valmir Alaércio Dos Santos, Terceira Turma Recursal, julgado em 10/10/2023, DJE em 11/10/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=1015296-90.2022.8.11.0002&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=fk6dvg>. Acesso em 21 nov. 2023.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. **Termo de Cooperação Técnica 10/2021**. Disponível em: [https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/68/1088/Termo_de_Cooperacao_Tecnica_n_10-2021_assinado_por_todas_as_partes_\(1\).pdf](https://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/68/1088/Termo_de_Cooperacao_Tecnica_n_10-2021_assinado_por_todas_as_partes_(1).pdf). Acesso em 21 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº. 718634/DF**. Agravante: GEAP Autogestão em Saúde. Agravado: Estevam Strauss Filho. Relator Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 1/12/2015. Publicação DJe de 16/12/2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201501241297. Acesso em: 21 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de Divergência em Recurso Especial. REsp n. 1.886.929/SP**, Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022a, DJe de 3/8/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001916776&dt_publicacao=03/08/2022 >. Acesso em 21 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de Divergência em Recurso Especial. REsp n. 1.889.704/SP**, Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: R.D.F (menor). Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 8/6/2022b, DJe de 3/8/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002070605&dt_publicacao=03/08/2022 >. Acesso em 21 nov. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/home/>. Acesso em: 21 nov. 2023.

RIGHT TO HEALTH AND THE EVIDENCE-BASED MEDICINE IN THE JURISPRUDENCE OF THE STATE OF MATO GROSSO

Abstract: Evidence-based medicine is an indispensable tool for technical justification by the judge in the adequate protection of the right to health in specific cases. Its relevance becomes even greater in those cases that involve medicines and/or health treatments that have not yet been approved by the competent regulatory bodies and/or that are still in the experimental or testing phase. In this sense, the article carries out research and provides a current overview of judicial decisions on the right to health and which takes into account evidence-based medicine, in the state scenario of Mato Grosso. The problem that guides the investigation can be summarized as follows: to what extent do decisions made by the Judiciary of the State of Mato Grosso, in demands involving the right to health, take into account, in their justification, the technical criteria elaborated by the evidence-based medicine? To respond to the issue raised, the analysis turned to the collegiate decisions judged by the Federal Regional Court of the 1st Region, involving the territorial base of the State of Mato Grosso and the Court of Justice of the State of Mato Grosso in the last 2 (two) years. The general objective of the research consists of analyzing the jurisprudence of the aforementioned Courts regarding cases involving the right to health in interface with evidence-based medicine. Specifically, the text, which is structured into two sections, seeks to: a) elucidate the concept of evidence-based medicine and its relevance in the context of realizing the right to health; b) present the results of the jurisprudential research carried out in the State of Mato Grosso. The analysis method used was qualitative, as the research was constructed based on the assessment of the content of 12 (twelve) judgments located, based on the search criteria already mentioned, with the TRF of the 1st Region and Special Federal Court of the 1st Region, and 32 (thirty-two) rulings located in the online jurisprudential repository of the Court of Justice of the State of Mato Grosso. As a result, the research points out that currently within the scope of the discussion regarding evidence-based medicine, with the judicialization of health, the Judiciary of the State of Mato Grosso uses, in most cases, scientific criteria to evaluate the adequacy of medications and procedures in each individual case, however, there are still a large number of decisions devoid of any basis that considers the best scientific evidence. Thus, although spaces for debate on the topic and technical support centers have already been created in Mato Grosso Justice, it is essential to intensify the continuous training of magistrates in the area, in order to awaken responsibility for the topic and guide the fundamentals from the right to health to more technical and scientific criteria.

Keywords: Evidence-Based Medicine. Right to Health. Jurisprudence in the State of Mato Grosso. Brazil.



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E MIGRAÇÕES: UM ESTUDO SOBRE A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS E O USO DE RECONHECIMENTO FACIAL PARA O CONTROLE MIGRATÓRIO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

Patrícia da Luz Chiarello
Jacson Roberto Cervi
Patricia Grazziotin Noschang

RESUMO

A interseção entre tecnologia e migração tem gerado um debate acalorado sobre os limites da vigilância estatal e os direitos individuais, especialmente no contexto da União Europeia (UE). Este artigo apresenta uma análise sobre a liberdade de circulação de pessoas e a utilização de tecnologias de inteligência artificial (IA) na regulação dos fluxos migratórios no âmbito da UE, com foco no uso recorrente de sistemas de reconhecimento facial nas fronteiras dos países que fazem parte da UE. O problema central deste estudo reside na tensão entre a segurança dos Estados e os direitos fundamentais da população migrante, destacando a necessidade de assegurar a efetividade dos direitos humanos de pessoas em contextos de fluxo migratório forçado. A pesquisa é justificada pela necessidade de compreender os desafios e implicações da crescente convergência entre IA e migrações na UE, sobretudo considerando um contexto global de intensificação de fluxos migratórios forçados decorrentes de guerras, emergência climática e das diversas crises multidimensionais transnacionais.

Palavras-Chave: Inteligência Artificial; Liberdade de Circulação de Pessoas; Migrações; Reconhecimento Facial; União Europeia.

- Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus de Santo Ângelo, área de concentração Direitos Especiais (Linha de Pesquisa Direito e Multiculturalismo), com bolsa concedida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestra em Direito (2022) pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), área de concentração Novos Paradigmas do Direito (Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia). Cursando MBA em Qualidade, Gestão e Engenharia de Processos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduada em Docência do Ensino Superior e Metodologias Ativas de Aprendizado. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (2016) pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Membro do grupo de pesquisa "Novos Direitos em Sociedades Complexas". Advogada regularmente inscrita na OAB/RS. E-mail: dl.patricia@live.com.
- Pós doutorado pela Universidade de Passo Fundo com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Público pela mesma Instituição. Professor titular da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo. Advogado. Membro do grupo de pesquisa "Novos Direitos em Sociedades Complexas". Experiência profissional na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Constitucional e Ecologia Política. jrcervi@san.uri.br.
- Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC, com período de pesquisa na European University Institute em Florença e na Università degli Studi di Firenze - Itália. Especialista pela Fundação Getúlio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Professora de Direito Internacional, Direitos Humanos na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Passo Fundo/RS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa A Efetividade dos Direitos Humanos no Plano Internacional. Coordenadora dos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado Coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Mello/ACNUR-ONU na UPF. Membro da LACLIMAE da Global Alliance for Justice Education (GAJE). E-mail: patriciagn@upf.br.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a interseção entre tecnologia e migração tem sido objeto de um debate intenso, especialmente no contexto da União Europeia (UE), onde questões relacionadas aos limites da vigilância estatal e os direitos individuais têm sido amplamente discutidas. Nesse cenário, a utilização de tecnologias de inteligência artificial (IA), em particular o emprego de sistemas de reconhecimento facial, tem desempenhado um papel significativo na regulação dos fluxos migratórios na UE.

Este artigo se propõe a analisar a liberdade de circulação de pessoas e a utilização de tecnologias de inteligência artificial (IA) na regulação dos fluxos migratórios no âmbito da UE, com foco no uso recorrente de sistemas de reconhecimento facial nas fronteiras da União.

O problema central deste estudo reside na tensão entre a segurança dos Estados e os direitos fundamentais da população migrante, destacando a necessidade de assegurar a efetividade dos direitos humanos de pessoas em contextos de fluxo migratório forçado. A crescente utilização de sistemas de IA nas fronteiras levanta questões complexas sobre privacidade, discriminação e eficácia das políticas migratórias, destacando a necessidade urgente de se garantir a proteção dos direitos humanos em contextos de migração forçada.

Diante desse contexto, a pesquisa se mostra crucial para a compreensão dos desafios e implicações decorrentes da convergência entre IA e migrações na UE.

Além disso, a justificativa para este estudo se fundamenta na urgência de se abordar os impactos da intensificação dos fluxos migratórios forçados, decorrentes de conflitos armados, emergências climáticas e crises transnacionais. A análise dos mecanismos de controle migratório baseados em IA se torna imperativa diante das complexidades desses desafios globais, pois a eficácia e a ética dessas tecnologias têm profundas ramificações para os direitos humanos e a coesão social na UE e além dela.

Portanto, este artigo busca contribuir para um debate informado e crítico sobre a interseção entre IA e migrações, fornecendo insights relevantes para formuladores de políticas, acadêmicos e organizações da sociedade civil interessadas em promover abordagens mais equitativas e respeitosas aos direitos humanos no contexto migratório da União Europeia. Utilizar-se-á o termo migração para abordar o deslocamento de pessoas em âmbito internacional, ultrapassando fronteiras. Não tratar-se-á especificamente sobre os institutos do refúgio e da apatridia, por possuírem normativas específicas e neste contexto a normativa da

União Europeia será analisada.

2 OS DESAFIOS TRANSNACIONAIS E A FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Dadas as origens e o contexto em que a UE foi institucionalizada, bem como os objetivos dos Estados participantes com a formação do bloco, é possível verificar como os processos globais e a noção da interdependência entre as nações influenciaram significativamente a criação da União.

A necessidade de lidar com demandas complexas e a impossibilidade dos Estados reconstruírem seus territórios e economias devastadas pela guerra enquanto buscavam, simultaneamente, alcançar competitividade, passou a exigir dos governos uma atuação para além das fronteiras nacionais, requerendo uma atuação conjunta e direcionada de diferentes Estados. Nesse sentido, os blocos de integração regional surgem como uma “alternativa para os Estados se relacionarem de maneira mais eficiente no contexto da sociedade globalizada” (BARZA; CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 225).

Para Modolo (2010, p. 31), *“toda integración expresa una cooperación voluntaria entre los estados, que requiere de una institucionalización jurídica establecida por un acuerdo o tratado y adopta diferentes formas, bien sea por su objeto, por su mecanismo o por su naturaliza”*. Assim, a formação de blocos de integração regional pode ser vista como uma estratégia adotada por Estados soberanos com o objetivo de promover uma reorganização econômica recíproca, tratando-se de “um esforço conjugado dos Estados, no intuito de gerar um espaço singular mais eficaz para competir globalmente” (STELZER, 2011, p. 46-47).

De acordo com Barza e Cavalcante Filho (2017), dentre os fatores que possibilitaram a aproximação de países independentes e a formação de blocos políticos e econômicos, destacam-se: a) o processo de globalização e a consolidação de uma sociedade internacional, b) o declínio do Estado-Nação nos moldes clássicos e a consequente reconfiguração da soberania estatal, c) os anseios associativos dos Estados, principalmente no contexto pós-guerra, envolvendo um elemento econômico (ligado a ganhos de eficiência econômica), um elemento político (relacionado a laços mais estreitos) e um elemento jurídico, configurado no direito internacional de integração.

Balassa (1961), por sua vez, esclarece que os processos de integração compreendem 5 etapas, todas diretamente relacionadas com a capacidade dos Estados-membros de articular políticas comuns. São elas: I – Área de livre comércio: redução ou isenção das tarifas de

importação, de forma recíproca, entre os países membros; II – União aduaneira: política tarifária comum em relação aos países não participantes; III – Mercado comum: livre comércio e livre circulação dos fatores de produção entre os países membros (os bens, serviços, pessoas e o capital); IV – União Econômica: políticas econômicas comuns e também uma moeda única; V – Integração econômica total: unificação das políticas monetária, fiscal, anticíclica e social.

Além de possuir várias dimensões (geográfica, jurídica, econômica, social, cultura, política, dentre outras), a integração regional representa um processo que não necessariamente segue uma evolução linear ascendente, tratando-se um processo complexo, caracterizado por avanços e retrocessos, erros e contradições, retificações e impasses. Nesse aspecto, a União Europeia (UE) representa uma referência de experiência vigente em processo de integração, tanto pelo número de países que a compõem quanto pelo grau de profundidade alcançado. (MODOLO, 2010).

A UE teve origem com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) através do Tratado de Paris, assinado por França, Itália, Alemanha Ocidental, Bélgica, Holanda e Luxemburgo em 18 de abril de 1951, e com a instituição da Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) e da Comunidade Econômica Europeia (CEE), através do Tratado de Roma, firmado pelos mesmos países 25 de março de 1957. (LESSA, 2003).

Através da instituição da CECA instaurou-se no continente europeu um mercado progressivo de carvão e aço, que implicou na supressão de direitos alfandegários, de restrições quantitativas à livre circulação desses bens, de medidas discriminatórias e de subsídios ou ajudas de qualquer natureza eventualmente acordadas pelos Estados-membros aos produtores nacionais (LESSA, 2003). Lessa (2003, p. 37) destaca a importância da instituição da CECA, na medida em que nesta “o elemento supranacional preponderava, parecendo romper as resistências em torno de medidas que levassem a algum tipo de transferência de soberania”.

Por outro lado, através da instituição da EURATOM, os países participantes do bloco visavam promover a formação e o crescimento de uma indústria nuclear no continente europeu. O objetivo era desenvolver uma política de pesquisa e difusão de conhecimentos, regulamentar o abastecimento de matérias-primas e estimular investimentos públicos e privados para o desenvolvimento da capacidade produtiva da indústria comum que seria criada. (LESSA, 2003).

A instituição do CEE é considerada um marco fundamental no processo de construção da Europa, pois tinha como objetivo estabelecer um mercado comum entre os países membros. Esse objetivo visava a promoção do estreitamento das relações entre esses países, com a finalidade de impulsionar um desenvolvimento econômico harmonioso, contínuo e equilibrado, assim como uma melhoria acelerada no padrão de vida de suas populações. O mercado comum planejado estabelecia uma união aduaneira que eliminava tarifas alfandegárias e outras formas de restrições ao comércio entre os países membros, isso incluía a criação de uma tarifa externa comum, cuja implementação seria gradual ao longo de um período de transição de doze anos. Além disso, a iniciativa também buscava abolir obstáculos à livre circulação de trabalho, bens, serviços e capital, promovendo condições favoráveis à livre concorrência, proibindo a discriminação e estabelecendo políticas comuns entre os países participantes. (LESSA, 2003).

Modolo (2010) esclarece que tanto a CECA quanto a EURATOM são organizações de integração econômica de natureza setorial, cujas funções se limitam exclusivamente ao setor em que operam. Por outro lado, a CEE representa uma organização de integração de alcance geral, ou seja, com a capacidade de exercer suas funções em todas as áreas econômicas.

Verifica-se, pois, que inicialmente a UE foi concebida com objetivos integracionistas mais restritos, centrados principalmente na cooperação econômica e na prevenção de conflitos, especialmente após os horrores das duas guerras mundiais. Entretanto, à medida que o fenômeno da globalização se intensificou ao longo do tempo, a UE constatou a necessidade de se adaptar para tentar responder aos novos desafios que surgiram. A globalização, caracterizada pela interconexão crescente de economias, sociedades e culturas em escala mundial, impôs pressões e oportunidades que influenciaram consideravelmente o curso da integração europeia. (PIFFER, 2014).

Nesse contexto, Stelzer (2011, p. 46) destaca que “os Estados, individualmente, dificilmente conseguiriam progredir sozinhos”, tendo em vista que “os desafios eram de variadas ordens e as perspectivas futuras exigiam um novo modelo de organização política”. Para a autora, “a integração econômica, e mais especialmente a União Europeia, teve início quando os desafios em escala mundial não podiam ser resolvidos no espaço nacional, desencadeando um sistema mais amplo, através (trans) das fronteiras nacionais” (STELZER, 2011, p. 44).

Essa perspectiva destaca a importância da cooperação internacional e da compreensão

de que as crises multidimensionais contemporâneas ultrapassam consideravelmente os limites das fronteiras nacionais, exigindo abordagens igualmente transnacionais, colaborativas e humanitárias.

Na atualidade, o caráter transnacional desses desafios é evidente em diversas áreas, como é o caso das migrações internacionais e do uso de inteligência artificial para controle de fluxos migratórios. Considerando que essa abordagem tecnológica enfrenta desafios éticos, legais e de segurança que transcendem as fronteiras nacionais, discussões acerca da regulamentação adequada do uso da inteligência artificial, sobretudo quando utilizada para gerir fluxos migratórios, também devem ser estendidas para além das jurisdições da UE.

3 ANÁLISE NORMATIVA DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE PESSOAS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

A liberdade de circulação teve sua base normativa estabelecida no Direito originário da UE, composto pelos Tratados que instituíram a CECA, EURATOM e a CEE. No entanto, nessa fase inicial, a liberdade de circulação de pessoas estava intimamente ligada às necessidades econômicas dos países signatários, visando facilitar o movimento de trabalhadores, a prestação de serviços e o livre trânsito de mercadorias. (BARZA; CAVALCANTE FILHO, 2017).

Conforme sintetiza Modolo (2010, p. 37), “*a mobilidade de personas tiene sus orígenes un carácter esencialmente económico e instrumental* (Lilora Delgado, 1994: 37), *dado que aparece ligado al ejercicio de libertades económicas*”, com limitações de “*orden público, seguridad y salude pública*”.

Passam-se vários anos até que o direito à mobilidade humana fosse estendido aos cidadãos europeus em geral, deixando de basear-se exclusivamente em fatores produtivos (MODOLO, 2010). Essa mudança no direito de livre circulação de pessoas no âmbito da UE teve início com a promulgação do Ato único Europeu, assinado em 17 de fevereiro de 1986, que tinha como objetivo rever o Tratado de Roma (que instituiu a CEE e a EURATOM), a fim de relançar a integração europeia e realizar o mercado interno - baseado em um espaço sem fronteiras internas no qual existe a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais - até 1 de janeiro de 1993. (EUR-LEX, 1987).

Com a assinatura do Tratado de Maastricht (TCEE), em 07 de fevereiro de 1992 (que entrou em vigor em 1 de novembro de 1993), a União Europeia foi institucionalizada.

Segundo Stelzer, “no contexto europeu, a teoria da integração econômica ganhou novas vestes e um ritmo intenso, acelerado pelas mudanças no contexto mundial”. (EUR-LEX, 1992).

O Tratado de Maastricht formalizou a liberdade de circulação através do art. 8-A, que dispõe que “qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros [...]” (EUR-LEX, 1992). Conforme ressaltam Barza e Cavalcante Filho (2017, p. 227), “a mudança da visão instrumental da liberdade de circulação foi normatizada pelo Tratado de Maastricht (1992) que introduziu, em seu art. 8º, a noção de cidadania europeia, da qual qualquer nacional de um Estado-Membro beneficia-se automaticamente”.

Assim, a liberdade de circulação de pessoas no âmbito da União Europeia encontra-se vinculada à condição de cidadania europeia, conforme disciplinado no art. 9º do Tratado da União Europeia (TUE):

Em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui. (EUR-LEX, 1992).

No mesmo sentido, de acordo com o art. 20 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), “é instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui” (EUR-LEX, 2016).

Guiando-se por uma estrutura institucional de natureza supranacional encabeçada pelo Conselho Europeu, a UE estabeleceu-se alicerçada sobre três pilares, quais sejam: as Comunidades Europeias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação em Justiça e Assuntos Internos (CJAI):

Uma inovação de importante impacto simbólico e psicológico foi a criação da “cidadania européia”, pela qual todo súdito de um Estado-membro tornava-se cidadão da União, tendo o direito de viver e trabalhar no território de qualquer um dos parceiros, de votar e se candidatar nas eleições locais e do Parlamento Europeu. O estabelecimento da Política Externa e de Segurança Comum (Pesc), por seu turno, se deu também pela definição de objetivos gerais, tais como a “proteção dos valores comuns, dos interesses fundamentais e da independência da União” e “desenvolver e consolidar a democracia e o estado de direito, e o respeito pelos direitos humanos e as liberdades fundamentais”, sendo implementados pela cooperação sistemática entre os Estados-membro sobre qualquer assunto relativo à ação externa e à política de segurança que fosse de interesse comum. A cooperação nas áreas da justiça e dos assuntos internos, por seu turno, se daria pela convergência sobre problemas de interesse comum, como asilo político, regras de controle de fronteira para nacionais

de Estados alheios à União, política de imigração, combate ao tráfico de drogas, cooperação judiciária em assuntos de direito civil e criminal, cooperação policial para o combate ao terrorismo, entre outros ilícitos definidos por um Escritório Europeu de Inteligência. (LESSA, 2003, p. 105-106).

Ao abordar a mobilidade humana dentro dos espaços de integração, especialmente aqueles onde a liberdade de circulação de pessoas é instituída e os controles internos de fronteiras entre os Estados participantes são eliminados, surgem questões como a definição de critérios para a entrada e residência de estrangeiros autorizados. Além disso, os próprios controles de fronteiras, que tradicionalmente representam a soberania dos Estados-membros, são agora discutidos em nível comunitário. Esses tópicos são trazidos à agenda de discussões da comunidade, uma vez que não se limitam mais apenas aos interesses nacionais, mas afetam todo o bloco de forma conjunta. (BARZA; CAVALCANTE FILHO, 2017).

Paralelamente à assinatura do Tratado de Maastricht foi concretizada a cooperação Schengen. O Tratado de Schengen (EUR-LEX, 2022), datado de 14 de junho de 1985 e complementado em 1991 pela Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, foi celebrado na Vila de Schengen, em Luxemburgo, por cinco países fundadores: Bélgica, Países Baixos e o Luxemburgo (Benelux), República Federal da Alemanha e República Francesa. Esses países comprometeram-se a I) suprimir os controles de pessoas em suas fronteiras comum, independente da nacionalidade, (II) harmonizar os controles em suas fronteiras com países não pertencentes à CEE, (III) e introduzir uma política comum de vistos (MODOLO, 2010).

Conforme observado por Piffer, entre as principais regras adotadas no âmbito de Schengen, destaca-se:

- a supressão dos controles das pessoas nas fronteiras internas;
- um conjunto de regras comuns aplicáveis às pessoas que atravessam as fronteiras externas dos Estados-Membros da EU;
- a harmonização das condições de entrada e das regras em matéria de vistos para as estadas de curta duração;
- o reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e de uma melhor transmissão da execução das sentenças penais;
- a criação e desenvolvimento do Sistema de Informação Schengen (SIS). (PIFFER, 2014, 237-238).

A partir do Acordo, é estabelecido um espaço sem fronteiras internas conhecido como "Países Schengen," "Espaço Schengen" ou "Zona Schengen" (MODOLO, 2010, p. 39). Atualmente, esse espaço engloba os 27 países da UE, excluindo a Irlanda. Além disso, ele inclui a Bulgária, Croácia, Chipre e Romênia, que são igualmente considerados países Schengen, embora ainda não tenham implementado todas as disposições do acervo Schengen. A Zona Schengen também abrange nações que não fazem parte da UE, tais como Islândia, Noruega, Suíça e Liechtenstein (EUR-LEX, 2022).

Piffer (2014) ressalta que a livre circulação de pessoas assumiu uma perspectiva transnacional após a implementação do Acordo de Schengen. De acordo com a autora (2014, p. 130-131), quando uma pessoa, seja ela cidadã de um Estado-membro ou não, ingressa no território Comunitário e já não encontra fronteiras físicas internas para controle de imigração, “podendo livremente circular por entre vários Estados, ou melhor, para além deles, estará realizando um evidente movimento transnacional”.

