

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL

Ano CVI Julho/Dezembro de 2020 Nº 156-160 V.109

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

**DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL**

**ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CVI • JULHO/DEZEMBRO DE 2020 • Nº 156-160 • V. 109**

A Sociedade Brasileira de Direito Internacional reecenta, com o presente número, a publicação de seu Boletim, iniciada em 1915, graças aos esforços do primeiro Presidente da Sociedade, Doutor Amaro Cavalcante.

A Comissão do Boletim espera que este número seja o primeiro de uma nova série, a sair regularmente duas vezes por ano, contando, para isso, com a colaboração de todos quantos queiram incentivar, entre nós, um melhor conhecimento do direito internacional, matéria mais do que nunca atual.

A publicação deste número se deve, em grande parte, à boa vontade do Embaixador Pedro Leão Velloso, Ministro das Relações Exteriores, que, tendo uma exata compreensão do que pode esta publicação significar para o desenvolvimento do estudo do Direito Internacional no Brasil, pôs todo o seu empenho em torná-lo uma realidade. A Comissão do Boletim deixa aqui externados, por isso, seus agradecimentos.

Rio de Janeiro, junho 1945.

The Brazilian Society of International Law resumes, with the present edition, the publication of its Bulletin, originated in 1915, thanks to the efforts of the first President of the Society, Doctor Amaro Cavalcante.

The Bulletin's Commission hopes that this edition be the first of a new series to be issued regularly twice a year, having, for this, the support of all of who wish to encourage, among us, better knowledge of International Law, subject more than ever so up-to-date.

The publication of this edition is due, mainly, to the good will of the Ambassador Pedro Leão Velloso, Minister of foreign affairs, that, having an exact comprehension of what this publication could mean to the development of the study of International Law in Brazil, put all his effort into making it come true. The Bulletin's Commission expresses here, for that, its gratitude.

Rio de Janeiro, June 1945.

BOLETIM DASOCIEDADE BRASILEIRADE DIREITO INTERNACIONALAno I, nº I –
Janeiro-Junho, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

Fundada em 1914

Presidente de Honra

Rui Barbosa – 1914/1923

Presidentes

Amaro Cavalcanti – 1914/1922

Rodrigo Octavio – 1922/1944

Raul Fernandes – 1944/1966

Haroldo Valladão – 1966/1987

G.E. do Nascimento e Silva – 1987/1997

Antonio Alves Celso Pereira – 1997/2022

Wagner Menezes - 2022

Diretores do Boletim

G.E. do Nascimento e Silva – 1945/1948 e 1951/1972

Paulus da Silva Castro – 1949/1950

J.R. Franco da Fonseca – 1973/1978

Antonio Augusto Cançado Trindade – 1980/1997

Wagner Menezes – 2012

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI

Expediente

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief
Prof. Dr. Wagner Menezes

Conselho Científico Curador/ Honorary Editors:

Adherbal de Meira Mattos (UFPA), Antônio Augusto Cançado Trindade (UnB), Antonio Celso Alves Pereira (UERJ), Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (MRE) (†), Carlos Henrique Cardim (MRE), Carmem Tiburcio (UERJ), Celso Lafer (USP), Claudia Lima Marques (UFRGS), Gilberto Vergne Saboia (MRE), Jacob Dolinger (UERJ) (†), João Clemente Baena Soares (MRE), João Grandino Rodas (USP), José Carlos de Magalhães (USP), Luiz Olavo Baptista (USP) (†), Marilda Rosado de Sá Ribeiro (UERJ), Nadia de Araújo (PUCRJ), Rubens Ricupero (MRE), Vicente Marotta Rangel (USP) (†).

Conselho Editorial/Board of Editors

Augusto Jaeger Junior (UFRGS)
André de Carvalho Ramos (USP)
André Lupi (Univali)
Arturo Oropeza Garcia (Universidade Autonoma do México - México)
Cláudio Finkelstein (PUCSP)
Diego P. Fernández Arroyo (Science Po - França)
Everton Gonçalves – (UFSC)
Florisbal Del Olmo (URI)
George Galindo (UnB)
Guilherme Palao Moreno (Universidade de Valência – Espanha)
Jorge Fontoura (IRB)
Joost Pauwelyn (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suíça)
Juan Ortega Terol (Universidade Castilla La Mancha – Espanha)
Leonardo Nemer (UFMG)
Laurence Boisson de Chazournes (Universidade de Genebra – Suíça)
Luís Alexandre Carta Winter (PUCPR)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
María Blanca Noodt Taquela (Universidade de Buenos Aires - Argentina)
Marcelo Dias Varela (UNICEUB)

Marcelo G. Kohen (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suíça)
Marcio Garcia (IRB)
Marcos Vinicius Torres Pereira (UFRJ)
Maria Tereza Infante (Universidade do Chile-Chile)
Maristela Basso (USP)
Pedro Dallari (IRI -USP)
Roberto Labrano (Universidade de La Republica – Paraguay)
Roberto Luiz Silva (UFMG)
R. Venkata Rao (Universidade da India - India)
Sidney Guerra (UFRJ)
Tarin Mont'Alverne (UFC)
Umberto Celli Jr. (USP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)
Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS)
Yasuaki Onuma (Universidade de Tokyo)
Wilson Fernández (Universidade de La Republica - Uruguai)

Conselho de Consultores “Ad Hoc” / Board of “Ad Hoc” Consultants

Alberto Cesar Moreira (Argentina)
Alexandria Alexim (Universidade Candido Mendes)
Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian (Mackenzie)
Andreia Costa Vieira (Universidade Católica de Santos)
Angel Horna (Peru)
Adriana Pucci (Argentina)
Aírton Guilherme Berger Filho (UCS)
Alberto do Amaral Jr. (USP)
Alexandre Ricardo Machado (CEETEPS)
Ana Cristina Paulo Pereira (UERJ)
Andrea Costa Vieira (UNISANTOS)
Antônio Marcio da Cunha Guimarães (PUCSP)
Arthur Roberto Capella Giannattasio (Mackenzie)
Arturo Oropeza Garcia (México)
Aziz Saliba (UFMG)
Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei)
Caio Gracco (USP)
Camilla Capucio (UNA)
Carlos Roberto Husek (PUC-SP)
Carmen Lúcia Sarmiento Pimenta (Escola Superior de Guerra)
Carolina de Abreu B. Claro (UnB)
Carolina Merida (Universidade de Rio Verde)
Cássius Guimarães Chai (UFMA)
Cesar Augusto Silva da Silva (UFMS)
Clarissa Brandão Kowarski (UFF)
Clarisse Laupman Ferraz Lima (PUC-SP)
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (UFU)
Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo (USCS)
Daniela Bucci (USCS)
Daniela Menengoti Ribeiro (UNICESUMAR)
David França Ribeiro de Carvalho (MILTON CAMPOS)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Eliane Maria Octaviano Martins (UNIFIEO)
Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel (UniCEUB)

Elizabeth Accioly (Portugal)
Elizabeth Meirelles (USP)
Ely Caetano Xavier Junior (UFRRJ)
Fabio Aristimunho Vargas (UNOESTE)
Fabio Queiroz Pereira (UFMG)
Fabricio B. Pasquot Polido (UFMG)
Fauzi Hassan Choukr (ABDI)
Fernando Knoerr (UNICURITIBA)
Fernando Pedro Meinero (UNIPAMPA)
Fernando Sergio Tenorio de Amorim (Centro Universitário CESMAC/ PPGD UFPE)
Fernando Xavier (UFRR)
Flavia Leite (UNESP)
Gabriela Vieira Santos e Santos (ABDI)
Geraldo Miniuci Ferreira Junior (USP)
Guilherme Perez Cabral (PUC-Campinas)
Gustavo Vieira (UNILA)
Heloisa Helena de Almeida Portugal (FCGD)
Ilton Garcia da Costa (UENP)
Isis Aparecida Conceição (UNILAB)
Ivette Esis Villarroel (Venezuela)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG)
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro (UNILASALLE)
Joana Stelzer (UFSC)
João Francisco de Azevedo Barretto (UFMS)
Jorge Lasmar (PUCMG)
Jorge Marcelino (ABDI)
Joséli Fiorin Gomes (UFMS)
Juliana Fais Feriato (UNICESUMAR)
Juliana Nakayama (UEL)
Leonam Liziero (UFPB)
Leonardo de Camargo Subtil (UCS)
Leticia Virginia Leidens (UFF)
Lídia Maria Ribas (UFMS)
Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS)
Luciane Klein Vieira (UNISINOS)
Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho (UFPB)
Luís Fernando Sgarbossa (UFMS)
Luis Renato Vedovato (UNICAMP)
Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro (ABDI)
Luiz Philipe Ferreira de Oliveira (Faculdade Zumbi dos Palmares)
Maitê Moro (PUCSP)
Manoela Roland (UFJF)
Mara Darcanchy (UNIMAR)
Marcelo Escobar (DAMÁSIO)
Marcelo Negri Soares (UNICESUMAR)
Marcilio Toscano Franca Filho (UFPB)
Marco Antônio Ribeiro Tura (Mackenzie)
Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ)
Maria Carmelina Londoño (Colômbia)
Maria de Lourdes Albertini Quaglia (PUCMG)
Maria Eugênia Reis Finkelstein (PUC-SP)
Maria Lúcia Navarro Lins Brzezinski (UNILA)
Mariane Morato Stival (UniEvangélica)

Martha Lucia Olivar Jimenez (UFRGS)
Masato Ninomiya (USP)
Mayra Andrade (Universidade José do Rosário Vellano)
Napoleão Casado Filho (DAMÁSIO)
Nelson Speranza Filho (UNIMONTE)
Patrícia Faga Iglecias Lemos (USP)
Patricia Grazziotin Noschang (UPF)
Patricia Ayub da Costa Ligmanovski (UEL)
Paulo Edvandro da Costa Pinto (Escola de Guerra)
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo (UERJ)
Priscila Caneparo (UNICURITIBA)
Ralph Wilde (Inglaterra)
Rafael Prado (Univ. Politécnica da Catalunha)
Rafael Santos Morais (SENAC)
Rafael Zelesco Barretto (Escola de Guerra Naval)
Ranieri Lima Resende (UFRJ)
Raphael Vasconcelos (UERJ)
Renata Alvares Gaspar (UFU)
Renata Mantovani de Lima (ITAUNA)
Renato Braz Oliveira de Seixas (USP)
Rinara Granato Santos (Faculdade de Santos Dumont / Instituto Vianna Júnior)
Roberto Menezes (FMU)
Rodrigo Vieira Costa (UFERSA)
Rui Aurélio de Lacerda Badaró (ABDI)
Samantha Meyer (UNINOVE)
Silvio Beltramelli Neto (PUC-Campinas)
Tatiana Cardoso Squeff (UFU)
Thalita Leme Franco (ABDI)
Thiago Carvalho Borges (UBA)
Thiago Oliveira Moreira (UFRN)
Thiago Paluma (UFU)
Ulisses Reis (UFERSA)
Vera Lúcia Viegas Liquidato (FDUSP - Campus Ribeirão Preto)
Viviane Séllos Knoerr (UNICURITIBA)
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Ynes Silva Félix (UFMS)

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CVI • JULHO/DEZEMBRO DE 2020 • Nº 156-160 • V. 109

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief Prof.
Dr. Wagner Menezes



É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico,
inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.
Impresso no Brasil

Diretor Editorial

Wagner Menezes

Coordenação Editorial

Paulo Henrique Reis de Oliveira

Capa

Cláudio Furlan

Data de fechamento da edição

15/04/2023

Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Academia Brasileira de Direito
Internacional. Ano CVI. Julho/Dezembro de 2020, nº 156-160, v. 109
São Paulo: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2023.
288p.

ISSN: 0103-8451

1. Direito internacional. 2. Direito internacional – Periódicos. 3. Direito
econômico internacional. 4. Direitos humanos.

boletim@direitointernacional.org

Linha Editorial

Missão e Foco

A política editorial do BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL (SBDI) tem como missão e foco o aperfeiçoamento do estudo do Direito Internacional, especialmente o aprimoramento da pesquisa acadêmica de alto nível. O BOLETIM DA SBDI é aberto a todos os pesquisadores vinculados às mais diversas instituições do Brasil e do exterior e está consolidado em três eixos temáticos

- Direito Internacional Público;
- Direito Internacional Privado;
- Direito Internacional Econômico e da Integração.

A linha editorial é voltada essencialmente para a veiculação de artigos de excelência que possam dialogar com o que tem sido produzido de mais avançado nas revistas jurídicas de Direito Internacional de outros países. Nesse diapasão, o que se espera é que seja um canal de divulgação no exterior das ideias produzidas a partir das reflexões da academia brasileira, além de um instrumento de diálogo intelectual entre o global e o local.

O BOLETIM DA SBDI preza pela diversidade de autores, de cobertura regional e de tópicos e é considerado um instrumento indispensável para pesquisadores e profissionais envolvidos com o Direito Internacional em quaisquer dos seus âmbitos.

Histórico

O BOLETIM DA SBDI entrou em circulação em 1915, permanecendo por décadas como a principal publicação da área no Brasil. A partir de 2013, a sua edição foi retomada, com a preocupação da observância de todos os parâmetros de avaliação nacional e internacional de periódicos.

Conselho Editorial e Avaliadores-Pareceristas

O Conselho Editorial é formado por pesquisadores, professores e profissionais de instituições nacionais e estrangeiras, com amplo conhecimento e experiência acadêmica. O Editor-Chefe é Wagner Menezes, professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – no Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional. É Mestre (PUC-PR), Doutor (USP), Pós-Doutor (Universidade de Pádova-Itália) e Livre-Docente (USP). Acesso ao Currículo Lattes em <http://lattes.cnpq.br/4210677711500797>. Os avaliadores-pareceristas são professores e pesquisadores de todos os continentes, com conhecimentos específicos para avaliação dos artigos originais e de revisão.

Circulação

Semestral.

Objetivos

O BOLETIM DA SBDI tem por objetivos:

- I – Difundir a produção científica, especialmente em matéria de Direito Internacional;
- II – Incentivar temas inovadores para o estudo do Direito Internacional;
- III – Discutir as lacunas doutrinárias no estudo do Direito Internacional no Brasil;
- IV – Amadurecer e aprofundar o debate sobre questões doutrinárias de Direito Internacional;
- V – Estudar a construção jurisprudencial pelos tribunais brasileiros e tribunais internacionais em matéria ligada ao Direito Internacional;
- VI – Propor um novo pensamento para o estudo e a compreensão do Direito Internacional, com fundamento nas transformações da sociedade internacional contemporânea;
- VII – Discutir os temas de Direito Internacional que ainda não são pacíficos na jurisprudência;

VIII – Estudar os mais variados aspectos do entendimento brasileiro sobre o Direito Internacional (Público, Privado e Direito do Comércio, da Integração e Blocos Econômicos);

IX – Debater a legislação contida no ordenamento brasileiro que envolva matéria de Direito Internacional;

X – Estimular a necessária integração com outros pesquisadores do Brasil e do exterior;

XI – Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo do Direito Internacional.

Ineditismo e Exclusividade

Os textos submetidos à publicação devem ser inéditos e não devem estar sob consideração por outro periódico. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser originais nos idiomas português, inglês, espanhol ou francês, e devem se enquadrar nas seguintes categorias:

a) *Artigos Originais*: destinam-se à divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;

b) *Artigos de Revisão*: destinam-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema. Os artigos desta categoria são geralmente encomendados pelos editores a autores com comprovada experiência no assunto. Revisões não encomendadas são também aceitas, desde que expressem experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;

c) *Resenhas*: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;

d) *Traduções*: textos que permitam a difusão em língua portuguesa de produção bibliográfica originalmente escrita em outras línguas e que apresentem grande relevância científica;

e) *Ensaio*: textos em que os autores apresentem sua contribuição original e reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista;

f) *Pareceres*;

g) *Análise* sobre decisões dos tribunais internos e internacionais e da jurisprudência internacional.

Sumário

NON-INTERVENTION: A POLITICAL CONCEPT, IN A LEGAL WRAP
A HISTORICAL AND JURIDICAL APPRAISAL OF THE BRAZILIAN
DOCTRINE AND PRACTICE

Paulo Roberto de Almeida..... 1

O TERMO “RAÇA” NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO
CONSTITUCIONAL COMPARADO: A DISCUSSÃO SOBRE A SUA
ABOLIÇÃO

Ana Patrícia; Geni Francinelle; Sven Peterke..... 22

*UNA CRITICABILE SENTENZA DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI
GIUSTIZIA*

Tullio Scovazzi..... 51

A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: O
SURGIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM
MATÉRIA PENAL

Elizabeth Goraieb; Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo..... 98

*TAX LAW CLASSICAL FRAMEWORK AND CRIMINAL LAW
PROCEDURES ON THE 4.0 DIGITAL ECONOMY DISRUPTION:
DISCUSSING DUE PROCESS, GDPR, AND A.I. PREVENTIVE
MEASURES*

Cássius Guimarães Chai..... 148

O PAPEL DA ACESSIBILIDADE DIGITAL PARA AS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA

Flávia Piva Almeida Leite; Maria Cristina Teixeira..... 169

O RELACIONAMENTO EXTERNO DO MERCOSUL NA ERA DOS
MEGA-ACORDOS COMERCIAIS

Marcus Maurer de Salles..... 189

*A PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DO NAVIO E A RESPONSABILIDADE
CIVIL DOS NAVIOS AUTÔNOMOS*

Ingrid Zanella Andrade Campos..... 202

FALAR OU NÃO FALAR, EIS A QUESTÃO: O CRIME DE DESACATO
NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS
DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO
NO BRASIL

Daniela Bucci.....223

*EUROPEAN UNION AND MERCOSUR RELATIONS THROUGH A
TWAIL PERSPECTIVE*

Roberto Luiz Silva 250

Autores da Edição

Ana Patrícia

Professora na UNINASSAU. Doutoranda pelo programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) e Mestra em Direitos Humanos, Políticas Públicas e Cidadania pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Membro do Grupo de Pesquisa “Análise de Estruturas de Violência e Direito” (AEVD).

Cássius Guimarães Chai

chai@mpma.mp.br; Law Professor at the Federal University of Maranhão/Brazil, Law Professor at FDV/Brazil. Law Professor at the National Training School of the Attorney's General Prosecutorial Office.

Holds Ph.D. in Constitutional Law and Doctorate studies in Legal Philosophy, International Law, and Criminal Law. State Criminal Prosecutor Against Tax and Economic Laws - MPMA/BRAZIL. Brazilian Academy of International Law, Scientific Council. International Association of Constitutional Law Associate Professor, 2004. European Society of International Law Associated Professor 2010. International Association of Prosecutors, Member 2003. International Association of Penal Law. International Association of Political Science. Law and Society Association. cassius.chai@ufma.br/cassius.chai@fdv.br /chai@mpma.mp.br.

Daniela Bucci

Doutora e Mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora do Observatório de Violação de Direitos Humanos da Região do Grande ABC da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (ODHUSCS). Pesquisadora do Núcleo de Estudo dos Tribunais Internacionais da USP (NETI/USP), coordenando o subgrupo das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Elizabeth Goraieb

Professora de Direito Internacional do IBMEC e autora dos livros *A Extradicação no Direito Brasileiro* e *Tribunal Penal Internacional: trajetórias legais em busca de justiça*. E-mail: egoraieb@hotmail.com.

Flávia Piva Almeida Leite

Doutora em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica – PUC – São Paulo/SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru/SP, Pós-graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP – São Paulo/SP. Docente da UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - Campus Bauru. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP- Franca. E-mail: flavia.leite@unesp.br.

Geni Francinelle

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestra em Ciências Jurídicas e Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela UFPB. Especialista em Segurança Pública pelo Centro de Educação da Polícia Militar do Estado da Paraíba. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB e em Segurança Pública pelo Centro de Educação da Polícia Militar do Estado da Paraíba. Membro do Grupo de Pesquisa “Análise de Estruturas de Violência e Direito” (AEVD).

Ingrid Zanella Andrade Campos

Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Cursos de Liability for Maritime Claims e Law of Marine Insurance, pela International Maritime Law Institute. Professora da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professora Adjunta da UFPE. Vice-presidente da OAB-PE. Presidente da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Petróleo da OAB-PE e Secretária geral da Comissão Nacional de Direito Marítimo e Portuário da OAB. Membro da diretoria da Women's International Shipping & Trading Association (WISTA), do Instituto Ibero Americano de Direito Marítimo – IIDM, da Associação Brasileira de Direito Marítimo – ABDM e do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP. Oficial da Ordem do Mérito Naval – Marinha do Brasil. Sócia titular do escritório Queiroz Cavalcanti Advocacia.