Nesse sentido, “o desaparecimento das fronteiras internas envolvendo os países abarcados pelo espaço Schengen se traduziu, indubitavelmente, na transposição dos controles sobre as pessoas - nacionais ou estrangeiros – às fronteiras exteriores” (PIFFER, 2014, p. 239).

As regras resultantes da cooperação Schengen foram incorporadas ao direito da UE por meio do Tratado de Amsterdã (EUR-LEX, 1997), assinado em 2 de outubro de 1997 e em vigor a partir de 1 de maio de 1999, que tinha como objetivo estabelecer regras comuns referentes à política de imigração a ser adotada pelos países signatários. O Tratado também criou o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ)¹³⁷, introduzindo políticas de controle e cooperação com países não participantes em assuntos relacionados às migrações e à gestão de fronteiras.

Após o Tratado de Amsterdã, em 26 de fevereiro de 2001, foi assinado um novo tratado pelos países participantes, desta vez em Nice, com o objetivo de estabelecer condições para a adaptação das instituições europeias, a fim de permitir novas adesões à Comunidade (LESSA, 2003, 111). O tratado entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2003, estabelecendo que os países que se juntassem à Comunidade a partir de 2004 seriam automaticamente incorporados ao Acordo Schengen, contanto que abolissem qualquer tipo de controle interno de fronteiras (PIFFER, 2014, p. 240).

¹³⁷ O Título V do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – artigos 67º a 89º - dispõe sobre o ELSJ (EUR-LEX, 2016).

As principais conclusões derivadas do Tratado de Amsterdã foram consolidadas no Conselho Europeu de Tampere (Finlândia), em 1999 (EUROPEAN PARLIAMENT, 1999). Nesse encontro, o Conselho estabeleceu políticas comuns de imigração e asilo no contexto da UE, tratando de questões como parcerias com países de origem de imigrantes, criação de um sistema comum europeu de asilo, garantia de tratamento equitativo para cidadãos de países terceiros, gestão de fluxos migratórios e combate à criminalidade a nível da União. No ponto 23 das conclusões consta expressamente a preocupação do Conselho Europeu em combater a imigração irregular, o tráfico de seres humanos e a exploração econômica dos migrantes (EUROPEAN PARLIAMENT, 1999).

É importante notar que na política da UE diferencia os solicitantes de asilo dos denominados por ela de “imigrantes ilegais”. Ressalta-se que para a política da UE o requerente de asilo se assemelha ao requerente de refúgio previsto na Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. A palavra refúgio praticamente não aparece nos textos oficiais da UE. Assim o requerente de asilo na UE é aquele que está sofrendo um fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possa (ou não queira) voltar para casa. Atualmente, concepções mais amplas também entendem que refugiados também são aquelas pessoas obrigadas a deixar o seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e grandes violações em massa de direitos humanos. (NOSCHANG, OLIVEIRA, 2019, p.307-8).

De acordo com Gorrín e Lara (2020, p. 222), é a partir desse momento que “*las políticas migratorias de la UE se centraron en el control y en la criminalización del migrante indocumentado*”, culminando com a posterior adoção de medição pela UE para a construção da “Europa Fortaleza”, começando com o Conselho de Laeken (Bruxelas/Bélgica), realizado entre os dias 14 e 15 de dezembro de 2001 (EUROPEAN PARLIAMENT, 2001).

Além de reafirmar o compromisso assumido em Tampere em relação às diretrizes políticas e aos objetivos estabelecidos para a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia, o Conselho solicitou a elaboração de um plano de ação fundamentado na comunicação da Comissão sobre imigração clandestina e tráfico de seres humanos. Daí resultou a aprovação do Plano Global de luta contra a imigração irregular e ao tráfico de seres humanos na União Europeia (EUR-LEX, 2002), em 8 de fevereiro de 2002, “*que consistía en apoyar economicamente a los países de origen y tránsito de las personas migrantes con la finalidad de frenar la llegada de migrantes indocumentados*” (GORRÍN;

LARA, 2020, p. 224).

No ano de 2002 o Conselho Europeu reuniu-se novamente em Sevilha, nos dias 21 e 22 de junho, ocasião em que começaram a ser desenvolvidas as medidas para a securitização das fronteiras externas da União (GORRÍN; LARA, 2020), precedendo a criação da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira (FRONTEX), em 2004, através do Regulamento (CE) n° 2007/2004 (EUR-LEX, 2004).

Posteriormente, durante a reunião realizada em Haia nos dias 4 e 5 de novembro de 2004, o Conselho Europeu aprovou um programa plurianual conhecido como Programa de Haia (EUR-LEX, 2005), que tinha como objetivo reforçar o espaço de liberdade, segurança e justiça, sucedendo ao Programa de Tempere (primeiro programa plurianual). No Plano foram estipuladas dez prioridades específicas, consideradas objetivos estratégicos da UE para o período de 2005-2009 em relação ao fortalecimento do ELSJ.

No ano de 2007, os países membros da União firmaram o Tratado de Lisboa, que modificou tanto o Tratado da União Europeia quanto o Tratado que estabeleceu a Comunidade Europeia. Este Tratado reafirmou o direito de circulação e residência para os nacionais dos Estados-membros da UE, com base na cidadania europeia. Esse direito também foi incorporado às disposições gerais relacionadas ao ELSJ da EU. (BARZA; CAVALCANTE FILHO, 2017).

Em 24 de setembro de 2008, o Conselho Europeu aprovou o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2008), assumindo cinco compromissos considerados fundamentais para a plena implementação do pacto, sendo eles: I) organizar a imigração legal tendo em conta as prioridades, as necessidades e as capacidades de acolhimento determinadas por cada Estado-Membro, e favorecer a integração; II) lutar contra a imigração ilegal, nomeadamente assegurando o retorno dos estrangeiros em situação irregular ao seu país de origem ou a um país de trânsito; III) reforçar a eficácia dos controles nas fronteiras; IV) edificar uma Europa do asilo; e v) criar uma parceria global com os países de origem e de trânsito, promovendo as sinergias entre as migrações e o desenvolvimento. No Tratado sobre o Funcionamento da UE de 2009, o artigo 2 prevê que será garantido aos seus cidadãos um espaço seguro, mas de liberdade de circulação de pessoas, contudo com medidas adequada para controlar as fronteiras e relativas ao asilo e imigração. A política para Asilo e Imigração está prevista nos artigos 62 e 63 do tratado. É reconhecido pelo documento o princípio da não devolução previsto na Convenção de Genebra de 1951 relativa aos

refugiados. No entanto, o artigo 63 A⁶ prevê o combate a imigração ilegal. Entende-se que o imigrante, neste caso o voluntário, não é ilegal - afinal migrar não é um crime! Contudo, pode estar com seus documentos irregulares por não atender critérios exigidos pela UE referentes a sua documentação. Neste sentido, este dispositivo utiliza a criminalização da imigração, na contramão das regras de direitos humanos que garantem o direito de migrar. (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da UE, 2019) (NOSCHANG, OLIVEIRA, 2019, p.316).

Para o período de 2010-2014, o Conselho Europeu aprovou um novo plano plurianual conhecido como Programa de Estocolmo (EUR-LEX, 2010). Esse programa estabeleceu diretrizes estratégicas para a programação legislativa e operacional no âmbito do ELSJ, de acordo com o artigo 68 do TFUE. Consequentemente, em 20 de abril de 2010, um Plano de Ação foi desenvolvido para o Programa de Estocolmo (EUR-LEX, 2010.2), com o objetivo de concretizar as prioridades definidas pelo programa e preparar a União para os desafios futuros tanto em nível europeu quanto global.

No mesmo ano, também foi desenvolvida a estratégia Europa 2020 (EUR-LEX, 2010.3), na qual foram estabelecidos cinco objetivos mensuráveis para a UE até o ano de 2020. Esses objetivos abrangiam áreas como emprego, pesquisa e inovação, mudanças climáticas e energia, educação e combate à pobreza. No documento, a Comissão comprometeu-se a tomar medidas, entre outras, para “facilitar e promover a mobilidade da mão-de-obra no quadro da UE”, e para “promover uma política global de migração da mão-de-obra virada para o futuro que permita dar uma resposta flexível às prioridades e necessidades dos mercados de trabalho” (EUR-LEX, 2010.3).

Diante dessa breve análise normativa histórica, observa-se a evolução significativa no direito à livre circulação de pessoas no contexto da União Europeia. Inicialmente atrelado às necessidades econômicas dos países signatários, esse direito foi moldado para facilitar o movimento de trabalhadores e a prestação de serviços. A mudança para uma perspectiva mais abrangente, estendendo o direito à mobilidade humana para todos os cidadãos europeus, ocorreu com o Ato Único Europeu em 1986 e foi formalizada pelo Tratado de Maastricht em 1992, institucionalizando a cidadania europeia.

O desaparecimento das fronteiras internas, especialmente no âmbito do Espaço Schengen, reflete não apenas a liberdade de circulação, mas também a transposição dos controles para as fronteiras exteriores da União Europeia. A criação de políticas e acordos,

como o Tratado de Lisboa, o Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo e os programas plurianuais, evidenciam a preocupação da UE de tratar sobre a liberdade de circulação e questões envolvendo segurança interna e controle migratório em um contexto de integração regional, sobretudo a intenção de afastar a imigração externa-indesejada.

Assim, no tópico seguinte, tratar-se-á sobre um novo desafio transnacional atual, caracterizado pelo uso de tecnologia de inteligência artificial para controle migratório.

4 O USO DE RECONHECIMENTO FACIAL PARA CONTROLE MIGRATÓRIO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

Apesar dos processos de globalização possibilitarem um aumento crescente nos fluxos migratórios, fato é que este fenômeno comporta direções contraditórias. Por um lado, generalizam-se as expectativas e teoricamente as possibilidades de mobilidade, por outro, as restrições e o controle impostas ao deslocamento humano estão cada vez mais rígidos nos países receptores (CEPAL, 2002).

Com efeito, há um grande conflito de interesses no que tange a abertura das fronteiras para a população migrante: enquanto o mercado requer a livre mobilidade humana para a utilização de mão-de-obra barata, a população local dos países destino das migrações deseja a imposição de restrições à entrada de não nacionais, seja por medo da concorrência no mercado de trabalho, por sobrecarga do sistema social (acesso à saúde, educação, saneamento básico, assistência, dentre outros), pelo desconhecimento cultural, ou mesmo por discriminação ou ódio contra imigrantes, o que é potencializado por discursos político-partidários e/ou pela mídia de muitos países.

Seja qual for o motivo que impulsiona o deslocamento forçado, o processo migratório geralmente está repleto de perigos para as pessoas que se deslocam: risco iminente de morte durante as tentativas de ingresso em alguns países específicos, muitas vezes recorrendo a intermediários não oficiais; exposição dos migrantes à exploração pelo tráfico de pessoas e outras diversas formas de violências; mesmo se chegarem ao país de destino, há o enfrentamento de uma série de desafios como obstáculos burocráticos para obter residência legal, barreiras linguísticas, dificuldades de acesso a moradia, emprego e meios de subsistência. Se não bastasse tudo isso, as pessoas migrantes também são confrontadas com a xenofobia e uma série de preconceitos e discriminações por parte da comunidade local.

Ora, o arcabouço normativo e os programas desenvolvidos pela UE ao longo dos anos evidenciam a preocupação do bloco em cercar suas fronteiras externas para afastar a migração indesejada. Gorrín e Lara asseveram que a política migratória da UE está orientada pela externalização e securitização das suas fronteiras externas, sendo a externalização caracterizada pela gestão de fluxos migratórios nos países de origem e trânsito de migrantes antes de chegar nos Estados membros da União. (2020, p.225)

A externalização da gestão dos fluxos migratórios representa uma estratégia prioritária para a UE no controle dos movimentos populacionais, focalizando a delegação de responsabilidades a países terceiros, sejam eles de origem ou de trânsito dos imigrantes. Isso suscita sérios debates envolvendo questões éticas, direitos humanos e responsabilidades compartilhadas na gestão dos desafios migratórios globais.

A fim de atingir seus objetivos de controle dos fluxos migratórios e de gestão de fronteiras, a UE têm utilizado cada vez mais as novas tecnologias de informação e de comunicação e a inteligência artificial. Exemplo disso é a implementação de identificação biométrica para verificação da identidade das pessoas que ingressam no território europeu, o uso de sistemas integrados de gestão de fronteiras e o alto investimento em tecnologias de vigilância e monitoramento.

A implementação da inteligência artificial, especialmente no âmbito do reconhecimento facial para o controle migratório, tem gerado intensos debates, dentre os quais destaca-se a potencialidade discriminatória e a possível violação dos direitos humanos dos imigrantes que buscam ingressar na UE. Uma preocupação central entre pesquisadores das mais diversas áreas reside na perpetuação de vieses de preconceitos e estereótipos nos sistemas de inteligência artificial, notadamente devido aos conjuntos de dados utilizados no treinamento desses sistemas.

Embora ainda não exista uma definição jurídica nacional ou internacional específica sobre o que é Inteligência Artificial, uma vez que se trata de um tema ainda pendente de regulamentação e não há consenso na escassa doutrina que trata sobre o assunto, é possível referir que a Inteligência Artificial é uma das áreas das ciências da computação que busca desenvolver sistemas capazes de realizar atividades que exigem inteligência humana (racionalidade).

De acordo com o conceito proposto por Raji e Fried (2021), a tecnologia de processamento facial (reconhecimento facial) abrange qualquer tarefa que envolva a

identificação e a caracterização da imagem facial de um ser humano, incluindo a detecção e a identificação de um rosto, a correspondência de um rosto com outros semelhantes dentro de um determinado repertório de imagens e análise facial, bem como a classificação deste rosto. Ou seja, à tecnológica de processamento facial incumbe a tarefa de categorizar indivíduos de acordo com suas características faciais, como idade, sexo, pose, traços situacionais, expressão facial, dentre outras.

Nesse mesmo sentido, conforme esclarecem Madiega e Mildebrach (EUROPEAN PARLIAMENT, 2021), as tecnologias de processamento ou reconhecimento facial referem-se a um tipo específico de tecnologias biométricas que podem ser utilizadas para diferentes finalidades, sendo elas a detecção, identificação, verificação e classificação. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2021, p. 02, MADIEGA; MILDEBRACH referenciando *The Alan Turing Institute*, 2020.)

Nesse contexto, o risco iminente é que os conjuntos de dados, uma vez influenciados por vieses existentes na sociedade, podem refletir e incorporar esses preconceitos nos algoritmos de reconhecimento facial. Em outras palavras, se os dados de treinamento contiverem desigualdades ou discriminações presentes na sociedade, o sistema de inteligência artificial pode reproduzir e até amplificar tais preconceitos.

Dessa forma, há uma preocupação legítima sobre a possibilidade de o reconhecimento facial resultar em decisões discriminatórias, influenciadas por preconceitos arraigados nos dados utilizados no processo de aprendizado da máquina. Afinal, se esses conjuntos de dados refletirem vieses existentes na sociedade, o reconhecimento facial reproduzirá tais preconceitos e injustiças, resultando em decisões potencialmente discriminatórias. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2021).

A abordagem dessa questão torna-se particularmente relevante no contexto das migrações, onde fatores como raça, etnia e origem nacional frequentemente desempenham um papel significativo. A implementação de tecnologias de reconhecimento facial na gestão de fronteiras suscita sérias preocupações quanto à violação dos direitos humanos da população migrante.

Migrantes que fogem de situações extremas, como conflitos internos, perseguições, desastres naturais ou outras formas de violência, e buscam proteção, acolhimento e segurança em novas regiões, especialmente em países desenvolvidos, como é o caso dos integrantes da UE. Em um contexto de extrema vulnerabilidade, a aplicação indiscriminada de tecnologias

de reconhecimento facial com o objetivo de controle migratório pode agravar a situação das pessoas que migram, expondo-os a riscos adicionais e comprometendo seus direitos básicos.

A vulnerabilidade da pessoas que se deslocam e buscam acolhimento é exacerbada quando submetidos a processos de identificação que podem não apenas expô-las à discriminação com base em características étnicas, raciais ou nacionais, mas também comprometer sua segurança e privacidade.

Ao considerar a utilização dessas tecnologias no contexto migratório, é imperativo ponderar não apenas as preocupações de segurança, mas também os impactos sociais e éticos envolvidos. A garantia dos direitos fundamentais dos migrantes forçados, incluindo o direito à dignidade, privacidade e não discriminação, deve permanecer no centro das discussões.

A União Europeia, ao adotar tais tecnologias, enfrenta o desafio de equilibrar a segurança nas fronteiras com a proteção dos direitos humanos. Em última análise, o desenvolvimento e a implementação responsáveis da inteligência artificial na gestão de fronteiras exigem uma abordagem cuidadosa, colaborativa e transnacional, envolvendo governos, organizações internacionais, setor privado e sociedade civil, a fim de possibilitar uma ampla discussão envolvendo o tema migrações, e também para garantir, prioritariamente, os direitos fundamentais da população migrante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tratou sobre a interseção entre tecnologia e migração no contexto da União Europeia (UE), apresentando a relação entre os limites da vigilância estatal e da segurança nacional e os direitos individuais. A proposta do estudo foi analisar a liberdade de circulação de pessoas e a utilização de tecnologias de inteligência artificial (IA) na regulação dos fluxos migratórios no âmbito da UE, com foco na utilização de sistemas de reconhecimento facial nas fronteiras da União.

Uma das questões centrais abordadas foi a tensão entre a segurança dos Estados e os direitos fundamentais dos imigrantes, ressaltando a necessidade de assegurar a efetividade dos direitos humanos em contextos de migração forçada. A crescente utilização de sistemas de IA nas fronteiras da UE suscita preocupações sobre privacidade, discriminação e eficácia das políticas migratórias, enfatizando a urgência de garantir a proteção dos direitos humanos em tais contextos.

A pesquisa demonstrou ser fundamental para a compreensão dos desafios e implicações decorrentes da convergência entre IA e migrações na UE, especialmente diante da intensificação dos fluxos migratórios forçados. A análise dos mecanismos de controle migratório baseados em IA é imperativa para enfrentar as complexidades dos desafios globais atuais, uma vez que o uso indiscriminado dessas tecnologias têm implicações profundas para os direitos humanos, não apenas no âmbito da EU, mas em todos o mundo.

Portanto, o artigo buscou contribuir para um debate informado e crítico sobre a interseção entre IA e migrações, fornecendo insights relevantes para formuladores de políticas, acadêmicos e organizações da sociedade civil interessadas em promover abordagens mais equitativas e respeitosas aos direitos humanos em contextos migratórios.

Ao compreender e abordar os desafios globais relacionados às migrações transnacionais e à utilização de tecnologias que utilizam inteligência artificial de maneira holística e ética, é possível trabalhar em prol da criação de políticas migratórias mais justas e humanas, que respeitem os direitos e a dignidade das pessoas migrantes.

REFERÊNCIAS

BALASSA, Bela. **Teoria da integração econômica**. 3ª Ed. Tradução de Maria Felipa Gonçalves e Maria Elisa Ferreira. Lisboa: Livraria Clássica, 1961.

BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta. **A liberdade de circulação de pessoas e a construção de espaços comuns em processos de integração regional: uma análise do Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça e as perspectivas para o espaço de livre residência no âmbito do MERCOSUL**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, p. 221-246, vol. esp., out. 2017.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE – CEPAL. **Globalização e desenvolvimento**. Nações Unidas: 2002. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2727/2/S2002022_pt.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo**. 2008. Disponível em: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13440-2008-INIT/pt/pdf>. Acesso em: 20 jan. 2024.

EUR-LEX. **Ato Único Europeu**. 1987. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/the-single-european-act.html>. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **EUROPA 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**. 2010.3. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT>. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Conselho Europeu de Laeken 14 e 15 de Dezembro de 2001 - Conclusões da Presidência**. 2001. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_pt.pdf. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Conselho Europeu de Tampere 15 e 16 de Outubro de 1999 - Conclusões da Presidência**. 1999. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Regulating facial recognition in the EU*. Authors: MADIEGA, Tambiama; MILDEBRATH, Hendrik. September, 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA\(2021\)698021_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/698021/EPRS_IDA(2021)698021_EN.pdf). Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **O espaço e a cooperação Schengen**. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=legissum%3A133020>. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Plano de acção do Programa de Estocolmo**. 2010.2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0036>. Acesso em:

22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Programa de Estocolmo**: Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos. 2010. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=PT). Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Programa da Haia**: dez prioridades para os próximos cinco anos. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:PT:PDF>. 2005. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Regulamento (CE) nº 2007/2004 do Conselho**, de 26 de Outubro de 2004, que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R2007&from=PT>. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Tratado que institui a Comunidade Europeia**. 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992E/TXT&from=PT>. Acesso em: 22 jan. 2024.

EUR-LEX. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)**. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=PT>. Acesso em: 22 jan. 2024.

GORRÍN, Ana Belén Estrada; LARA, María Cristina Fuentes. La construcción de las fronteras europeas como origen de la criminalización de las migraciones en Europa: retóricas de securitización y humanitarismo. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU)**, Brasília, v. 28, n. 59, p. 217-234. 2020.

LESSA, Antônio Carlos. **A Construção da Europa**: a última utopia das Relações Internacionais. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais (IBRI), 2003.

MODOLO, Vanina. La movilidad territorial em el Mercado Común Europeo y Mercosureño. In: **Migraciones y Mercosur**: una relación inconclusa. Dirigido por Susana Novick. 1ª Ed. Buenos Aires: Catálogos, 2010.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin; OLIVEIRA, C. A. . Sistema de Asilo na União Europeia: Reforma de um Sistema que não acompanhou o movimento migratório contemporâneo. In: MOURA, Aline Beltrame de (Org.). **O direito internacional privado europeu: entre a harmonização e a fragmentação**. 1ed. Florianópolis: EMais, 2019, v. 1, p. 307-322.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos transmigrantes diante de decisões de regresso na Itália e na União Europeia. Tese (Doutorado). Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Itajaí, 2014.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

RAJI, Inioluwa Deborah; FRIED, Genevieve. *About Face: A Survey of Facial Recognition Evaluation*. *Arxiv*, arXiv:2102.00813. 2021. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2102.00813.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2024.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND MIGRATIONS: A STUDY ON THE FREEDOM OF MOVEMENT OF PEOPLE AND THE USE OF FACIAL RECOGNITION FOR MIGRATION CONTROL WITHIN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: The intersection between technology and migration has sparked a heated debate about the boundaries of state surveillance and individual rights, especially within the context of the European Union (EU). This article provides an analysis of the freedom of movement of people and the use of artificial intelligence (AI) technologies in regulating migratory flows within the EU, focusing on the recurrent use of facial recognition systems at the Union's borders. The central problem of this study lies in the tension between state security and the fundamental rights of immigrants, highlighting the need to ensure the effectiveness of human rights for individuals in contexts of forced migration. The research is justified by the pressing need to understand the challenges and implications of the growing convergence between AI and migrations in the EU, particularly considering a global context of intensified forced migration flows resulting from wars, climate emergencies, and various transnational multidimensional crises.