Marcus Maurer de Salles

Professor do Departamento de Relações Internacionais da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), nas áreas de Integração Regional, Comércio Internacional e Regimes Econômicos Internacionais. Pesquisador Visitante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) para o biênio 2021-2022, junto à Diretoria de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais (DINTE). Entre 2015 e 2020, foi Consultor Jurídico da Secretaria do Mercosul, selecionado por meio de concurso público internacional. No período em que integrou o Setor de Assessoria Técnica, foram elaborados mais de 40 relatórios e pareceres técnicos de acompanhamento do processo de integração regional, nos mais diversos temas da agenda do Mercosul: relacionamento externo, facilitação do comércio, estatuto da cidadania, integração fronteiriça, agenda digital, reforma institucional, igualdade de gênero, dentre outras. É Doutor em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio doutoral no exterior, junto a Cátedra Internacional OMC/Integração Regional da Universidade de Barcelona (UB). Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Especialista em Direito das Relações Econômicas Internacionais e da Integração Regional pela Universidade de Barcelona (UB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL).

Maria Cristina Teixeira

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Titular do Curso de Direito da Universidade Paulista – UNIP. E-mail: maria.teixeira1@docente.unip.br.

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Professor associado da UERJ, vice coordenador do PPGDir e autor dos livros Guerra e Cooperação Internacional, Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz e de O nascimento do direito internacional. E-mail: borgesmacedo@hotmail.com

Paulo Roberto Almeida

Doutor em Ciências Sociais (Université Libre de Bruxelles, 1984), Mestre em Planejamento Econômico (Universidade de Antuérpia, 1977), Licenciado em Ciências Sociais pela Université Libre de Bruxelles, 1975). É diplomata de carreira, por concurso direto, desde 1977; serviu em diversos postos no exterior e exerceu funções na Secretaria de Estado, geralmente nas áreas de comércio, integração, finanças e investimentos. Foi professor de Sociologia Política no

Instituto Rio Branco e na Universidade de Brasília (1986-87) e, desde 2004, é professor de Economia Política no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). É editor adjunto da Revista Brasileira de Política Internacional, colabora com várias iniciativas no campo das humanidades e ciências sociais, e participa de comitês editoriais de diversas publicações acadêmicas. De agosto de 2016 a março de 2019 foi Diretor do Instituto Brasileiro de Relações Internacionais (IPRI), afiliado à Fundação Alexandre de Gusmão (Funag), do Ministério das Relações Exteriores. www.pralmeida.org; pralmeida@me.com.

Roberto Luiz da Silva

Law School/ Universidade Federal de Minas Gerais-Federal University of Minas Gerais – UFMG, Brazil. LL.M. in Germany Economic Law and Community Law (Universität zu Köln), J.S.D. (UFMG), Post-Doctor in Latin America (The University of Texas at Austin), Post-Doctor Senior in European Law (Universität de Barcelona), Professor of International Law (undergraduate), Community and Integration Law (LL.M) and International Organizations General Theory (J.S.D) at Universidade Federal de Minas Gerais- Federal University of Minas Gerais – UFMG; Visiting Scholar at The University of Texas at Austin and Universität Barcelona. Author of several books.

Sven Peterke

Professor Associado no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Ciências Jurídicas (Dr. iur.) e Mestre (M.A.) em Assistência Humanitária Internacional pela Ruhr-Universität Bochum, Alemanha. Jurista diplomado (Dipl. iur.) pela Christian-Albrecht-Universität zu Kiel, Alemanha. Estágio pós-doutoral no Instituto Max Planck para Direito Constitucional Comparativo e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha. Líder do Grupo de Pesquisa “Análise de Estruturas de Violência e Direito” (AEVD).

Tullio Scovazzi

Tullio Scovazzi is professor of international law at the University of Milano-Bicocca, Milan, Italy. He occasionally participates as legal expert of the delegation of Italy or of the Secretariats of international bodies in negotiations and meetings relating to law of the sea or cultural properties.

NON-INTERVENTION: A POLITICAL CONCEPT, IN A LEGAL WRAP A HISTORICAL AND JURIDICAL APPRAISAL OF THE BRAZILIAN DOCTRINE AND PRACTICE

Paulo Roberto de Almeida

1. Non-intervention in domestic affairs as an old Westphalian principle

Non-intervention is as old as the sovereign nation-states system established by the Peace of Westphalia of 1648. Since then, it has been developing conceptually and through the practice of modern States, in direct connection with the principle of self-determination. In its contemporary form, the concept appears in a consolidated form in the UN Charter (1945), which, despite its alleged coverage of with the “peoples of the United Nations”, is entirely respectful of the rights of the member states, who are totally sovereign in matters of internal politics (Chapter 1, articles 1 and 2).

Notwithstanding being established as a principle in international law, it was never respected by the big powers in their colonialist and imperialist initiatives throughout the ages. This is, perhaps, one of the reasons why it constituted a main tenet of the juridical thinking worked out in Latin America since the early 19th century. Threats of European intervention after the new independence of the Iberian American States; British economic hegemony over the entire continent and its meddling in political conflicts on many occasions, the rise of the United States as a dominant power at the end of that century, are factors that explain the development by Latin American jurists of new concepts out of the old Westphalian principle. The challenge here was to wrap the economic and political interests of the region’s countries all of them debtors, under a legal cloak designed to serve their state purposes.

2. The Calvo Doctrine in its historical context: the Droit des Gens in 19th century

This was notably done by the Argentine diplomat and legal scholar Carlos Calvo, in his book *Le Droit international théorique et pratique, précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens* (Paris: Durand et Pedone-Lauriel, 1868). The question was raised in connection with unpaid debts or indemnities of Latin American states vis-à-vis foreign lenders, and the legal treatment of the conflicts arising there from. The goal was to defend the interests of the indebted governments facing possible judicial prosecution in creditor countries or, worse, open diplomatic intervention, which could be as harsh as armed punitive expeditions (usually by gunboats). The so-called Calvo doctrine suggested the inclusion in the debt contracts of a clause stating the competence of national courts to settle the conflicts arising from those possible claims in case of default. (See “Calvo Doctrine”, Encyclopædia Britannica Online, 02 Jul. 2009 <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/90348/Calvo-Doctrine>>.)

At that juncture in history, Brazil was a regular player in the financial market, having designated the Rothschild house of London as its official financial agent abroad, and thus contracting each one of its several borrowings abroad – under the traditional form of emission of sovereign bonds – with the British branch of this old financial company. Brazil never defaulted during its monarchic regime (1822-1889) but did consolidate some of the maturing debts into new emissions of sovereign bonds, and so Brazil did not feel the need to make explicit its adherence to the Calvo doctrine. Nonetheless, it surely accepted, and practiced, the principle of exhaustion of local judicial remedies in case of legal proceedings. This relates to the fact that Brazil was subjected to an extra-territorial procedure in respect of British subjects – a legal equivalent to the unequal (capitulation) treaties imposed by big powers upon semi-colonial nations. This régime prevailed since Brazil's status as a Portuguese colony, a situation

endured up to 1844, when the government denounced the humiliating system. For China, for instance, the unequal treaties imposed upon the Middle Empire by Great Britain at the time of the Opium wars – and later by other Western imperialist power – only came to be declared extinct in 1943, when the Republic of China was an ally of the Western powers against the Japan in the Pacific scenario of World War II.

3. Pan-American affairs and European intervention: the case of Venezuela, 1902

Much later, following retaliatory measures adopted by some European powers against the defaulting government of Venezuela, the Argentine foreign minister, Luis María Drago, proposed in 1902 a follow-up to the Calvo doctrine, proclaiming the illegality of the use of force, or armed intervention, in cases involving public debt. In doing so, he invoked the Monroe doctrine, proclaimed eighty years earlier by the American president in order to prevent any European intervention in hemispheric affairs. Incidentally, his 1823 proclamation to the American Congress was supported by Great Britain, which at that moment was interested in barring the old colonial powers or the Holy Alliance from any attempt at a new colonization in the Americas.

Latin American countries later became alarmed, not only by the real or supposed European threats, but also by the actual and growing use of force by the United States against surrounding neighbors in the Caribbean and Central America, practices that started even before the Spanish-American war of 1898. Victory in that war by the United States resulted in the independence of Cuba (and, by the 1910 Platt Amendment to its 1902 Constitution, the submission thereafter of the Caribbean island under a kind of American guardianship or protectorate).

4. *The Roosevelt Corollary and its political consequence: the Drago principle*

At that moment, the United States were in fact engaged in a substantial revision of the Monroe doctrine, as president Theodore Roosevelt intended to reserve to his own country the right of intervention in Latin American affairs. Albeit confirming adherence to the Monroe doctrine, Roosevelt, in his December 1904 message to the Congress, declared that “chronic wrongdoing” by neighboring countries -- which could mean unwillingness to “pay [its] obligations” – might “require intervention by some civilized nation”, thus forcing the United States, “however reluctantly, in flagrant cases of such wrongdoing or impotence, to exercise of an international police power.”

This had the effect of reinforcing the adherence of Latin American countries to the Drago principle, which was largely reflected in the 1906 Pan-American Conference of Rio de Janeiro, where most Latin American countries sided with the thesis of the Argentine foreign minister. That is, they all requested from the United States a firm, legal and written commitment to not interfere in their internal affairs. However, the Big Brother from Norte America was not yet prepared to fully endorse the principle of non-intervention, as required by its Latin American neighbors.

Brazil tried to mend the fence. There were political reasons for Brazil to adhere to a modified, American version of the Drago doctrine. One of these reasons was the desire of the then Minister of Foreign Affairs, Baron Rio-Branco, to establish a joint condominium with the United States to rule over the entire Western hemisphere, in a kind of ‘unwritten alliance’ (See E. Bradford Burns, *The Unwritten Alliance: Rio Branco and Brazilian-American Relations*. New York: Columbia University Press, 1966). Though aware of Brazilian limitations, at a juncture when Argentina was the richest country in Latin America, Rio-Branco sensed the need to establish a fraternal relationship with the United States, the giant of the North in order to manage the lingering animosity of neighboring countries toward the giant of the South.

5. Brazil's defense of sovereignty at the Second Hague Peace Conference, 1907

The subject was raised again at the Second Hague Peace Conference, in 1907, where the question of debt recollection by States and the ensuing Drago doctrine on non-intervention, as well as the non-use of force were raised again. This occurred against a background of virtual opposition between, on one side, the European diplomats and the U.S. delegation headed by Porter, and, on the other side, the “Drago doctrine countries”. At that conference, Brazil, considering itself to be a ‘good debtor’, kept a middle-course stance, trying at the same time to placate its neighbors’ fears, and to adopt an accommodating position toward the American and European thesis.

In a speech delivered on July 23, 1907, the Brazilian head of delegation, the eminent jurist Ruy Barbosa, explained the official position as such: “The intervention of the three powers against Venezuela received no approval from anyone among us. (...) We do not deny the obligation to repay... But some consider that they will not be obliged to comply, unless, under their own advice, they have the means to do so. In this case, however, there is no juridical obligation, but solely a moral duty. (...) This is not the theory of the sovereign right; this is sovereign abuse. If applied to the domestic life of the States, it would abolish the legal order, and it would do the same if applied to international relations. (...) What the American proposal does is to reduce international conflicts regarding debts of foreign States to the common right of compulsory arbitration. It does not repeal, providing the arbitration ends in failure, the legitimacy of the appeal to coercive means to support the right of the creditors.” (Cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público: Período 1899-1918*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1986, p. 48-51.)

Notwithstanding its intention to reconcile the use of force against debtors with the appeal to compulsory arbitration to settle disputes regarding external debt, the Brazilian delegation could not join other countries in the adoption of a modified version of the Drago doctrine, in the form adopted as the Porter (Second) Convention on the

Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts. The objection was more of a procedural than substantive nature, as Brazil had some qualms about the functioning of an arbitration system under the hegemony of great powers (and their dominance over the selection of judges).

Article 1 of said Convention stated that the Contracting Powers “agree not to have recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from the Government of one country by the Government of another country as being due to its nationals.” But it also stated, right afterwards, that “This undertaking is, however, not applicable when the debtor State refuses or neglects to reply to an offer of arbitration, or, after accepting the offer, prevents any compromise from being agreed on, or, after the arbitration, fails to submit to the award.” (See the full text of this convention at the Avalon Project of Yale Law School; available at: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague072.asp; access July 2009.)

In the end, from the 14 conventions negotiated at The Hague, Brazil did not sign that second one – dealing with the collection of contract debts – and the 12th – establishing an International Prize Court. In fact, Brazil only agreed to the first convention, creating the Permanent Court of Arbitration, after an explanation about the absolute equality of sovereign states and the designation of its judges. (Message from the Brazilian president to the Congress, May 3, 1908, regarding the conventions signed at the II Peace Conference. In: *Câmara dos Deputados, Mensagens Presidenciais, 1890-1910*. Brasília: Centro de Documentação e Informação da CD, 1978, p. 613-615.) The Brazilian refusal was explicitly linked with the absolute principle of sovereign equality of all States, but the Brazilian jurists were always trying to strike a balance between the rights and duties of every State.

6. Inter-American Juridical Committee: its contribution to international law

At the Third Inter-American Conference of Rio de Janeiro, in 1906, an International Commission of Jurists was created, with representatives from almost all-American countries. Its work was

mainly directed toward the codification of international law (public and private), which was to guide relations among its member states. After a series of sub-commission workshops and other regional specialized meetings, in the various capitals of the Hemisphere, its prolific work was consolidated in various inter-American treaties or conventions adopted at the Havana conference of 1928, dealing with: Status of Aliens, Treaties, Diplomatic Officers, Consular Agents, Maritime Neutrality, Asylum, Duties and Rights of States in the Event of Civil Strife, and Extradition (this last one at the Montevideo conference, in 1933). On private international law, their work produced an entire code, named the Bustamante Code, still valid. (See Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, “Special Meeting of the Permanent Council marking the Centennial of the Inter-American Juridical Committee (CJI)”, document CP/INF 5326/06, 29 March 2006.)

Up to that juncture, that is, the beginning of the 1930s, pursuant to the spirit and the practice of the Roosevelt Corollary, the American government was very reluctant to recognize as legitimate the demands from Latin American countries for assurances of non-intervention in their internal affairs from their biggest hemispheric neighbor. At most, Washington started to sign with its neighbors and many other countries a series of ‘pacifist treaties’ conceived by Secretary of State William Jennings Bryan (1913-1915), by which the U.S. only agreed to solve by pacific means conflicts arising with other States, either by direct negotiations between the parties or by means of arbitration.

The guarantees sought by Latin American countries were only formally given – but just as unilateral declarations, not in the form of a legally binding treaty – when president Franklin Delano Roosevelt proclaimed the so-called ‘Good Neighbor Policy’, starting in 1933 under Secretary of State Cordell Hull. But this new orientation in the American policy for the region was guided much more by the U.S. intention of preventing foreign intrusion from the Nazi-Fascist powers of Germany and Italy in the region than by the desire to please Latin American countries.

Brazil had always taken an active part in the work of the International Commission of Jurists, later transformed into the Inter-American Council of Jurists, helping to draft many of its codes and

conventions. With the creation of the Organization of American States (OAS), in 1948, the Council had its name changed to become the Inter-American Juridical Committee, the main body for the discussion and proposals of legal matters in the Hemisphere, together with the Inter-American Commission on Human Rights (1959) and the San José Inter-American Court of Human Rights (created in 1969, effective since 1978).

7. Reconfirmation and evolution of the Brazilian position on non-intervention

Since the Second Hague Peace Conference, in 1907, Brazil has stuck firmly to the main theses of Ruy Barbosa and his speeches concerning the sovereign equality of nations and non-intervention or the use of force in inter-State relations. Among the many positive results from that conference, Barbosa recognized the mitigation of the recourse to war, the codification of the neutrality principle, and improvements in the arbitration system. According to him, the second conference “showed to the strongest States the relevant role of the weakest in the construction of the international law (*Droit des gens*). It advanced the basis for international pacification, stating clearly that, in an assembly convened to organize the peace, it could not be possible to arrange the votes in accordance with the preparation of the States for the war.” (Cf. Trindade, *Repertório*, op. cit., p. 67).

However, despite the resolute defense of an absolute concept of national sovereignty and the real and total -- that is, juridical -- equality of all States, some ambiguities remained in the Brazilian position regarding non-intervention, as revealed in subsequent conferences. During the debates over the principle of non-intervention at the Second Commission (International Public Law) of the Sixth International American Conference (Havana, January-February 1928), the Brazilian delegate (and later twice Foreign Minister, the jurist Raul Fernandes) stated the official position regarding the codification of international law. He registered, first the agreement of the American delegation with two subsequent proposals: one, recognizing, the right of States to a

complete independence, without intervention or interference of other States in their domestic affairs; the second, their duty to not violate other States' rights. But he also indicated the understanding of some jurists – among them, one Brazilian, Lafayette Rodrigues Pereira, author of a 1902 book on Principles of International Law – according to whom the traditional *Droit des gens* would admit the intervention or the interference in the internal affairs of other States if the action had to be taken, on legitimate grounds, in self-defense of the intervening State.

Nevertheless, attempting to avoid the division of the American countries in two opposing and antagonist fields, and taking into account that the conference was convened to promote the codification of international law, not to propose new concepts or principles – and legitimate defense would be such a new right, eventually authorizing intervention, or, in extreme cases, war – the Brazilian delegate agreed to the postponing of the whole matter for a future conference. (Cf. Antonio A. C. Trindade, *Repertório... Período 1919-1940*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 46-47.)

The justification for such an accommodating position was the Brazilian desire to contemplate all positions under discussion, that is, helping to not isolate the United States from the whole opposing side of Iberian countries. According to this reasoning, Raul Fernandes declared the Brazilian willingness to “accept any text that expresses in an adequate form our national thinking to honor the sovereignty of nations, either by preserving them against undue incursions, or by inciting them not to violate or restrict foreign sovereignty. The formula suggested... offers the basis for a general agreement, as it consolidates the two faces of the principle in cause [non-intervention], stating simultaneously the supreme right and the supreme duty of nations”. (Idem, p. 53.)

The question was raised again during a meeting of the Expert Commission for the Codification of International Law, at the Eighth American International Conference (Lima, 1938), when the Brazilian delegation, headed by Hildebrando Accioly, had the opportunity to make clear the Brazilian position: “Brazil considers that one must absolutely condemn the appeal to armed force for the collection of

public or contract debts, or the use of force to support claims of a purely or exclusive pecuniary origin; but, if an international controversy arises on those matters, which cannot be solved by ordinary diplomatic means, the debtor State shall have no right to refuse the appeal to arbitration or to a ruling of the International Court of Justice”. (Idem, p. 48.)

This stance was rendered more explicit as follows: “1st, We frankly condemn the coercive collection of public or contract debts; 2nd, We agree that the losses incurred by Foreigners as derived from pecuniary affairs with individuals or from contracts with the State shall only be object of a diplomatic intervention in case of denial of justice; 3rd. We admit that the obligations arising from the external debts of a State shall not be submitted to a diplomatic claim before the total failure of direct negotiations between creditors and the government or the agents of the government of the indebted State; 4th. But we understand that, if in any of those cases, a conflict arises between the indebted State and the State of the creditors, and if such a conflict cannot be settled by the usual diplomatic means, the indebted State shall have no right to extract itself from an appeal to an arbitration or a judicial solution.” (Idem, p. 48)

It is noteworthy that, at that juncture, and differing from its behavior during the 19th century and the early republic, the Brazilian State had already defaulted twice on its external debt (in 1931 and 1937), that it applied a technical moratorium on its foreign obligations and was trying to force its external creditors to admit some kind of pecuniary compensation for a waiver in its insolvency situation. The completion of the bilateral negotiations with external creditors would not occur before 1941 and 1943, and up to this time Brazil was trying to adjust its arguments to the actual cases confronting it. At the same meeting, discussing exclusively the question of pecuniary claims, the same jurist stated a convenient distinction:

“It is important to add that we consider convenient to establish a distinction between the nonpayment of public debts and the disruption of ordinary contractual obligations. In the first case, the noncompliance with the obligation could be justified by a real and honest financial incapacity, deserving consideration from the external

creditors, not only because the Foreign government, in contracting such a lending, did not engage in direct relations with them, but also, especially, because they, in buying the bonds of such a lending, should be aware of the risks incurred by that business. Obviously, this justification shall not apply under a hypothesis of fraud or bad faith of the insolvent government.

“The case with ordinary contractual obligations is different, in the sense that the government, as if it was an individual, engaged in direct relations with known and certain people, and those persons trusted the committed word. This does not imply that the sole non-compliance with the obligation justifies a diplomatic intervention. This should be preceded by the denial of justice, or, at least, by the exhaustion of permitted recourses of the domestic law.” (Trindade, op. cit., period 1919-1940, p. 48.)