Keywords: Artificial Intelligence. Freedom of Movement of People. Migrations. Facial Recognition. European Union.

RESEÑA

CABALLERO CAMINO, H. Itziar. **La genética del constitucionalismo moderno**. Santo Domingo: Editorial Funglode, 2021.

*Iker Barbero*¹³⁸

La genética del Constitucionalismo moderno de H. Itziar Caballero Camino es un riguroso y sugerente trabajo intelectual realizado desde una perspectiva singular. Tratando de sacar a la luz la genética del constitucionalismo moderno, la autora analiza, desde una perspectiva original, multidisciplinar el espacio temporal que abarca la era feudal, su voladura y la cimentación del capitalismo.

Parte del supuesto de que el imaginario colectivo cumple una función fundadora y cohesionadora en las sociedades. Su objetivo tiene que ver con la transformación del conjunto de la sociedad y su relación con la evolución de su mentalidad, esto es, de su conciencia colectiva. La autora ha relacionado el tiempo largo con el suceso puntual desde una perspectiva económica, sociológica, política, espiritual-religiosa, estructural, para tratar de conocer *cómo las transformaciones sociales tienen su impacto en la evolución de la mentalidad* y viceversa.

La autora, situándose en la perspectiva de la historia de las mentalidades de H. Febvre, y M. Bloch, muestra cómo un nuevo imaginario como conjunto de *ideas –imágenes* que servían de base a una nueva forma ideológica de la sociedad (el capitalismo) que conformaba a su vez nuevos mitos políticos que fundamentaban las instituciones de poder, a finales del siglo XVII había ya tomado carta de naturaleza. Las ideas-imágenes de *Monarquía constitucional, de la propiedad privada como derecho natural, del progreso, del liberalismo y*

¹³⁸ Profesor Agregado del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho (UPV-EHU). Código Orcid 0000-0002-5450-3776

de la libertad individual... en correspondencia con las transformaciones sociales y los nuevos tiempos habían convertido en obsoletas e inservibles las ideas –imágenes de *la monarquía absoluta y su mitología* en el naciente imaginario colectivo.

Los elementos conformadores del gran sistema ideológico capitalista moderno, que sustituía al imaginario colectivo del orden jerárquico feudal, se fueron poco a poco ensamblando. El primero de ellos, lo había aportado la Reforma luterana y calvinista (en especial, esta última versión del protestantismo). De ahí que fuera *la ética ascética protestante* (la conformadora del espíritu capitalista) la superadora de aquella moral feudal de los obispos carolingios.

El segundo elemento, el subsistema económico, participando de la misma racionalidad sistémica que el elemento axiológico aportado por la Reforma, fue *la economía monetaria* que, desterrando la doctrina de la economía natural, hizo posible convertir en abstractos, intercambiables y medibles todos los valores, movilizó el patrimonio, despersonalizó los valores, convirtió en absoluta la propiedad privada (proclamándola como Derecho Natural) y racionalizó la previsión, la inteligencia y el cálculo.

El tercer elemento, el subsistema político, *la Monarquía constitucional* fue el gran descubrimiento del gran Laboratorio inglés. El hallazgo de un modelo de Estado que, en sintonía con la racionalidad axiológica y la económica, garantizase y protegiese la propiedad individual (entendida como derecho natural), era imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema capitalista.

Los Hobbes, Hooker, Milton, Sidney, Tyrrell, Harrington, Coke, Locke, Filmer, Cumberland, Cudworth, Culverwel, More, Conway, Smith, Whichcote, Newton, Boyle, Norris, Shaftesbury, Bacon y otros (entre ellos algún extranjero como Descartes, Grocio, Spinoza, Puffendorf, Malebranche...) hicieron grandes aportaciones particulares, cada uno

desde su perspectiva y su área de conocimiento. La autora afirma que, no obstante fue John Locke quien, sobre esa gran base, mediante la experimentación empírica y la reflexión conjetural, la observación, la medida, el cálculo, en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, dio forma definitiva a una estructura institucional que se inspiraba en principios políticos tales como el de la libertad, la igualdad, la sumisión del rey a la ley, la soberanía popular, la división de poderes que se constituiría en base del constitucionalismo moderno y que se correspondería con el nuevo imaginario colectivo que, en definitiva, lo representaban las nuevas élites económico-sociales inglesas.



O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE FEITO PELO STF DIANTE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Luiz Guilherme Arcaro Conci
Livia Fioramonte Tonet

RESUMO

O presente artigo é fruto de uma pesquisa empírica na área de direito internacional de direitos humanos e apresenta como o Supremo Tribunal Federal (STF) realiza o controle de convencionalidade diante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em suas próprias decisões. A conclusão é de que não existe uma técnica, análise ou método para aplicação das decisões internacionais nos acórdãos, estas são usadas como as demais citações e referências ao longo do texto realizadas pelos ministros. O caminho da pesquisa perpassa por: (i) o direito internacional dos direitos humanos e o constitucionalismo multinível; (ii) o diálogo entre cortes; (iii) o controle de constitucionalidade; (iv) a Corte Interamericana de Direitos Humanos; (v) o Supremo Tribunal Federal; (vi) as análises individuais e a análise conjunta dos acórdãos extraídos da parte empírica; e (vii) a conclusão.

Palavras-Chave: Constitucionalismo internacional dos direitos humanos; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Controle de convencionalidade; Pesquisa empírica.

-
- Professor de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, onde coordena o Curso de Pós Graduação(Lato Sensu) em Direito Constitucional. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8502-8990>.
 - Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, demonstra-se como o Supremo Tribunal Federal aplica as decisões da Corte IDH em suas decisões através do controle de convencionalidade, ou seja, trata-se de uma pesquisa empírica que analisa a jurisprudência do STF no que tange ao controle de convencionalidade diante das decisões da Corte IDH. A pesquisa perpassa, além da análise empírica, o diálogo entre cortes advindo do direito internacional dos direitos humanos e do consequente princípio *pro persona*, de modo que atores jurídicos tornem-se parte de um processo de integração nos direitos humanos.

2 METODOLOGIA DA PESQUISA

Este estudo tem o escopo de identificar a forma que o Supremo Tribunal Federal vem – ou não – aplicando e realizando o controle de convencionalidade em suas decisões. Que o controle de convencionalidade existe já é um tema posto. No entanto, o que se pergunta agora é como este é feito. Aqui analisa-se sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal através das decisões tomadas pela Corte Internacional de Direitos Humanos.

A pergunta a ser respondida na presente pesquisa é: “*Como o STF aplica o controle de convencionalidade diante das decisões da Corte Interamericana em sua jurisprudência?*”. Dessa forma, pretere-se entender como as decisões da Corte IDH impactam a jurisprudência que vem sendo consolidada pelo STF.

O recorte metodológico é temático através das decisões da Corte Interamericana e do tema do Controle de Convencionalidade enquanto o recorte processual abrange apenas os acórdãos, não há recorte temporal, em detrimento do tempo disponível para a pesquisa.

Para a coleta de dados, realiza-se uma busca jurisprudencial no sítio eletrônico do STF, através do campo “jurisprudência”, visto que o objetivo da pesquisa é sua resposta ao controle de convencionalidade. Na aba “pesquisar palavra-chave” o termo de busca utilizado foi: “Corte Interamericana de Direitos Humanos” e “Controle de Convencionalidade”, resultante em 4 (pesquisa realizada na data de 08 de maio de 2023) acórdãos, sendo estes: (i) HC 171118; (ii) ADPF 496; (iii) HC 141949; e (iv) ARE 1054490 QO.

Dessa forma, será realizada a leitura dos acórdãos para extrair informações que respondam as perguntas.

3 O DIÁLOGO ENTRE CORTES

O reconhecimento dos Direitos Humanos em esfera internacional foi fruto dos impactos gerados pela Segunda Guerra Mundial, uma vez que o direito interno se mostrou insuficiente para evitar massivas violações à dignidade da pessoa humana (ZÚÑIGA, 2010), gerando a necessidade de construir um “novo referencial ético que fosse capaz de orientar a ordem internacional” (MARINO, 2022) no que tange a cooperação entre Estados Nacionais (MOREIRA, 2015).

Neste sentido, os Estados e as Organizações Internacionais se preocuparam na efetiva realização do direito, não mais como uma estrutura formal, mas com a finalidade de proteção da pessoa humana no centro desse sistema, independente da origem das normas para a sua proteção (CONCI, 2015).

Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser definido como o “(...) *conjunto de direitos e faculdades* previsto em normas internacionais que assegura a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas” (RAMOS, 2009) evoluindo muito nas últimas décadas com diversos diplomas e sistemas de proteção. Conseqüentemente, a garantia dos direitos fundamentais, inicialmente focada apenas no indivíduo, torna-se, ao longo do tempo, garantias dispostas em Constituições a nível doméstico e em tratados internacionais (ZÚÑIGA, 2010).

Neste sentido, a jurisprudência internacional de direitos humanos pode ser compreendida como “um produto de atividades de interpretação, integração e atualização do ordenamento” (CAVALLO, 2021) no qual se reconhece seu aspecto de ser fonte de direito juntamente com os atos normativos internos. Esta é fruto (i) de atos judiciais dos tribunais internacionais de direitos humanos, (ii) de pronunciamentos dos tribunais internacionais que se referem a direitos humanos, e (iii) dos atos de órgãos quase judiciais de supervisão da aplicabilidade dos tratados (CAVALLO, 2021).

Nesta perspectiva, o “Constitucionalismo Multinível” trouxe inovações no modo de pensar a relação do direito internacional e os direitos nacionais, de modo a existir instituições

supranacionais que atuam na proteção do bem comum tendo como base o Estado de Direito, a democracia e a solidariedade (MARINO, 2022). Por isso há a existência um diálogo interjurisdicional entre o Poder Judiciário nacional e outras cortes, tanto de outros estados nacionais quanto no âmbito internacional, visando a primazia da norma mais favorável ao indivíduo, sujeito de proteção, seja a norma nacional ou internacional (MOREIRA, 2015).

No entanto, tal diálogo exige que os tribunais sejam atores de um processo de integração nos direitos humanos, de modo a trocar experiências, teorias e interpretações de dispositivos através de uma relação aberta entre ordens jurídicas (nacionais e internacionais) (CONCI, 2015).

Trata-se, portanto, de um pluralismo constitucional horizontal, tanto na dimensão normativa com diversos discursos e atos, quanto no que tange as autoridades, devendo haver um reconhecimento mútuo entre espaços e órgãos com o objetivo de haver interpenetração de decisões e posições como uma característica do constitucionalismo democrático que olha para aspectos econômico-financeiros, políticos, sociais, culturais, étnicos, internacionais, etc (CONCI, 2015).

O controle de convencionalidade, neste cenário, definido como um instrumento destinado a verificar a compatibilidade de uma norma interna com um tratado ou uma convenção internacional de que o Estado faça parte e tendo o princípio *pro persona* como vertente, deve observar a norma mais expansiva e protetiva ao indivíduo, independente do status hierárquico interno que os tratados internacionais de direitos humanos detêm, pois, em conflitos normativos, ou interpretativos, a proteção mais efetiva deve prevalecer (CONCI, 2015), abrangendo não só convenções e tratados que o Estado seja signatário, como também jurisprudências de tribunais internacionais (CONCI, 2021).

No âmbito da Corte IDH, foi o caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 2006, o considerado inicial na doutrina de controle de convencionalidade desenvolvida pelo órgão (MOREIRA, 2024), que tem como fundamentos os artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No mesmo ano, em 2006, o caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru* fundamenta o controle de convencionalidade do “efeito útil” dos tratados internacionais ao afirmar que, quando um Estado ratifica um documento internacional, como a própria Convenção Americana, os juízes internos estão submetidos também ao documento o que gera

a obrigação de garantir que o efeito útil da Convenção não seja anulado pela aplicação de leis internas contrárias ao seu objeto e disposições. Afirmando que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana.” (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru, 2006, Corte IDH).

Em 2010, o caso *Gomes Lund vs. Brasil* a Corte IDH reconhece: “la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales voluntariamente contraídas corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional y nacional, según el cual aquellos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda).” (Caso *Gomes Lund vs. Brasil*, 2010, Corte IDH)

Deste modo, a Corte IDH fundamenta a aplicação do controle de convencionalidade, para além dos artigos 1º e 2º da CADH, (i) no dever de cumprir as obrigações assumidas internacionalmente, (ii) no dever de garantir o “efeito útil” dos tratados, e (iii) no dever de boa-fé (CAVALLO, 2021).

A diferenciação do controle de convencionalidade quando o Estado signatário é parte da sentença para quando o fato não abrange o Estado em questão foi tratado na Supervisão de Cumprimento do caso *Gelman vs. Uruguay* em 2013. Quando o Estado é parte da sentença da Corte IDH e tem ingerência sobre os fatos, os artigos 67 e 68.1 da CADH foram usados como fundamentos além da boa fé e efeito útil dos tratados, trazidos anteriormente em outras decisões (CAVALLO, 2021).

Para o segundo caso, no que diz respeito a aplicação do controle de convencionalidade quando o Estado em questão não é parte, a sentença tem efeito vinculante relativo pois pode ser aplicada a interpretação da Sentença em um nível mínimo, de modo que possa ser ampliada depois por uma disposição de direito interno com fundamento nos artigos 1, 2, 29 e 69 da CADH segundo o afirmado no Voto Razonado a Sentencia da Corte IDH de Ferrer Mac-Gregor no caso *Gelman vs. Uruguay* em 2013 (CAVALLO, 2021).

Juízes nacionais podem (e quando são parte da controvérsia, devem) adotar a jurisprudência da Corte IDH como fonte de direito internacional dos direitos humanos e consequente efeito erga omnes, contribuindo para sua decisão, pauta ou fundamento interpretativo.

Em suma, o controle de convencionalidade é incentivado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos como elemento essencial para o fortalecimento democrático uma vez que tem uma importante função na garantia dos direitos humanos (CONCI, 2021).

Desta forma, a Constituição Brasileira traz os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º que introduzem os tratados internacionais aos direitos constitucionais (PIOVESAN, 2015), esta última disposição em particular, incorporada à Constituição pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, evidência a possibilidade da realização do controle de convencionalidade da jurisprudência do STF sobre os tratados de Direitos Humanos (RAMOS, 2009) o que destaca a possibilidade do diálogo entre as Cortes, previsto constitucionalmente e determinando uma relação de não hierarquia entre o âmbito interno e o internacional.

Tal posicionamento mostra que a destinatária final desse arcabouço jurídico e pluralismo é a pessoa humana e não os Estados nacionais, sendo, portanto, os direitos fundamentais, a finalidade de tais sistemas.

O STF, em 2006, no julgamento do RE 466.343 afirmou “o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados”, conferindo a estes um local “privilegiado no ordenamento jurídico (...) assim a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.”

Em 2008, no julgamento do HC 87.585-8, o STF destacou que “Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3º do art. 5º da Constituição (...). É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza

materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade".

Conclui-se que o STF reconheceu, através das duas decisões citadas, consideradas emblemáticas, a constitucionalidade material dos tratados de direitos humanos. Percebe-se, então, a importância de tais entendimentos que, em sua decorrência, deve adequar o ordenamento jurídico interno.

4 ANÁLISE INDIVIDUAL

Busca-se no presente capítulo adentrar individualmente cada decisão mencionada, fruto da pesquisa jurisprudencial, analisando os acórdãos expedidos. Cada caso tem a descrição da situação fática e, importante destacar que nem todos os argumentos trazidos nos documentos são descritos aqui, aborda-se apenas aqueles relevantes para o tema e que possam responder a pergunta de pesquisa, ou seja, apenas aqueles que tangem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade.

4.1 HC 171118

Trata-se da concessão de um Habeas Corpus (HC), julgado em 2020, que discute a proibição de dupla persecução penal e o princípio do *ne bis in idem* em matéria penal e processual penal. O órgão julgador é a segunda turma sob a presidência da Ministra Carmen Lúcia, o qual vota com unanimidade.

O primeiro voto apresentado, do Relator, neste caso, é o Ministro Gilmar Mendes que alega: “O presente caso revela-se excelente oportunidade para assentar a melhor interpretação sobre o conteúdo dessas normas do Código Penal”

Importante refletir o que o ministro quis dizer com a expressão “excelente oportunidade”. Veja-se que o controle de convencionalidade e adequação do ordenamento interno é uma obrigação estatal, portanto, é estranho alegar oportunidades no sentido de casos convenientes e não de agenda para cumprimento de deveres.

No decurso do acórdão, afirma-se que o STF consolidou, em sua jurisprudência, o entendimento de status normativo supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos

aprovados na sistemática anterior àquela inserida pela Emenda 45/2004, o que significa, dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, estar abaixo da Constituição e acima das leis infraconstitucionais.

Neste sentido, a decisão diz que o controle de convencionalidade pode ser realizado em face de leis infraconstitucionais, o que tangencia a discussão material, no qual o Código Penal deve ser aplicado em conformidade com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Passa-se então a discutir o direito material que sustenta o HC, sobre dupla persecução penal, na qual citam-se o artigo 8.º 4 da CADH, o artigo 14.º 7 do PIDCP, e os casos *Loayza Tamayo vs. Perú* de 1997, *Mohamed vs Argentina* de 2002 e *J. vs Perú* de 2013, todos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Afirmando-se ainda que a Corte Interamericana entende que a Convenção “garante proteção mais ampla, pois proíbe a dupla persecução por “mesmos fatos” e não apenas por ‘mesmos crimes’”.

Conclui-se, com fulcro nesse arcabouço normativo, que o artigo 8º do Código Penal “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.

Por conseguinte, o voto que se apresenta é do ministro Edson Fachin: “o controle de convencionalidade se coloca no estatuto jurídico de controle de constitucionalidade”, declarando que a adesão de uma convenção ou tratado internacional é feito através da soberania dos Estados, passando, conseqüentemente, a integrar a ordem jurídica interna.

Finaliza-se o documento com a manifestação da ministra Cármen Lúcia, que presidia a segunda turma na ocasião, reiterando os posicionamentos.

4.2 ADPF 496

Esta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi julgada em 2020 pelo órgão plenário do STF e teve como relator o Ministro Luís Roberto Barroso.

Questiona-se a conformidade da Convenção Americana de Direitos Humanos e a recepção pela Constituição do crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal. Esta ação tem como resultado a tese de que: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato.”

O primeiro voto, do relator, reconhece que a ação demanda o exame de convencionalidade diante da CADH, disposta na primeira parte do voto, além do exame de conformidade constitucional.

Interessante perceber que a primeira parte do voto traz, em seu primeiro parágrafo, o Recurso Extraordinário nº 466.343 como ponto de partida e paradigma jurisprudencial do entendimento que tratados internacionais sobre direitos humanos são equivalentes a emendas constitucionais se aprovados pelo quórum exigido no artigo 5º, §3º/CF ou terão caráter supralegal quando não submetidos ao processo legislativo constitucional das emendas, segundo o disposto no artigo 5º, §2º/CF.

Afirma que o Brasil aderiu a CADH em 1992 e esta tem status de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sua interpretação dada CIDH segundo o Decreto Legislativo nº 89 de 1998 e, portanto, “a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema deve levar em consideração a interpretação eventualmente dada pela Corte Interamericana ao dispositivo nacional.”

O documento apresenta, a seguir, o tópico “Inexistência de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos a Respeito do art. 331 do Código Penal”, mencionando a atribuição da CIDH de elaborar recomendações aos Estados-Membros em assuntos protetivos aos direitos humanos conforme o artigo 41, “b” da Convenção, destacando que estas recomendações não vinculam os Estados Membros e, conseqüentemente, não geram responsabilidade internacional, ao contrário das decisões da CIDH que os Estados comprometem-se a cumprir “apenas nos casos que forem partes”, com base no artigo 68, 1 da CADH.

Defende-se que a CIDH não proferiu nenhuma decisão sobre o artigo 331 do Código Penal e, apesar da menção pela requerente de precedentes judiciais da Corte, estes não são aplicáveis ao Brasil, com fundamento no argumento supracitado.

O segundo tópico que o voto apresenta é “Inaplicabilidade Dos Precedentes Da Corte Interamericana De Direitos Humanos Ao Brasil” discutindo os precedentes da CIDH trazidos pela requerente: (i) caso *Verbutsky vs. Argentina*; (ii) *Palamara-Iribarne vs. Chile* e; (iii) *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

Nesta seção, aborda-se de forma superficial os casos citados. Sobre o (i), afirma-se que, por não ter sido julgado efetivamente pela CIDH, não é possível tirar resultados e orientações sobre a discussão da presente ação. No que diz respeito ao caso (ii), o relator faz um breve resumo e cita dois trechos da sentença, que, em seu entendimento, demonstram o entendimento da Corte sobre o desacato e a liberdade de expressão mais a conclusão do caso. Depois, ao comparar com o Brasil: o caso concreto não possibilitaria a sanção de desacato conforme o ordenamento jurídico interno pois tange ao direito de crítica, defendido de forma ampla pelo Supremo, sustenta que o precedente não tem relação com a inconstitucionalidade.

Por fim, sobre a menção do caso (iii), este também apresenta um breve resumo sobre a utilização indevida do direito penal como meio de perseguição e inibição da liberdade de expressão na situação e conclui que a situação fática não pode ser equiparada a atual ação pois não adentra o tema debatido.

O próximo item em que o relator organiza seu voto é “Compatibilidade do art. 311 do Código Penal Brasileiro com o art. 13 da Convenção Americana De Direitos Humanos”, começando com a citação do artigo 13 da CADH e a interpretação do dispositivo segundo o Ministro: o artigo assegura uma grande proteção a liberdade de expressão e manifestação do pensamento, vedando a censura prévia (com poucas exceções) e dando a possibilidade de responsabilização posterior dos que violarem a “proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública” (Art. 13.2, “b”, CADH).

Destaca também que o “[...] texto da convenção excepciona a liberdade de expressão para a proteção da honra subjetiva (reputação) de todas as pessoas, bem como para o respeito à ordem e à moral públicas [...]” com a prerrogativa de cada Estado Membro garantir a proteção necessária aos servidores públicos.

Interessante notar aqui a interpretação que o Ministro faz do dispositivo da CADH, entendendo um grande escopo protetivo do direito da liberdade de expressão e a responsabilização por abusos de forma posterior à manifestação.

Em seguida, argumenta que a CIDH entende que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e em casos de grandes violações, usa-se o direito penal para proteger a honra, mencionando, como base, os casos Ricardo Canese vs. Paraguai e Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Cita também o caso Kimel vs. Argentina para fundamentar o posicionamento do uso excepcional do direito penal para coibir abusos da liberdade de expressão e conclui que “nem o texto expresso da Convenção, nem a jurisprudência da Corte vedam que os Estados-Partes se valham de normas penais para a proteção da honra.”

Observa-se no trecho supra uma contradição no voto do ministro ao passo que a requerente cita casos concretos que são refutados por ele. Ele faz o mesmo em momento posterior.

Adiante, sustenta que a mesma orientação “tem sido adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos”, citando o caso Janowski vs. Polônia com um breve resumo e referenciando a conclusão do órgão na situação, finalizando a seção com a conclusão de que a Corte Europeia permite a tipificação das condutas debatidas na ação sem ofensa à liberdade de expressão, no mesmo sentido que afirma a CIDH.

Questiona-se aqui a razão da menção à Corte Europeia no voto e se duas cortes regionais podem ser comparadas diante de similaridades históricas, de ordenamentos, culturais, etc.

A parte II do mesmo voto discorre sobre “A Constitucionalidade Do Tipo Penal De Desacato”, e na seção “Amplitude E Limites Da Liberdade De Expressão Na Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal” o relator argumenta, após citar uma série de julgados do STF, que “a solução a ser dada aos casos examinados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos precedentes mencionados na petição inicial provavelmente seria idêntica se examinados fossem por esse Tribunal”.

A posição supracitada é problemática pois sugere que o STF teria posições idênticas às das decisões da CIDH, o que desconsidera as particularidades, funções e conformação de ambos os órgãos.

Em suma, o relator defende (i) a inexistência de jurisprudência da Corte IDH consolidada sobre o assunto; (ii) a inexistência de sentença condenatória do Brasil sobre o tema na Corte IDH, o que não gera o dever de retirar o dispositivo legal do ordenamento

jurídico interno; e (iii) necessidade de tratamento diferenciado para funcionários públicos diante da crítica pública (CONCI, 2021).

O próximo voto é do Ministro Edson Fachin que adianta a procedência da ação pela ofensa ao texto constitucional e aos tratados internacionais.

Sustenta que tratados de direitos humanos tem hierarquia constitucional segundo o artigo 5º/CF e pelo fato de que “não se invocam direitos fundamentais para descumprir direitos humanos. Direitos humanos são direitos fundamentais” (CONCI, 2021), lembrando que a Constituição comporta o princípio de prevalência dos direitos humanos, impondo o dever da criação de um tribunal internacional de direitos humanos para as autoridades públicas conforme o artigo 7º do ADCT. Segundo ele, este é o fundamento de que, mesmo que o Estado-Membro não seja condenado pela CIDH, sua jurisprudência se faz vinculante, conforme o artigo 68 da CADH e as decisões da Corte.

Em seguida, menciona o caso *Almonacid Arellano* (Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, 2006), no qual a Corte determina que o parâmetro para realizar o controle de convencionalidade é o próprio texto da CADH e a interpretação deste feito pela CIDH, considerada a última intérprete da Convenção. Justificando, com esse argumento, que, apesar da Corte não ter se manifestado sobre o tema debatido na presente ação: a “compatibilidade” da lei penal brasileira com a Convenção, isso não exime o Brasil de fazê-lo, pois o caso citado estabelece que é função do poder judiciário realizar um controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam os casos concretos e a CADH.

O Ministro lista, em seu próximo parágrafo, diversos casos da CIDH que tangem a liberdade de expressão e defende que, nestes, a CIDH orienta a interpretação através de um teste de proporcionalidade, afirmando “quanto maior for a restrição a um direito fundamental, tanto maior deve ser a importância de atender a outro” para justificar o uso do teste.

Alega que apesar da CIDH não examinar exatamente o artigo debatido na presente ação (art. 331 do Código Penal), suas decisões refletem a importância da liberdade de expressão concomitantemente com a proteção necessária da reputação da Administração Pública.

Interessante notar que essa parte descrita no voto traz diversas menções e citações longas de casos da CIDH: (i) opinião consultiva sobre a Coligação Obrigatória de Periodistas;

(ii) Caso *Kimel vs. Argentina*; e (iii) caso *Fontevicchia D'Amico*, extraindo conclusões da posição da Corte sobre liberdade de expressão a proteção da Administração.

Após a explicação sobre o caso (ii), o ministro traz argumentos com fundamento em uma dissertação de mestrado “trazida à colação pela brilhante sustentação oral realizada pelo Prof. [...]”, e, depois de uma citação longa do texto referido, conclui que “por não passar no rigoroso teste de proporcionalidade reclamado pela Corte Interamericana, não é compatível com o Pacto de São José a previsão de sanção penal para sancionar as opiniões [...]”.

Continua citando uma doutrina para basear seu argumento sobre o tema em debate e, volta a abordar a compatibilidade do atual debate com os tratados internacionais e a Constituição defendendo a busca pelo respaldo normativo da maior salvaguarda da Administração Pública.

Importante perceber que nesse voto o ministro não faz uma distinção do modo como cita os precedentes da Corte e como cita o referido artigo, posto que estão em parágrafos seguidos, seguindo a ordem de concatenação do voto. Além das posições controversas trazidas até o momento no acórdão. Ora, se ambos olharam o mesmo organismo internacional, seus precedentes e o mesmo dispositivo normativo, a CADH, como podem chegar a resultados tão distintos?

Mais adiante menciona, além da CADH, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, explicando o teor dos documentos para concluir que “[...] à luz do sistema internacional de proteção à pessoa humana é, pois, inequívoca a conclusão de que é ilegítima a previsão normativa constante do art. 331 do Código Penal. À mesma conclusão se chegaria, caso a questão fosse examinada à luz do texto constitucional”.

Tal afirmação pode ser questionada quando equipara a mesma conclusão se examinada de sistemas normativos diferentes: o sistema internacional e a Constituição, pois ignora os escopos, singularidades e históricos de cada um dos ordenamentos.

Sustenta também que, mesmo desconsiderando as decisões internacionais, a Constituição tem elementos e disposições que corroboram a posição estrangeira. Referindo-se, também, a precedentes estadunidenses, baseados em “não porque é lícito o

empréstimo acrítico de parâmetros estrangeiros [...]”mas pelas contribuições ao tema, mencionado a seguir casos da Suprema Corte dos EUA.

Novamente, retorna ao tema do Sistema Interamericano e menciona o Informe Anual do Relator Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH de 1999 com as respectivas recomendações para os Estados-Membros, trazendo a doutrina “actual malice”. Defende que este conceito, apesar de não expresso pela CIDH, foi adotado em dois casos, Kimmel vs. Argentina e Donoso vs. Panamá, concluindo pela construção, a nível regional, de uma jurisprudência.

Finaliza o voto citando outras pesquisas e retoma a jurisprudência norte-americana, reconhecendo, por fim, a não recepção do artigo 331 do Código Penal.

A próxima manifestação é do Ministro Gilmar Mendes, que menciona, como os outros, o artigo 13 da CADH, os artigos 5º, incisos IV, VIII e IX, o artigo 220 da Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº 45/2004, o art. 5º, §3º/CF, a jurisprudência do STF que conferiu o status suprallegal aos tratados internacionais e a possibilidade destes serem também equivalentes às emendas constitucionais.

O ministro afirma que o atual ordenamento jurídico abrange, além do controle de constitucionalidade, um controle de convencionalidade das normas internas e, após a citação do artigo 13 da CADH conclui que: “tomando referido tratado internacional como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, de uma simples leitura do dispositivo supracitado não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato.” sustentando que houve recepção da norma.

Interessante notar que, por meio da manifestação do ministro, o controle de convencionalidade não é uma simples leitura do dispositivo parâmetro do controle.

Sustenta que para a liberdade de expressão disposta na Convenção foi conferido o mesmo tratamento pela Constituição e que não há direito fundamental com caráter absoluto. O voto é finalizado com outras considerações sobre a tipificação de desacato, sua relação com a democracia, jurisprudências anteriores do STF e a defesa e uma interpretação restritiva do tipo penal, tópicos que não se observa o debate do direito internacional dos direitos humanos.

O voto posterior é do Ministro Alexandre de Moraes que afirma, semelhante ao Ministro Gilmar Mendes em sua manifestação supracitada, o similar tratamento dado à

liberdade de expressão na CADH e na Constituição com o caráter não absoluto dos direitos fundamentais.

Em seguida, alega que a Segunda Turma do STF já debateu o assunto sobre a recepção compatibilidade do crime de desacato face à Constituição Federal e a CADH no julgamento do HC 141.949, destacando a manifestação do Ministro Gilmar Mendes na oportunidade. É relevante perceber que o caso mencionado é objeto de análise na presente pesquisa.

Lista, a seguir, uma série de decisões monocráticas proferidas por ele que discutem a compatibilidade do tipo penal com a CADH e afirma que esta não traz o direito à liberdade de expressão como um direito absoluto.

Destaca-se este trecho visto que o ministro listou decisões monocráticas proferidas por ele mesmo para corroborar sua decisão no presente acórdão. Além de ser questionável se a posição de um ministro monocraticamente caracteriza a posição do STF como um todo, não houve diálogos e trocas entre outros precedentes.

Finaliza sua manifestação arguindo “foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal [...]”, seguindo o voto do relator.

O voto adiante é o da ministra Rosa Weber e, antes de adentrar o debate do Sistema Interamericano, se refere a Primeira Emenda Constitucional dos EUA, os casos da Suprema Corte norte-americana e casos da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Questiona-se a relevância e razão desses fundamentos diante do direito comparado e sistemas regionais e ordenamentos jurídicos tão diversos entre si.

Defende, dentro do tema debatido na presente ação, que a limitação do direito à liberdade de expressão deve ser aplicada a casos necessários à “preservação de uma sociedade democrática e plural” e, conseqüentemente, o critério da proporcionalidade impede a restrição de tal direito no plano teórico. Sustenta que a CIDH reconheceu tal posicionamento no caso *Kimel vs Argentina*, citando o que a Corte decidiu sobre o caso.

Afirma que a interpretação da Convenção cabe, de modo reconhecido e oficial, a CIDH, que o faz por meio de julgados e precedentes “sendo absolutamente irrelevante, para o efeito de se reconhecer a sua autoridade, que ela não tenha se manifestado especificamente sobre o preceito do direito doméstico em discussão no presente feito. Desconsidera-se assim,

a própria lógica de funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção jurisdicional dos direitos humanos, fundados que são no sistema de precedentes.”

Os próximos parágrafos continuam com precedentes do próprio STF e cita, além de dispositivos constitucionais, o artigo 13 da CADH para fundamentar a posição de incompatibilidade da tipificação de desacato disposta no artigo 331/CP.

O último voto, encerrando o acórdão, é do Ministro Celso de Mello que, em breves passagens em sua manifestação, menciona o artigo 13 da CADH sobre o tema da liberdade de expressão e, para explicar o dispositivo, recorre a citação doutrinária, seguido de demais parágrafos que tratam somente de direito interno constitucional.

Menciona, por fim, o Habeas Corpus nº 141.949/DF, analisado na presente pesquisa, referindo-se ao voto que o Gilmar Mendes dispôs na oportunidade.

Importante destacar que o restante do voto aborda apenas outras doutrinas e outros precedentes, o que demonstra a falta de método ou análise que diferencia citações de doutrinas, precedentes internos e controle de convencionalidade.

Esta ação perpassa, além do controle de convencionalidade, pela reflexão da importância da liberdade de expressão e crítica pública para o fortalecimento de uma sociedade democrática e do Estado de Direito, principalmente diante de estados autoritários que usam o aparato estatal como forma de esvaziar tal direito e proteger funcionários públicos (CONCI, 2021).

4.3 HC 141.949

O Habeas Corpus nº 141.949 foi julgado pela Segunda Turma do STF, no dia 13 de março de 2018 e teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e discute a constitucionalidade e a não convencionalidade do crime de desacato aplicado a civis no âmbito da Justiça Militar da União.

No caso concreto, o impetrante argumenta que a condenação de um civil por crime de desacato ofende o artigo 13 da CADH e os artigos 5º, incisos IV, V e IX e artigo 220 da Constituição Federal.

O acórdão, com início pelo voto do relator, ao abordar a discussão de convencionalidade, afirma que através da Emenda Constitucional 45/2004 os tratados internacionais de direitos humanos podem ser incorporados no ordenamento jurídico interno como emendas constitucionais, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 5º/CF e, anteriormente a tal ato normativo, alega que o STF firmou o entendimento que tratados internacionais estão no patamar superior às leis ordinárias, tendo como paradigma o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE que equiparou os tratados ao nível da legislação ordinária.

Portanto, sintetiza a ideia declarando que tratados internacionais de direitos humanos podem ser: (i) equivalentes a emendas constitucionais, ou (ii) supralegais, “segundo entendimento atual do STF RE 949.703/RS)” se aprovados antes da EC45/2004, acima das normas infraconstitucionais.

Adiante, o voto sustenta que, para além do controle de constitucionalidade abrangido pelo sistema jurídico atual, existe também a possibilidade de um controle de convencionalidade das normas domésticas. Tal parte do voto merece destaque pela sua importância diante das normas internacionais, reconhecendo a necessidade de adequar o ordenamento jurídico interno tendo como veículo o controle de convencionalidade.

Nota-se, a partir dessa afirmação, uma citação do artigo 13 da CADH e sua comparação com o ordenamento jurídico interno ao estabelecer que, tomando o CADH como parâmetro do controle de convencionalidade, não há, através deste, nenhum confronto com a tipificação do crime de desacato, determinando que não há revogação da norma penal mas recepção pela norma supralegal.

O voto ainda assegura que, conforme o artigo supracitado, apesar da não existência de censura prévia, deve haver responsabilidades fixadas em lei para assegurar o respeito aos direitos e à reputação das demais pessoas, concluindo que não sucede o pedido de descriminalização do desacato, do Código Penal e do Militar e não se admite *abolitio criminis*.

Interessante notar que os próximos parágrafos do voto abordam países, principalmente regionais, em que a conduta de desacato é criminalizada, fazendo também uma comparação com alguns países da Europa.

O voto estabelece que a Convenção Americana dá similar tratamento a liberdade de expressão quando comparado à Constituição Federal, não conferindo caráter absoluto a nenhum direito fundamental.

Ademais, o documento, neste mesmo voto, declara que a CIDH, responsável por julgamentos de casos concretos que violam direitos humanos, “[...] reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão [...]”. Cita-se, em decorrência, o julgamento do HC 379.269 no qual defende-se que a CIDH repudia abusos na prática da liberdade de expressão, mencionando os seguintes casos como exemplo: (i) caso Ricardo Canese vs. Paraguai, (ii) caso Kimel vs. Argentina e (iii) caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

A parte final do voto discorre sobre o direito à liberdade de expressão, precedentes do STF no tema e respectivos dispositivos constitucionais.

O voto seguinte que adentra o tema é do Ministro Edson Fachin, sustentando que não se pode concluir, através de uma “[...] simples referência a hierarquia normativa, a *ratio decidendi* das decisões dos órgãos de direitos humanos [...]” que existe incompatibilidade entre a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica.

Declara ainda que é “desnecessário, pois, falar-se em controle de convencionalidade no direito brasileiro” em detrimento da existência do artigo 5º, §2º/CF, cláusula constitucional de abertura que “incorpora no bloco de constitucionalidade os tratados de direitos humanos de que faz parte a República Federativa do Brasil [...]”, citando o julgamento da ADI 4.439 como jurisprudência.

Tal trecho é muito relevante para a presente pesquisa ao notar a expressa desconsideração do controle de convencionalidade em detrimento do bloco de constitucionalidade, como sendo este último, suficiente.

O voto afirma que é mais relevante “investigar as razões pelas quais determinada conduta é ou não incompatível com a proteção dos direitos humanos” do que analisar se, com base no artigo 62 do Pacto de São José da Costa Rica ou, se com fundamento no artigo 31, §3º da Convenção de Viena que traz o princípio da interpretação evolutiva os precedentes do Sistema Interamericano são ou não obrigatórios.

A seguir, sustenta que a função da Comissão favorece a atividade jurisdicional dos Estados e da Corte por meio de sua interpretação. Defende também que o sistema interamericano expressou, em várias oportunidades, que o delito de desacato é incompatível com a liberdade de expressão e pensamento, conforme o disposto no artigo 13 da CADH.

Menciona, também, o *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leys de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, da Organização dos Estados Americanos de 1995, no qual a Comissão estabelece que a sanção à liberdade de expressão deve ter caráter excepcional e que leis que protegem funcionários públicos de ofensas e insultos é incoerente com a sociedade democrática. Também se refere o caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, no qual a Corte alega que a legislação sobre desacato contém sanções desproporcionais que suprime o debate sobre o funcionamento das instituições estatais.

Em seguida, o voto também aponta (i) a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão aprovada pela Comissão, que tange, em seu artigo 11, sobre leis de desacato atentarem contra a liberdade de expressão e o direito à informação; e (ii) o informe anual de 2002 do Banco Mundial sobre o desenvolvimento, relatando que tais leis são restritivas e protetivas de grupos seletos na sociedade, documento em que a Relatoria Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirma que para condutas contra a honra pessoal não deveria ser aplicada sanções penais.

O ministro lista países que revogaram ou declararam inconstitucionais as leis de desacato e indica a Nota Técnica enviada ao Ministro das Relações Exteriores em 04 de novembro de 2013 em que as Relatorias da ONU e da Comissão Interamericana defendem a adequação das disposições do direito interno brasileiro.

Expondo seus argumentos, alega que as “[...] manifestações dos órgãos do Sistema Americano não são meras recomendações aos Estados-parte, mas, na linha do disposto no artigo 31, §3º, da Convenção de Viena, verdadeira medida de interpretação evolutiva” e a discussão da força vinculante de suas produções significa “desmerecer a autoridade do argumento utilizada por eles.”

Nos parágrafos seguintes do voto, apresenta-se com mais detalhes o caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, adentrando os argumentos usados pela Comissão, concluindo, mediante estes, que o STF os acolheu completamente.

O voto também se refere ao Ministro Celso de Mello e seu entendimento que, com fundamento no artigo 5º, §2º/CF, o Brasil adotou o bloco de constitucionalidade que tem como base a Constituição e os tratados sobre direitos humanos.

Concluí afirmando que o STF “[...] tem reconhecido, na linha do sistema interamericano, uma reduzida margem de aplicação do parâmetro da necessidade e um alto preço pelo direito à liberdade de expressão.”

Por fim, o restante do documento não traz discussões pertinentes à presente pesquisa.

4.4 ARE 1054490 QO

Trata-se do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.054.490 com Questão de Ordem, julgada pelo órgão plenário do STF em 05 de outubro de 2017 e tem como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Seu conteúdo material tange a direito eleitoral no tema de candidaturas avulsas.

Na presente ação, os recorrentes afirmam a violação dos artigos 1º, incisos II, III e V; 4º, II; 5º, XX, §1º e §2º da Constituição. Também alegam que o Pacto de São José da Costa Rica veda estabelecer condições de elegibilidade que não sejam: (i) idade; (ii) nacionalidade; (iii) residência; (iv) idioma; (v) instrução; (vi) capacidade civil ou mental; e (vii) condenação, por juiz competente, em processo penal, mencionando que a jurisprudência do STF confere status supralegal ao tratado em debate.

Importante destacar que a Questão de Ordem do acórdão questiona se a perda parcial do objeto impede a atribuição de repercussão geral visto que o julgamento da ação se deu somente em 2017 mas o requerimento tratava de eleições realizadas em 2016. Tal ponto será discutido pelos Ministros como um dos tópicos de seus votos, mas não será abordado nesta seção descritiva da presente pesquisa pois não adentra ao tema explorado.

O voto do relator usa como paradigma jurisprudencial do STF o RE 466.343 para sustentar a consolidação do status supralegal do Pacto na jurisprudência do STF, situação em que foi decidido que o tratado internacional não pode revogar dispositivo constitucional, mas, em decorrência de seu status supralegal “tinha o efeito de paralisar a legislação

infraconstitucional [...] a Constituição deveria ser, tanto quanto possível, interpretada à luz da Convenção.”

Depois de um panorama histórico sobre o direito eleitoral no Brasil, o relator defende que muitos países democráticos admitem a candidatura avulsa, sob o enfoque do direito comparado, listando os países: Áustria, Chile, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Polônia e Portugal e mencionando experiências na Itália.

Na manifestação do Ministro Lewandowski, este sustenta que o artigo 5º, §3º/CF:

[...] não elevou os tratados de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro antes da EC 45/2004 à estatura de emenda constitucional: a recepção de normas não é fenômeno inexoravelmente resultante da substituição de normas constitucionais; trata-se, antes, de opção normativa de constituinte que decide criar abreviadamente normas novas com o conteúdo das antigas, para evitar o vácuo legislativo decorrente da perda de validade de todo o direito infraconstitucional pela substituição da íntegra de seu fundamento jurídico – a Constituição sobre a qual se apoiava.

Já, no que tange ao voto do Ministro Gilmar Mendes, sua posição é de que não podemos comparar o debate da presente ação com o RE 466.343, usado como paradigma do relator, pois no caso em questão, a CADH foi considerada uma legislação de bloqueio pois derogava a lei processual, e, conseqüentemente, superava e impedia que o legislador tomasse outra posição.

Ainda, o ministro Edson Fachin diz que, dentre vários temas revisitados pelo STF, está a antinomia entre tratados internacionais e regras constitucionais “que, de um modo geral, na teoria clássica do Direito Constitucional, tem sido resolvida – essa antinomia – com base numa diretriz hermenêutica de hierarquia”, defendendo a revisão, especialmente do artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis, que poderia alterar a interpretação do artigo 14, §3º.

Em seguida, o Ministro Lewandowski, em sua fala, afirma que o STF tem uma “jurisprudência muito sedimentada no sentido de dizer que os tratados internacionais não podem ser confrontados com as normas da Constituição”, defendendo que os tratados internacionais têm status de norma supralegal, ou seja, estão entre a Constituição e a lei ordinária.

Nota-se, novamente, o fundamento da hierarquia presente nas manifestações. Já o restante do acórdão não adentra o tema da presente pesquisa.

5 ANÁLISE CONJUNTA

É indubitável que o STF entende o status supralegal dos tratados de direitos humanos, uma vez que foi afirmado de modo reiterado por diferentes ministros, nas diferentes ações analisadas. No entanto, é possível observar algumas contradições e pontos de questionamento em seus votos.

Os ministros apresentaram divergência de entendimento quanto o uso de casos da CIDH para fundamentar a decisão do STF. Na ADPF 496, o ministro Edson Fachin, em seu voto, defende que “a vinculação dos países à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado, nos termos do Artigo 67 do Pacto de São José da Costa Rica, mas de toda jurisprudência do Tribunal”, no entanto, na mesma ADPF, no voto do relator, Luis Roberto Barroso, afirma-se que os Estados comprometem-se a cumprir as decisões da CIDH apenas nos casos que forem partes, fundamentando o argumento no artigo 68.1 da CADH.

Sobre esse aspecto, é relevante destacar que, segundo o afirmado no Voto Razonado a Sentença da Corte IDH de Ferrer Mac-Gregor no caso Gelman vs. Uruguay em 2013 e com fundamento nos artigos 1^a, 2^a, 29^a e 69^o da Convenção ADH quando o Estado não é parte de conflito que gera a sentença, o documento passa a ter efeito vinculante relativo podendo ser extraída sua interpretação para que depois possa ser ampliada (CAVALLO, 2021).