In yet another case, of a political nature, the Spanish Civil War, the Brazilian government refused a suggestion to offer collective mediation by the American countries in the conflict between the governmental Republicans and the nationalist rebels. Responding by a diplomatic note to a consultation by the Uruguayan government, the minister of Foreign Affairs stated, in 1936: “The Brazilian government has no desire, whatsoever, to meddle itself in any case in internal conflicts of any foreign country. Besides, in this case, to have a mediation as such, there should be previously a recognition of the belligerent state of the rebels, because the contrary would mean an intervention in the domestic life of Spain”. (Cf. Ministry of Foreign Affairs Report for the year of 1936, Annex A, document 5, p. 33.)

8. The non-intervention as a test case: the bipolar age and the Cuban affair

At the very inception of the contemporary system of international relations, with the creation of the United Nations, Brazil reinforced its juridical attachment to the introduction of the principle of non-intervention as a legally binding obligation of the member States. Reporting on the participation of the Brazilian delegation to the

San Francisco conference, in April-June 1945, its head, Ambassador Leão Velloso, stated proudly: “Among the twenty amendments presented by the Brazilian Delegation, one is especially noteworthy, that related to the principle of non-intervention in the internal and external affairs of any country, already consolidated in the Conventions of Montevideo [1928], in the Protocol of Buenos Aires [1933] and in the Lima Declaration [1938]. (...) The Brazilian delegate who presented it at the competent technical committee had the satisfaction to see the adoption of the principle of non-intervention in one of the amendment to the Dumbarton Oaks proposals. In the same manner, we had the pleasure to see the incorporation into the Charter text of the principles that we also upheld and that refer to human rights, to freedom, including freedom of religion, and equality of races and gender”. (Cf. Report of the Brazilian Delegation to United Nations Conference for an International Organization, 1945, p. 14)

This principle would sustain some turbulence in its practical application in later years, arising from the polarization of the world scenario with the Cold War, the growing bellicosity of the Soviet Union and its concrete manifestations in Latin America. From the very start, Brazil was especially cooperative with the United States in the approval of the *par excellence* instrument of the Cold War in Latin America, that is the Inter-American Treaty on Reciprocal Assistance (TIAR), approved at a conference in Petropolis, Rio de Janeiro, in 1947, which would offer the conceptual basis for the signing, two years later, of the Washington treaty creating the North Atlantic Treaty Organization (NATO). Both of these treaties were founded on the notion of collective security and continental solidarity in case of any attack against any one of the parties of the treaty. The explicit target of both instruments was the Soviet Union and its attempts of subversion in Latin America and Europe, the latter with a more militaristic character.

The real test for Brazil arose at the time of the Cuban affair, even before the dramatic events of the Soviet missiles in the island, in September-October 1962. Very early in the radicalization of the Cuban government and its manifest inclination toward a Socialist model of society, Fidel Castro and Ché Guevara, among other Cuban leaders,

started to support guerrilla movements in some Central and South American countries, among them Venezuela – then a perfect democratic State. This provoked the interpellation of the Cuban government at meetings of the Organization of the American States. Already in August 1960, a consultative meeting of the OAS held in Costa Rica approved a resolution against the covert operations and the interference of the Cuban government inside other member States.

Subsequently, accompanying the disastrous invasion of Cuba by anti-Socialist rebels, in April 1961, Fidel Castro declared Cuba's adherence to the Marxist-Leninist doctrine, and his intention to build up Socialism in the Caribbean island. Shortly afterwards, the Venezuelan government raised the question of Cuban intervention in its internal affairs, but the revelation that Soviet and Chinese weapons were being smuggled through Cuba to those guerrilla groups allowed for the USA to invoke the 1947 assistance treaty, to resist 'foreign aggression'.

During the discussions held at the extraordinary consultative meeting of American Ministers of Foreign Affairs, in Punta del Este, early in 1962, the Brazilian delegation, at that moment representing a government that was leaning towards a non-aligned position – defined as an 'independent external policy' – kept a very legalistic stance in regard to the accusations that the Cuban government and its interference in other countries' internal affairs represented a menace to the democratic regime and the inter-American system. The process thus evolved towards the consideration of the compatibility of the Cuban regime with the principles and values of the OAS, as written in its foundation charter and also expressed in the Petropolis treaty, this one more concerned with security affairs.

The Brazilian delegation responded to American arguments remarking that the OAS charter did not authorize the expulsion of any member country on grounds that its government was not democratic. The delegation added that it would be better to keep Cuba inside the OAS as a form of pressure. In the end, the U.S. had no clear majority for a winning vote, and the position of the Haitian government had to be reverted to ensure the required number for the expulsion. Technically, in fact, Cuba was not expelled from the OAS: in Punta del

Este, the sole decision taken was the ‘suspension’ of its government from the ‘right’ to participate in the meetings and activities of the inter-American organization, a measure recently cancelled unanimously by the member States at the Honduras meeting, in June 2009. Bizarre enough, the Cuban government has never, afterwards, complied with the non-intervention requirements defended so strongly by most of Latin-American countries – since it has continued its support for guerrilla movements in many of those countries – and does not nowadays comply, with the 2001 OAS Democratic Charter, with far tighter requirements to observe, before being again readmitted in the inter-American family.

9. Another test case: intervention in the Dominican Republic, 1965

The political crisis in the Dominican Republic occurred shortly after the military coup that in 1964 removed from power Brazilian the president João Goulart, accused of sympathy for Communism. The coup installed a military regime, with the active support and the empathy of the U.S. government. Brazilian involvement – and the sending of troops in 1965, formally under the banner of the OAS, (approved in accordance with provisions of the Reciprocal Assistance Treaty of 1947) in an internal conflict in which Brazil had no interest whatsoever, can thus be seen as a kind of political payoff for the American engagement in favor of the Brazilian military in 1964.

As the American initiative took place – allegedly to rescue American citizens and other foreigners caught in the middle of a civil war in the Dominican Republic, but soon, in fact, aimed to guarantee the victory of their political allies in the violent conflict that followed a *coup d’état* against an elected social-democratic president. Only two other dictatorships joined the U.S. in the decision to send troops to calm down the social unrest and the political strife and to try to reestablish normalcy in the eastern half of the Hispaniola: Paraguay and Haiti. All other countries, among them Chile, Mexico and Uruguay, condemned the interference, in fact the violation committed by the U.S. government, of inter-American treaties and protocols.

Indeed, not only had the US violated the non-intervention clause of the OAS charter, but also, they actually disembarked their first troops without ever consulting or even informing the OAS: they knew, of course, that the OAS would not endorse their action and therefore preferred to impose a *fait accompli*. What other countries chose to do, among them Brazil, was to offer a political solution to save the face of the U.S. government and engage a compromise solution under the banner of a multilateral peacekeeping force.

Thus, what started as a unilateral American intervention had to be transformed into a regional peacekeeping action. In May 1965, OAS Council approved the formation of an inter-American peace force consisting of U.S. forces already present in the field and providing logistical support for Latin troops sent to replace them. In the end, military contingents from six Latin American nations, among them Brazil, joined the Inter-American Peace Force in partial replacement of American troops (other countries were: Honduras, Paraguay, Nicaragua, El Salvador, and Costa Rica). Brazil contributed the largest Latin contingent, an entire infantry battalion (1,130 men) and was the only Latin nation to provide its own logistical support. One year later, an OAS Meeting of Foreign Ministers called for the gradual withdrawal of its only-ever peace force. (Cf. Major Lawrence M. Greenberg, U.S. Army, “The 1965 U.S. Dominican Intervention”, Naval Historical Center, 24 February 2003; available at: <http://www.history.navy.mil/colloquia/cch2d.htm>.)

The initiative of the Brazilian military government to participate in the American intervention constituted, of course, a political endorsement for U.S. unilateralism, and, besides that, a clear breach in the more than a century-old juridical traditions of Brazilian diplomacy. For the first time in a century, since the end of the so-called war of the Triple Alliance – when Brazil aligned forces with Argentina and Uruguay to respond to military attacks to its territory, started by the Paraguayan dictator Solano Lopez after Brazil’s meddling into Uruguayan internal affairs – Brazil abandoned its natural reluctance to intervene in its neighbors’ domestic politics and exhibited a limited exercise of big power politics. The Dominican intervention would not be the sole example of Brazil’s negation of its own doctrine, even if

it was the only time that Brazil served another country's interests, in this instance the U.S.

The American decision to resort again to military intervention in Latin America gravely damaged the political scenario across the Hemisphere: US unilateral interference in internal affairs of Latin countries destroyed whatever gains provided earlier by Roosevelt's Good Neighbor Policy and, in the more recent past, John Kennedy's Alliance for Progress. Needless to say that Latin American countries were confirmed in their worst fears concerning unilateral intervention by the U.S. in the region, a situation that would be repeated, later, in Chile (1973), in Grenada (1983) and in Panama (1989), during Nixon's, Reagan's and Bush father's mandates respectively, the first two due to alleged Communist threats, the third owing to drug-trafficking.

10. Contemporary manifestations of Brazil's conceptions on non-intervention

At the height of the military regime (1964-85), Brazil continued to proclaim, in international and regional fora, its staunch attachment to the principles of non-intervention and self-determination, especially when questioned over some gestures made by the same military regime in direction of progressive governments in the region, for instance in Bolivia and Chile: the political and logistical support for the coup against the Allende government, in 1973 was surely the most dramatic of the series. Indeed, Brazil seconded the U.S. government in the covert actions that led to the violent toppling of the Chilean Socialist president, but did not hesitate to take first roles in the case of leftist developments in neighboring countries, such as Bolivia (the coup against leftist general Torres) and Uruguay (just to embark political refugees).

The Condor Operation files, being gradually released through the US Freedom of Information Act by the National Security Archives, of George Washington University, carry some documentation related to Brazilian involvement in military coups and covert actions against leftist militants in the Southern Cone. Thus, the ritual proclamation of

official adhesion to those principles was just for diplomatic consumption, as in practice they were deliberately ignored under the circumstances of the ‘dirty war’ against oppositionists. Of course, Brazil did not countenance savage executions on such a grand scale as those carried out by the Chilean and Argentine dictatorships, but the cross-border operations conducted all around the Southern Cone, at the heaviest times of the political repression, made a mockery of those principles.

Conversely, when called into question over human rights affairs and other political matters deemed sensitive by the military, the regime reacted angrily and dismissively, automatically invoking the same principles that it was eventually infringing with its iron-hand diplomacy in the Southern Cone. That was the case when the U.S. government presented a report on human rights and the democratic situation in Brazil in 1977, a requirement that the U.S. Congress instructed the American executive branch to publish each year, in connection with US military assistance abroad. The Brazilian foreign ministry issued a note in March 1997, rejecting the US document, stating that it “constituted a violation to the principle of non-interference, which both governments subscribed to, in signing the UN and the OAS charters”. On the same date, the Brazilian government informed that of the U.S. that Brazil was denouncing the bilateral treaty on military assistance and refusing the inclusion of Brazil in that program. (Cf. Trindade, *Repertório da Prática Brasileira... Período 1961-1981*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1984, p. 72-73).

Following re-democratization, which started in 1985, Brazil returned to a more traditional line in respect of the principle of non-intervention, adjusting the practice to the old doctrine. Brazil joined most of the UN or regional conventions and instruments on human rights and humanitarian affairs, accepted the jurisdiction of the San José Court, and, most importantly, for a country so jealous of its sovereign rights and national jurisdiction, adhered to the International Criminal Court of The Hague (Rome Statute). In a certain sense, there was no innovation regarding the interpretation and use of the concepts, which corresponded to a strictly legalistic acceptance and enforcement of their substantive content.

Nevertheless, more recently, starting with the government of Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), Brazil engaged in a new concept of non-intervention, still a basic ‘principle’ of Brazilian diplomacy, but coupling it with an ‘attitude of non-indifference’. This was explicitly stated in connection with regional diplomacy, but was said to be valid also for other ‘southern partners’. As declared by president Lula in a conference held in Beijing, during a state visit in 2004, “the growing closeness and consolidation of Brazilian relations within the region call attention to the instabilities within the countries of the continent, and require a more attentive follow-up by the Brazilian government, which is guided by the principle of non-intervention, but also by a stance of ‘non-indifference’” (Lecture at the University of Beijing, May 25, 2004; In: Ministério das Relações Exteriores, Secretaria de Planejamento Diplomático, *Repertório de Política Externa: Posições do Brasil*. Brasília: Funag, 2007, p. 19). Again, in his inaugural speech at the UN General Assembly in the same year, Lula declared that “we do not believe in interference in the internal affairs of other countries, but neither do we retract in omission or indifference in face of the problems that affect our neighbors.” (Speech at 59-UNGA, New York; *idem*, loc. cit.).

The explicit postures of the minister of Foreign Affairs, Celso Amorim, went along the same line in his inauguration speech of January 2003, when he declared: “We shall respect, zealously, the principle of non-intervention, in the same way that we will control its respect by other countries. But we shall not refrain from giving give our contribution to the solution of conflictive situations, whenever invited to do so, and when we consider that we could play a useful role, taking into account the primacy of democracy and constitutional legality.” (Amorim speech, January 1st, 2003; *ibidem*, p. 40)

In the ‘Strategic Guidelines’ for the Ministry of Foreign Affairs”, inserted in the National Multi-annual Plan (PPA) for 2008-2011, it is stated that Brazil, in connection with its regional integration policy, “fully respects the choices of its neighbors and does not interfere with the sovereign right of other countries to find solutions for their problems. It stands available, in the same way, to cooperate with friendly countries confronting situations of political or social

crises, whenever it is called to do so and in accordance with its possibilities.” (Document from May 4, 2007; *ibidem*, p. 42).

In fact, confirming that the use or application of that principle is essentially political, Brazilian leaders, starting with the president himself, have often intervened in the internal affairs of other states by proclaiming their preferences in electoral disputes and choices in economic policies. Even before the inauguration of the newly-elected Lula government, at the end of 2002, Workers’ Party (PT) leaders forced the incumbent government of Fernando Henrique Cardoso to come to rescue president Hugo Chavez of Venezuela, then at grips with a national strike touching especially the state oil company, PDVSA, ordering Petrobras to supply gasoline and other products to the embattled Bolivarian leader. A few months after taking office, president Lula openly stated its support for Nestor Kirchner, one of the candidates in the Argentine presidential elections in May 2003. He again declared his preferences for certain “progressive” candidates in the elections in Chile, Uruguay and Bolivia, and even in France, not to mention the reiterated support to Chávez in every plebiscite or electoral consultation called by the Venezuelan colonel. In the same manner, Lula has no qualms in recognizing that his international advisor, an *apparatchik* of the Workers’ Party, has as one of his main tasks to establish relations ‘with progressive’ and leftist parties of the region: in fact, the same official is one of the founding fathers of the Forum of São Paulo, a coordinating mechanism for the Latin American leftist parties, intimately linked to the Cuban leaders and their policies.

One of the last ‘interferences’ in the internal affairs of other countries was Lula’s open and rapid endorsement of the obvious rigged election of Iranian president Mahmoud Ahmadinejad. Shortly after that, he ordered the Brazilian diplomacy to act decisively in favor of the deposed president of Honduras, Manuel Zelaya, and in the formation of a political blockade against the interim government that took power after a political crisis in the Central American country. Other examples abound about the political, and somewhat arbitrary use of the concept of non-intervention by current Brazilian diplomacy, starting with the civil war in Colombia and the Brazilian refusal to condemn the FARC’s resort to terrorist tactics in the Andean country.

The Colombian military attacks to a FARC refuge site in the borderland with Ecuador was severely condemned by the Brazilian government, but not so the logistical support given by Venezuela and Ecuador officials to the guerrilla group.

In the end, non-intervention continues to be a political concept wrapped in juridical terms, but mistakenly considered as a pure expression of the most binding principles of international relations. Most countries pay lip service to the concept, at the same time as they seek to influence (in a mild manner) or to determine (in an old imperialistic fashion) the internal affairs of other countries, so as to gain some type of political or economic advantages. In the case of Brazil, despite a continuing formal adherence to the principle, its invocation and use has been thoroughly political and selective. Nothing really new under the sun...

O TERMO “RAÇA” NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO: A DISCUSSÃO SOBRE A SUA ABOLIÇÃO

*Ana Patrícia
Geni Francinelle
Sven Peterke*

“Raça não existe. Contudo, mata gente.”¹
Colette Guillaumin (1934-2017)

1. Introdução

No dia 21 de março de 2021 – data essa em que foi comemorado pela 61ª vez o Dia Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial –, o Secretário-Geral da ONU, António Guterres, lembrou o mundo de que “Racismo é um mal globalmente enraizado. Transcende gerações e contamina sociedades. Perpetua desigualdade, opressão e marginalização.” É preciso reconhecer, porém, que o progresso alcançado nessa luta permanente, internacionalmente iniciada após a Segunda Guerra Mundial (SGM) mediante a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), é pouco animador à luz das irritantes notícias que recebemos quase diariamente: no mundo inteiro inúmeras pessoas continuam sendo degradadas e maltratadas com assustadora frequência e brutalidade por conta da sua cor de pele ou origem étnica – apesar de uma ampla vedação e até criminalização de tais atos opressores. Há, então, muitos motivos para uma análise crítica das

¹ Livre tradução nossa de: “Race does not exist. But, it kills people.” (GUILLAUMIN, 1999, p. 46).

medidas até agora tomadas em nome do enfrentamento a esse flagelo da humanidade – os respectivos instrumentos legais, inclusive.

Discute-se a ineficácia e insuficiência das pertinentes normas nacionais e internacionais, a necessidade de ações afirmativas e suas falhas na praxe, assim como um universo de outros aspectos e problemas, não necessariamente jurídicos, mas relevantes para a compreensão de um fenômeno altamente complexo e dinâmico. Uma dessas discussões concentra-se no termo “raça” e seu uso no corpo legislativo interno e internacional. Pergunta-se, se faz sentido banir da esfera legal, ou seja, suprimir essa palavra das constituições, convenções e qualquer outra norma que dela se utilize expressamente? Esse é o tema central da presente contribuição, cujo objetivo principal se restringe ao oferecer algumas informações elementares sobre uma controvérsia atualmente em andamento em vários países.

Embora (ainda) não pareça ter chegado ao Brasil, é preciso lembrar de que sua ordem jurídica utiliza igualmente com certa frequência o termo em comento. Basta citar a Constituição Federal (CF) de 1988, cujo Artigo 3º, IV obriga o Estado brasileiro a “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como os Artigos 4º, VIII e 5º XLII da CF repudiam o racismo e exigem a sua criminalização por legislação infraconstitucional, feita, por exemplo, pela Lei N° 7.716.de 1989. Portanto, não há dúvidas que a Magna Carta brasileira usa o termo “raça” com intuito antirracista.

O mesmo vale para quase para todas as constitucionais adotadas após a SGM, influenciadas pela Carta da ONU, de 1945, pelo posterior surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, last but not least, pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR), de 1965. Qual seria o problema então com o termo “raça” na esfera jurídica, evidentemente, cheia de boas intenções?

De forma sucinta, pode se constatar que há um crescente número de acadêmicos, ativistas e políticos alertando que o referido termo exprime a noção racista da existência de “raças humanas”, o que não apenas reproduziria e reforçaria, involuntariamente, um abominável construto ideológico, mas também autorizaria e legitimaria

a utilização da categoria “raça” pelos três poderes do Estado, que, mesmo querendo enfrentar a existente discriminação racista, acabariam por “racializar” a sociedade – criando diversas forças centrifugais que geram outros conflitos e mal entendimentos. Munidos de entendimento diverso quanto à utilização do termo, outros alertam que “raça” é uma categoria fictícia e real ao mesmo tempo. Pois, é também fato que muitas pessoas se autodefinem por sua “raça”. Para eles, colocar em xeque tal condição implicaria em negar, senão agredir, a sua própria identidade e dignidade. No mais, sustentam que “raça” seja um conceito chave para a implementação de ações afirmativas que aspiram enfrentar injustiças históricas e desigualdades sociais. Como veremos ainda, outros discordam da correlação de dependência entre o termo “raça” e a implementação de políticas públicas compensatórias, e apesar de reconhecer a necessidade destas, as pretendem realizar a partir de um direito pós-categorial (“beyond categories”).

Seja como for, certo é que inexistem verdades intersubjetivas e que as discussões sobre “raça” e racismo sempre ocorrem em determinados contextos culturais, históricos e socioeconômicos, razão pela qual parece difícil transferir, sem olhar crítico, um argumento aparentemente válido em certo país para outro. Mesmo assim, é de grande importância se abrir para uma controvérsia difícil de decifrar sem conhecimento histórico daquelas ocorrências racistas que enfim resultaram na adoção da famosa cláusula padrão, contida em numerosas constituições e convenções, que exige respeito a todas e todos “sem distinção de raça”.