Ainda, no ARE 1054490 OQ e na ADF 496 existe uma citação e comparação com países diversos, como os Estados Unidos, o Chile e a Finlândia sem uma metodologia de estudo comparado que está disposta entre a exposição do posicionamento da Corte IDH. A partir deste cenário, nota-se que as referências a Corte IDH ocorrem como “apoios unilaterais ao que se pretende decidir” (CONCI, 2015), sem distinção ou adaptações, situação que se comprova com citações de países externos juntamente com menções do Sistema Interamericano.

Os ministros, em seus votos, realizam interpretações de artigos da Convenção, como é possível ver, por exemplo, no voto do relator da ADPF 496, no entanto, quando o fazem, referem-se apenas a sua própria visão, não recorrendo a estudos consolidados no tema e autoridades.

Neste sentido, percebe-se a dificuldade de “encontrar repercussão no STF das decisões internacionais de Direitos Humanos”, (RAMOS, 2009) situação em que os acórdãos do STF não objetivam investigar e analisar a posição de seu intérprete, a corte IDH, órgão que o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória (RAMOS, 2009).

Também existem afirmações que o STF teria decidido de forma idêntica à CIDH e que o conteúdo da Constituição Federal é similar a proteção conferida pela CADH o que é discutível pois não há uma atenção às particularidades de cada diploma normativo, sistema jurídico, escopo, histórico e relevância.

Entende-se, por fim, que a referência à tais decisões da CIDH, objeto da presente pesquisa, caracteriza um reforço argumentativo, de modo que não se diferencia das citações doutrinárias e não apresenta um desenvolvimento argumentativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa perpassou pelo direito internacional dos direitos humanos e seu surgimento advindo, principalmente da segunda guerra mundial, quando os direitos humanos adquiriram proteção internacional com a inclusão de diversos atores e organismos internacionais uma vez que a proteção do Estado se mostrou insuficiente para garantir a dignidade humana.

O constitucionalismo multinível advém do direito internacional dos direitos humanos pois é caracterizado pela coexistência de ordenamentos jurídicos diversos no âmbito interno e externo que coexistem entre si configurando um novo espaço de uma pluralidade de fontes jurídicas plurais e sem hierarquia com o objetivo de efetivar a proteção aos direitos humanos.

Neste cenário plural, advém o necessário o diálogo entre as cortes no qual sistemas e instituições protetivas interagem e trocam experiências entre si com o escopo de trazer a maior efetividade possível na proteção, expansão e promoção dos direitos humanos. Conseqüentemente, há uma preocupação e um dever do Estado de adequar seu ordenamento jurídico interno em detrimento do reconhecimento dos direitos humanos e das obrigações assumidas em tratados internacionais.

O controle de convencionalidade, nesta perspectiva, é o meio e instrumento que permite analisar a compatibilidade de uma norma interna com tratados, convenções ou sentenças de organismos internacionais.

A presente pesquisa adentra a metodologia empírica e questiona como o STF faz o controle de convencionalidade das decisões da Corte IDH, analisando quatro julgados resultantes da busca de jurisprudência: (i) HC 171118; (ii) ADPF 496; (iii) HC 141949; e (iv) ARE 1054490 QO. Através das análises de casos e o modo como os Ministros do STF se referem às decisões da CIDH, nota-se que estas referências não seguem um método de uso ou análise, caracterizando-se apenas como citações ao longo do texto, sem um método coerente.

Portanto, a relação do STF não se diferencia do uso de doutrina, outros tribunais de estados nacionais ou órgãos quase-judiciais de forma a denominar o método de *bricolagem*: citações de outros tribunais não sofrem adaptações ou desenvolvimento de argumentos de modo a serem considerados apenas quantitativamente como suportes unilaterais à decisão (CONCI, 2015).

Neste sentido, conclui-se que o STF ignora o instrumento do controle de convencionalidade desenvolvido pela CIDH, de forma que não exista qualquer análise comparativa entre os tratados internacionais e o direito interno (CONCI, 2015).

Além de tal aspecto, observa-se que os ministros usam ideias já superados pelo conceito de constitucionalismo multinível e consequente diálogo entre cortes, uma vez que eles consideram a perspectiva de hierarquia para fundamentar a convencionalidade ou não de normas.

O trabalho conclui-se com um alerta para o posicionamento do STF sobre o tema aqui exposto, que, por ser o órgão jurisdicional máximo do Brasil, deveria assumir um papel mais responsivo diante de suas decisões e de um assunto tão importante para a garantia dos direitos humanos. Além de considerar necessário a atualização dos ministros sobre os conceitos aqui apresentados e sobre métodos de realizar o diálogo entre cortes que não seja apenas uma cópia e cola ou citações dentre doutrinas.

REFERÊNCIAS

ARCARO CONCI, Luiz Guilherme; GIRARDI FACHIN, Melina. A progressiva superação da regulação do crime de desacato na América Latina: diálogos entre o doméstico e o internacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 2, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4439**, Relator Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno, Julgado em 27/09/2017, DJE 21/06/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3926392>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 171118**, Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, Julgado em 12/11/2019, DJE 17/08/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5692637>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.585-8** Tocantins, Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 496**, Relator Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, Julgado em 22/06/2020, DJE 24/09/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 141949**, Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, Julgado em 13/03/2018, DJE 23/04/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5156681>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1054490 QO**, Relator Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, Julgado em 05/10/2017, DJE 09/03/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208032>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343-1** São Paulo, Relator Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno, Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

CAVALLO, Gonzalo Aguilar; HERRERA, Gloria Algarín; CONCI, Luiz Arcaro; TAPIA, Manuel Bermúdez; GARAT, Paula; MENDIETA, David. **El Control de Convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y Diálogo Judicial Multinível Latinoamericano**. Espanha: Tirant Lo Blanch, 2021. ISBN 978-84-1378-621-6.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **DIÁLOGO ENTRE CORTES: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB: Conselho Federal, 2015. p. 117-148. ISBN 978-85-7966-032-0.

MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra de; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. A tutela do direito à saúde na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 16, n. 46, p. 335-361, jan./jun. 2022.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira; Natal: EDUFRN, 2015. 361 p. ISBN 978-85-425-0521-4

MOREIRA, Thiago Oliveira; DANTAS, Beatriz Lodônio. The exercise of Conventionality Control by the non-specialized Brazilian Higher Courts. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 14, n. 2, p. 203–229, 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). **Diálogo Entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB: Conselho Federal, 2015. p. 83-116. ISBN 978-85-7966-032-0.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a Sério os Tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 104, p. 241-286, 2009.

ZÚÑIGA, Rubén Cardoza. A dicotomia jurisdiccional entre direito interno e direito internacional em matéria de direitos humanos. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 125-159, 2010.

THE CONVENTIONALITY CONTROL MADE BY THE STF IN FRONT OF DECISIONS BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: This document is a presentation of the empirical research in the area of international human rights law carried out for the purposes of the Course Conclusion Work for the São Bernardo do Campo Law School and concerns how the Federal Supreme Court (STF) carries out conventionality control in the face of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in its own decisions. The conclusion is that there is no technique, analysis or method for applying international decisions in the rulings; they are used like other citations and references throughout the text made by the justices. The research path goes through: (i) international human rights law and multilevel constitutionalism; (ii) the dialogue between courts; (iii) constitutionality control; (iv) the Inter-American Court of Human Rights; (v) the Federal Supreme Court; (vi) the individual analyses and the joint analysis of the judgments extracted from the empirical part; and (vii) the conclusion.

KEY-WORDS: International human rights constitutionalism; Federal Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights; Conventionality control; Empirical research.



O CARÁTER (NÃO) ETERNO DAS OBRIGAÇÕES DO BRASIL JUNTO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: UM DEBATE À LUZ DO “CASO PUTIN”

Fernando César Costa Xavier

RESUMO

A possibilidade de visitação do presidente russo Vladimir Putin ao Brasil, no segundo semestre de 2024, desafiando um mandado de prisão emitido pelo Tribunal Penal Internacional, abriu espaço para debates entre juristas brasileiros. Esses debates podem ser resumidos em dois mais importantes: (i) O governo brasileiro estaria obrigado a prender e entregar ao TPI o mandat rio russo se ele aportasse em seu território? (ii) Essa obrigação valeria indeterminadamente, para este caso ou qualquer outro no futuro, por se tratar de uma cláusula pétrea? Este artigo se concentra neste segundo debate, defendendo, a propósito, que se trata de uma discussão própria do direito constitucional, e não do direito internacional. O argumento central é que o “caso Putin” serve para mostrar que qualquer tendência de “petrificac o generalizada” da Constituição Federal, que alcance normas que dispõem sobre a relação entre o Estado brasileiro e organismos internacionais (inclusive e principalmente o Tribunal Penal Internacional) pode criar, ou de fato cria, inconvenientes graves para a soberania.

Palavras-Chave: Vladimir Putin; Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; Denúncia; Artigo 5 ,   4 , da Constituição; Cláusula pétrea.

-
- É Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima. Professor Associado do Curso de Direito da Universidade Federal de Roraima.

“Aceitando-se a posição de alguns, o direito brasileiro estaria, quase por inteiro, “petrificado” em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, § 4º, da Lei Magna vigente”.

(Manoel Gonçalves Ferreira Filho)

1 INTRODUÇÃO

No primeiro dia de abril de 2024, sem que fosse mentira, começaram a pulular manchetes dando conta de que o presidente Lula da Silva pretendia legitimar a vinda do presidente Vladimir Putin para uma reunião de cúpula do G20 agendada para novembro no Brasil¹³⁹. As manchetes eram as mais verborrágicas possíveis: “O jeitinho de Lula para trazer Putin”¹⁴⁰, “Governo brasileiro endossa tese de imunidade que pode permitir vinda de Putin ao Brasil”¹⁴¹, “Lula quer legitimar o tirano Putin com um papelzinho jurídico”¹⁴², “Governo brasileiro defende, em comissão internacional, posição que daria imunidade a Putin para vir ao G20 no Brasil”¹⁴³ etc.

Isso tudo reacendia uma polêmica ocorrida em setembro de 2023, quando o presidente Lula declarou que, se Vladimir Putin viesse ao Brasil participar da cúpula, não daria cumprimento, no que dependesse dele, à ordem de prisão emanada do TPI¹⁴⁴. Nesse episódio, muitos juristas, inclusive alguns alinhados ao presidente brasileiro (STEINER, 2023), consideraram a declaração inapropriada.

¹³⁹ A origem de todo o alarido seria a revelação de um documento encaminhado pelo Brasil em novembro de 2023 à Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, ao qual o jornal “Folha de São Paulo” teve acesso. O documento consiste em seis páginas de comentários e observações sobre um projeto de artigos sobre a imunidade dos funcionários do Estado relativamente à jurisdição penal estrangeira, adotado em primeira leitura na 73ª sessão da Comissão.

¹⁴⁰ Ver: <https://oantagonista.com.br/papo-antagonista/o-jeitinho-de-lula-para-trazer-putin/>

¹⁴¹ Ver:

<https://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2024/04/02/governo-lula-endossa-tese-que-pode-permitir-vinda-de-putin-ao-brasil.html>

¹⁴² Ver:

<https://www.metropoles.com/colunas/mario-sabino/lula-quer-legitimar-o-tirano-putin-com-um-papelzinho-juridico>

¹⁴³ Ver:

<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/governo-brasileiro-defende-em-comissao-internacional-posicao-que-daria-imunidade-a-putin-para-ir-ao-g20-no-brasil,0a26d2c2153910a4d3f9a74299ac4e2b10i1zuqd.html#:~:text=Um%20decis%C3%A3o%20da%20comiss%C3%A3o%20sobre,seria%20bem%20vindo%20ao%20Brasil.>

¹⁴⁴ A rigor, o Tribunal Penal Internacional emitiu ordens de prisão não apenas contra o presidente Vladimir Putin, mas também contra a Comissária dos Direitos das Crianças do Escritório da Presidência da Rússia, Maria Alekseyevna Lvova-Belova. Ambos são acusados de deportação e transferência ilegais de crianças de territórios ocupados na Ucrânia para o território da Rússia, atos considerados no Estatuto de Roma como crimes de guerra (art. 8º, 2, ‘a’, vii, e 2, ‘b’, viii).

Talvez aconselhado por assessores, que podem tê-lo informado que o Brasil é parte no tratado que rege o funcionamento do TPI – o Estatuto de Roma – e que a vinculação do país a esse tratado está previsto na Constituição Federal (art. 5º, § 4º), o presidente Lula voltou atrás na declaração dias depois. Limitou-se então a dizer que aquilo seria uma questão para o Judiciário resolver: “Não sei se a Justiça brasileira vai prender, isso quem decide é a Justiça. Não é o governo” (LULA, 2023). Verbalizando a insatisfação do governo com as críticas que vieram de todos os lados, o então Ministro da Justiça Flávio Dino ponderou que o Brasil poderia “rever a adesão” ao TPI (AMATO, 2023).

De um modo inaudito, surgiram dúvidas sobre a natureza da norma constitucional do § 4º do art. 5º da Constituição (XAVIER, 2023), segundo o qual “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Seria possível, como pretendeu o governo em 2023, rever a adesão ao TPI, exonerando-se o Brasil das obrigações inerentes à ratificação do Estatuto de Roma – dentre as quais a de cooperar com o tribunal na detenção e entrega de um acusado que se encontre em seu território? O Brasil estaria indefinidamente compromissado com os termos desse tratado? Para responder a isso, é necessário discutir se o § 4º do art. 5º é uma *cláusula pétrea*. Porque, se o for, não se poderia cogitar da possibilidade de *denúncia* (o termo técnico para a ‘revisão da adesão’) do Estatuto de Roma.

À época da declaração (e da retratação) do presidente Lula, Miguel Reale e Sylvia Steiner foram ouvidos pela imprensa como especialistas e responderam que sim, que o dispositivo constitucional constituía uma cláusula pétrea, de modo que não se poderia imaginar que o Brasil pudesse deixar de ser um Estado-Parte do TPI. Sylvia Steiner, particularmente, referiu: “*Na minha opinião, o país não pode denunciar (deixar, sair) do Estatuto. É cláusula pétrea*” (destaquei) (PITTA; VENCESLAU, 2023).

O caso, agora reacendido com a possibilidade de um convite formal ao presidente Putin (PAOLA, 2024), encerra duas discussões independentes, uma de direito internacional, sobre se a obrigação do Brasil de cooperar com o TPI, fazendo cumprir os mandados de prisão emitidos pelo Tribunal, é uma obrigação absoluta ou se pode ser relativizada em alguma hipótese; e outra, que é mais propriamente de direito constitucional, sobre se essa obrigação de cooperar com o TPI é peremptória (cláusula pétrea) para o Brasil, isto é, se não seria possível desvencilhar-se dela nunca mais – pelo menos sob a ordem constitucional vigente.

Eleito em março pela quinta vez, em uma eleição tão acachapante quanto contestada, é altamente improvável que Vladimir Putin venha ao Brasil, ainda que o governo brasileiro se disponha a medir forças com o TPI. Desse modo, aquela primeira discussão se torna demasiadamente hipotética. A segunda discussão, ao contrário, tem um escopo mais amplo e que pode ter repercussões no futuro: como, afinal, identificar uma cláusula pétrea na Constituição e quais os inconvenientes, ou não, de assim reconhecer uma norma que prevê a participação do Brasil em uma organização internacional judiciária? É nesta segunda discussão que o artigo se concentrará.

2 O PRECEDENTE SUL-AFRICANO E O QUE ELE (NÃO) DISSE SOBRE A SUBMISSÃO AO ESTATUTO DE ROMA

Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que a discussão sobre se o § 4º do art. 5º da Constituição brasileira é uma “cláusula pétrea” é inédita. Mais adiante, o conceito de “cláusula pétrea” será devidamente problematizado. Por ora, o que interessa é ressaltar, desde logo, que qualquer tentativa de transpor para o presente caso argumentos de um outro caso envolvendo a África do Sul e o dever de captura do então presidente do Sudão Omar Al Bashir não pode concluir para além do que decidiu a Suprema Corte sul-africana em relação à vinculatividade do Estatuto de Roma.

Vale a pena recordar os pormenores desse caso sul-africano. Em junho de 2015, o presidente sudanês Omar Al Bashir, que tinha contra si um mandado de detenção expedido pelo TPI, esteve em Johannesburg, na África do Sul, para uma reunião dos países da União Africana. O governo sul-africano, na qualidade de anfitrião, optou deliberadamente por não dar cumprimento à ordem de detenção, não obstante a África do Sul ser um Estado-Parte do Estatuto de Roma e ter assumido as obrigações de cooperação previstas no tratado.

No plano interno, seguiu-se uma controvérsia que foi parar nos tribunais. Em março de 2016, a Suprema Corte de Apelações confirmou um julgamento anterior seu – no caso *Ministro da Justiça e Desenvolvimento Constitucional e Outros v. Centro de Litigância Sul-Africana e Outros*¹⁴⁵ – que havia considerado que o governo do presidente Jacob Zuma tinha violado as suas obrigações previstas no Estatuto de Roma e na *Implementation Act* ao não prender e entregar Al Bashir ao TPI (LUBBE, 2016). O governo recorreu à Corte

¹⁴⁵ Caso nº 867/15 [2016]. Ver: <https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2016/17.html>.

Constitucional do país e um julgamento foi marcado para 22 de novembro de 2016. No meio do caminho, em 19 de outubro, o Ministro das Relações Internacionais encaminhou ao Secretário-Geral das Nações Unidas um aviso de retirada do tratado (UNITED NATIONS, 2017), em um ato que deixava entrever a irritação do Executivo nacional com a pressão internacional sobre o país.

O partido sul-africano Aliança Democrática considerou inoportuna a manobra e contestou na Suprema Corte (Divisão de North Gauteng, em Pretória) o modo unilateral como a denúncia do Estatuto de Roma havia sido feita. O cerne da questão passou a ser de ordem processual: a manifestação pela retirada não tinha recebido a aprovação prévia do Parlamento nacional. Nesse outro caso – que ficou conhecido como *Aliança Democrática v. Ministro das Relações Internacionais e Cooperação e Outros*¹⁴⁶ –, a Suprema Corte, em 22 de fevereiro de 2017, decidiu favoravelmente à tese da Aliança Democrática, e, considerando inconstitucional a forma como a retirada havia sido feita, determinou a revogação da notificação enviada à ONU. Na sua parte final, o acórdão chegou à seguinte conclusão: “Do ponto de vista procedimental, a decisão do executivo nacional de entregar a notificação de retirada da África do Sul do Estatuto de Roma do TPI sem aprovação parlamentar prévia é inconstitucional e inválida” (HIGH COURT OF SOUTH AFRICA, 2017, parágrafo 77). Por conta disso, algumas semanas depois, a África do Sul teve que notificar novamente o Secretário-Geral da ONU, desta vez para informar que, à vista da decisão de sua Corte Suprema, a notificação de retirada deveria ser considerada inválida. A desistência formal se consumou e após isso, até o final do seu mandato, Jacob Zuma não deu passos concretos para que a África do Sul saísse do TPI.

O que importa destacar aqui, em todo caso, é que o que foi decidido pela Suprema Corte não foi que a Constituição sul-africana não permite a denúncia do Estatuto de Roma, mas apenas que, para que se torne possível, a denúncia tem que contar com “aprovação parlamentar prévia” (SENYONJO, 2018). Isso, a propósito, faz recordar o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em junho de 2023, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 39. Nele, também se discutiu se seria possível a denúncia de tratados pelo Presidente da República sem a anterior aprovação pelo Parlamento. Ao concluir que não, o STF fixou a seguinte tese: “a denúncia pelo Presidente da República de tratados

¹⁴⁶ Caso nº 83145/2016. Ver: <https://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2017/53.html>

internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não prescinde da sua aprovação pelo Congresso” (STF, 2023).

Qualquer comparação entre o caso brasileiro e o caso sul-africano deve ater-se ao fato de que, nos dois países, a denúncia de tratados, quaisquer que sejam, é um mecanismo possível desde que o ato de retirada seja feito bilateralmente (i.e., com a participação tanto do Executivo quanto do Legislativo), com a ressalva, no caso da África do Sul, que foi evidenciado que isso vale inclusive para o Estatuto de Roma. Se o Executivo sul-africano não quis insistir no abandono do TPI, enviando uma nova notificação de retirada à ONU, procedimentalmente corrigida, foi porque isso se tornou politicamente desinteressante, e não porque a medida tenha sido considerada juridicamente impossível. O precedente no caso *Aliança Democrática v. Ministro das Relações Internacionais e Cooperação e Outros* não deixa dúvidas: a ordem constitucional da África do Sul não tem qualquer compromisso peremptório com o Estatuto de Roma ou com qualquer outro tratado, ainda que reconheça, no artigo 233 da sua Constituição, a importância do direito internacional para a interpretação do seu direito interno.

Aqui, é evidente que se pode objetar que o Brasil têm uma Constituição distinta e dela se pode concluir diferente – o que é verdade. Por isso mesmo, a comparação entre esses casos, para disso se extrair algo sobre as obrigações do Brasil, é, no final das contas, um equívoco. A resposta mais plausível sobre se o Brasil pode denunciar o Estatuto de Roma não está no direito comparado, mas no próprio direito constitucional brasileiro, mais precisamente na cobertura do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que prevê as – nos termos da jurisprudência alemã – “cláusulas de eternidade” (*Ewigkeitsklausel*).

3 CLÁUSULAS PÉTREAS E A TENDÊNCIA DE PETRIFICAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O que foi colocado em questão no “caso Putin” em 2023 poderia ser resumido do seguinte modo: obedecida a regra procedimental da aprovação parlamentar prévia, é juridicamente possível ao Brasil, sob a ordem constitucional vigente, retirar-se do TPI?

Uma resposta negativa recorrente se concentra na afirmação que a jurisdição do TPI, na Constituição brasileira (§ 4º do art. 5º), estaria prevista como “cláusula pétrea”, o que, em termos simples, significaria que, no sistema constitucional atual, o governo não poderia

promulgar qualquer emenda constitucional, e o Legislativo não poderia sequer deliberar, com vistas a afastar a jurisdição do TPI. Todavia, uma resposta assim deixa de reconhecer que a definição de cláusulas pétreas não é tão simples quanto pode parecer, e que – mais importante – o que está ao abrigo delas ainda é motivo de controvérsias na doutrina e na jurisdição constitucional¹⁴⁷. Dessa maneira, a questão passa a se concentrar em um aspecto antecedente: o que é uma cláusula pétrea e por que o § 4º do art. 5º da Constituição se enquadraria, ou não, na sua definição?

De forma simplificada, diz-se que cláusulas pétreas são “limites materiais ao poder de reforma”, em razão das quais “ficam subtraídas do poder constituinte derivado determinadas decisões especificadas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988)” (CADERMATORI; BARATIERI, 2017, p. 587). Em outros termos, são matérias que estão retiradas do âmbito do processo constituinte reformador. O art. 60, § 4º, enumera o *núcleo fundamental* (COELHO, 1992, p. 74) que não será, nos termos da Constituição, objeto de qualquer proposta de deliberação tendente a aboli-lo: a forma federativa de Estado (I); o voto direto, secreto, universal e periódico (II); a separação dos Poderes (III); e os direitos e garantias individuais (IV).

Porém, isto ainda diz pouco. O fato de que a lista de cláusulas pétreas vem aumentando com o tempo, por meio de processos de interpretação sistemática do texto constitucional – embora não se reconheça qualquer conjunto de critérios objetivos trazidos pela própria Constituição, a serem observados pelo intérprete – deixa entrever que os limites das cláusulas pétreas são confusos às vezes. Para repelir suposições de arbitrariedade, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal fez consignar, em um julgamento em 2020, que “A interpretação do alcance das cláusulas pétreas deve encontrar equilíbrio entre a preservação do núcleo identitário constitucional e o regime democrático” (BRASIL, 2020).

Apesar desse parâmetro, o STF considera que o princípio do concurso público não é cláusula pétrea, ainda que este esteja fundado na noção de isonomia (ADI 5.935/DF); acredita que a ação rescisória é uma “exceção” à cláusula pétrea da coisa julgada (AR 2307 AgR/RJ; AR 2309 AgR/CE; AR 2341 AgR/RS), ainda que a rescisão não constitua uma emenda constitucional tendente a abolir a garantia da coisa julgada; e refere, de um lado, que a jornada de trabalho é cláusula pétrea e não pode ser alterada em prejuízo do trabalhador por ser um ato jurídico perfeito (MS 25.875/DF), enquanto, de outro, diz que a norma do Ato das

¹⁴⁷ De acordo com o Min. Edson Fachin, na ADI 5.935/DF, ao Supremo Tribunal Federal impõem-se “o papel de determinar o ponto limítrofe entre princípio constitucional e cláusula pétrea” (BRASIL, 2020).

Disposições Constitucionais Transitórias que mantém desde 1988 a Zona Franca de Manaus (art. 40) não pode ser tomada por cláusula pétrea.

O debate sobre se os direitos sociais seriam cláusulas pétreas expõe ainda mais a posição errática do ponto limítrofe que separa as cláusulas pétreas dos princípios constitucionais. Um exemplo revelador se extrai da discussão sobre se os direitos sociais previstos na Constituição são cláusulas de eternidade. Embora há tempos alguns autores (MEDEIROS NETO, 2004; SARLET, 2003; dentre outros), partindo da premissa de que os direitos sociais (art. 6º e ss.) são direitos fundamentais, concluam que eles devem por isso ser automaticamente qualificados como cláusulas pétreas, o STF nunca chegou a aceitar essa tese. Contrariamente, reconheceu que o direito à saúde, incluindo o Sistema Único de Saúde e suas fontes de custeio, não é um limite material ao poder de reforma (ADI 5.595/DF); ou que a imunidade tributária de idosos aposentados, uma clara proteção conferida a esse grupo social, igualmente não seria uma garantia pétrea.

Esse problema, isto é, o que incluir ou não no escopo das cláusulas pétreas, decorre inevitavelmente da distensão a que foram submetidas. O ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence chamava a atenção ao fato de que se havia operado extensa ampliação dos limites materiais do poder de reforma constitucional, e, com uma amplitude tão significativa, sempre haveria forças políticas vencidas no debate parlamentar dispostas a provocar o STF para que ele declarasse inconstitucional uma nova emenda, sob o pretexto de que ela ofenderia alguma cláusula pétrea (SEPÚLVEDA PERTENCE, 2007).

O mais adequado nessas hipóteses seria, como costuma fazer o STF, utilizar os julgamentos não para ampliar o índice de cláusulas de eternidade, mas para deter, sempre que se mostrar justo e razoável, a tendência de ampliação. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como uma voz que clamava no deserto, compreendia o problema nesses termos:

É freqüente, no Brasil contemporâneo, toda vez que se encara uma proposta de reforma constitucional, levantar-se o “veto” das “cláusulas pétreas”. Aceitando-se a posição de alguns, o direito constitucional brasileiro estaria, quase por inteiro, “petrificado” em razão das referidas cláusulas que enuncia o art. 60, § 411 da Lei Magna vigente. Conseqüência lógica disto seria a necessidade de uma “revolução” (no sentido de quebra da ordem jurídica em vigor) para a maior parte das mudanças que a experiência e o evoluir dos tempos mostrarem necessárias para o país (FERREIRA FILHO, 1995, 11).

Dito tudo isso, convém voltar ao ponto. A norma constitucional que trata da submissão do Brasil ao TPI, inscrita como um parágrafo do art. 5º, poderia ser objeto do poder constituinte reformador?

Há razões fortes para se acreditar que ela não é uma cláusula pétrea. Porque se assim não for, teremos que chegar à conclusão (desconcertante, em termos de soberania) de que “estar submetido” ao TPI significa não apenas estar obrigado a admitir incondicionalmente a sua jurisdição, mas admiti-lo por tempo indeterminado. Neste caso, não se trataria exatamente de *estar submetido*, e sim de algo próximo a *ser submisso*.

Além disso, se o § 4º contempla um direito ou garantia individual (nos termos do art. 60, § 4, IV, da Constituição), qual ele seria? Neste ponto, é tentador enfatizar que o TPI tem a tarefa relevantíssima de assegurar que crimes que chocam profundamente a consciência da humanidade não fiquem impunes. Todavia, não se mostra promissora a alegação que busca vincular a condição de cláusula pétrea a essa tarefa, como que afirmando que os cidadãos brasileiros têm o direito de exigir que o TPI cumpra com sua missão institucional.

Gilmar Mendes ressalta que um direito ou garantia individual tem como traço característico o de exigir prestações negativas em face do poder público (MENDES, 1997). Qualquer que seja a garantia que corresponda ao § 4º, ela tem que ser oponível perante o Estado brasileiro. E o êxito institucional do TPI, a rigor, independe do Brasil. Isso é diferente, por exemplo, das garantias da instituição do tribunal do júri popular ou da proscrição de tribunais de exceção, hipóteses que estão sob o controle do Estado brasileiro, nos limites da sua jurisdição, e pelas quais ele pode ser cobrado. Assim, a única forma de enxergar § 4º como garantia seria pensá-lo como que conferindo aos cidadãos o direito inabolível de exigir que o Brasil permanecesse eternamente no TPI. E é justamente esse o problema.

4 OS INCONVENIENTES DE UM COMPROMISSO ETERNO COM UMA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL (INCLUSIVE E PRINCIPALMENTE O TPI)

A interpretação de que não é possível retirar-se do TPI contrasta com o espírito do próprio Estatuto de Roma, que reconhece a todo e qualquer Estado-Parte o direito à denúncia (art. 127). Para efeitos internacionais, não faz diferença haver qualquer norma doméstica, inclusive de matriz constitucional, que busque restringir ou negar esse direito. É claro que, de um ponto de vista interno, podem existir exceções à regra da retirada. No entanto, como foi dito, este não é o caso.

A possibilidade de retirada de uma organização internacional, a exemplo do TPI (organização internacional judiciária), com personalidade jurídica própria (MOREIRA,

VALÉRY, 2012), deve levar em conta razões próprias das relações internacionais. Ao aderir ao seu tratado constitutivo, supõe-se que o Estado se encontre, naquele momento, de acordo com o objeto e a finalidade de uma organização internacional. Contudo, em algum momento, podem surgir divergências que, atingindo níveis insuportáveis, não deixe ao Estado outra alternativa a não ser denunciar o tratado. Robert A. Dahl alega que é de se esperar que as concepções de democracia de sujeitos tão distintos não sejam convergentes, e é cético sobre se se poderia pressupor que as organizações internacionais são “democráticas” em algum sentido familiar (DAHL, 1999). Então, embora bem-intencionado, o ato de adesão pode se tornar inoportuno com o tempo.

No caso do TPI, há críticas que não podem ser esquecidas ou subestimadas. Diversos autores (p. ex., IOMMI, 2019; NIANG, 2017; MUTUA, 2016) destacam a seletividade do tribunal em insistir na persecução de casos envolvendo nacionais de países africanos¹⁴⁸. E há ainda outras seletividades que não a baseada na raça que colocam sob ameaça a legitimidade do TPI (XAVIER, 2023; KOTECHA, 2020). Se, por alguma razão, o Brasil passe a discordar da política criminal do tribunal, considerando-a realmente enviesada, o que fazer? Por ser uma organização composta por pessoas de carne e osso (juízes, o gabinete da procuradoria), sempre poderão pesar sobre elas acusações de má conduta. E mais: integrar, ou não, um organismo multilateral, não deveria desconsiderar critérios utilitaristas.

Alguns debatedores poderiam insistir que esse tipo de argumento é incogitável quando se cuida de um tratado de direitos humanos e de seu órgão (*Treaty body*). Eles reforçariam que não se pode denunciar qualquer tratado de direitos humanos, à medida que isso constituiria uma ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso, com isso retomando um velho debate e dando-lhe uma nova roupagem.

Em relação a isso, é preciso lembrar, primeiramente, que não há uma forte resistência na doutrina, tampouco perspectivas de contrariedade por parte do STF, de que um tratado de direitos humanos, ainda que tenha conexões com a lista de direitos e garantias do art. 5º da Constituição, não possa ser denunciado. Em segundo, no caso do TPI, talvez a roupa não lhe sirva. Isso porque subsistem dúvidas, inclusive no direto comparado¹⁴⁹, sobre se o Estatuto de

¹⁴⁸ Para fins de justificativa da concentração de esforços em casos no continente africano, cf.: MOREIRA, VALÉRY. Justiça criminal em construção: O Tribunal Penal Internacional e o Caso Lubanga. *Revista de Direito Brasileira*, ano, vol.4, jan.abril. 2013, p. 200, nota 252.

¹⁴⁹ Paul T. Babcock diz o seguinte: “O Estatuto de Roma representa um tratado de direitos humanos porque protege os indivíduos e carece da reciprocidade de benefício mútuo para os Estados Partes encontrada nas relações entre os Estados” (tradução livre), cf. BABCOCK, Paul T. Impunity Rises from the Ashes: The Extent of the Rome Statute's Jurisdiction in the Event of State Succession. *Indiana International & Comparative Law*

Roma é um tratado de direitos humanos, ou – o que é dizer o mesmo – se o TPI é um tribunal internacional de direitos humanos, nos termos do art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (LOPES FILHO; MOREIRA, 2020).

Não haveria, portanto, qualquer óbice para que o § 4º do art. 5º da Constituição fosse reformado, e, em seguida, fosse denunciado o Estatuto, conforme o possibilita o seu art. 127, 1: “Qualquer Estado Parte poderá, mediante notificação escrita e dirigida ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, retirar-se do presente Estatuto [...]”. Conceber que o § 4º seria uma cláusula de eternidade implica que não se poderia sequer cogitar da ideia de aperfeiçoamento do *status* formal do Estatuto, abrindo-se caminho, com uma emenda constitucional, para que ele fosse denunciado e reincorporado com aprovação congressual com quórum qualificado, para adquirir hierarquia equivalente às emendas constitucionais. O compromisso constitucional com a prevalência dos direitos humanos previsto no art. 4º, II, tampouco seria um óbice, haja vista que tal compromisso não depende ou equivale a fazer parte do TPI.

O interesse pela possibilidade de denúncia do Estatuto está ligada ao futuro. Há razões, fortes, para que o TPI continue sendo visto com cautelas, senão suspeitas, embora ainda inspire confiança e esperança em muitos. É preciso que haja um dispositivo de saída, caso a confiança seja quebrada. Mesmo assim, não custa nada lembrar: é possível concordar que a saída do Brasil do Estatuto de Roma, ainda que juridicamente possível (como aqui se defende), seria politicamente inoportuna, mesmo em um cenário de desapontamentos.

Para além disso, o caso Putin serve para que o tema das cláusulas pétreas seja revisado com atenção, para que se perceba que a facilidade como elas são conceituadas é proporcional à dificuldade de identificá-las a partir de modelos interpretativos específicos. A defesa apressada (e intransigente) de que o § 4º do art. 5º da Constituição seria uma cláusula

Review, vol. 25, n° 3, 2015, p. 487. Antonio Bascañán Rodríguez e Rodrigo P. Correa apresentam um ponto de vista contrário: “Mas, o Estatuto de Roma é um tratado internacional sobre direitos humanos? O Estatuto de Roma cria uma nova jurisdição penal, a Corte Penal Internacional. Define o seu âmbito de competência mediante a tipificação de certos comportamentos e o estabelecimento de certas penas, consagra princípios gerais de atribuição de responsabilidade penal, determina a organização da Corte e o procedimento para suas atuações. Em suma, é um tratado internacional punitivo, tanto no aspecto substantivo como no processual. Do ponto de vista do sentido de sus disposições, é um corpo de normas análogo ao que seria uma mistura de Código Penal, Código Orgânico de Tribunais e Código Processual Penal. Estes no são corpos normativos que consagrem direitos fundamentais, como o é a Constituição. O Estatuto de Roma tampouco é um tratado internacional sobre direitos humanos, como o são, por exemplo, neste caso sim, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de San José de Costa Rica” (tradução livre), cf. RODRIGUEZ, Antonio Bascañán; CORREA G., Rodrigo P. El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n° 1, 2002, p. 130. Estes são apenas dois exemplos de outros tantos que poderiam ser citados.

pétrea poderia ser, afinal, apenas mais um exemplo da mania de “petrificação” arbitrária da quase totalidade do direito constitucional brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Em abril de 2024, o governo brasileiro anunciou que convidaria o presidente russo Vladimir Putin para uma cúpula do G20 no Brasil, a ser realizada no segundo semestre. O convite dá de ombros ao fato de que Putin têm contra si um mandado de captura expedido pelo Tribunal Penal Internacional. Por isso, o anúncio reacendeu debates jurídicos que foram levantados ainda em 2023, sobre a relação do Brasil com o TPI e sobre a natureza da norma constitucional que prevê essa relação (art. 5º, § 4º). Neste artigo, o autor ocupou-se do debate sobre se essa norma constitucional seria cláusula pétrea, isto é, se o Brasil poderia, por via de uma reforma constitucional, desobrigar-se do Estatuto de Roma e retirar-se do TPI.

Este é um debate inédito, mesmo em perspectiva comparada. Ainda que possa haver referências ao caso da África do Sul, quando este país decidiu sair do TPI após um incidente envolvendo a não detenção e entrega do ex-presidente do Sudão Omar Al Bashir, mas foi impedido de se retirar por uma decisão da sua Suprema Corte, não houve ali a fixação de qualquer entendimento de que a vinculação dos Estados-Partes à jurisdição do TPI, quando prevista nas Constituições, é eterna, quer dizer, não pode ser abolida por qualquer reforma constitucional.

Do ponto de vista do direito brasileiro, não é simples afirmar, ainda que alguém possa crer nisso, que o § 4º indicaria uma cláusula pétrea, sob a premissa única de que está incluído no art. 5º da Constituição. Embora o conceito formal de cláusulas pétreas como “limites materiais ao poder de reforma” seja incontroverso, o reconhecimento dos casos que corresponderiam a direitos e garantias individuais depende da interpretação do Supremo Tribunal Federal. Este, em sua jurisprudência, tem decisões não tão esclarecedoras e convergentes sobre as hipóteses consentâneas em que pode ser verificada a “petrificação” de uma cláusula constitucional. No campo teórico, a tendência recorrente é que diversas normas constitucionais, pelo seu conteúdo, poderiam encaixar-se no dispositivo do art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

O fato de essa tendência de petrificação supostamente alcançar o art. 5º, § 4º, fazendo crer que o Brasil não mais poderia deixar de se submeter à jurisdição do TPI, estando

eternamente atrelado a ela na ordem constitucional vigente, leva a uma constatação desconfortável. O TPI é uma organização internacional que não é isenta de críticas, e as insatisfações com a seletividade da política criminal que implementa tem aumentado com o tempo. O Brasil não poderia retirar-se da entidade, caso passasse a discordar da sua atuação? O tratado constitutivo do TPI tem uma cláusula que permite essa retirada (art. 127). Uma das teses nessa polêmica sobre o “caso Putin” recorda que não é porque há norma internacional prevendo a denúncia do tratado que o direito interno não poderia ter outra, em sentido contrário, impedindo-a. Para o direito internacional, no entanto, uma disposição interna desse tipo é irrelevante.

A impressão é que os que defendem que o § 4º seria uma cláusula pétrea e por isso não pode ser abolido estão, no fundo, reavivando o argumento de que tratados de direitos humanos não podem ser objeto de denúncia. Mas nem se pode dizer que esse argumento é admitido pelo STF, nem se pode deixar de registrar a divergência doutrinária em relação à classificação do Estatuto de Roma do TPI como um tratado de direitos humanos.

As chances de Vladimir Putin vir ao Brasil para o encontro do G20 são remotíssimas. Na prática, o país não enfrentará a queda de braços que a África do Sul teve que conduzir com o TPI e com sua Suprema Corte. Porém, o debate do caso Putin serve para que se discuta não apenas o futuro da relação do Brasil com o Tribunal Penal Internacional, mas, principalmente, o tema das cláusulas pétreas e a forte tendência de “petrificação” do direito constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos sociais dos trabalhadores como cláusulas pétreas. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, vol. 47, nº 216, 2021, p. 79-100.

AMATO, Fábio. Após fala de Lula, Flávio Dino diz que Brasil pode rever adesão ao Tribunal Penal Internacional. **G1 Política**. 13 set. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/09/13/apos-fala-de-lula-flavio-dino-diz-que-brasil-pode-rever-adesao-ao-tribunal-penal-internacional.ghtml>. Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5939/DF**. Requerente: Procuradoria Geral da República. Rel. Min. Edson Fachin, 22 de maio de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834387>. Acesso em: 12 mar. 2024.

COELHO, Inocêncio Mártires. Os limites da revisão constitucional. **Revista de informação legislativa**, vol. 29, nº 113, 1992, p. 67-76.

DAHL, Robert A. Can international organizations be democratic? A skeptic's view. In: SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano (eds.). **Democracy's Edges**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 19-36.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas". **Cadernos de Direito, Piracicaba**, vol. 3, nº 5, 2003, p. 78-97.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". **Revista de Direito Administrativo**, nº 202, 1995, p. 11-17.

KOTTECHA, Birju. The International Criminal Court's Selectivity and Procedural Justice. **Journal of International Criminal Justice**, vol. 18, nº 1, 2020, p. 107-139.

IOMMI, Lucrecia García. Whose justice? The ICC 'Africa problem'. **International Relations**, vol. 34, nº 1, 2019, p. 105-129.

LACERDA; Rosangela Rodrigues; VALE, Silvia Teixeira do. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2021.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. Limites do Paradigma Hierárquico na incorporação do Estatuto de Roma nas experiências francesa e brasileira. In: MENEZES, Wagner (org.) **Direito Internacional em Expansão**. Vol. XIX. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 36 - 55.

LUBBE, Hendrik Johannes. Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation 2017 (3) Sa 212 (GP). **South African Yearbook of International Law**, vol. 41, 2016, p. 242-256.

LULA volta atrás sobre descumprir decisão do TPI para receber Putin no Brasil: 'Quem decide é a Justiça'. **O Globo, Mundo**. 11 set. 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/noticia/2023/09/11/lula-volta-atras-sobre-descumprir-decisao-do-tpi-para-receber-putin-no-brasil-quem-decide-e-a-justica.ghtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

MUTUA, Makau. Africans and the ICC: Hypocrisy, Impunity and Perversion. In: Clarke, Kamari M.; KNOTTNERUS, Abel S., DE VOLDER, Eefje (eds.). **Africans and the ICC: Perceptions of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press eds., 2016, p. 47-60.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Os Direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, Brasília: LTr, n. 27, 2004, p. 79-87.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política**, vol. 5, n° 21, 1997, p. 69-91.

MOREIRA, Thiago Oliveira; VALÉRY, Fraçoise Dominique. Justiça criminal em construção: O Tribunal Penal Internacional e o Caso Lubanga. **Revista de Direito Brasileira**, ano, vol.4, jan.abril. 2013, p. 184-213.

NIANG, Mandiaye. Africa and the Legitimacy of the ICC in Question. **International Criminal Law Review**, n° 17, 2017, p. 615-624.

PAOLA, Emily. Itamaraty convidará Putin a G20 no Rio, mas vinda depende do russo. **Poder360**. 06 abr. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/itamaraty-convidara-putin-a-g20-no-rio-mas-vinda-depende-do-russo/>. Acesso em: 06 abr. 2024.

PITTA, Iuri; VENCESLAU, Pedro. Adesão do Brasil ao TPI é cláusula pétrea, não pode ser alterada, dizem especialistas. 13 set. 2023. **CNN Brasil**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/adesao-do-brasil-ao-tpi-e-clausula-petrea-nao-pode-ser-alterada-dizem-especialistas/>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Cadernos de direito, Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep)**, vol. 3, n° 5, 2003, p. 78-97.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo, O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, jan./fev./mar. 2007.

SSENYONJO, Manisuli. State withdrawal notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and The Gambia. **Criminal Law Forum**, vol. 29, 2018, p. 63-119.

STEINER, Sylvia. Meu presidente, Putin deve ser preso se vier ao Brasil. **Folha de São Paulo**, 11 set. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/09/meu-presidente-se-putin-vier-ao-brasil-devera-ser-presos.shtml#:~:text=Se%20ele%20vier%20ao%20Brasil,o%20faz%20de%20boa%20DC3%A9>. Acesso em: 20 fev. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 39 / Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e Outro(a/s). Relator: ministro Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico 22 jun. 2023.

UNITED NATIONS. Secretary-General of the United Nations. **South Africa: Notification of Withdrawal. C.N.121.2017. TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification)**. 2017. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2017/CN.121.2017-Eng.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

XAVIER, Fernando César Costa. O Tribunal Penal Internacional na América do Sul: Os casos Venezuela I e II, Colômbia e Bolívia em face da crítica da seletividade reformulada. **Revista Multidisciplinar Pey këyo Científico**, (Edição Especial - DINTER UERJ/UFRR), vol. 9, n° 1, 2023, p. 143-153.

XAVIER, Fernando César Costa. Submissão do Brasil ao TPI é cláusula pétrea? **Consultor Jurídico**, 25 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-25/fernando-xavier-submissao-brasil-tpi-clausula-petrea/>. Acesso em: 22 fev. 2024.

ZAWADA, Adriana Melo; Costa, Arlei da. A condição de “Cláusulas Pétreas” dos Direitos Sociais na Constituição Federal do Brasil. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, vol. 10, n° 2, 2010, p. 171-183. Disponível em: <https://doi.org/10.36751/rdh.v10i2.456>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRAZIL'S LEGAL OBLIGATIONS TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AS AN ETERNITY CLAUSE: THE “PUTIN CASE”

ABSTRACT: The possibility of Russian President Vladimir Putin visiting Brazil in the second half of 2024, in defiance of an arrest warrant issued by the International Criminal Court, has given rise to debate among Brazilian jurists. These debates can be summarized into two main ones: (i) Would the Brazilian government be obliged to arrest and hand over the Russian president to the ICC if he arrived on its territory? (ii) Would this obligation apply indefinitely, for this case or any other in the future, because it is a “eternity clause” (cláusula pétrea)? This article focuses on this second debate, arguing, by the way, that this is a discussion proper to constitutional law, not international law. The central argument is that the “Putin case” serves to show that any tendency towards “generalized petrifying” of the Federal Constitution, which extends to norms that govern the relationship between the Brazilian state and international organizations (including and especially international the International Criminal Court) can create, or indeed does create, serious inconveniences for sovereignty.