Diante disso, o presente artigo pretende jogar alguma luz à problemática acima esboçada para assim fazer uma modesta contribuição a uma complexa discussão impossível de se esgotar em poucas páginas. Para tanto, demonstrará, após uma breve introdução às noções da “raça” e “racismo” sob perspectiva histórica e interdisciplinar (2.), como o Direito Internacional Público acabou por incorporar o primeiro termo com certa “naturalidade” e até inocuidade, promovendo sua propagação para outras esferas jurídicas (3.), o que, por sua vez, facilita expor a atual discussão internacional sobre a abolição do termo “raça” a partir de alguns exemplos concretos (4.).

2. Breve história das noções de “raça” e racismo

Existe desde a SGM uma discussão acadêmica ampla sobre a adequada conceituação do multifacetado fenômeno de “racismo” que reúne pesquisadores das mais diversas disciplinas científicas². Dependendo da perspectiva e definição adotada, assim como do interesse em mergulhar na história da humanidade, é possível identificar ideias e práticas racistas desde o surgimento das primeiras civilizações modernas (EZE, 1997, p. 3). No entanto, no que se refere ao pensamento e discurso moderno sobre “raças humanas”, essa história se desdobra em torno do século XVIII, mais precisamente, na Europa, durante o Iluminismo. Relacionado, sobretudo, com ideias, propostas e conquistas progressivas e de grande importância para a humanidade como todo, entre outras, as primeiras declarações de direitos humanos, é muitas vezes esquecido o fato de que essa época possuía também vários lados sombrios.

2.1. Origens históricas do pensamento em “Raças Humanas”

Pertencem aos mencionados lados sombrios do iluminismo os primeiros esforços intelectuais para classificar a humanidade em diversas “raças”³. O motivo para tais classificações dessas “descobertas” foram geradas pelo projeto colonial europeu. Iniciado no século XV, pelas primeiras grandes expedições ao longo das costas africanas, este projeto tinha entrado numa nova dinâmica a partir do

² A primeira definição foi lançada pela antropóloga *Ruth Benedict* (1887-1948) no seu livro *Race – Science and Politics* (1940). Para a norte-americana, racismo pode ser somente compreendido como fenômeno histórico e, portanto, produto de cultura. Na sua conceituação, trata-se de um dogma partindo da hipótese de que há grupos étnicos de diferente valência e que os considerados como “superiores” seriam responsáveis pelo progresso da humanidade, destarte, legitimados a supressão e até extinção de “outras raças”.

³ Pouco se sabe sobre a origem etimológica do termo que tem raízes no árabe “raz” (cabeça, líder, origem) e no latim “radix” (raíz). No que se refere aos idiomas românicos, começa a surgir a partir do século XIII (“razza” em italiano; “raza” em espanhol; “race” em francês). Na língua inglesa (“race”), é utilizada com maior frequência desde o século XVI (SOMMER, 1984, p. 137).

advento dos europeus no “Novo Mundo”⁴, à época já habitado por várias civilizações ainda desconhecidas por eles, cujos povos foram logo denominados “índios”. As descobertas deram início à instalação de um sistema de exploração à bruta pelo “homem branco”, cujas principais características eram a expropriação dos povos estrangeiros das suas terras ancestrais, mediante cristianização, extinção ou escravização; e, enfim, o tráfico transatlântico de milhões de escravos negros (1501-1866) – inicialmente, com a benção da Santa Sé em Roma, mais tarde, em nome de uma suposta missão civilizatória dos países europeus, católicos ou não (GÖCKE, 2016, p. 30). Ao passo que foram assim impostas as bases socioeconômicas e culturais do domínio de diversos poderes ocidentais sobre esses seres humanos e as suas terras, o crescente intercâmbio entre os continentes fez com que vários eruditos europeus interessados em ciências naturais, se debruçarem sobre a enorme riqueza de espécies de plantas e animais até então desconhecidas, assim como sobre as recém-encontradas civilizações e culturas humanas. A seguir, começaram a refletir sobre seu(s) lugar(es) no mundo das coisas, tentando dar-lhes uma (na verdade, sua) ordem.

Indícios históricos dão conta de que o médico e expedicionário francês François Bernier (1620-88) foi o pioneiro em distinguir supostas raças humanas, categorizando-as a partir de diversas características físicas, como a cor de pele, estatura e fisionomia (STUURMAN, 2000, p. 1). Seu artigo sobre a Nouvelle division de la terre par les diferentes espèces ou races d’homme qui l’habitent, publicado em 1684 no *Journal de Sçavants*, logo inspirou outros autores para seguir essa “lógica”, via de regra, identificando quatro ou cinco raças humanas, comumente, a partir das cores branco, amarelo, vermelho, pardo e preto. Na longa lista de ilustres personalidades iluministas encontram-se, a título de exemplo, o biólogo Carlos Lineu (1707-78) e os filósofos David Hume (1711-76) e Immanuel Kant (1724-1804).

⁴ No ano desta “descoberta” por Cristóvão Colombo, em 1492, o termo “raça” foi utilizado pelo Decreto de Alhambra, também conhecido como Édito de Granada ou Édito da Expulsão, pela primeira vez com referência a população judaica forçada à conversão ou à saída do reino da Isabela I de Castelo e Fernando II de Aragão (GEULEN, 2007, p. 14).

Certo é que estes eruditos ainda não possuíam acesso aos reconhecimentos da ciência moderna, em particular, genética, razão pela qual é preciso criticá-los com certa cautela. No entanto, no que se refere à utilização de presumíveis cores de pele para assim categorizar seres humanos, tratou-se, desde o início, de um esforço perigosamente simplificador⁵, agravado pelo “pecado original” de usar tais categorizações para hierarquizar a humanidade em diferentes “raças” pela atribuição de supostas condições ou características coletivas, sobretudo, biológicas, estéticas ou morais. Carlos Lineu, por exemplo, qualificou o temperamento dos africanos como “maldoso” e “preguiçoso” (ZERGER, 1997, p. 20). O resultado de tais insinuações não era apenas a (re)⁶produção de estereótipos preconceituosos, mas a negação da individualidade e igualdade dos “outros”, (re)legitimando práticas discriminadoras e escravagistas.

Jamais houve verdadeiro fundamento científico capaz de justificar quaisquer dessas hipóteses e manobras pseudocientíficas, que partiram da noção de si mesmo como “pessoa do bem”, no topo de uma fictícia pirâmide de “raças humanas”. Em outras palavras, era, desde o início, um ato hipócrita e imoral, fundado na construção da superioridade do próprio grupo (europeu e dominante), a fim de explicar a inferioridade dos “outros”, por, supostamente, serem acometidos de aberrações ou deficiências, impedindo seu trato como igual. Foi justamente essa a “lógica” cristã e eurocêntrica que, enfim, serviu para justificar e manter durante tanto tempo o projeto colonial e a supressão dos “não civilizados”, inclusive, das primeiras declarações de direitos humanos bem como de diversos outros diplomas legais daquele tempo.

Portanto, é preciso constatar que o iluminismo foi muito mais do que simplesmente o berço da noção de “raças humanas”. Querendo ou não, deu importantes argumentos àquelas que eram econômica e

⁵Embora evidente, seja lembrado o fato de que tal distinção não é minimamente capaz de capturar a diversidade humana. Além disso, já se sabia que o “homem branco” não é exatamente branco, nem o “homem vermelho” pouco vermelho, assim como é difícil encontrar pessoas verdadeiramente amarelas ou pretas.

⁶ Usa-se aqui o prefixo “re” para ideologias e praxe racistas que se reforçaram mutuamente em um processo histórico complexo (HENSEL, 2013, p. 278).

politicamente interessados em legitimar e legalizar as terríveis crueldades e injustiças coloniais, deixando milhões de seres humanos inferiorizados, humilhados e massacrados, tratando-os como “selvagens” ou “primitivos” e, posteriormente, como “degenerados”.

2.2. Racismo Biológico

No fim do século XIX, o colonialismo culminou no Imperialismo (1880-1918) que também marca o início de uma nova etapa na história do racismo. Resumindo-se na corrida dos países ocidentais por matéria-prima e mercados de consumidores para seus produtos industriais, os esforços imperialistas ocorreram em um contexto histórico em que vários governos coloniais haviam, ao menos, solenemente, abdicado do tráfico de escravos e da escravatura, já que, na realidade, os governantes e seu empresariado continuavam a explorar e maltratar o “não civilizado” formalmente livre e dotado de direitos humanos. Para tanto, usavam diversas técnicas de controle social para assim manter o domínio econômico e político sobre o seu corpo e a sua vida. Estas técnicas incluíram enganar povos “atrasados” em tratados enganosamente chamados de “tutela”, ou, simplesmente, “comerciais”, impondo interesses hegemônicos, enfim, fundados em conceitos jurídicos europeus que aqueles jamais tinham condição de realmente compreender. Além dessas artimanhas, caso se mostrasse oportuno, a força bruta também era utilizada em processos expropriatórios, mesmo sendo considerado ato criminoso pela jurisdição doméstica.

Nas ex-colônias que tinham se tornado formalmente independentes já no início do século XIX, a situação não era muito diferente. De fato, havia ocorrido uma mera substituição de um colonialismo externo por um colonialismo interno que deixou as estruturas hegemônicas intactas, ou seja, os grupos subalternos permaneciam oprimidos.

Neste contexto, o termo “raça” foi conceito-chave não só para legitimar e reforçar tais racismos estruturais e institucionais, mas logo se casou, selando um pacto diabólico, com uma ideologia conhecida como “darwinismo social”, que pregava a existência de lutas

permanentes entre as diferentes “raças humanas” pela sobrevivência, em que a mais forte sairia vitoriosa (LOSURDO, 2006, p. 253).

Outra vez, cientistas europeus deram apoio importante a essas ideologias racistas. As mais famosas contribuições foram estudos e publicações lançados por antropólogos e biólogos (compare BIONDI; RICKARDS, 2002, p. 357) alegando diferenças empiricamente verificáveis entre homens “brancos”, “negros” etc. com base em comparações fisionômicas e medições de cérebros – dados esses que foram logo relacionados a certas condutas “típicas”, condições e (in)capacidades.

Tais pesquisas jamais mereciam a denominação “científica”. Houve até a manipulação ativa de resultados por seus autores “brancos” que assim se relevaram como cúmplices ideológicos do “darwinismo social” (KOLLER, 2009, p. 44). Essa ideologia, embasada em interpretações abusivas da obra de Charles Darwin, abriu, junto com ideologias afins – muitas de natureza nacionalista e esotérica – o caminho para o nacional-socialismo que, para milhões de pessoas, terminou nos “campos de concentração” dos nazistas ou nos campos de batalha da SGM (1939-1945).

Registra-se, pela primeira vez, o uso deliberado do adjetivo “racista” nos anos de 1890, na França⁷, como autodenominação por grupos nacionalistas que praticavam discursos e campanhas antissemitas⁸, antiziganistas e xenofóbicas. Logo, seus adversários políticos começaram a se referir a sua ideologia como “racismo”⁹, com maior frequência, a partir dos anos 1920 (KOLLER, 2015, p. 1). Nesta década, surgiram também as primeiras obras acadêmicas críticas acerca do fenômeno, como a de Théophile Simar, sobre “Étude critique

⁷ No século XVI, o termo “*race*” ainda denominou na França a origem nobre de uma pessoa, enquanto a própria nobreza começou a assim designar a “pureza de seu sangue” (CREMER, 2009, p. 7).

⁸ Sem querer adentrar na discussão sobre a conceituação de antissemitismo e sua relação com o racismo, basta aqui esclarecer que o primeiro conceito parte da noção de que os judeus pertencem a “raça semita” e da caracterização do “povo judeu” como ameaça existencial, presumivelmente dominando o mundo.

⁹ Como se sabe, é com o sufixo -ismo que se costuma referir a ideologias, doutrinas ou vertentes espirituais na arte, ciência ou história, sendo os -istas seus (presumíveis) adeptos, defensores ou seguidores.

sur la formation de la doctrine des races au XVIII e siècle et son expansion au XIX e siècle”.¹⁰ Todavia, como se sabe, tais críticas não conseguiram impedir o avanço das ideologias social-darwinistas no cotidiano e no mundo político. Contaminando cada vez mais forte o pensamento e a convivência pacífica em diversas sociedades, não somente colocaram em xeque seus fragilizados “pactos sociais”, mas até conseguindo rompê-los.

Na Alemanha dos anos de 1930, os nacional-socialistas começaram, após a chegada no poder, a pôr em praxe a sua ideologia desumana, já esboçada por Adolf Hitler no seu livro “Minha luta”, escrito na prisão e publicado pela primeira vez em 1925. Nessa ideologia, o termo “raça ariana” refere-se aos povos nórdicos e germânicos, considerada, naquele contexto, uma “raça” supostamente superior às outras, pois mais alta, forte, inteligente etc. Como vertente das ideologias social-darwinistas, o nazismo enxerga o processo evolutivo como uma sequência de lutas entre supostas “raças” humanas em prol da sobrevivência. A “pureza da raça ariana”, predestinada a dominar o mundo, estaria em constante ameaça por parte de outras “raças”, consideradas inferiores.

Com base neste “raciocínio” foi planejada a extinção sistemática dessas outras “raças” como ato de “higiene racial” - seria um ato de autodefesa. As chamadas “leis raciais de Nuremberg”, atos legais promulgados por Adolf Hitler em 1935, tornaram a perseguição de milhões de judeus, assim como ciganos, pessoas com deficiências ou outros coletivos considerados indignos de (sobre)viver, uma obrigação legal do Estado¹¹.

Privadas dos seus direitos humanos mais fundamentais, pessoas vítimas das ideias nazistas foram cruelmente torturadas e assassinadas

¹⁰ Outra publicação importante foi de HIRSCHFELD, Magnus. *Racism*. London: Victor Gollancz, 1938.

¹¹ Foi também em 1935, em que Julian Huxley e Alfred C. Haddon concluíram na sua obra “We Europeans: A Survey of Racial Problems” que não havia provas científicas para a existência de raças humanas, razão pela qual exigiram o banimento do termo do vocabulário acadêmico.

em fábricas erigidas para esta finalidade bárbara e desumana, chamadas, pelos nazistas, “campos de concentração”¹².

2.3. *Racismo(s) sem raça(s)*

As injustiças e experiências traumáticas geradas por essa “loucura racial” motivaram, após a derrota das tropas alemães e seus aliados na SGM, um grande número de políticas públicas nacionais e internacionais para prevenir mais eficazmente tais retrocessos civilizatórios. No plano internacional, a criação da ONU e o posterior estabelecimento de diversos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, baseados nos princípios da dignidade humana e da não discriminação, foram importantes elementos desses esforços coletivos. Todavia, revelou-se difícil banir do pensamento de todas e todos a ideia poderosa da existência de raças humanas.

Tanto é assim que, mesmo após o seu doloroso desmascaramento, ainda há adeptos das ideologias nazistas e afins, abertamente defendendo o dogma da supremacia do grupo social a que pertencem. Por outro lado, fenômeno mais popular e, ao mesmo tempo, mais difícil de enfrentar, se tornou o chamado “racismo sem raças”, também denominado “racismo cultural” – em oposição ao racismo biológico – ou “neo-racismo” – em oposição ao racismo clássico (KOLLER, 2009, p. 96).

Em palavras simples, este tipo de racismo consiste na atribuição de certas características culturais a determinados grupos de pessoas. Um importante elemento desses processos difíceis de traçar é que, via de regra, “cultura” é tida como algo constante. Sendo operoso para o ser humano se “liberar”, funciona como marcador negativo de coletividades, embasado em determinados estereótipos e preconceitos, como, por exemplo: o “negro”, “indígena”, “chinês” é “assim”, gosta de fazer XY (AUMA, 2017).

Referidas atribuições culturalistas acabam por afirmar a posição dominante do próprio grupo, colocando em xeque capacidade

¹² O termo “campo de concentração”, por sua vez, não é uma inovação nazista, mas surge no século XIX em continentes diferentes para denominar campos de internação de pessoas civis.

do “outro” de se integrar às dominantes estruturas sociais. Destarte, o “racismo cultural” costuma desencadear multifacetados processos discriminatórios, às vezes mais perceptíveis, outras vezes menos. Estes processos não somente tendem a negar a individualidade do outro, praticamente “preso na sua raça”, através da criação ou afirmação de hierarquias, como também geram terríveis rotinas impregnadas de preconceitos raramente percebidas por seus sujeitos ativos. Exemplo dessa realidade ocorre no Judiciário, onde o reconhecimento de práticas discriminatórias encontra barreiras, pois colocaria em xeque sua presumível imparcialidade. Há assim um universo de condutas e opiniões racistas que dão continuidade aos legados deixados pelos mais diversos projetos coloniais ou hegemônicos, inferiorizando e excluindo os “outros” (subalternos)¹³.

Sob este prisma analítico, fica mais evidente o fato de que há uma ampla gama de racismos profundamente enraizados na maioria das sociedades ditas “modernas”. Não raramente, transformam-se, sob um prisma individual, em violência psicológica e física, massacres, genocídios e guerras. A prática chamada “racial profiling” (perfilamento racial) por agentes de segurança – classificação de pessoas como suspeitas de delinquência, sobretudo, a partir da sua cor de pele escura –, é somente um entre vários exemplos para o fenômeno que se esconde atrás de atos racistas individuais em uma violência “maior”, seja ela denominada estrutural ou institucional (WELCH, 2007, p. 276).

Outra vez, faz-se necessário observar o papel ambivalente e, em parte, contraditório da ciência moderna que não consegue se posicionar firmemente contra o uso do termo. Com o intuito de desqualificar aquele racismo científico conhecido das décadas anteriores, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) convocou, em 1949, a pedido do Conselho Econômico e

¹³ Há pesquisadores, como WACQUANT (1997, p. 230), acreditando que a “pluralidade dos racismos” atualmente discutida impede análises mais refinadas, razão pela qual propõem desistir do termo para estudar formas de “dominação racial”, inclusive, para assim se emancipar das narrativas que reduzem o racismo a um produto histórico da expansão colonial dos países ocidentais.

Social (ECOSOC) da ONU, um grupo de especialistas¹⁴ para se manifestar sobre o assunto. Eles apresentaram, em 18 de julho de 1950, a Declaração das Raças da UNESCO,¹⁵ afirmando que todos os seres humanos pertencem “a mesma espécie” e que “nem a personalidade nem o caráter dependem da raça”. O documento não exclui a possibilidade de utilizar o termo “raça” de modo cientificamente responsável, mas reconhece o fato de que se trata, antes de tudo, de um “mito social”. Por isso, recomenda: “Os graves erros ocasionados pelo emprego da palavra “raça” na linguagem corrente tornam desejável que se renuncie completamente a esse termo quando se tratar da espécie humana e que se adote a expressão “grupo étnico”.

No entanto, vários acadêmicos envolvidos no debate se demonstraram insatisfeitos com a Declaração de 1950, considerado excessivamente político e social-construtivista. Assim foi publicada, em 8 junho de 1951, uma versão revisada da Declaração de 1950¹⁶, que retirou o citado trecho e advogou no sentido de ser mais suscetível a aplicação do termo “raça” pelas ciências naturais. As alterações provocaram a crítica de que foi relegitimado, sem motivo cogente, o pensamento acadêmico de “raças”, deixando aos seus opositores o ônus da prova para a sua inexistência, já que o próprio racismo parte da presunção da sua existência (BRATTAIN, 2007, p. 1390).

A Declaração da UNESCO sobre a (sic!) Raça e os Preconceitos Raciais, de 27 de novembro de 1978, reconhece, antes de mais nada, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nasceram iguais em dignidade e direitos e todos

¹⁴ Referenciando inclusive as contribuições do antropólogo brasileiro Artur Ramos, responsável pela convocação da reunião dos peritos, e do antropólogo brasileiro Aguiar Costa Pinto Maio; Santos (2015).

¹⁵Salienta-se que a tradução pelo português com “Declaração” aparece duvidosa, pois o documento é intitulado em inglês “The Race Question”. A tradução aqui utilizada não é uma tradução oficial do documento em comento e está disponível em: http://www.achegas.net/numero/nove/decla_racas_09.htm (acessado em 29/09/2020).

¹⁶ O documento não parece estar disponível em português e é intitulado, em inglês, Statement on the Nature of Race and Race Differences. Disponível em: http://www.honestthinking.org/en/unesco/UNESCO.1951.Statement_on_Race.htm (acessado em: 29/09/2020).

formam parte integrante da humanidade”¹⁷. Além de outros méritos, trata-se de um dos poucos documentos internacionais, contendo uma definição de racismo¹⁸. Contudo, foi somente na Conferência da UNESCO contra Racismo, Violência e Discriminação, de 9 de junho de 1995, que um grupo de trabalho considerou o uso acadêmico do conceito “raça” como “complemente obsoleto”. Não obstante, a descrita controvérsia acadêmica não parou (JORDE; WOODING, 2004: 28; BAKER et al., 2017, p. 1572) e parece ser bem resumido por Yudell et al (2016, p. 564), que, referindo-se à utilização da categoria “raça” pelas ciências genéticas, a avaliam como “no mínimo problemático, na pior hipótese, nocivo”¹⁹.