Keyword: Vladimir Putin; International Criminal Courts; Rome Statute; Withdrawal; Article 5, § 4, of the Brazilian Constitution; Eternity clause.



WAR IN UKRAINE: THE SHIFT OF THE UNITED NATIONS' CENTER OF GRAVITY FROM THE SECURITY COUNCIL TO THE GENERAL ASSEMBLY

Catherine Maia
André-Marie Gbénou

ABSTRACT:

On 24 February 2022, Russian President Vladimir Putin decided to launch a vast offensive by Russian armed forces on land, air, and sea across the entire territory of Ukraine, under the guise of what was justified as a "special military operation". Such a war initiated by Russia against Ukraine highlighted the deficiencies of the United Nations when a permanent member of the Security Council is involved. Since the beginning of armed hostilities, the Security Council, a body of limited composition assuming primary responsibility for the maintenance of international peace and security, remained paralyzed in its actions by the Russian veto. On the contrary, the General Assembly, the plenary body, experienced renewed vitality, that enabled it to intervene in aid to Ukraine and to adopt a series of important albeit non-binding resolutions. The center of gravity of the United Nations thus shifted from an immobilized Security Council to a revitalized General Assembly capable of recalling the essential principles of international law, at a time when they are being so blatantly disregarded.

Keywords: United Nations Organization; Security Council; General Assembly; Russia; Ukraine; war; international peace and security.

-
- Professor of International Law at the Lusófona University (Portugal) and visiting Professor at Sciences Po Paris (France). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9710-4655>.
 - Doctoral Student in International Law at the University of Grenoble Alpes (France).

1 INTRODUCTION¹⁵⁰

After a gradual reinforcement of the Russian military presence on the Ukrainian border and while Europe, already busy with the delicate management of the Covid-19 pandemic, had to deal with the migration crisis orchestrated by Belarus¹⁵¹, on 21 February 2022, the Russian President, Vladimir Putin, officially announced the recognition of the independence of the Ukrainian republics of Donetsk and Lugansk¹⁵². A few days later, on 24 February, a vast offensive by the Russian armed forces on land, air and sea was launched across the entire territory of Ukraine, under what was justified as a “special military operation” aimed at saving the country from the neo-Nazis and protecting the population who, for eight years, had allegedly been the victim of intimidation, and even genocide, by Kiev, while insisting on the fact that Ukrainians and Russians would form one and the same people.

Such arguments failed to convince¹⁵³. From the beginning of the Russian military offensive in Ukraine, there has been an increasing number of condemnations of a blatant violation of the cardinal principle of the prohibition of the use of armed force between States laid down in Article 2, paragraph 4, of the United Nations (UN) Charter, not only by the Council of Europe¹⁵⁴, of which the two countries were members before the exclusion of Russia in March 2022, but also by the European Union¹⁵⁵, the Organization of American

¹⁵⁰ Revised text of a communication presented by the authors at the international colloquium “The Russian-Ukrainian war, one year later: challenges and perspectives”, which was held at the Catholic University of Lyon (France), on 24 and 25 February 2023.

¹⁵¹ See MAIA, Catherine; BAHADUR NAGAR, Shashaank. Poland-Belarus border crisis: a vanishing point of international refugee law. **Observatory on European Studies**, 13 Dec. 2021. Available at: <https://www.eurolatinstudies.com/laces/announcement/view/96>. Consulted on: 27 Feb. 2024.

¹⁵² On the origins of the war in the Donbas region, see, in particular, MARPLES, David R. (ed.). **The war in Ukraine’s Donbas: origins, contexts, and the future**. Budapest: Central European University Press, 2022.

¹⁵³ See MAUREL, Raphaël. Pourquoi l’agression de l’Ukraine par la Russie est illégale? **Les Surligneurs**, 26 Feb. 2022. Available at: <https://www.lessurligneurs.eu/pourquoi-lagression-de-lukraine-par-la-russie-est-illegale/>. Consulted on: 27 Feb. 2024.

¹⁵⁴ COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. 2.3 Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe. In: EUROPEAN COUNCIL MEETING, 1426, 25 Feb. 2022. **Decisions**, 2022. Available at: <https://rm.coe.int/native/0900001680a5a360>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

¹⁵⁵ EUROPEAN UNION. Press statement of President Charles Michel of the European Council and President Ursula von der Leyen of the European Commission on Russia’s unprecedented and unprovoked military aggression of Ukraine. 24 Feb. 2022. Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1321. Consulted on: 7 Feb. 2024. Concerning the sanctions of the European Union, see, in particular, JACOB, Patrick. Les sanctions de l’UE contre la Russie comme mesures de réaction à un fait internationalement illicite. **Revue Générale de Droit International Public**, v. 127, n. 1, p. 71-97, 2023.

States¹⁵⁶, and the African Union¹⁵⁷. Immediately, the UN Secretary-General, António Guterres, regretted “Russian military operations inside the sovereign territory of Ukraine on a scale that Europe has not seen in decades”. He added: “The use of force by one country against another is the repudiation of the principles that every country has committed to uphold. This applies to the present military offensive. It is wrong. It is against the [UN] Charter. It is unacceptable. But it is not irreversible¹⁵⁸”.

In such a context, one would have expected that the Security Council – conceived as the pivot of the global system of collective security put in place by the UN – would have a crucial role to play. On the contrary, we are witnessing its powerlessness¹⁵⁹. In this respect, the aggression against Ukraine is an additional episode that vividly reveals the shortcomings of the UN when a permanent member of the Security Council is involved. Since its creation in 1945, this Organization has been unable to avoid a war triggered by one of its permanent members, be it the United States and the United Kingdom in Iraq in 2003 or Russia in Ukraine today.

Ironically, not only the offensive in Ukraine began on 24 February 2022 under the Russian presidency of the Security Council, just a few minutes after the start of an emergency session intended precisely to contain the risk of an escalation of tensions in the region, but a draft resolution presented the next day by the United States and Albania and aimed at reaffirming the sovereignty and territorial integrity of Ukraine and calling for the immediate withdrawal of Russian troops from the country, was immediately blocked by the Russian veto. Later the draft resolution of 30 September 2022 aimed at condemning the annexation of four Ukrainian regions met the same fate.

¹⁵⁶ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Statement from the OAS General Secretariat on the Russian attack on Ukraine**. 24 Feb. 2022. Available at: https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-008/22. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁵⁷ AFRICAN UNION. **Statement from Chair of the African Union, H.E. President Macky Sall and Chairperson of the AU Commission H.E. Moussa Faki Mahamat, on the situation in Ukraine**. 24 Feb. 2022. Available at: <https://au.int/en/pressreleases/20220224/african-union-statement-situation-ukraine>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁵⁸ UNITED NATIONS. Secretary-General. **Secretary-General, in statement on Ukraine, calls Russian Federation’s military offensive ‘wrong, against Charter, unacceptable, but not irreversible’**. 24 Feb. 2022f. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sgsm21158.doc.htm>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁵⁹ See MAIA, Catherine. The Security Council and the use of force: between military power and powerlessness. *African Yearbook of International Law*, v. 23, n. 1, p. 473-488, 2018.

More than a year after the outbreak of armed hostilities, while the International Criminal Court opened an investigation into the situation in Ukraine¹⁶⁰ and issued an arrest warrant for war crimes against the Russian head of State,¹⁶¹ the record is dramatic and there is no indication that the war will end in the near future. While Russian determination comes up against fierce Ukrainian resistance on the ground, supported by many Western countries, both parties are also making demands that appear irreconcilable. While the Security Council, the restricted organ of the UN with the highest decision-making power, has remained paralyzed in its action to maintain world peace, the General Assembly, as the plenary organ, has experienced a resurgence of vitality, enabling it to intervene to the aid of Ukraine (I) and to adopt a number of important resolutions (II). We seem thus to witness a shift in the center of gravity of the UN from a paralyzed Security Council to a revitalized General Assembly.

2 THE INTERVENTION OF THE GENERAL ASSEMBLY TO THE RESCUE OF UKRAINE

It is on the basis of its subsidiary responsibility for international peace and security (1.1) that the General Assembly was able to intervene to the aid of Ukraine by qualifying the Russian military operation as an aggression (1.2).

¹⁶⁰ See: MAIA, Catherine. Quel rôle pour la Cour pénale internationale face aux allégations de crimes en Ukraine? **Revue des Droits et Libertés Fondamentaux**, v. 17, 2022. Available at: <https://revuedlf.com/droit-international/quel-role-pour-la-cour-penale-internationale-face-aux-allegations-de-crimes-en-ukraine/>. Consulted on: 7 Feb. 2024; FERNANDEZ, Julian; UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Agression de l'Ukraine: qu'espérer de la Cour internationale de Justice et de la Cour pénale internationale. **Le Club des Juristes**, 5 Mar. 2022; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 74, n. 2, p. 57-76, 2022. Available at: <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/95>. Consulted on: 7 Feb. 2024.

¹⁶¹ On 17 March 2023, the International Criminal Court issued arrest warrants for Vladimir Putin, Head of State of the Russian Federation, and Maria Lvova-Belova, Commissioner for Children's Rights under the President of the Russian Federation, both suspected of having committed war crimes by illegally deporting and transferring Ukrainian children from the occupied regions of Ukraine to Russia. In this respect, see, in particular: MAIA, Catherine; HAMA, Kadidiatou. Les mandats d'arrêt de la CPI à l'encontre du président russe et de la commissaire russe aux droits de l'enfant: un coup d'épée dans l'eau? **Les Surligneurs**, 23 Mar. 2023. Available at:

<https://www.lessurligneurs.eu/les-mandats-darret-de-la-cpi-a-lencontre-du-president-russe-et-de-la-commissaire-russe-aux-droits-de-lenfant-un-coup-depee-dans-leau/>. Consulted on: 8 Feb. 2024; FERNANDEZ, Julian. Mandat d'arrêt contre Vladimir Poutine: la Cour pénale internationale a-t-elle franchi le Rubicon? **Le Rubicon**, 20 Mar. 2023. Available at: <https://lerubicon.org/mandat-darret-contre-vladimir-poutine-la-cour-penale-internationale-a-t-elle-franchi-le-rubicon/>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

2.1 Based on a subsidiary responsibility in matters of peace

Under Article 24 of the UN Charter,¹⁶² the Security Council has the primary responsibility for maintaining international peace and security. This responsibility allows it to adopt binding measures in the event of a threat to world peace. However, as in the situation in Ukraine, the Council can be paralyzed in its action, especially when one of the five permanent members with the right of veto is directly or indirectly involved.¹⁶³ This right, stemming from Article 27 of the UN Charter,¹⁶⁴ allows its holders to block any condemnation and, *a fortiori*, any decision to impose sanctions on themselves.

Nevertheless, blocking the Security Council does not mean blocking the UN. Indeed, while the main responsibility for maintaining international peace and security rests with the restricted organ of the world Organization, a subsidiary responsibility of the plenary organ¹⁶⁵ can be based on Article 11, paragraph 2, of the UN Charter, according to which:

The General Assembly may discuss any questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations, or by the Security Council, or by a State which is not a Member of the United Nations in accordance with Article 35, paragraph 2, and, except as provided in Article 12, may make recommendations with regard to any such questions to the State or States concerned or to the Security Council or to both. Any such question on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General Assembly either before or after discussion.

Reinforcing this idea of subsidiarity, Article 12, paragraph 1, specifies that: “While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests”.

¹⁶² In accordance with Article 24, paragraph 1, of the UN Charter, “[i]n order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf”.

¹⁶³ See MAIA, Catherine. Agression de l’Ukraine par la Russie: réflexions sur l’impuissance du Conseil de sécurité. **Multipol**, 5 Mar. 2022. Available at: <https://reseau-multipol.blogspot.com/2022/03/analyse-agression-de-lukraine-par-la.html>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

¹⁶⁴ In accordance with Article 27, paragraph 3, of the UN Charter, “[d]ecisions of the Security Council on all other matters [other than procedural matters] shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting”.

¹⁶⁵ In this respect, see BARBER, Rebecca. A survey of the General Assembly’s competence in matters of international peace and security: in law and practice. **Journal on the Use of Force and International Law**, v. 8, n. 2, p. 115-156, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1080/20531702.2020.1776505>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

In the absence of a possible political condemnation of the Russian aggression by the Security Council, the latter turned to the General Assembly, by reactivating, on 27 February 2022, the potential of Resolution 377 (V) “Uniting for Peace”, adopted in 1950 in the context of the war in Korea and unused for several years. This resolution, also known as the “Dean Acheson” Resolution (named after the US Secretary of State who initiated it), provides that:

if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security.

The Acheson Resolution also provides for the Assembly to be convened by a simple procedural vote of the Council, i.e. not subject to veto:

If not in session at the time, the General Assembly may meet in emergency special session within twenty-four hours of the request therefor. Such emergency special session shall be called if requested by the Security Council on the vote of any seven members, or by a majority of the Members of the United Nations.

When the conflict broke out between Ukraine and Russia in February 2022, there was obviously no unanimity among the permanent members of the Council as to the measures to be taken in response to this flagrant violation of the prohibition of the use of armed force, laid down in Article 2, paragraph 4, of the UN Charter. Consequently, at a time when the Assembly was not in session, the Council convened an emergency special session under Resolution 2623 of 27 February 2022,¹⁶⁶ which opened the following day. It has been the 11th session of its kind since the adoption of the Acheson Resolution.

2.2 Materialized by the qualification of aggression as a strong symbol

¹⁶⁶ Resolution 2623 proclaims that due to the fact that “the lack of unanimity of its permanent members at the 8979th meeting has prevented it from exercising its primary responsibility for the maintenance of international peace and security”, the Security Council “[d]ecides to call an emergency special session of the General Assembly to examine the question contained in document S/Agenda/8979” (UNITED NATIONS. Secretary-General. **Secretary-General, in statement on Ukraine, calls Russian Federation’s military offensive wrong, against Charter, unacceptable, but not irreversible.** 24 Feb. 2022f. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sgsm21158.doc.htm>. Consulted on: 9 Feb. 2024).

Resolution ES-11/1 of 2 March 2022 is the very first adopted by the General Assembly during its 11th emergency special session.¹⁶⁷ Entitled “Aggression against Ukraine”, it has been adopted by a large majority of the 193 UN Member States, with 141 votes in favor, 5 against (Belarus, Eritrea, North Korea, Russia, Syria) and 35 abstentions.

It begins by recalling the cardinal importance of the principle of the prohibition of the use of armed force: all States have the obligation “under Article 2 of the Charter to refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations, and to settle their international disputes by peaceful means”. It also recalls its Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970 on friendly relations and cooperation among States, as well as its Resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974 on the definition of aggression to qualify Russia’s action on Ukrainian soil as an “aggression”, a term rarely used in the practice of the Security Council, which usually prefers the categories of “threat to the peace” or “breach of the peace” laid down by Article 39 of the UN Charter.¹⁶⁸

Thus, reaffirming “its commitment to the sovereignty, independence, unity and territorial integrity of Ukraine within its internationally recognized borders, extending to its territorial waters”, the General Assembly “[d]eplores in the strongest terms the aggression by the Russian Federation against Ukraine in violation of Article 2 (4) of the Charter”, demands that “the Russian Federation immediately cease its use of force against Ukraine” and “immediately, completely and unconditionally withdraw all of its military forces from the territory of Ukraine within its internationally recognized borders”. It also calls for the respect of international humanitarian law and human rights by all parties, while denouncing the involvement of Belarus in this illegal use of armed force.

Certainly, the ambivalence of the expression of disapproval is regrettable since, in the case of a violation of a cardinal rule of international law, the verb “deplore” is coupled with the formula “in the strongest terms”. However, when it comes to diplomatic negotiations, achieving consensual formulations is notoriously complex. Certainly, the fact that the resolution has no binding force is equally regrettable, since it is only a recommendation, and

¹⁶⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/1, adopted on 2 March 2022.** Aggression against Ukraine. [New York]: UN, 18 Mar. 2022a. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?v=pdf#files>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁶⁸ In this respect, see, in particular, COMBACAU, Jean. Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité. In: **70 ans des Nations Unies: quel rôle dans le monde actuel?** Paris: Pedone, 2014. p. 25-36.

does not in itself prescribe any sanctions¹⁶⁹. However, its political weight is considerable in that it measures the isolation of the Russian regime on the international scene and comes in support of the sanctions adopted by various States and organizations.¹⁷⁰

Furthermore, Resolution ES-11/1 demonstrates the persistence of multilateralism and the pre-eminence of international law, despite the severe blows inflicted on them. Paradoxically, this type of major attack on the principles of international law and peace between nations can unite the international community. The fact that only five States opposed the resolution – including two directly involved and targeted by it (Russia and Belarus) and three others with regimes considered authoritarian (Eritrea, North Korea and Syria) – is indicative of a massive adherence to the respect of rules as fundamental in the international legal order as the prohibition of the use of force, the inviolability of borders and the territorial integrity of States.

3 THE ACTION OF THE GENERAL ASSEMBLY IN THE CONTEXT OF THE CONFLICT IN UKRAINE

Once the qualification of an ongoing aggression has been established by the General Assembly, the question remains as to the scope of action of this body in the context of the conflict in Ukraine. In this regard, the Assembly has shown a dynamism that contrasts sharply

¹⁶⁹ Beyond the demands made with regard to Russia, Resolution ES-11/1 only asks the Emergency Relief Coordinator to provide, within 30 days, “a report on the humanitarian situation in Ukraine and on the humanitarian response” (UNITED NATIONS, 2022a, paragraph 13).

¹⁷⁰ Since the beginning of the conflict, there has been a veritable avalanche of sanctions against Russia, in addition to those already targeting it since its annexation of Crimea in 2014. Whether it is NATO, which has reinforced its troops present in the Baltic countries, the Council of Europe, which has excluded Russia from its membership, various world sports organizations, which have banned Russian teams from competitions, or even the many States which have adopted individual or concerted sanctions, the mobilization is vast. Among the organizations that have adopted sanctions, the European Union stands out for the unity it has succeeded in demonstrating, by adopting a series of sanctions comprising economic and financial restrictive measures, targeted individual sanctions, notably the freezing of assets against high dignitaries of the Russian regime, including the Russian President himself, as well as other measures as diverse as the supply of equipment and materials to the Ukrainian armed forces, a ban of all Russian carriers from flying over EU airspace, or the suspension of the broadcasting activities of Russian State-owned Sputnik and Russia Today. In addition, sanctions have also been taken against, on the one hand, Belarus, for its involvement in the invasion of Ukraine and, on the other hand, against Iran, for supplying drones to Russian forces. In this regard, see, in particular: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La réaction des organisations internationales face à l’agression de l’Ukraine par la Russie: entre impuissance onusienne et renaissance européenne*. **Le Club des Juristes**, 28 Feb. 2022; DUPONT, Angèle; MARKUS, Jean-Paul. *Petit point sur les sanctions européennes contre la Russie depuis le début de la guerre, à la veille du onzième ‘paquet’*. **Les Surligneurs**, 22 May 2023. Available at: <https://www.lessurligneurs.eu/petit-point-sur-les-sanctions-europeennes-contre-la-russie-depuis-le-debut-de-la-guerre-a-la-veille-du-onzieme-paquet/>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

with the paralysis in which the Security Council is immersed, as proven by the series of resolutions directly (2.1) or indirectly (2.2) linked to the conflict in Ukraine that have been voted in the context of its 11th emergency special session.

3.1 By voting resolutions related to the conflict

The first resolution of condemnation voted at the 11th emergency special session paved the way for various other resolutions related to the conflict. Thus, on 24 March 2022, in its Resolution ES-11/2 on the “Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine”¹⁷¹ adopted by 140 votes in favor, 5 against and 38 abstentions, the General Assembly begins by reiterating the principles of prohibition of the use of armed force and respect for sovereignty, independence and territorial integrity, as well as its call for Russia to immediately, completely and unconditionally withdraw its military forces from the Ukrainian territory.

While the first weeks of the conflict were marked by the discovery of massacres, the General Assembly notes that the military offensive led by Russia inside Ukrainian territory is having humanitarian consequences on a scale that the international community has not experienced in Europe for decades. It expresses its concern at the disastrous humanitarian consequences of the conflict, in particular the high number of civilian victims, displaced persons and refugees in need of humanitarian aid, but also at the serious humanitarian consequences that an accident resulting from the bombing of Ukraine’s nuclear infrastructure could have.

The Assembly then firmly demands the immediate cessation not only of the hostilities, but also of the attacks directed against civilians and protected civilian objects, including civilian evacuation convoys, as well as indiscriminate and disproportionate attacks, while condemning the violations of international humanitarian law and human rights.

On 7 April 2022, in a third resolution, Resolution ES-11/3, the General Assembly reached a new milestone with the “Suspension of the rights of membership of the Russian

¹⁷¹ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/2, adopted on 24 March 2022.** Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine. [New York]: UN, 28 Mar. 2022b. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3966630?ln=en&v=pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

Federation in the Human Rights Council”.¹⁷² Although the majority of support was more limited compared to the previous resolutions (with 93 votes in favor, 24 against and 58 abstentions), such a measure of suspension is nonetheless a powerful symbolic act and a rare precedent since, before Russia, only Libya had been previously ousted, in 2011.

Immediately after the adoption of this resolution, the Russian delegate, Mr. Kuzmin, took the floor to declare that Russia had decided that day to leave the Human Rights Council before the end of its mandate. Such a scenario is reminiscent of a similar one that took place at the Council of Europe, where the withdrawal of Russia, notified on 15 March 2022, had been telescoped the very next day by its exclusion by the Council of Ministers, a first in the history of this pan-European organization created in 1949 to strengthen democracy, human rights and the rule of law in Europe.¹⁷³

In the case of the Human Rights Council, before coming to a suspension, this body had previously adopted, on 4 March, a resolution¹⁷⁴ in which, after strongly condemning “the aggression committed by the Russian Federation against Ukraine”, it decided to urgently establish an independent international inquiry commission to investigate alleged human rights violations in the context of the Russian aggression against Ukraine, and called for the “swift and verifiable” withdrawal of the Russian troops and Russian-backed armed groups from all Ukrainian territory. This demand remained unheeded.

A few months later, on 12 October 2022, Resolution ES-11/4 was adopted by 143 votes in favor, 5 against (Belarus, Nicaragua, North Korea, Russia and Syria) and 35 abstentions. Through this fourth resolution, devoted to the “Territorial integrity of Ukraine”,¹⁷⁵

¹⁷² UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/3, adopted on 7 April 2022.** Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council. [New York]: UN, 8 Apr. 2022c. Available at: https://digitallibrary.un.org/record/3967950/files/A_RES_ES-11_3-EN.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024. Russia had joined the Human Rights Council in January 2021 for a 3-year term as one of the 15 countries then elected by the General Assembly to this 47-member body. Symbolically, the vote to suspend Russia took place on the anniversary of the start of the 1994 genocide in Rwanda. The Ukrainian ambassador, Sergiy Kyslytsya, drew a parallel with this dark page of contemporary history, stating that the genocide in Rwanda was largely due to the indifference of the world community, the UN having failed to respond to the warnings of the Security Council and the General Assembly.