De fato, é necessário levar em consideração não somente a(s) história(s) do termo “raça” e do(s) racismo(s) e seu enfrentamento, mas, também estes novos reconhecimentos ou desdobramentos científicos e culturais quando deliberando sobre o seu banimento da esfera jurídica.

3. “Raça” no Direito Internacional Público

A história da inserção do termo “raça” nos modernos diplomas legais, que objetivam repudiar e reprimir atos racistas inicia-se com a adoção da Carta da ONU, em 26 de junho de 1945. Nela, surge pela primeira vez a famosa fórmula “sem distinção de raça”, que logo virou

¹⁷ Art. 1º da Declaração sobre Raça e Preconceitos Raciais, de 27 de novembro de 1978.

¹⁸Ibid., Art. 2º, 2: “O racismo engloba ideologias racistas, atitudes motivadas por preconceitos raciais, comportamentos discriminatórios, disposições estruturais e práticas institucionalizadas causadoras de desigualdade racial, bem como a noção falaciosa de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se através de disposições discriminatórias na legislação e regulamentos, bem como de convicções e atos antissociais; compromete o desenvolvimento das suas vítimas, perverte quem o pratica, divide internamente as nações, impede a cooperação internacional e dá origem a tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, consequentemente, perturba seriamente a paz e a segurança internacionais.”

¹⁹Tradução nossa de “We believe the use of biological concepts of race in human genetic research – so disputed and so mired in confusion- is problematic at best and harmful at worst (YUDELL et al., 2016, p 564).

uma cláusula padrão universalmente proliferada e incorporada tanto em convenções de direitos humanos quanto em constituições de Estados. Como isso, o termo parece ter ganhado uma nova “roupagem”, ou, simplesmente, outra chance, agora fazendo formalmente parte do projeto de direitos humanos, em contexto positivamente conotado. Talvez a mais expressiva manifestação desta inconsciente (re)valorização do termo “raça” foi a construção de políticas públicas, embasadas nessa poderosa ficção para compensar, por cotas e outras medidas, as injustiças históricas e atuais. Como veremos, essa reviravolta epistemológica trouxe uma nova racialização, que é igualmente um assunto importante na discussão sobre o banimento deste termo dos vigentes diplomas legais.

3.1. “Sem Distinção De Raça” como cláusula padrão

Após a SGM, pretendia-se desmascarar e repudiar o racismo como ideologia absolutamente incompatível com os valores de uma humanidade que queria viver em paz e com respeito mútuo, reconhecendo a necessidade de cooperar para assim alcançar o bem-estar e a igualdade de todas e todos. Antes de tudo, tinha-se em mente enfrentar as doutrinas de superioridade racial, bem como as teorias pseudocientíficas articuladas para seu suporte (BRATTAIN, 2007, p. 1387).

No plano universal, a primeira oportunidade de tornar o assunto um tema permanente na agenda internacional foram as negociações referentes ao tratado-fundador da nova organização mundial, a ONU. Percebido como documento com potencial de servir como “constituição mundial”, boa parte da Carta da ONU foi objeto de tensas discussões entre os 50 Estados reunidos na Conferência de São Francisco (EUA), iniciada em 25 de abril de 1945²⁰.

Dentre as controvérsias, destaca-se a inclusão do tema dos direitos humanos na Carta. Vários Estados queriam deixar a discussão para um momento posterior, alegando a necessidade de primeiro

²⁰ Excluídos foram aqueles Estados que a Carta da ONU denomina até hoje “Estados inimigos”, pois responsáveis pela Segunda Guerra Mundial (veja, p.ex., Art. 107), assim como aqueles Estados sob domínio colonial.

formar um consenso universal sobre o conteúdo exato dessas garantias fundamentais. O fato é que a insistência de alguns países, inclusive, sul-americanos, houve a inclusão do tema na Carta, resultando na famosa cláusula contida no Artigo 1º, 3º, que estabelece como finalidade da ONU promover o respeito aos direitos humanos “sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (Arend; Riedel, 2012, p. 1882)²¹. Esta cláusula é repetida em outros Artigos da Magna Carta da organização mundial, a exemplo do Artigo 55, que serviu como base legal para o estabelecimento da Comissão de Direitos Humanos, responsável pela elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948²².

Ao contrário do termo “raça”, o termo “racismo” não ingressou em nenhum dispositivo da Carta da ONU, nem para repudiá-lo de modo genérico. Ao invés disso, toda atenção é direcionada ao conceito da “discriminação racial”, sendo o termo “raça” um elemento aparentemente indispensável nele. Embora se deva considerar que, em retrospectiva, é difícil de entender a inserção deste termo, histórica e ideologicamente impregnado nesta cláusula antidiscriminadora, a qual não foi submetida a uma avaliação crítica. Acrescido a isto, uma relevante parte da ciência não queria abdicar do seu uso para fins analíticos. Sua utilização era comum e onipresente, quase tido como “natural”, nos discursos e encontros que acompanhavam as negociações em São Francisco.

Também não foi por acaso que o fenômeno do racismo não foi problematizado de forma mais ampla e direta durante as negociações da Carta da ONU. A discussão naquela oportunidade teria provocado morosas controvérsias sobre a sua conceituação, além do fato de não poder se esquivar do enfrentamento dos denominados racismos institucionais, praticados por vários Estados membros da ONU. Nos Estados Unidos, por exemplo, a chamada segregação racial ainda era

²¹ O Estatuto da Liga das Nações, antecessora da ONU, ainda excluía qualquer referência a igualdade religiosa e racial (WEIWEI, 2004, p. 5).

²² Ver Art. 13, 1, b; Art. 55, c e 76, c da Carta da ONU, de 26 de junho de 1945.

lei²³ e na África do Sul, o racismo deixado pelo colonialismo estava gerando um regime ditatorial de apartheid²⁴ que sequer intencionava apoiar a DUDH.

Ocorreu, então, que a clausula inserida na Carta da ONU foi logo reproduzida pelas Declarações Americana e Universal dos Direitos Humanos, de 1948²⁵, assim como pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950²⁶. Nos últimos dois documentos foi ainda inserido, ao lado do termo “raça” o substantivo “cor”, com a finalidade de assim ampliar o rol dos critérios para identificar a discriminação racial (THORNBERRY, 2016, p. 21).

3.2. A CEDR

Enquanto se demonstrou difícil chegar a um consenso na ONU sobre uma convenção genérica sobre direitos humanos, para assim transformar o conteúdo da DUDH em obrigações vinculantes para todos os Estados, o racismo e a discriminação racial se tornaram temas centrais na agenda política da organização mundial. Após fortes pressões de movimentos sociais, provenientes de processos de descolonização e emancipação em várias partes do mundo, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1963, uma Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Em 21 de dezembro de 1965, a Declaração foi transformada na Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CEDR). Dando continuidade aos esforços de

²³ As “Leis de Jim Crow” foram leis estaduais e locais que, aplicadas entre 1877 e 1964, impunham a [segregação racial](#) no sul dos EUA (FREMONT, 2015).

²⁴ O crime de apartheid foi enfim definido como crime contra a humanidade no âmbito do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998 (Art.º 7), embasando-se no Art. 2º da Convenção sobre a Supressão e Punição do Crime de Apartheid, de 30 de novembro de 1973.

²⁵ Art. II da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948; Art. II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

²⁶ Art. 14 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950.

enfrentar o racismo sem se intrometer na discussão sobre o conceito, a CEDR define no seu Artigo 1º como “discriminação racial”

qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Para absorver as críticas, em particular, referentes à utilização do termo “raça”, a convenção condena, no seu Preâmbulo, o “colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação que o acompanham”, enfatizando que “todas as doutrinas de superioridade fundamentadas em diferenças raciais são cientificamente falsas, moralmente condenáveis, socialmente injustas e perigosas e que não existe justificativa, onde quer que seja, para a discriminação racial, nem na teoria e tampouco na prática”²⁷. Com isso, a própria CEDR reconhece as raízes racistas do termo “raça” e seus terríveis desdobramentos históricos. Apesar do texto preambular, que tem a função de sinalizar quanto aos cuidados que se deve dispensar ao eventual uso do termo, não desiste da utilização dele, assim dando ao preâmbulo a função de um “sinal de aviso”, do tipo “Cuidado com essa palavra!”.

Ao mesmo tempo, a CEDR não esclarece o que se entende por “raça”, dificultando a identificação de uma discriminação em virtude dessa condição (BRADLEY, 2019, p. 21). Ao invés disso, autoriza e legitima o uso jurídico do termo “raça”, supostamente indispensável para estigmatizar discriminação racista (LIEBSCHER et al., 2012, p. 206). Não considera a ficção da existência de raças humanas como causa ou raiz do problema, mas o ódio contra “outras raças”. Querendo ou não, a CEDR, da forma posta, se arrisca a reforçar processos de racialização, a exemplo, das ações afirmativas que, ao pretenderem promover determinados grupos sociais, faze-os enquadrar-se em certa

²⁷ O Preâmbulo da Declaração de 1963 contém cláusula semelhante.

categoria racial (“parda”, “negra”, etc.) para assim obter a proteção ou o benefício desejado.

Aparentemente, essa solução não é satisfatória, mas foi vista como preferível, em especial, considerando o fato de que não se costuma usar aspas (“raça”) ou letras em itálico (raça) em normas jurídicas para assim assinalar certo distanciamento do termo. No mais, a definição de “discriminação racial” da CEDR contém amplo rol taxativo de condições proibidas como critérios para justificar qualquer tratamento desigual, dando aos intérpretes uma série de possibilidades de evitar um referenciamento direto ao termo “raça” (GAREIS, VARWICK, 2014, p. 193). Destarte, deixa aberto o âmbito de proteção da Convenção para poder capturar novas formas de discriminação racista.

Nos anos seguintes após a aprovação da CEDR em 1965, outras convenções de direitos humanos surgiram, todas contendo cláusulas de antidiscriminação que se embasam nos termos “raça” e “cor”. Exemplos ilustres são os dois Pactos Internacionais de 1966, sobre Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁸, assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969²⁹. Nessa altura, tornou-se cada vez mais inevitável para os órgãos internacionais de monitoramento responder à questão de como iriam enfim interpretar o termo “raça” para identificar atos de discriminação racial. A solução encontrada pelo Comitê da CEDR foi tratar “raça” utilizando-se do critério de autoclassificação das (supostas) vítimas de tais violações de direitos humanos (CERD, 1990). Mediante esse posicionamento hermenêutico, liberou-se do problema de definir o que se entende por “raça”, podendo citar como vantagem desta subjetivação a necessidade de submeter o termo a uma interpretação dinâmica *pro homine*³⁰.

²⁸Art. 2º, 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966; Art. 2º, 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966.

²⁹Art. 1º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

³⁰A interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo (RAMOS, 2018, p. 115).

Este posicionamento que, *prima facie*, parece ser uma solução razoável, revela, criticamente analisando, uma série de problemas. Um deles é o fato de que as piores formas de discriminação repousam sobre atribuições feitas por terceiros, como demonstra a própria história da discriminação racial (KÄLIN; KÜNZLI, 2009, p. 368). Outro argumento crítico refere-se à figura interpretativa de autoenquadramento (*embodiment*) no contexto de ações afirmativas: há quem faz parte do seu público-alvo, mas considera “cotas raciais” como incompatíveis com sua própria dignidade, pois “essencializar” a “raça”, portanto, inferioriza as capacidades e necessidades individuais (BLANK et al., 2004, p. 27). No mais, a falta de critérios suficientemente objetivos para, enfim, identificar quem tem direito aquele status, muitas vezes, depreciado por outros, como “racismo legal”, gera, às vezes, sérios problemas na praxe, por exemplo, quando outros candidatos recorrem contra o ato de autoenquadramento de um/a concorrente, acusando-o/a de fraudar o sistema cotista.

Em resumo, chega-se também no mundo jurídico cada vez mais a conclusão de que é, de fato, desejável abandonar a dependência da trajetória (*path dependence*) do termo “raça”, criada após a SGM. Pergunta-se, porém, como conferir proteção “pós-categorial” contra discriminação racista, em especial, diante a inexistência de uma definição jurídica do termo “racismo” universalmente aceita. Vale lembrar que a definição do racismo contida³¹ na Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 5 de junho de 2013, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 conta, até agora, com seis Estados, inclusive a República Federativa do Brasil, é uma conquista recente e geograficamente limitada, porém, não abdica o termo “raça”³².

³¹ Art. 1º, 4 da citada Convenção estipula: “Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial”.

³²De acordo com o status de ratificação promulgado pela OEA, depositaram além do Brasil Antígua e Costa Rica, Ecuador, México e Uruguay os respectivos diplomas. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_a-68_racism_signatories.asp (acessado em 06/08/2021).

4. A atual Discussão sobre a substituição so termo “Raça” do Direito Constitucional Comparado

Há vários exemplos de Estados que resolveram banir o termo “raça” das suas constituições e/ou legislações inferiores. Embora a discussão não esteja restrita ao continente europeu, os principais exemplos são de lá.

Impulso importante foi dado pela Diretiva N° 43/2000 do Conselho da União Europeia, de 29 de junho de 2000, que “aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica”. Seu embasamento jurídico é o Artigo 13 do Tratado da União Europeia (“Tratado de Amsterdã”), de 2 de outubro de 1997, que se refere à “raça” e “origem étnica” como condições, proibindo qualquer tratamento desigual³³. Na época da negociação do tratado, ainda não houve uma discussão crítica e mais profunda sobre estes termos. No entanto, essa situação começou a mudar por ocasião das consultas sobre a citada diretiva (TYSON, 2001, p. 201), que, entre outras dinâmicas, ocorreram paralelamente às deliberações da constituinte finlandesa sobre uma nova Magna Carta.

Aprovada em 11 de junho de 1999, a atual constituição finlandesa contém uma cláusula de não discriminação que renuncia ao uso do termo “raça”, com o termo “origem” como critério de distinção proibida³⁴. Foi considerado por muitos como um bom exemplo a ser seguido pela União Europeia e seus Estados membros. A sua entrada em vigor se deu em 1 de março de 2000, poucas semanas antes da aprovação da Diretiva N° 43/2000. Diante dessas deliberações foi acordado o seguinte meio-termo entre os Estados envolvidos, repetindo a técnica – e, destarte, também o dilema – da CEDR: a diretiva usa sim

³³ Basta aqui anotar brevemente que “origem étnica” se trata de um termo igualmente controverso por ser também suscetível para atribuições racistas (CREMER, 2009, p. 5).

³⁴ The Constitution of Finland, 11 June 1999, Section 6, parágrafo2º: “No one shall, without an acceptable reason, be treated differently from other persons on the ground of sex, age, origin, language, religion, conviction, opinion, health, disability or other reason that concerns his or her person” (MINISTRY OF JUSTICE, FINLAND, 2018, p. 2).

o termo “raça” nos seus dispositivos, mas traz no seu preâmbulo a conhecida advertência de que “A União Europeia rejeita as teorias que tentam provar a existência de raças humanas separadas, pelo que a utilização do termo «origem racial» na presente diretiva não implica a aceitação de tais teorias”³⁵ (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2000, p. 22).

Ocorreu, então, que a Finlândia optou por implementar o ato legal europeu, em virtude da sua decisão de banir o termo “raça” da ordem jurídica, sem nenhuma referência a este termo. A Áustria, a Noruega e a Suécia fizeram o mesmo (CREMER, 2009, p. 11-12; NORWAY, 2006). Assim, iniciaram-se discussões sobre o banimento do termo da esfera jurídica em cada vez mais países europeus. Na Alemanha, a título de exemplo, o Instituto Alemão de Direitos Humanos apresentou em 2009 uma proposta de alteração da Lei Básica que, porém, continua sendo discutida pelo parlamento (CREMER, 2010, p. 3; PRANTL, 2020). O legislador belga, de modo diferente, optou por implementar a diretiva europeia referindo-se, por sua vez, à “fictícia raça” (THÜSING, 2020).

Recentemente, a constituinte francesa retirou o termo “raça” da Constituição da Grande Nation. O ex-presidente François Hollande tinha prometido na sua campanha eleitoral, de 2012, de bani-lo daquela cláusula que originou da Constituição provisória de 1946³⁶ (MOHDIN, 2018). A proposta foi, enfim, aceita pelo referido órgão em 12 de julho de 2018 (FASSASSI, 2018). Desde então, a Magna Carta francesa garante igualdade perante a lei “somente” sem distinção de sexo, origem ou religião.

O fato é que o celebrado ato foi também acompanhado de severas críticas por parte da academia e da sociedade civil. Como não houve a inserção de um conceito substituto na Magna Carta, ela se cala efetivamente sobre racismo e discriminação racista. Diante disso,

³⁵ Técnica essa que é seguida pelo Art. 1º, 4 da supracitada Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 5 de junho de 2013.

³⁶ Na França, o primeiro ato legal utilizando explicitamente o termo “raça” foi o Decreto-lei de *Marchandeu*, de 21 de abril de 1939. Objetivando a proibir a difamação de pessoas para motivos de origem, raça ou religião, já foi revogada em 1940 após a chegada no poder do regime de Vichy (FASSISSI, 2018).

representantes de vários movimentos sociais temem, como consequência do silêncio constitucional, se tornarem vítimas “invisíveis” e desconsideradas em pesquisas que recolhem dados sobre o assunto; outros interpretaram o banimento do termo como tentativa de negar a sua identidade, (auto)definida a partir da sua “raça” (DIALLO, 2018).

Faz-se necessário, porém, registrar, que, de ponto de vista legal, a supressão do termo “raça” foi apenas parcial, já que o corpus juris do direito constitucional francês não é somente composto pelo texto da Constituição de 1958. O chamado *bloc de constitutionnalité* – também conhecido no direito constitucional brasileiro – abrange uma série de outros diplomas, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preambulo da Constituição de 1946, onde se encontra a famosa cláusula padrão que repudia qualquer distinção por motivos de “raça” (FASSINI, 2018). Além disso, a França, como vários outros Estados, é signatária de numerosas convenções de direitos humanos que se referem à “raça”, e suscitam diversas perguntas quanto à implementação e interpretação das obrigações decorrentes delas. A CEDR e Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, são somente dois entre vários exemplos.

Portanto, observa-se que apesar da abolição do termo “raça” de determinada norma pode gerar preocupações em certos segmentos da sociedade que precisam ser levadas em consideração com devida seriedade, pode, por outro lado, se revelar como um ato meramente simbólico, caso não seja apoiado por outras medidas que proporcionem transformações mais profundas de enfrentamento ao racismo.

Considerações Finais

A discussão internacional sobre a abolição do termo “raça” dos diplomas legais ressalva a necessidade de se engajar, de forma mais crítica, com a trajetória do termo e as consequências da sua aplicação e interpretação por órgãos nacionais ou internacionais. Isto vale também para o Brasil, cuja Constituição e legislação inferior também utilizam esse termo essencialmente racista, inclusive, sem esclarecer, o que se entende por racismo. Como vimos, essa situação é cada vez

mais considerada insatisfatória, mas reflete o status quo em muitos Estados, razão pela qual alguns legisladores enfim optaram por sua retirada, assim estimulando discussões em outros países.

O desafio central reside em encontrar uma solução que realmente fortalece o combate ao racismo como flagelo da humanidade. De fato, existem uma série de opções para se distanciar melhor do legado sombrio do termo “raça”, até hoje, responsável, por tanta violência e discriminação. Uma delas é a abolição do termo sem a sua substituição, seguindo o exemplo francês; a outra é a sua troca pelo termo “origem”, seguindo o exemplo finlandês. A Bélgica, por sua vez, antepôs ao termo “raça” o atributo “fictício”, assim marcando melhor a falsidade da ideia da existência de diferentes raças humanas. Enfim, há várias outras opções, embora nenhuma delas seja absolutamente capaz de convencer todos e todas. Será necessário estudar cuidadosamente os impactos das referidas mudanças legislativas e, no mais, levar em consideração a possibilidade de enfim definir legalmente o racismo com aquela flexibilidade que caracteriza esse fenômeno. Um exemplo para tal definição oferece a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, de 2013.

Essa convenção já foi ratificada pelo Brasil e outros países latino-americanos, onde a discussão sobre a abolição e substituição do termo “raça” ainda não ganhou muita força e atenção. Com certeza, há outras prioridades no combate ao racismo nesses países até hoje marcados pelas consequências do colonialismo europeu. Por isso, o Brasil e seus Estados vizinhos precisam se conscientizar por suas próprias particularidades, quando conduzem as discussões sobre a “raça” e o racismo. Além do risco de fazer isso em momentos em que não haja uma conjuntura política para fazer isso de modo responsável, outro é “cair” em certo eurocentrismo gerado pela importação inócua dos argumentos atualmente lançados no “velho continente”, assim, curvando-se, implicitamente, mais uma vez à lógica do “atraso”.

Por isso, a discussão sobre uma possível emenda da CF precisa interagir com as experiências, (sub)identidades e realidades particularmente brasileiras e latino-americanos, com o intuito de criar uma visão construtiva e, ao mesmo tempo, realista para o futuro - por

um lado, honestamente reconhecendo o tamanho gigantesco do problema, ao mesmo tempo criando um espírito positivo e de solidariedade que gera uma maior aceitação e compreensão por aquelas políticas públicas destinadas para reduzir as injustiças históricas e sociais geradas pela situação de (pós-)colonialidade em que o Brasil se encontra, seja no setor público³⁷ ou no setor privado³⁸.

Reconhecendo a complexidade do tema, o objeto do presente artigo resumiu-se, deliberadamente, em introduzir aos fundamentos da discussão sobre a abolição do termo “raça” da esfera legal, para ensejar algumas reflexões críticas acerca da sua relevância e importância no contexto latino-americano, em especial, brasileiro.

Referências

AREND, Jan-Michel; RIEDEL, Eibe. Article 12. In: SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations – A Commentary*. 3rd ed., Oxford/New York: Oxford University Press, 2012.

AUMA, Maureen Maisha. *Rassismus? Bundeszentrale für politische Bildung*, 8 de dezembro de 2015, LizenzCC BY-NC-ND3.0 DE, de 30 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/dossier-migration/223738/rassismus>. Acesso em: 25 set. 2020.

BAKER, Jennifer L.; ROTIMI, Charles N.; SHRINER, Daniel. Human ancestry correlates with language and reveals that race is not an objective genomic classifier. *Scientific Reports*, v. 5, n. 1572, p. 1-10, 2017.

BENEDICT, Ruth. *Race – Science and Politics*. New York: Viking Press, 1940.

BIONDI, Gianfranco; RICKARDS, Olga. The Scientific Fallacy of the Human Biological Concept of Race. *Mankind Quarterly*, v. 42, n. 4, p. 355-388, 2002.

³⁷ Por exemplo, no judiciário brasileiro, ainda não há cotas raciais” que garantiam uma maior diversidade entre as/os magistrados/as, cota essa talvez até capaz de impactar nas decisões proferidas por este importante poder.

³⁸ Basta aqui lembrar do caso do João Aberto, linchado por forças de segurança privada num supermercado em Porto Alegre, em novembro de 2020. Ao mesmo tempo é triste observar que a quantidade da criminalidade racista chegou a uma altura que é processada somente alguns poucos casos emblemáticos pela mídia. Destarte fogem do conhecimento do povo brasileiro.

BLANK, Rebecca M.; DABADY, Marilyn; CITRO, Constance F (eds.) *Measuring Racial Discrimination*. Washington D.C., National Academies Press, 2004.

BRADLEY, Anna Spain. *Human Rights Racism*. Harvard Human Rights Journal, v. 32, p. 1-58, 2019.

BRATTAIN, Michelle. *Race, Racism, and Antiracism: UNESCO and the Politics of Presenting Science to the Postwar Public*. The American Historical Review, v. 112, n. 5, p. 1386-1413, 2007.

BRASIL. Lei N° 7.716, de 5 de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Committee on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD), General recommendation VIII concerning the interpretation and application of article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention, 1990.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000. *Journal Oficial das Comunidades Europeias*, L180/22, de 19 de julho de 2000, p. 22-26.

CREMER, Hendrik. „...und welcher Rasse gehören Sie an?“ – Zur Problematik des Begriffs „Rasse“ in der Gesetzgeber. Policy Paper No. 10. 2., aktualisierte Auflage. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2009.

CREMER, Hendrik. Ein Grundgesetz ohne „Rasse“ – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz. Policy Paper No. 16. 2., Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010.

DIALLO, Rokhaya. France’s dangerous move to remove ‘race’ from its constitution. *Washington Post*, 13 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/global-opinions/wp/2018/07/13/frances-dangerous-move-to-remove-race-from-its-constitution/>. Acesso em: 16 set. 2020.

EZE, Emmanuel C. *Race and the Enlightenment: A Reader*. Oxford: Backwell Publ., 1997.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

FASSASSI, Idris. Removing ‘Race’ and Adding ‘Gender’ to the French Constitution: On Constitutional Redundancy and Symbols, *ConstitutionNet*, 24 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://constitutionnet.org/news/removing-race-and-adding-gender-french-constitution-constitutional-redundancy-and-symbols>. Acesso em: 17 set. 2020.

FREMON, David K. *The Jim Crow Laws and Racism in United States History*. Berkeley: Enslow Publ., 2015.

FRY, Peter. O que a Cinderela negra tem a dizer sobre a “política racial” no Brasil. *Revista USP*, v. 28, 122-135, 1995/96.

GAREIS, Sven e VARWICK, Johannes. Die Vereinten Nationen. Aufgaben, Instrumente und Reformen. 5. Aufl. Bonn: Budrich, Opladen & Toronto, 2014.

GUILLAUMIN, Colette. “I Know It’s Not Nice, But...” The Changing Face of “Race”. In: TORRES, Rodolfo D; MIRON, Louis F; XAVIER Jonathan I. (eds.). Race, Identity and Citizenship: A Reader. Oxford: Blackwell Publ., 1999, p. 39-46.

GEULEN, Christian. Geschichte des Rassismus. München: C.H. Beck, 2007.

GÖCKE, Karin. Indigene Landrechte im internationalen Vergleich. Heidelberg: Springer, 2016.

HENSEL, Silke. Rassismus. In: HENSEL, Silke; POTTHAST, Barbara (Hg.). Das Lateinamerika-Lexikon. Wuppertal: Peter Hammer Verlag, 2013, p. 277-279.

HIRSCHFELD, Magnus. Racism. London: Victor Gollancz, 1938.

IANNI, Octavio. A metamorfose da etnia em raça. Pro-Posições, v. 14, n. 1, p. 219-226, 2004.

JORDE, Lynn B.; WOODING, Steven P. Genetic variation, classification and ‘race’. Nature Genetics, v. 36, n. 11. p. 28-33, 2004.

KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. The Law of International Human Rights Protection. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

KOLLER, Christian. Was ist eigentlich Rassismus? Bundeszentrale für politische Bildung, 8 de dezembro de 2015, Lizenz CC BY-NC-ND 3.0 DE. Disponível em: <https://www.bpb.de/politik/extremismus/rechtsextremismus/213678/was-ist-eigentlich-rassismus>. Acesso em: 18 set. 2020.

KOLLER, Christian. Rassismus. Paderborn: UTB, 2009.

LEAKEY, Richard Erskine. A origem da espécie humana. Rio de Janeiro: Rocco, 1995.

LIEBSCHER, Doris; NAGUIB, Tarek; PLÜMECKE, Tino; REMUS, Juana. Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht. Kritische Justiz, v. 45, n. 2, p. 204-218, 2012.

LOSURDO, Doménico. Contra-história do liberalismo. São Paulo: Ideias & Letras, 2006.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Antiracism and the use of science in post-World War II: An analysis of UNESCO’s first statements on race (1950 and 1951). Vibrant, v. 12, n. 2, p. 1-26, 2015.

Ministry of Justice, Finland. The Constitution of Finland, 11 June 1999 (731/1999, amendments up to 817/2018 included), Helsinki, 2018. Disponível em: <https://finlex.fi/en/laki/kaanokset/1999/en19990731.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

MODHIN, Aamma. Color blind: France replaced the word “race” with “sex” in its constitution. Quartz, 28 de junho de 2018. Disponível em: <https://qz.com/1316951/french-mps-removed-the-word-race-from-the-countrys-constitution/>. Acesso em: 19 set. 2020.

NAGUIB, Tarek. Begrifflichkeiten zum Thema Rassismus im nationalen und im internationalen Verständnis. Eine Auslegung unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts (unter Mitarbeit von Nadine Bircher und Tiziana Fuchs). Bern: Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, 2014.

NORWAY, GOVERNMENT OF. Disponível em: <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-anti-discrimination-act/id420606/>. Acesso em: 19 set. 2020.

PRANTL, Heribert. Streichen, bitte! Süddeutsche Zeitung, 13 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.sueddeutsche.de/meinung/rasse-grundgesetz-rassismus-1.4934063> (Acessado em: 18/09/2020).

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In.: LANDER, Edgardo (org.). A Colonialidade do Saber - Eurocentrismo e Ciências Sociais - Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHWARCZ, Lilian Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOMMER, Antje. Rasse. In: BRUNNER, Otto; CONZE, Werner; KOSELLEK, Reinhart (Hrsg.). Geschichtliche Grundbegriffe – Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 5, p. 137-142, 1984.

STUURMAN, Siep. François Bernier and the Invention of Racial Classification. History Workshop Journal, v. 50, p. 1-21, 2000.

THORNBERRY, Patrick. The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Oxford/New York: Oxford University Press, 2016.

THÜSING, Gregor. Was gegen Rassismus wirklich hilft? Den Begriff „Rasse im Grundgesetz zu lassen. Die Welt, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article209657827/Der-Begriff-Rasse-muss-im-Grundgesetz-bleiben.html>. Acesso em: 18 set. 2020.

TYSON, Adam. The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination. European Journal of Migration and Law, v. 3, n. 2, p. 199-229, 2001.

WACQUANT, Loic J.D. For an Analytic of Racial Domination. In: DAVIS, Diane D. (ed.), Political Power and Social Theory, vol. 11. Greenwich, Connecticut: JAI Press, 1997, p. 221-234.

WELCH, Kelly. Black Criminal Stereotypes and Racial Profiling. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, v. 23, n. 3, p. 276-288, 2007.

WEIWEI, Li. Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law. *Research Notes 03/2004*. Oslo: Norwegian Center for Human Rights – University of Oslo, 2004.

YUDELL, Michael; ROBERTS, Dorothy; DeSalle, Rob; TISHKOFF, Sarah. Taking race out off human genetics. *Science*, v. 351, n. 6273, p. 564-565, 2016.

ZERGER, Johannes. *Was ist Rassismus? Eine Einführung*. Göttingen: Lamuv Verlag, 1997.

UNA CRITICABILE SENTENZA DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Tullio Scovazzi

1. La sostanza della questione

Non è il caso di analizzare le molte questioni tecnico-giuridiche affrontate dalla Corte Internazionale di Giustizia¹ nella sentenza 3 febbraio 2012 sul caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato* (Germania c. Italia; con l'intervento della Grecia)², che è riprodotta per esteso tra i documenti allegati a questo volume³. Seguire la Corte in tutte le sue elaborazioni, che riprendono le contrapposte argomentazioni delle parti, porterebbe a smarrire la sostanza di quanto la sentenza della Corte ha alla fine legittimato: un diniego di giustizia subito da alcuni individui lesi da un grave crimine internazionale.

È meglio evitare il terreno dei tecnicismi giuridici e cercare di esporre i motivi per i quali la sentenza della Corte si contraddistingue come un travisamento della sostanza del caso, un fraintendimento delle

¹ Qui di seguito: la Corte.

² A maggior ragione non è possibile analizzare i numerosi e pregevoli commenti dottrinali che hanno approfondito tutti gli aspetti della sentenza, giungendo a divergenti valutazioni della stessa.

³ In INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 2012, p. 100.

linee evolutive del diritto internazionale generale e un'ingiustizia, non tanto nei confronti dell'Italia, quanto nei confronti di individui che, pur non potendo essendo parti del procedimento di fronte alla Corte, erano i diretti interessati alla sentenza, nella loro qualità di vittime di un crimine internazionale. Le ragioni di una così marcata valutazione negativa sono facilmente reperibili già nelle opinioni dissenzienti allegata alla sentenza⁴, che saranno qui di seguito ampiamente utilizzate.

2. Alcuni gravi crimini internazionali

Luigi Ferrini, un civile catturato nell'agosto 1944, deportato in Germania e qui costretto al lavoro forzato in stabilimenti per la fabbricazione di armi, aveva subito un trattamento che è così descritto nell'opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade:

The forced labour regime, as organized by Nazi Germany, could be equated to “enslavement”, given the presence of the elements constitutive of this crime, namely, the subjection of a part of a population of an occupied territory, in order to serve forced or compulsory labour, meant to be permanent, and undertaken in conditions similar to slavery under the heel of private persons. It was the policy of Nazi German authorities to let exhausted forced labourers die; sometimes they actively killed forced labourers when they could no longer work. Such circumstances could make their policy fall under the “enslavement” definition⁵.

Sopravvissuto, Ferrini si era rivolto ai giudici italiani per ottenere un risarcimento dalla Germania. Dopo alterne vicende, la Corte di Cassazione, con sentenza 11 marzo 2004, n. 5044⁶, aveva

⁴ Alla sentenza sono allegata le opinioni separate dei giudici Koroma, Keith e Bennouna, le opinioni dissenzienti dei giudici Cançado Trindade e Yusuf e l'opinione dissenziente del giudice *ad hoc* Gaja.

⁵ Par. 101 dell'opinione dissenziente.

⁶ Per l'analisi della giurisprudenza italiana nel suo complesso v. il contributo di BAIADA nel presente volume.

deciso che l'immunità degli Stati esteri non era assoluta e che i giudici nazionali potevano esercitare la loro giurisdizione se il giudizio verteva su crimini internazionali. In particolare, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che

il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale (...) E l'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla "sovrana uguaglianza.

Ne conseguiva che

il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi sopra ricordati, perché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece alla stregua di tali norme e principi essenziale per l'intera Comunità Internazionale. (...) E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato (...); quindi, escludendo che, in ipotesi siffatte, lo Stato possa giovare dell'immunità dalla giurisdizione straniera.

Si noti come la Corte di Cassazione ponga il problema su di un piano di gerarchia di norme, confrontando le norme di diritto internazionale sui diritti umani con le norme di diritto internazionale sull'immunità dalla giurisdizione dagli Stati esteri e attribuendo alle prime, in caso di conflitto, un rango gerarchico superiore.

L'orientamento dei giudici italiani si estendeva anche a stragi compiute dalla Germania in Stati terzi, avendo le corti italiane dato esecuzione in Italia a una sentenza greca di condanna della Germania a risarcire i danni alle vittime della strage di Distomo. I fatti sono così descritti da Sture Linnér, capo di una missione del Comitato Internazionale della Croce Rossa, arrivato nel villaggio greco di Distomo il 10 giugno 1944, subito dopo la strage:

We needed too much time to cross the broken roads and the many blockades to reach, at dawn, the central road that led to Distomo. From the edges of the road, vultures got up from low height, slowly and unwillingly, when they heard us approach. From every tree, along the road and for hundreds of metres, human bodies were hanging, stabilised with bayonets, some of whom were still alive. They were villagers who were punished in this way: they were suspected for helping the partisans of the area, who attacked an SS detachment. The smell was unbearable.

Inside the village, the fire was still burning in the ashes of the houses. Hundreds of people, of all ages, from elders to newborns were lying on the ground. They [the Nazis] had torn the uterus and removed the breasts of many women; others were lying strangled with their intestines still tied around their necks. It seemed that no one had survived⁷.

Le alterne vicende avvenute in Grecia circa la questione dell'immunità della Germania in controversie civili riguardanti stragi durante la Seconda Guerra Mondiale sono emblematiche dello stato di incertezza in cui si trovava la norma di diritto internazionale consuetudinaria applicabile in proposito.

Da una parte, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 11 del 4 maggio 2000 sul caso Prefettura di Voiotia c. Repubblica Federale di Germania⁸, adottata con la stretta maggioranza di sei voti contro cinque, aveva confermato la sentenza n. 137 del 30 ottobre 1997 della Corte di Primo Grado di Livadia, che aveva escluso l'immunità della Germania sulla base di una serie di ragioni puntualmente enunciate:

“a) When a state is in breach of peremptory rules of international law, it cannot lawfully expect to be granted

⁷ Il passo è riportato nell'opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 186.

⁸ Testo (in traduzione inglese) in *International Law Reports*, vol. 129, p. 513. Cfr. il commento alla sentenza di GAVOUNELI & BANTEKAS, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 198.

the right the right of immunity. Consequently, it is deemed to have tacitly waived such a right (constructive waiver through the operation of international law);

b) Acts of the state in breach of peremptory international law cannot qualify as sovereign act of state. In such cases the defendant state is not considered as acting within its capacity as sovereign;

c) Acts contrary to peremptory international law are null and void and cannot give rise to lawful rights, such as immunity (in application of the general principle of law *ex iniuria ius non oritur*);

d) the recognition of immunity for an act contrary to peremptory international law would amount to complicity of the national court to the promotion of an act strongly condemned by the international public order;

e) The invocation of immunity for acts committed in breach of a peremptory norm of international law would constitute abuse of right; and finally

f) Given that the principle of territorial sovereignty, as a fundamental rule of the international legal order, supersedes the principle of immunity, a state in breach of the former when in illegal occupation of foreign territory, cannot possibly invoke the principle of immunity for acts committed during such illegal military occupation”⁹.

Dall'altra parte, il ministro della Giustizia greco aveva negato l'autorizzazione all'esecuzione della sentenza della Corte di Cassazione nei confronti della Germania (proprio per questo motivo, gli aventi diritto avevano chiesto ai giudici italiani il riconoscimento della stessa e la sua esecuzione su beni della Germania situati in Italia). Inoltre, nel caso della strage avvenuta a Lidoriki, la Corte Suprema Speciale greca, con la stretta maggioranza di sei voti contro cinque, aveva riconosciuto alla Germania l'immunità dall'esecuzione

⁹ Testo (in traduzione inglese) in *Revue Hellénique de Droit International*, 1997, p. 595, con nota di GAVOUNELI, che conclude con una considerazione poi confermata dai fatti: “an excellently researched decision, prepared with sincerity and gusto, in evidence of a familiarity with international law concepts that bodes well for the future. If only it could be enforced as well...” (p. 608).

(sentenza del 17 settembre 2002)¹⁰. Va però detto che, intervenendo nel procedimento instauratosi tra Germania e Italia di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia, la Grecia aveva espresso la sua preferenza per l'orientamento che escludeva l'immunità¹¹.

Nella sentenza del 3 febbraio 2012, la Corte Internazionale di Giustizia rileva che la deportazione per lavoro forzato costituiva una grave violazione del diritto internazionale dei conflitti armati applicabile nel periodo 1943-1945 – è importante l'accertamento che la condotta della Germania fosse già illecita nel momento in cui essa era tenuta – e dimostrava un completo disprezzo di elementari considerazioni di umanità¹². La stessa conclusione valeva per i crimini subiti da altri ex-deportati, civili o militari, e da alcune vittime delle stragi di Civitella, Cornia e San Pancrazio, che, come Ferrini, avevano agito di fronte ai giudici italiani per avere una riparazione e avevano ottenuto una pronuncia favorevole.

Alla luce dei criteri enunciati nella Carta del Tribunale Militare Internazionale (Londra, 1945), conosciuto come Tribunale di Norimberga, la Corte qualifica tali condotte della Germania come rientranti sia nei crimini di guerra, sia nei crimini contro l'umanità. Tali crimini, oltre che la responsabilità personale dell'individuo, determinano anche la responsabilità dello Stato per conto del quale l'individuo abbia agito (cosiddetti crimini internazionali dello Stato)¹³.

¹⁰ Testo (in traduzione inglese) in *International Law Reports*, vol. 129, p. 525.

¹¹ “(...) the Greek Government considers that the legal analysis in the Distomo Massacre case, and the interpretation given to the development of international law, reflect a widely held view, and the emergence of a new situation in this sensitive area involving the international responsibility of the State, the individual's right to reparation for violations of international humanitarian law and State immunity. A refusal to apply *jus cogens* in the face of the rule of jurisdictional immunity of the State would in practice result in impunity for States which have committed atrocities. Such a conclusion at the present time would moreover risk jeopardizing all of the progress that has been made within the international community” (par. 63 della dichiarazione scritta della Grecia del 3 agosto 2011).

¹² Par. 52 della sentenza. È ovvio che lo stesso trattamento costituirebbe anche oggi una violazione del diritto internazionale dei conflitti armati.

¹³ Non è qui importante vedere se le deportazioni e le stragi costituissero un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità o rientrassero in entrambe le categorie.

La Germania stessa aveva ufficialmente riconosciuto, nella dichiarazione congiunta con l'Italia fatta a Trieste il 18 novembre 2008,

le gravissime sofferenze inferte agli italiani, in particolare nelle stragi, e agli ex-Internati Militari Italiani e ne conserva la memoria.

Negli anni successivi alla Seconda Guerra Mondiale, la Germania aveva adottato provvedimenti legislativi miranti a risarcire alcune delle vittime. Tuttavia, molte tra le vittime erano rimaste escluse da tali misure, per un motivo o per l'altro¹⁴.