¹⁷³ MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. Exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe: une fragilisation de l'organisation paneuropéenne? **Le Temps**, 20 Mar. 2022. Available at: <https://www.letemps.ch/opinions/exclusion-russie-conseil-leurope-une-fragilisation-lorganisation-paneuropeenne>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁷⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/HRC/49/L.1, adopted on 24 February 2022.** Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression. [New York]: UN, 4 Mar. 2022e. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3959073?v=pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁷⁵ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/5, adopted on 14 November 2022.** Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine. [New York]: UN, 15 Nov. 2022d. Available at: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_res_es

the General Assembly succeeded in doing what the Security Council had been prevented from doing again shortly before, on 30 September 2022, due to the Russian veto, namely condemning Russia's organization of illegal referendums in four partially occupied Ukrainian regions – Lugansk, Donetsk, Kherson and Zaporizhia – as well as their subsequent annexation aimed at changing the internationally recognized borders of Ukraine.

Furthermore, this resolution recalls certain essential principles of international law, including the obligation of all States under the UN Charter to refrain in their international relations from resorting to the threat or use of force, as well as the obligation under customary law not to recognize as legal any territorial acquisition resulting from the threat or use of force. Consequently, States, international organizations and UN specialized institutions are asked not to recognize any modification of the status of the regions concerned, and Russia is asked to immediately cancel its annexations and withdraw its military troops from the Ukrainian territory.

On 14 November 2022, in a fifth resolution dedicated to the issue of reparation, Resolution ES-11/5,¹⁷⁶ obtained by 94 votes in favor, 14 against and 73 abstentions, the General Assembly considers that Russia must be held accountable for any violation of international law in or against Ukraine, including aggression committed against this country in violation of the UN Charter, as well as for any violation of international humanitarian law and human rights, and that it must bear the legal consequences of all its internationally wrongful acts, including reparation for the damage caused by its acts. To this end, it recommends the establishment of an international compensation mechanism for damage, loss or injury resulting from internationally wrongful acts committed by Russia in or against Ukraine, as well as the opening of a register to collect evidence and document claims.

In addition to this series of texts, a sixth resolution, Resolution ES-11/6¹⁷⁷, was voted by the General Assembly on 23 February 2023, with 141 votes in favor, 7 against and 32 abstentions. Dedicated to the “Principles of the Charter of the United Nations underlying a

_11_5.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024. See in this regard MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. Annexions russes de territoires ukrainiens: lorsque l'Assemblée générale condamne ce que le Conseil de sécurité est empêché de condamner. *Le Club des Juristes*, 31 Oct. 2022. Available at: <https://www.leclubdesjuristes.com/international/annexions-russes-de-territoires-ukrainiens-lorsque-lassemblee-generale-condamne-ce-que-le-conseil-de-securite-est-empeche-de-condamner-498/>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁷⁶ UNITED NATIONS, 2022d.

¹⁷⁷ UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/6, adopted on 23 February 2023.** Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine. [New York]: UN, 2 Mar. 2023a. Available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/063/07/pdf/n2306307.pdf?token=TWpk6Jj3viLzva5Hex&fe=true>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

comprehensive, just and lasting peace in Ukraine” this text, which is intended as an appeal to end the conflict, recalls the importance of respecting territorial integrity, reiterates its request to Russia to withdraw its military troops from Ukrainian territory, and calls for a cessation of hostilities in order to achieve a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine as soon as possible.

3.2 By voting to justify the veto on the margins of the conflict

In addition to the adoption of various resolutions directly related to the hostilities unleashed by Russia in February 2022, the context of the war in Ukraine also led to a renewal of UN practices concerning the right of veto, here again thanks to the impetus of the General Assembly. Thus, on 26 April 2022, the General Assembly adopted by consensus – i.e. without a formal vote – the Resolution 76/262 entitled “Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council”.¹⁷⁸

According to this text, any recourse to the veto will automatically trigger a meeting of the Assembly within 10 working days, in order to debate the use of the said veto by all the UN Member States, provided that an emergency special session is not held on this same situation. This resolution, which is of immediate application, also decides that, during the debate in the Assembly, the list of speakers will give precedence to the country or countries that have vetoed, which will be invited to explain the circumstances and motivations behind their decision.

Such an invitation to enlighten the international community as a whole *a posteriori* and not *a priori* on the use of the veto leaves intact the discretionary nature of this prerogative. The permanent members of the Security Council can, therefore, continue to use the veto without any condition and without any obligation to provide their reasons. Nevertheless, the objective here is clearly to discourage the veto, due to the observation that

¹⁷⁸ See in this respect, MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. La motivation du droit de veto au Conseil de sécurité au cœur d’une nouvelle résolution de l’Assemblée générale des Nations Unies. **Multipol**, 3 May 2022. Available at: <http://reseau-multipol.blogspot.com/2022/05/actu-la-motivation-du-droit-de-veto-au.html>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

its use by the Council's permanent members is abundant, if not sometimes abusive. Since 1945, the vast majority of vetoes have been used by the Soviet Union and then by Russia¹⁷⁹.

However, such use of the veto undermines the mandate of the Security Council in favor of world peace. This observation has been further illustrated by the current conflict in Ukraine, since Russia has managed to defeat two draft Security Council resolutions concerning it directly: one on 25 February 2022, aimed at deploring the aggression committed by the Russian Federation against Ukraine and demanding the immediate withdrawal of its military forces from Ukrainian territory; the other on 30 September 2023, aimed at condemning the organization by the Russian Federation of illegal referendums in regions located within the internationally recognized borders of Ukraine. These vetoes thus bluntly highlighted the impossible condemnation of a permanent member by the Security Council¹⁸⁰.

While the veto power was originally established in favor of the founding members of the UN who emerged victorious from the Second World War, in order to respond to a concern for realism in the application of resolutions requiring the support of the world's major powers, today this privilege of the "club of five" is contested when it is used to evade the action of the Council.¹⁸¹ In the Ukrainian context, the use of the veto by the aggressor State to escape international condemnation appears both cynical and unacceptable.¹⁸² Cynical, because the

¹⁷⁹ According to the data available on the UN website as of 1 June 2023, since 1945, Russia/USSR has used its veto 152 times, followed by the United States 87 times, the United Kingdom 32 times, China 19 times and France 18 times. France and the UK have not used their veto since 1989 (source: <https://psdata.un.org/dataset/DPPA-SCVETOES>). Favorable to a reform of the Security Council, France and Mexico have for several years supported the voluntary and collective suspension of the veto by the five permanent members in the case of mass atrocities, in particular war crimes, crimes against humanity and crimes of genocide.

¹⁸⁰ One year after the adoption of Resolution 76/262, during the 68th and 69th plenary meetings of the General Assembly, several States expressed their regret that no application had been made of Article 27, paragraph 3, of the UN Charter, guaranteeing that "a party to a dispute shall abstain from voting" in decisions taken under Chapter VI on the pacific settlement of disputes (UNITED NATIONS. **General Assembly Holds First-Ever Debate on Historic Veto Resolution, Adopts Texts on Infrastructure, National Reviews, Council of Europe Cooperation**. 26 Apr. 2023b. Available at: <https://press.un.org/en/2023/ga12500.doc.htm>. Consulted on: 13 Feb. 2024).

¹⁸¹ In this regard, see, in particular: KOUDÉ, Roger. La sempiternelle question de la réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies. *Revue Politique et Parlementaire*, 9 Dec. 2021. Available at: <https://www.revuepolitique.fr/la-sempiternelle-question-de-la-reforme-du-conseil-de-securite-des-nations-unies/>. Consulted on: 13 Feb. 2024; PAIGE, Tamsin Phillipa. Mission: impossible? Reforming the UN Charter to limit the veto. *Journal of International Peacekeeping*, v. 25, n. 2, p. 187-194, 2022; TRAHAN, Jennifer. **Existing legal limits to Security Council veto power in the face of atrocity crimes**. Cambridge: Cambridge University, 2020.

¹⁸² See KOUDÉ, Roger. Invasion de l'Ukraine: la Russie fait usage de son 'droit de veto' au Conseil de sécurité des Nations Unies. *Revue Politique et Parlementaire*, 28 feb. 2022. Available at: <https://www.revuepolitique.fr/invasion-de-lukraine-la-russie-fait-usage-de-son-droit-de-veto-au-conseil-de-securite-des-nations-unies/>. Consulted on: 13 Feb. 2024. For an overview of the veto issue, see, in particular, KELLY, Michael J. United Nations Security Council permanent membership and the veto problem. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 52, n. 1, p. 101-118, 2020. Available at:

right of veto was conceived as the counterpart of a responsibility to respect and ensure the respect of the values of peace underlying the UN Charter. Unacceptable, because an abusive use of the right of veto undermines the credibility of the UN as the organization of the maintenance of international peace and security, giving permanent members of the Council a blank check to violate international law at little cost.

It is certainly regrettable that the General Assembly Resolution 76/262 is not binding and, consequently, that the State using its veto is not obliged to justify its decision, but is simply invited to do so, no form of sanction being provided for in the event of refusal. However, this resolution may shift the equilibrium established by the UN collective security system towards greater transparency and accountability of the actions of the permanent members of the Security Council concerning the use of an exorbitant power, as well as towards greater complementarity in the relationship between the Assembly and the Council.

Since the introduction of this new motivational mechanism, Russia has used its veto on three occasions: on 26 May 2022 (together with China), on the occasion of a draft resolution concerning new sanctions against North Korea due to the continuation of its nuclear program;¹⁸³ on 8 July 2022, on the occasion of draft resolution concerning a 12-month extension of the mechanism for delivering cross-border humanitarian aid to Syria;¹⁸⁴ and on 30 September 2022, on the occasion of a draft resolution concerning the condemnation of Russia's organization of illegal referendums in four Ukrainian regions and the declaration of the nullity of their subsequent annexation.¹⁸⁵ An open debate took place on each of these vetoes, with Russia willing to explain its motivations, followed by China in the case of the text on North Korea. Unsurprisingly, although the narrative went in the direction of blaming a politicization of international issues by the Western camp, the debate introduced a certain

<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2567&context=jil>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

¹⁸³ UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/431**: United States of America: draft resolution. [New York]: UN, 26 May 2022g. Available at: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/S%2022%20431.pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁸⁴ UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/538**: Ireland and Norway: draft resolution. [New York]: UN, 8 Jul. 2022h. Available at: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2022_538.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024.

¹⁸⁵ UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/720**: Illegal So-Called Referenda in Ukraine: draft resolution. [New York]: UN, 20 Sep. 2022i. Available at: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2F2022%2F720&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

degree of accountability for the use of the veto, while offering all UN Member States the opportunity to make their voices heard.

4 CONCLUSION

In the UN architecture, although the General Assembly and the Security Council have distinct mandates, they pursue a common goal, that of ridding the world of the scourge of war. The context of the conflict in Ukraine, involving one of the Council's permanent members, has undeniably led to a shift in the center of gravity of the collective security system set up by the UN Charter, from a Council conceived as the central organ but paralyzed by the Russian veto, towards a reinvigorated Assembly where the political responsibility to manage a situation blocked by the veto has flowed.

In an extremely tense geopolitical context with an uncertain outcome, this shift has strengthened the role of the General Assembly in promoting world peace, enabling this UN plenary organ to adopt several resolutions. While these recommendatory texts are only an imperfect palliative to the impasse in which the Security Council finds itself, they nonetheless have a strong political weight as a reflection of the concerns of the international community. In this respect, it is undeniable that the egalitarian representation of UN Member States in the Assembly confers on this plenary body – based on the principle of “one State, one vote” – a legitimacy which it can claim in the face of a Council whose membership is restricted and whose functioning can be hampered at any time by the veto. More than ever, at a time when international law is being so severely undermined, it is essential to forcefully reaffirm in the Assembly the commitment of States to the principles set out in the UN Charter, especially the prohibition of the use of armed force, the respect for the territorial integrity and political independence of States, as well as the obligation to settle disputes peacefully.

REFERENCES

AFRICAN UNION. **Statement from Chair of the African Union, H.E. President Macky Sall and Chairperson of the AU Commission H.E. Moussa Faki Mahamat, on the situation in Ukraine.** 24 Feb. 2022. Available at:

<https://au.int/en/pressreleases/20220224/african-union-statement-situation-ukraine>. Consulted on: 09 Feb. 2024.

BARBER, Rebecca. A survey of the General Assembly's competence in matters of international peace and security: in law and practice. **Journal on the Use of Force and International Law**, v. 8, n. 2, p. 115-156, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1080/20531702.2020.1776505>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La réaction des organisations internationales face à l'agression de l'Ukraine par la Russie: entre impuissance onusienne et renaissance européenne. **Le Club des Juristes**, 28 Feb. 2022.

COMBACAU, Jean. Le pouvoir de qualification du Conseil de sécurité. *In: 70 ans des Nations Unies: quel rôle dans le monde actuel?* Paris: Pedone, 2014. p. 25-36.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. 2.3 Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe. *In: EUROPEAN COUNCIL MEETING*, 1426, February 25, 2022. **Decisions**, 2022. Available at: <https://rm.coe.int/native/0900001680a5a360>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

DUPONT, Angèle; MARKUS, Jean-Paul. Petit point sur les sanctions européennes contre la Russie depuis le début de la guerre, à la veille du onzième 'paquet'. **Les Surligneurs**, 22 May 2023. Available at: <https://www.lessurligneurs.eu/petit-point-sur-les-sanctions-europeennes-contre-la-russie-depuis-le-debut-de-la-guerre-a-la-veille-du-onzieme-paquet/>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción. Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 74, n. 2, p. 57-76, 2022. Available at: <https://www.revista-redi.es/redi/article/view/95>. Consulted on: 7 Feb. 2024.

EUROPEAN UNION. **Press statement of President Charles Michel of the European Council and President Ursula von der Leyen of the European Commission on Russia's unprecedented and unprovoked military aggression of Ukraine**. 24 Feb. 2022. Available at: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1321. Consulted on: 7 Feb. 2024.

FERNANDEZ, Julian. Mandat d'arrêt contre Vladimir Poutine: la Cour pénale internationale a-t-elle franchi le Rubicon? **Le Rubicon**, 20 Mar. 2023. Available at: <https://lerubicon.org/mandat-darret-contre-vladimir-poutine-la-cour-penale-internationale-a-t-elle-franchi-le-rubicon/>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

FERNANDEZ, Julian; UBÉDA-SAILLARD, Muriel. Aggression de l'Ukraine: qu'espérer de la Cour internationale de Justice et de la Cour pénale internationale. **Le Club des Juristes**, 5 Mar. 2022.

JACOB, Patrick. Les sanctions de l'UE contre la Russie comme mesures de réaction à un fait internationalement illicite. **Revue Générale de Droit International Public**, v. 127, n. 1, p. 71-97, 2023.

KELLY, Michael J. United Nations Security Council permanent membership and the veto problem. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 52, n. 1, p. 101-118, 2020. Available at: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2567&context=jil>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

KOUDÉ, Roger. Invasion de l'Ukraine: la Russie fait usage de son 'droit de veto' au Conseil de sécurité des Nations Unies. **Revue Politique et Parlementaire**, 28 Feb. 2022. Available at: <https://www.revuepolitique.fr/invasion-de-lukraine-la-russie-fait-usage-de-son-droit-de-veto-a-u-conseil-de-securite-des-nations-unies/>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

KOUDÉ, Roger. La sempiternelle question de la réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies. **Revue Politique et Parlementaire**, 9 Dec. 2021. Available at: <https://www.revuepolitique.fr/la-sempiternelle-question-de-la-reforme-du-conseil-de-securite-des-nations-unies/>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

MAIA, Catherine. Agression de l'Ukraine par la Russie: réflexions sur l'impuissance du Conseil de sécurité. **Multipol**, 5 Mar. 2022. Available at: <https://reseau-multipol.blogspot.com/2022/03/analyse-agression-de-lukraine-par-la.html>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

MAIA, Catherine. Quel rôle pour la Cour pénale internationale face aux allégations de crimes en Ukraine? **Revue des Droits et Libertés Fondamentaux**, v. 17, 2022. Available at: <https://revuedlf.com/droit-international/quel-role-pour-la-cour-penale-internationale-face-aux-allégations-de-crimes-en-ukraine/>. Consulted on: 7 Feb. 2024.

MAIA, Catherine. The Security Council and the use of force: between military power and powerlessness. **African Yearbook of International Law**, v. 23, n. 1, p. 473-488, 2018.

MAIA, Catherine; BAHADUR NAGAR, Shashaank. Poland-Belarus border crisis: a vanishing point of international refugee law. **Observatory on European Studies**, 13 Dec. 2021. Available at: <https://www.eurolatinstudies.com/laces/announcement/view/96>. Consulted on: 27 Feb. 2024.

MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. Annexions russes de territoires ukrainiens: lorsque l'Assemblée générale condamne ce que le Conseil de sécurité est empêché de condamner. **Le Club des Juristes**, 31 Oct. 2022. Available at: <https://www.leclubdesjuristes.com/international/annexions-russes-de-territoires-ukrainiens-lorsque-lassemblee-generale-condamne-ce-que-le-conseil-de-securite-est-empêche-de-condamner-498/>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. Exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe: une fragilisation de l'organisation paneuropéenne? **Le Temps**, 20 Mar. 2022. Available at:

<https://www.letemps.ch/opinions/exclusion-russie-conseil-leurope-une-fragilisation-lorganisation-paneuropeenne>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

MAIA, Catherine; GBÉNOU, André-Marie. La motivation du droit de veto au Conseil de sécurité au cœur d'une nouvelle résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. **Multipol**, 3 May 2022. Available at: <http://reseau-multipol.blogspot.com/2022/05/actu-la-motivation-du-droit-de-veto-au.html>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

MAIA, Catherine; HAMA, Kadidiatou. Les mandats d'arrêt de la CPI à l'encontre du président russe et de la commissaire russe aux droits de l'enfant: un coup d'épée dans l'eau? **Les Surligneurs**, 23 Mar. 2023. Available at: <https://www.lessurligneurs.eu/les-mandats-darret-de-la-cpi-a-lencontre-du-president-russe-et-de-la-commissaire-russe-aux-droits-de-lenfant-un-coup-depee-dans-leau/>. Consulted on: 8 Feb. 2024.

MARPLES, David R. (ed.). **The war in Ukraine's Donbas**: origins, contexts, and the future. Budapest: Central European University Press, 2022.

MAUREL, Raphaël. Pourquoi l'agression de l'Ukraine par la Russie est illégale? **Les Surligneurs**, 26 Feb. 2022. Available at: <https://www.lessurligneurs.eu/pourquoi-lagression-de-lukraine-par-la-russie-est-illegale/>. Consulted on: 27 Feb. 2024.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Statement from the OAS General Secretariat on the Russian attack on Ukraine**. 24 Feb. 2022. Available at: https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-008/22. Consulted on: 9 Feb. 2024.

PAIGE, Tamsin Phillipa. Mission: impossible? Reforming the UN Charter to limit the veto. **Journal of International Peacekeeping**, v. 25, n. 2, p. 187-194, 2022.

TRAHAN, Jennifer. **Existing legal limits to Security Council veto power in the face of atrocity crimes**. Cambridge: Cambridge University, 2020.

UNITED NATIONS. **General Assembly Holds First-Ever Debate on Historic Veto Resolution, Adopts Texts on Infrastructure, National Reviews, Council of Europe Cooperation**. 26 Apr. 2023b. Available at: <https://press.un.org/en/2023/ga12500.doc.htm>. Consulted on: 13 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/1, adopted on 2 March 2022**. Aggression against Ukraine. [New York]: UN, 18 Mar. 2022a. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3965290?v=pdf#files>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/2, adopted on 24 March 2022**. Humanitarian consequences of the aggression against Ukraine. [New York]: UN, 28 Mar. 2022b. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3966630?ln=en&v=pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/3, adopted on 7 April 2022**. Suspension of the rights of membership of the Russian Federation in the Human Rights Council. [New York]: UN, 8 Apr. 2022c. Available at: https://digitallibrary.un.org/record/3967950/files/A_RES_ES-11_3-EN.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/5, adopted on 14 November 2022**. Furtherance of remedy and reparation for aggression against Ukraine. [New York]: UN, 15 Nov. 2022d. Available at: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/a_res_es_11_5.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/RES/ES-11/6, adopted on 23 February 2023**. Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine. [New York]: UN, 2 Mar. 2023a. Available at: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/063/07/pdf/n2306307.pdf?token=TWpk6Jj3viLzva5Hex&fe=true>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Resolution A/HRC/49/L.1, adopted on 24 February 2022**. Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression. [New York]: UN, 4 Mar. 2022e. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/3959073?v=pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. Secretary-General. **Secretary-General, in statement on Ukraine, calls Russian Federation's military offensive 'wrong, against Charter, unacceptable, but not irreversible'**. 24 Feb. 2022f. Available at: <https://press.un.org/en/2022/sgsm21158.doc.htm>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/431**: United States of America: draft resolution. [New York]: UN, 26 May 2022g. Available at: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/S%202022%20431.pdf>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/538**: Ireland and Norway: draft resolution. [New York]: UN, 8 Jul. 2022h. Available at: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2022_538.pdf. Consulted on: 9 Feb. 2024.

UNITED NATIONS. Security Council. **S/2022/720**: Illegal So-Called Referenda in Ukraine: draft resolution. [New York]: UN, 20 Sep. 2022i. Available at: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=S%2F2022%2F720&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Consulted on: 9 Feb. 2024.

GUERRA NA UCRÂNIA: A MUDANÇA DO CENTRO DE GRAVIDADE DAS NAÇÕES UNIDAS DO CONSELHO DE SEGURANÇA PARA A ASSEMBLÉIA GERAL

Resumo: Em 24 de fevereiro de 2022, o Presidente russo, Vladimir Putin, decidia desencadear uma vasta ofensiva das forças armadas russas por terra, ar e mar em todo o território ucraniano, no âmbito do que foi justificado como uma “operação militar especial”. Tal guerra lançada pela Rússia contra a Ucrânia veio evidenciar as deficiências da Organização das Nações Unidas quando está envolvido um membro permanente do Conselho de Segurança. Pois, desde o início das hostilidades armadas, o Conselho de Segurança, órgão de composição limitada assumindo a responsabilidade principal pela manutenção da paz e da segurança internacionais, permaneceu paralisado na sua ação pelo veto russo. Pelo contrário, a Assembleia Geral, órgão plenário, conheceu uma vitalidade renovada, que lhe permitiu intervir no auxílio à Ucrânia e adotar uma série de resoluções importantes apesar de não vinculativas. O centro de gravidade das Nações Unidas deslocou-se assim de um Conselho de Segurança imobilizado para uma Assembleia Geral revigorada e capaz de recordar os princípios essenciais do direito internacional, numa altura em que estes estão a ser tão maltratados.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas; Conselho de Segurança; Assembleia Geral; Rússia; Ucrânia; guerra; paz e segurança internacionais.