Nel corso del procedimento di fronte alla Corte, la Germania aveva pienamente ribadito la responsabilità per i suoi gravi crimini. Per quanto vada dato merito alla Germania di dimostrare consapevolezza dei gravi illeciti compiuti nel passato¹⁵, la sua ammissione di responsabilità può giustificare una tagliente osservazione del giudice Cançado Trindade, che basta da sola a riassumere la sostanza della questione:

This being so, I wonder why Germany has not yet provided reparation to the surviving IMIs [= Italian military internees] who have not received it to date (...), instead of having brought the present case before this Court¹⁶.

3. Um diniego di giustizia

Nel caso specifico, non era in discussione l'esistenza di un illecito, ma il diritto delle vittime di rivolgersi a un giudice nazionale (il giudice civile italiano¹⁷) per ottenere una sentenza di condanna del

¹⁴ Si veda quanto è detto a proposito della legge del 2 agosto 2000 (*infra*, par. 4).

¹⁵ Altri Stati, ad esempio l'Italia, non hanno finora dimostrato un'analogia consapevolezza dei crimini compiuti.

¹⁶ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 237.

¹⁷ Nel caso specifico, esisteva un collegamento sostanziale tra la controversia e la giurisdizione italiana, essendo l'attore cittadino italiano ed essendo l'illecito

responsabile (la Germania) al risarcimento del danno. Tale diritto era messo in dubbio dalla norma di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione. Proprio la recente giurisprudenza italiana costituiva, secondo la Germania, una violazione dell'obbligo internazionale di osservare l'immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri, di cui l'Italia si era resa responsabile. Con la sentenza qui commentata, la Corte Internazionale di Giustizia, a maggioranza di dodici voti contro tre, ha fatto propria la tesi della Germania¹⁸.

La Corte fonda la sua decisione sull'importanza della norma di diritto internazionale generale sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione, vista come una manifestazione del principio della sovrana uguaglianza degli Stati, che ha carattere fondamentale nell'ordinamento internazionale¹⁹. La Corte non spiega quale collegamento vi sarebbe tra la norma e il principio. Il punto rimane, in effetti, misterioso. Se tutti gli Stati fossero tenuti a sottoporsi alla giurisdizione degli altri Stati, quale disuguaglianza vi sarebbe? Se poi l'aggettivo sovrano dovesse avere il significato di "non valutabile da un giudice", questo rifletterebbe un concetto di Stato assoluto tramontato da tempo negli ordinamenti interni, nei quali anche gli atti dello Stato sono sindacabili sul piano giuridico da un giudice (Stato di diritto).

È forte l'impressione che l'importanza della norma sull'immunità degli Stati sia sopravvalutata dalla Corte. In primo luogo – e il fatto non emerge chiaramente dalla sentenza – la norma dà luogo a incertezze circa il suo contenuto, che ha avuto molte variazioni nel corso del tempo. Lo scarso successo dei tentativi di codificazione operati con la Convenzione europea sull'immunità degli Stati (Basilea, 1972)²⁰ e con la Convenzione delle Nazioni Unite

(privazione della libertà e deportazione) iniziato in Italia. Esisteva, ovviamente, anche un collegamento sostanziale con la giurisdizione tedesca, ma l'azione che Ferrini aveva esperito in Germania non aveva portato ad alcun risultato.

¹⁸ Par. 139 (1) della sentenza.

¹⁹ Par. 57 della sentenza. Si noti che la Corte non arriva a dire che la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione ha carattere cogente. Sarebbe, infatti, ben difficile dirlo, date tutte le eccezioni che si accompagnano alla norma stessa.

²⁰ Della Convenzione sono oggi parti otto Stati.

sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni (New York, 2004)²¹ è prova dei dubbi che circondano la materia. Come segnalato dal giudice Yusuf,

Thus, although State immunity is important to the conduct of harmonious and friendly relations between States, it is not a rule of law whose coverage is well defined for all circumstances or whose consistency and stability is unimpaired²².

Immunity is not an immutable value in international law. Its adjustability to the evolution of the international society, and its flexibility, are evidenced by the number of exceptions built gradually into it over the past century, most of which reflect the growing normative weight attached to the protection of the rights of the individual against the State, be that as a private party to commercial transactions with the State or as a victim of tortious acts by State officials²³.

Se il principio della sovrana uguaglianza degli Stati è sempre lo stesso ed è così fondamentale, come si spiegano i molti cambiamenti della norma sull'immunità dalla giurisdizione, che ne sarebbe una manifestazione? La Corte non dà spiegazioni in proposito.

In realtà, benché la Corte non si soffermi su questo punto con particolare attenzione, la norma sull'immunità dalla giurisdizione, non è affatto assoluta. Come è stato rilevato, essa ha acquisito rilevanza sia per le scienze giuridiche, che per quelle casearie:

State immunity is, as a matter of fact, as full of holes as Swiss cheese²⁴.

²¹ La Convenzione, che non era in vigore al momento della sentenza della Corte, non è tuttora entrata in vigore. Cfr. PAVONI, *The Myth of the Customary Nature of the United Nations on State Immunity: Does the End Justify the Means?*, in VAN AAKEN & MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, p. 264.

²² Par. 23 dell'opinione dissenziente del giudice Yusuf.

²³ Par. 35 dell'opinione dissenziente del giudice Yusuf.

²⁴ Par. 26 dell'opinione dissenziente del giudice Yusuf. Secondo il giudice Cançado Trindade, “in any case, as such, the term ‘immunity’ has all the time meant to refer

La principale delle eccezioni, si basa sulla distinzione tra le attività nelle quali lo Stato esercita un potere sovrano (*acta iure imperii*²⁵ o di natura pubblica) e le attività aventi carattere commerciale (*acta iure gestionis* o di natura privata). A partire dalla seconda metà del XIX secolo, le corti di alcuni Stati come l'Italia e il Belgio, seguite da quelle di numerosi altri Stati, si sono rifiutate di riconoscere l'immunità a quegli Stati esteri che si dedicavano anche ad attività commerciali di solito svolte da privati, al fine di non attribuire loro un ingiusto vantaggio rispetto alle parti private. Si è così stabilita, tramite una pratica costituita soprattutto da sentenze e leggi nazionali, un'eccezione alla norma sull'immunità, nel senso che la giurisdizione può essere affermata nei confronti di uno Stato estero convenuto in giudizio in controversie aventi a oggetto transazioni commerciali²⁶. L'immunità esiste, se lo Stato fa lo Stato, cioè esercita un'attività che tipicamente è svolta dalla pubblica autorità; ma non esiste, se lo Stato fa il commerciante²⁷.

to something wholly exceptional, an exemption from jurisdiction or from execution. It was never meant to be a 'principle', nor a norm of general application" (par. 166 dell'opinione dissenziente).

²⁵ Secondo la abituale espressione latina. Sarebbe però preferibile evitare di usare una terminologia latina di incerto significato, soprattutto se riferita a una questione che ha acquisito importanza concreta migliaia di anni dopo il tramonto del latino come lingua parlata, e sforzarsi di usare i termini di una lingua corrente nel momento in cui la questione si pone.

²⁶ La sopra richiamata Convenzione del 2004 definisce una "transazione commerciale" come: "(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services; (ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction; (iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons" (art. 2, par. 1, c).

²⁷ La stessa distinzione è lungi dall'essere univoca, non essendo chiaro se sia rilevante la natura (pubblica o privata) dell'atto o il fine (pubblico o privato) che l'atto persegue. Ad esempio, un acquisto di armi da parte di uno Stato per le proprie forze armate si caratterizza per la natura privata, tipica di un contratto di compravendita, o per la natura pubblica, tipica del fine della difesa nazionale? La sopra richiamata Convenzione del 2004 dà prevalenza, sia pure con un'importante eccezione, alla natura dell'atto: "In determining whether a contract or transaction is a 'commercial

Altre eccezioni di cui si è affermata l'esistenza (e che sono riprese nella sopra richiamata Convenzione del 2004) sono date dalle controversie relative a contratti d'impiego, a lesioni personali²⁸, a danni ai beni, a diritti di proprietà, possesso o uso di beni, alla proprietà intellettuale o industriale, alla partecipazione in società o altri enti collettivi, alle navi appartenenti a uno Stato o da esso gestite. Ma non è detto che non vi siano altri buchi nel formaggio svizzero della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri.

Ad esempio, ci si può chiedere che cosa succede nel caso in cui uno Stato, invece che lo Stato o il commerciante, faccia il criminale. Se fare una guerra può essere visto – forse – come lo svolgimento di un'attività di natura pubblica, compiere crimini di guerra non lo è. Ammettere la giurisdizione nei confronti di uno Stato in una controversia relativa all'adempimento di un contratto commerciale, ma escluderla in una controversia concernente una strage di civili è, già a prima vista, un'assurdità, proprio per le differenti unità di misura impiegate nella valutazione:

In effect, to admit the removal of State immunity in the realm of trade relations, or in respect of local personal tort (e.g., in traffic accidents), and at the same time to insist on shielding States with immunity, in cases of

transaction' under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction" (art. 2, par. 2). Nella nutrita giurisprudenza in proposito, si veda, da ultimo l'ordinanza della Corte di Cassazione italiana del 16 settembre 2021, n. 25045 (in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2022, p. 271), che ha ritenuto di natura privata e non attinente all'esercizio tipico della potestà di governo un accordo intervenuto tra la Libia e un ospedale italiano, in base al quale l'ospedale si impegnava dietro corrispettivo a fornire prestazioni terapeutiche a pazienti libici.

²⁸ Pur avendo l'Italia sostenuto che i casi rilevanti per la controversia con la Germania rientrassero in tale eccezione, la Corte ha concluso che l'immunità per atti *iure imperii* copre le controversie relative a lesioni personali o danni a beni causati dalle forze armate o da altri organi dello Stato nel corso di un conflitto armato (par. 77 della sentenza). Il punto è stato oggetto di valutazione critica nell'opinione dissenziente del giudice *ad hoc* Gaja (v. *infra*, par. 6).

international crimes – marked by grave violations of human rights and of international humanitarian law – in pursuance of State (criminal) policies, in my perception amounts to a juridical absurdity²⁹.

La Corte qualifica gli atti compiuti dalla Germania come *acta iure imperii*³⁰. In realtà, l'atto criminale dello Stato non rientra nello schema alternativo *imperii / gestionis*, ma costituisce un'ipotesi a sé stante: si tratta di *delicta imperii*, se proprio si vuole parlare in latino. Come osservato dal giudice Cançado Trindade,

What is the relevance of that distinction between *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* for the consideration of the present case before the Court? None. War crimes and crimes against humanity are not to be considered *acta iure gestionis*, or else “private acts”; they are crimes. They are not to be considered *acta iure imperii* either; they are grave *delicta*, crimes³¹.

L'eventualità che uno Stato si trasformi in un criminale, in passato inconcepibile viste le prevalenti concezioni stataliste, è in armonia con l'evoluzione che ha caratterizzato il diritto internazionale a partire dalla prima metà del secolo XX ed è una conseguenza degli effetti sempre più disastrosi che i conflitti armati, voluti dagli Stati, hanno determinato a danno degli individui, indipendentemente dal fatto che questi ultimi li volessero o meno. Tale evoluzione va nella direzione di un ordinamento internazionale sempre meno fondato sul dogma della sovranità dello Stato e sempre più attento alle esigenze fondamentali degli individui e ai diritti umani che da esse derivano. Le fasi di questo fenomeno storico-giuridico sono in estrema sintesi le seguenti.

In primo luogo, si è formato e sviluppato nel diritto internazionale un insieme di norme che, in tempo di guerra, tutelano i combattenti e la popolazione civile. Un momento saliente di tale

²⁹ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 239.

³⁰ Par. 60 della sentenza.

³¹ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 177 e 178.

processo sia ha con le convenzioni di codificazione dell’Aja del 1899 e del 1907, applicabili durante la Seconda Guerra Mondiale.

In secondo luogo, con la Carta delle Nazioni Unite (San Francisco, 1945) e con l’insieme di successivi trattati relativi ai diritti umani, si è affermata l’idea che gli individui possono essere titolari di diritti nei confronti degli Stati³² e, con la già richiamata Carta del Tribunale di Norimberga, si è affermata l’idea che gli individui e, quindi, implicitamente anche gli Stati di cui tali individui sono agenti possono essere responsabili di gravi crimini che ledono altri individui (crimini di guerra, crimini contro la pace, crimini contro l’umanità).

In terzo luogo, la Convenzione sul diritto dei trattati (Vienna, 1969) ha configurato una gerarchia tra le norme di diritto internazionale, ponendo al vertice le norme imperative di diritto internazionale generale (*ius cogens*), in quanto norme che non possono subire alcuna deroga ad opera di norme di rango inferiore, e sancendo la nullità di un trattato che sia in contrasto con tali norme³³. Tra le

³² Come ha messo in luce la Corte Interamericana dei Diritti Umani, i trattati sui diritti umani segnano un mutamento qualitativo nel sistema di diritto internazionale: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (opinione consultiva del 24 settembre 1982 sull’*Effetto delle riserve sull’entrata in vigore della Convenzione Americana sui diritti umani*, par. 29).

³³ “A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character” (art. 53). La terminologia latina (*ius cogens*) appare solo nel titolo dell’art. 53 per rendere l’idea di “peremptory norm”

norme imperative vi sono quelle che tutelano i diritti umani fondamentali: nel caso specifico, la stessa Corte ipotizza che carattere imperativo abbiano le norme che vietano l’uccisione di civili nei territori occupati e la deportazione di civili o di prigionieri di guerra per lavoro forzato³⁴.

In quarto luogo, secondo l’art. 41 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato nel 2001 dalla Commissione del Diritto Internazionale³⁵, particolari conseguenze derivano da una grave violazione di un obbligo previsto da una norma imperativa del diritto internazionale generale. Nella sua opinione dissenziente, il giudice *ad hoc* Gaja argomenta che una di tali conseguenze può proprio essere il diniego dell’immunità³⁶.

(nel testo ufficiale inglese), di “norme impérative” (nel testo ufficiale francese) e di “norma imperativa” (nel testo ufficiale spagnolo).

³⁴ Par. 93 della sentenza. La Corte non affronta il problema perché, come si vedrà, decidere se le norme in questione abbiano carattere cogente non era un punto decisivo ai fini del ragionamento fatto proprio dalla Corte. In realtà, non è seriamente sostenibile che tali norme possano essere derogate.

³⁵ Testo in UNITED NATIONS, *Report of the International Law Commission, Fifty-third Session*, New York, 2001, p. 43. Con la risoluzione 56/83 del 12 dicembre 2001, l’Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha preso nota del progetto di articoli e lo ha raccomandato all’attenzione dei governi.

³⁶ “While the obligation of reparation can hardly be viewed as an obligation under a peremptory norm, the fact that the alleged breach concerns an obligation of *jus cogens* may have some relevant consequences. Article 41 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts lists some consequences of a serious breach by a State of an obligation under a peremptory norm of general international law that are additional to those following from an ordinary wrongful act. Paragraphs 1 and 2 enumerate some specific consequences and paragraph 3 refers to ‘further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law’. While the issue of jurisdictional immunity has not been mentioned either in the text of the article or in the related commentary, a restriction of immunity could well be regarded as an appropriate consequence which would strengthen the effectiveness of compliance with the obligation to make reparation. This would contribute to removing doubts about the lawfulness for a State of exercising its jurisdiction in the ‘grey area’ of injury caused by military activity of a foreign State on the territory of the forum State. In other words, even if immunity covered in general claims regarding damages caused by military activities in the territory of the forum State, it would not extend to claims relating to massacres of civilians or torture in the same territory” (par. 10).

La sopravvalutazione che la Corte fa della norma sull'immunità degli Stati ha l'effetto di portare la Corte a sottovalutare, se non a implicitamente negare, l'imponente processo evolutivo del diritto internazionale che ha visto come protagonista l'individuo. Invece, come è stato puntualmente rilevato:

One cannot at all turn one's back to significant developments in areas of international law, such as those of the international law of human rights and international humanitarian law, so as to deprive the human person of its right to redress. This would lead to manifest injustice³⁷.

The assessment of whether, in the present case, immunity should have been granted or could have been denied under international law by the Italian courts cannot exclude, in my view, the application of the general principles underlying human rights and humanitarian law and embodying basic rights such as the right to an effective remedy, the right to compensation for damages suffered as a result of breaches of humanitarian law, and the right to protection from denial of justice, which are directly relevant to the particular circumstances of the claims submitted to those courts. Nor can the law of State immunity, as raised by the cases before the Italian courts, be interpreted in a way which conflicts with the realization of those rights in the context of contemporary international law³⁸.

Più che uno Stato sovrano, offeso perché non veniva riconosciuto il suo diritto all'immunità, la sostanza del caso di fronte alla Corte riguardava singoli individui, offesi perché non veniva loro offerto alcun rimedio giudiziario per far valere il diritto alla riparazione di un grave illecito subito:

The dispute before the Court is not about the general applicability of immunity to unlawful acts committed by the armed forces of a State in a situation of armed conflict. This is a very broad subject which is best left for academic papers and scholarly discussions. The

³⁷ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 251.

³⁸ Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 30.

dispute in this case is about the decisions of Italian courts to set aside the jurisdictional immunity of Germany to allow certain categories of Italian victims, who were unable to obtain effective reparations for crimes committed by the Third Reich and admitted by Germany, to have an alternative means of redress³⁹.

È utile precisare che il diritto umano di accesso alla giustizia si estende a tutte le fasi del procedimento, fino alla sentenza e alla sua esecuzione:

The right of access to justice *lato sensu* comprises not only the formal access to justice (the right to institute legal proceedings), by means of an effective remedy, but also the guarantees of the due process of law (with equality of arms, conforming the *procès équitable*), up to the judgment (as the *prestation juridictionnelle*), with its faithful execution, with the provision of the reparation due⁴⁰.

Sfugge alla Corte che un diniego di giustizia in casi relativi a gravi crimini dello Stato è un fattore destabilizzante per qualsiasi ordinamento dove l'individuo sia considerato un soggetto titolare di diritti, e non già una possibile vittima sacrificale dello Stato, che in questo modo può ripararsi dietro lo scudo di un'immunità che molto assomiglia a un'impunità. Come si esprime, in termini assai significativi, il giudice Cançado Trindade,

In my understanding, what jeopardizes or destabilizes the international legal order are the international crimes and not individual suits for reparation in the search for justice. In my perception, what troubles the international legal order, are the cover-up of such international crimes accompanied by the impunity of the perpetrators, and not the victims' search for justice. When a State pursues a criminal policy of murdering segments of its own population, and of the population of other States, it cannot, later on, place itself behind the shield of sovereign immunities, as these latter were never

³⁹ Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 7.

⁴⁰ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 221.

conceived for that purpose. Grave breaches of human rights and of international humanitarian law, amounting to international crimes, are not at all acts *jure imperii*. They are anti-juridical acts, they are breaches of *jus cogens*, that cannot simply be removed or thrown into oblivion by reliance on State immunity. This would block the access to justice, and impose impunity. It is, in fact, the opposite that should take place: breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done⁴¹.

Non si tratta soltanto di un elementare dovere di giustizia verso le vittime di atrocità:

The Court cannot, by its decisions, remain indifferent to, or oblivious of, the enormous suffering of victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law; it cannot remain over-attentive to the apparent sensitivities of States, to the point of conniving at denial of justice, by unduly ascribing to State immunities an absolute value. Quite on the contrary, the individual victims of State atrocities cannot be left without any form of redress⁴².

Si tratta anche di valutare la capacità del sistema di reagire ad atrocità così gravi, da mettere in dubbio l'esistenza stessa di un ordinamento giuridico:

In effect, to uphold State immunity in cases of the utmost gravity amounts to a travesty or a miscarriage of justice, from the perspective not only of the victims (and their relatives), but also of the social milieu concerned as a whole. The upholding of State immunity, making abstraction of the gravity of the wrongs at issue, amounts to a denial of justice to all the victims (including their relatives as indirect – or even direct – victims). Furthermore, it unduly impedes the legal order to react

⁴¹ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 129.

⁴² Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 299.

in due proportion to the harm done by the atrocities perpetrated, in pursuance of State policies⁴³.

Purtroppo, la Corte perde l'occasione di stabilire un più equilibrato e meno anacronistico rapporto tra immunità dalla giurisdizione e fondamentali diritti umani. Più che contare precedenti a favore e precedenti contro l'immunità, era importante cogliere una più generale linea evolutiva del diritto internazionale, basata sull'affermazione dei diritti umani, e trarne le logiche conseguenze. Come posto in evidenza dal giudice Yusuf,

Recognizing that a failure to make reparations for war crimes or crimes against humanity may result in non-immunity before domestic courts, particularly when no other means of redress is available, is not so much about further narrowing the scope of State immunity, but about bringing it in line with the growing normative weight attached by the international community to the protection of human rights and humanitarian law, and the realization of the right to effective remedy for human beings. It could also have a deterrent effect on the non-observance of humanitarian law by States⁴⁴.

The assertion of jurisdiction by domestic courts for a failure to make reparations for serious breaches of the law of armed conflict admitted by the responsible State, particularly where no other means of redress is available, could not, in my view, harm the independence or the sovereignty of another State. It simply contributes to the crystallization of an emerging exception to State immunity, which is based on the principles underlying human rights and humanitarian law and on the widely-held *opinio juris* of ensuring the realization of those rights, including the right to an effective remedy, in those circumstances where the victims would have no other means of redress⁴⁵.

La sentenza della Corte – e in questo sta il principale suo problema – fa retrocedere il diritto internazionale a un'epoca in cui i

⁴³ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 212.

⁴⁴ Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 52.

⁴⁵ Opinione dissenziente del giudice Yusuf, par. 51.

diritti umani, ivi compresi i diritti umani durante un conflitto (diritto internazionale umanitario), non avevano alcun peso nella comunità internazionale⁴⁶. E non serve a modificare questa amara conclusione constatare che la stessa inaccettabile posizione sia stata condivisa dalla Corte Europea dei Diritti Umani in alcune sue pronunce, come la sentenza del 21 novembre 2001 sul caso *Al-Adsani c. Regno Unito*⁴⁷, la decisione del 12 dicembre 2002 sul caso *Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*⁴⁸, la decisione dell'11 giugno 2009 sul caso *Grosz*

⁴⁶ “The close association of immunity with the traditional doctrines such as sovereignty often suggests a higher status in international law than it actually enjoys as an exception to the jurisdiction of the forum state. Secondly, no consideration is given to the contemporary meaning and evolution of such principles. (...) The depiction of immunity as static contradicts the progressively contracting coverage of immunity, precipitated by the evolution in sovereignty” (così MCGREGOR, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 912).

⁴⁷ Il caso riguardava la domanda, presentata alla giurisdizione britannica, per il risarcimento dei danni che una presunta vittima di torture aveva subito da parte del Kuwait. “The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State” (par. 66 della sentenza). La decisione sul punto è stata presa con nove voti contro otto. Si vedano anche l’opinione dissenziente dei giudici Rozakis e Cafilisch, condivisa dai giudici Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajić, l’opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo e l’opinione dissenziente del giudice Loucaides.

⁴⁸ Il caso riguardava il rifiuto del ministro della Giustizia greco di dare esecuzione alla sentenza della Corte Suprema n. 11 del 4 maggio 2000, che condannava la Germania a risarcire i danni alle vittime della strage di Distomo (*supra*, par. 2). “Au vu de ce qui précède, la Cour estime que si les tribunaux grecs ont condamné l’Etat allemand à payer des dommages-intérêts aux requérants, cela n’emporte pas nécessairement obligation pour l’Etat grec de garantir aux requérants le recouvrement de leur créance au travers d’une procédure d’exécution forcée sur le sol grec. En se référant à l’arrêt no 11/2000 de la Cour de cassation, les requérants semblent affirmer que le droit international relatif aux crimes contre l’humanité est si fondamental qu’il constitue une norme de *jus cogens* qui l’emporte sur tous les autres principes de droit international, y compris le principe de l’immunité souveraine. Toutefois, la Cour ne juge pas établi qu’il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l’immunité en cas d’actions civiles en dommages-intérêts pour crimes

*c. Francia*⁴⁹ e la sentenza del 14 gennaio 2014 sul caso *Jones e altri c. Regno Unito*⁵⁰.

4. I formalismi giuridici

Può capitare che un giudice, nel dubbio se conservare il diritto del passato o cogliere il diritto del presente, faccia una scelta orientata al passato, per un senso di prudenza o per altri motivi. Molto dipende dagli argomenti con i quali il giudice spiega la sua scelta. Ma difficilmente accettabile è il ricorso a formalismi giuridici di scarsa consistenza che mascherano l'assenza o la debolezza di argomenti. Questa situazione si è purtroppo verificata con la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012 qui considerata.

contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat (...). Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des Etats. Cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani* précitée, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur" (par. D, 1, b della decisione).

⁴⁹ La Corte non esclude che uno sviluppo del diritto internazionale possa portare in futuro a una diversa conclusione: "quant à l'indemnisation des anciens du S.T.O [= Service de Travail Obligatoire], si la Cour a eu l'occasion de noter un certain assouplissement en matière d'immunité de juridiction des Etats devant les tribunaux grecs (*Kalogeropoulou et autres*, ...), elle n'a cependant pas jugé dans cette dernière affaire que l'immunité d'exécution dont jouissait l'Etat contrevenait au droit d'accès à un tribunal (...). Cela vaut du moins en l'état actuel du droit international public, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel".

⁵⁰ Il caso riguardava la domanda, presentata alla giurisdizione britannica, per il risarcimento dei danni che presunte vittime di torture aveva subito da parte dell'Arabia Saudita. "In recent years, (...) a number of national jurisdictions have considered whether there is now a *jus cogens* exception to State immunity in civil claims against the State (...) However, it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the ICJ [= International Court of Justice] in *Germany v. Italy* (...) – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no *jus cogens* exception to State immunity had yet crystallised" (par. 197 e 198 della sentenza). La decisione sul punto è stata presa con sei voti contro uno. Si veda anche l'opinione dissenziente del giudice Kalaydjieva.

La parte della sentenza più criticabile per formalismi giuridici è quella dove la Corte affronta l'assunto dell'Italia che le norme di diritto internazionale generale con cui la norma sull'immunità degli Stati viene in conflitto hanno carattere cogente, riguardando gravi violazioni a diritti umani, e devono quindi prevalere sulla norma stessa.

Il primo formalismo giuridico ha l'inconsistenza di un sofisma. Secondo la Corte⁵¹, la norma sull'immunità esonererebbe gli Stati non solo da una sentenza negativa, ma dal processo e, quindi, da ogni accertamento sul merito fatto nel corso del processo. Stabilire se il fatto dedotto in giudizio costituisca o meno una grave violazione dei diritti umani implicherebbe una valutazione di merito e, pertanto, sarebbe logicamente incompatibile con la norma sull'immunità dalla giurisdizione. A questo punto, la Corte inspiegabilmente si astiene dal trarre la dovuta conseguenza da quanto essa è andata enunciando, vale a dire che la domanda dell'Italia andrebbe respinta, perché la norma sull'immunità dalla giurisdizione avrebbe carattere assoluto e non ammetterebbe alcuna eccezione: infatti, per stabilire se ricorrano i presupposti di qualsiasi eccezione (ad esempio, se l'attività in discussione ha carattere commerciale o meno), occorre inevitabilmente che il giudice operi una valutazione sul merito della domanda. È chiaro che vi è qualcosa di viziato nella premessa da cui muove la Corte. È vero che l'immunità dalla giurisdizione impedisce al giudice di valutare il merito della controversia; ma è anche vero che essa non impedisce al giudice di valutare la questione, che ha carattere preliminare rispetto all'insieme della controversia, dell'esistenza o meno di un'eccezione all'immunità stessa⁵²: tale questione non riguarda il merito della controversia, ma l'esistenza della giurisdizione.

Dimenticandosi della contraddizione del sofisma da essa stessa introdotto (ma allora perché l'ha introdotto?), la Corte passa a enunciare la vera ragione per la quale la domanda dell'Italia dovrebbe essere respinta. Non si verificherebbe nel caso specifico un conflitto tra le norme imperative del diritto internazionale generale che vietano

⁵¹ Cfr. par. 82 della sentenza.

⁵² Allo stesso modo, l'immunità dalla giurisdizione non impedisce al giudice di valutare qualsiasi altra questione preliminare (ad esempio, se il convenuto sia uno Stato).

determinati crimini internazionali e la norma sull'immunità della giurisdizione, in quanto le prime hanno carattere sostanziale e le seconde carattere procedurale⁵³.

Stupisce l'estremo formalismo dell'argomento della Corte, che non vede come le norme sulla tutela dei diritti umani fondamentali e, quindi, le norme che vietano in modo imperativo crimini internazionali che ledono tali diritti sarebbero dei vuoti enunciati, se non si attribuisse alla presunta vittima anche il diritto di agire in giudizio per far valere le proprie ragioni. Non si tratta di osservare con il telescopio due pianeti che ruotano in orbite distanti anni-luce (il pianeta Sostanziale e il pianeta Procedurale), ma di vedere quello che è assolutamente evidente, senza necessità di alcun telescopio: non esistono due diversi pianeti e al divieto imperativo di compiere crimini internazionali contro l'individuo si deve necessariamente accompagnare l'attribuzione alla vittima del diritto di far valere le sue ragioni di fronte a un giudice. In questi casi, l'aspetto sostanziale sarebbe totalmente vanificato, se non fosse integrato dall'aspetto procedurale, con la conseguenza che la norma sul diritto di agire in giudizio è altrettanto imperativa della norma di diritto sostanziale cui essa si riferisce⁵⁴. Non ha senso, per la contraddizione che non lo consente, dire che una norma è imperativa e, nello stesso tempo, privare il soggetto leso del diritto di farla valere. Come rilevato dal giudice Cançado Trindade:

To me, the separation between procedural and substantive law is not ontologically nor deontologically viable: *la forme conforme le fond*. Legal procedure is not an end in itself, it is a means to the realization of justice.

⁵³ Par. da 93 a 95 della sentenza.

⁵⁴ “As such, procedural rules cannot be used to evade substantive obligations, as this would defeat the core basis for *jus cogens* norms such as the prohibition of torture, by facilitating unlawful derogation” (MCGREGOR, *Torture* cit., p. 912). Il collegamento tra l'aspetto sostanziale e quello procedurale della norma sui crimini di guerra era già debitamente recepito nell'art. 23, lett. h, del Regolamento allegato alla Convenzione (IV) concernente le regole e le consuetudini della guerra su terra (L'Aja, 1907): “Outre les prohibitions établies par des conventions spéciales, il est notamment interdit: (...) h. de déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la Partie adverse”.

And the application of substantive law is *finaliste*, it purports to have justice done⁵⁵.

Il risultato della sentenza della Corte è una radicale alterazione della gerarchia delle norme di diritto internazionale, come se carattere imperativo fosse da attribuire alla norma sull'immunità degli Stati e non al divieto di crimini internazionali.

It is high time to give *jus cogens* the attention it requires and deserves. Its deconstruction, as in the present case, is to the detriment not only of the individual victims of grave violations of human rights and of international humanitarian law, but also of contemporary international law itself. In sum, in my understanding, there can be no prerogative or privilege of State immunity in cases of international crimes, such as massacres of the civilian population, and deportation of civilians and prisoners of war to subjection to slave labour: these are grave breaches of absolute prohibitions of *jus cogens*, for which there can be no immunities⁵⁶.

A nulla serve auspicare, come ha fatto la Corte, che i crimini internazionali rimasti senza riparazione possano essere oggetto di futuri negoziati tra i due Stati interessati:

(...) the Court is not unaware that the immunity from jurisdiction of Germany in accordance with international law may preclude judicial redress for the Italian nationals concerned. It considers however that the claims arising from the treatment of the Italian military internees (...), together with other claims of Italian nationals which have allegedly not been settled – and which formed the basis for the Italian proceedings – could be the subject of further negotiation involving the two States concerned, with a view to resolving the issue⁵⁷.

⁵⁵ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 295.

⁵⁶ Opinione dissenziente del giudice Cançado Trindade, par. 297.

⁵⁷ Par. 104 della sentenza.

La funzione di un giudice non è dare consigli alle parti o emettere auspici, ma enunciare e applicare il diritto. A distanza di oltre dieci anni dalla sentenza, non risulta che i negoziati evocati dalla Corte, se mai abbiano avuto luogo, siano approdati a un esito positivo. Sembrerebbe che il passare del tempo dimostri come la sorte delle vittime poco interessi alla Germania e che l'Italia non riesca a modificare un simile situazione.

Un ulteriore esempio della scarsa sensibilità della Corte per i diritti umani è la reazione di “sorpresa e rincrescimento”⁵⁸ di fronte a una contraddittoria presa di posizione della Germania. La legge tedesca 2 agosto 2000 aveva istituito la Fondazione “Rimembranza, Responsabilità e Futuro” (*Stiftung “Erinnerung, Verantwortung und Zukunft”*) che rendeva disponibili fondi agli individui assoggettati a lavoro forzato e altre ingiustizie nel periodo nazista, escludendo dal suo ambito di applicazione coloro che erano prigionieri di guerra (il punto non è però per nulla chiaro). Secondo la posizione assunta dalla Germania, risultavano esclusi anche molti degli ex-deportati italiani, non potendo essi perdere la condizione di prigionieri di guerra, nonostante il fatto che non fossero stati considerati come tali dalla Germania al momento del lavoro forzato. Questo beffardo cavillo giuridico è così descritto dalla Corte:

Article 11 of the 2000 Federal Law placed certain limits on entitlement to compensation. One effect of this provision was to exclude from the right to compensation those who had had the status of prisoner of war, unless they had been detained in concentration camps or came within other specified categories. The reason given in the official commentary to this provision, which accompanied the draft law, was that prisoners of war “may, according to the rules of international law, be put to work by the detaining power” (...). Thousands of former Italian military internees, who, as noted above,

⁵⁸ “The Court considers that it is a matter of surprise — and regret — that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them” (par. 99 della sentenza).

had been denied the status of prisoner of war by the German Reich (...), applied for compensation under the 2000 Federal Law. In 2001, the German authorities took the view that, under the rules of international law, the German Reich had not been able unilaterally to change the status of the Italian military internees from prisoners of war to that of civilian workers. Therefore, according to the German authorities, the Italian military internees had never lost their prisoner-of-war status, with the result that they were excluded from the benefits provided under the 2000 Federal Law. On this basis, an overwhelming majority of requests for compensation lodged by Italian military internees was rejected⁵⁹.

In sintesi, gli internati militari italiani erano “lavoratori civili” secondo il diritto tedesco del 1943, quando erano sottoposti a condizioni disumane di lavoro forzato. Essi però tornavano a essere “prigionieri di guerra” nel 2000, quando sarebbe stato il momento di dare loro una riparazione: infatti, nel frattempo (purtroppo, molti anni dopo l'accaduto) la Germania si era accorta che il diritto nazionale del 1943 non poteva modificare le norme di diritto internazionale sui prigionieri di guerra⁶⁰. Alla luce dei dati di fatto (e non dei formalismi giuridici⁶¹), il gioco di prestigio della Germania aggiunge la beffa al

⁵⁹ Par. 26 della sentenza.

⁶⁰ “It resorted to an appraisal which led to a treatment of those victims that incurs, in my understanding, into a double injustice to them: first, when they could have benefited from the rights attached to the status of prisoners of war, such status was denied to them; and secondly, now that they seek reparation for violations of international humanitarian law of which they were victims (including the violation of denying them the status of prisoners of war), they are seen to be treated as prisoners of war” (così la situazione è descritta nell’opinione dissenziente di Cançado Trindade).

⁶¹ La Germania si fonda in proposito su di un parere giuridico del 31 luglio 2001 di TOMUSCHAT, *Leistungsberechtigung der Italienischen Militärinternierten nach dem Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft"?* (allegato alla contro-memoria dell’Italia del 14 dicembre 2009 dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia), che, sulla base di vari argomenti tecnico-giuridici, giunge alla seguente conclusione: “Angesichts dieser Rechtslage kann nur der Schluß gezogen werden, daß die demobilisierten italienischen Soldaten, die sich im

danno delle sofferenze subite da alcune vittime di gravi crimini internazionali. Proprio a questo proposito, la Corte Internazionale di Giustizia esprime sorpresa e rincrescimento? La funzione di un giudice non è manifestare sensazioni e sentimenti, ma enunciare e applicare il diritto. Sul piano giuridico, questa condotta da parte della Germania avrebbe meritato, da sola, l'adozione da parte dell'Italia della contromisura del rifiuto dell'immunità dalla giurisdizione nei casi specifici e il riconoscimento (anche d'ufficio) della legittimità di tale contromisura da parte della Corte.

5. *La sentenza della corte costituzionale italiana n. 238 del 2014*

Con la sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, la Corte costituzionale italiana si è giustamente rifiutata di accettare le conseguenze della poco memorabile decisione della Corte Internazionale di Giustizia e cioè di una decisione che fa retrocedere la civiltà giuridica all'epoca dello Stato assoluto⁶².

deutschen Gewahrsam befanden, ihren status als Kriegsgefangene behielten, welche Bezeichnung auch immer das nationalsozialistische Deutsche Reich für sie gewählt haben mag” (p. 19). Peccato che il parere, al di là dei formalismi tecnico-giuridici, non colga la sostanza del problema: conta non la qualificazione giuridica degli interessati, se “lavoratori civili” o “prigionieri di guerra”, ma il trattamento di schiavitù certa e di morte probabile che essi avevano subito (v. *supra*, nota 5). Restano poi da valutare le conseguenze che deriverebbero dall'applicazione nei confronti della Germania dell'antico principio *nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*.

⁶² Testo in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, p. 237. Anche in questo caso, sarebbe difficile menzionare tutti i significativi, anche se discordanti, commenti che la sentenza ha suscitato in dottrina. Basti richiamare CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2015, p. 126; GAJA, *Alternative e controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a nome dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1035; e, anche per ulteriori riferimenti, il volume di VOLPE, PETERS, BATTINI & RITZ (eds.), *Remedies against Impunity? – Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*, Berlin, 2021, con contributi di PETERS & VOLPE, PALCHETTI, TOMUSCHAT, KRIEGER, PAVONI, LUTHER, KADELBACH, FONTANELLI, BUFALINI, MATTARELLA, KÖNIG, ZIMMERMANN, TAMS,

La Corte costituzionale è partita dalla premessa che l'accertamento operato dalla Corte Internazionale di Giustizia sulla norma internazionale consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione ha carattere particolarmente qualificato, tale da non consentire un sindacato da parte di amministrazioni o giudici nazionali. Tuttavia, la Corte costituzionale si è riservata il diritto di verificare se la norma di diritto internazionale generale, che verrebbe così immessa nell'ordinamento italiano per opera dell'art. 10 della Costituzione, non contrasti con due principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, come il diritto ad agire in giudizio (art. 24) e la tutela dei fondamentali diritti della persona (art. 2):

Resta da verificare e risolvere il prospettato conflitto tra la norma internazionale da immettere ed applicare nell'ordinamento interno, così come interpretata nell'ordinamento internazionale, norma che ha rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, primo comma, Cost., e norme e principi della Costituzione che con essa presentino elementi di contrasto tali da non essere superabili con gli strumenti ermeneutici.

È ciò che si verifica con i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato e, quindi, con i principi che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona. In tali ipotesi spetta al giudice nazionale, ed in particolare esclusivamente a questa Corte, una verifica di compatibilità costituzionale, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio.

KUNZ, BOGGERO & OELLERS-FRAHM, VON ARNAULD, ONIDA, PAULUS, FRANCONI, CASSESE, WEILER. Questo volume e gli scritti che incessantemente sono dedicati all'argomento – ad esempio, PISILLO MAZZESCHI, *Note sui metodi di soluzione delle antinomie nel diritto internazionale generale* e GATTINI, “*E qui comando io. E questa è casa mia*”: *la Corte Costituzionale italiana, i limiti, i controlimiti e le giurisdizioni internazionali*, entrambi in ANNONI, FORLATI & FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori – Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, rispettivamente p. 3 e p. 557 – confermano che la divergenza tra Corte Internazionale di Giustizia e Corte costituzionale italiana è ancora ben lontana da una soluzione.

Una simile verifica, pur essendo limitata al diritto interno, potrebbe, secondo la Corte costituzionale, “concorrere, altresì, ad un’auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale”. Questa considerazione, non strettamente necessaria, fa implicitamente emergere la vera sostanza del problema. Al di là della concezione rigidamente dualista assunta dalla Corte costituzionale stessa, è nell’accertamento del diritto internazionale, come operato dalla Corte Internazionale di Giustizia, che vi è una contraddizione (dire che i diritti umani fanno parte del diritto internazionale imperativo, ma decidere come se tali diritti non esistessero).

Nell’esaminare la questione, la Corte costituzionale, assumendo una posizione ben lontana dall’assurdo formalismo fatto proprio dalla Corte Internazionale di Giustizia, ha posto nella dovuta evidenza il legame tra l’aspetto sostanziale e quello procedurale dei diritti riconosciuti all’individuo:

Nella specie, il giudice rimettente ha non casualmente indicato congiuntamente gli artt. 2 e 24 Cost., inestricabilmente connessi nella valutazione di legittimità costituzionale chiesta a questa Corte. Il primo è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell’inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch’esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile. La diversità di piano, sostanziale e processuale, non consente di scinderne la comune rilevanza rispetto alla compatibilità costituzionale della regola dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati. Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela.

A questo punto, diviene inevitabile la conclusione che

nella specie, la norma consuetudinaria internazionale sull’immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri,

con la portata definita dalla CIG [= Corte Internazionale di Giustizia], nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle suddette vittime.

Molto pertinente è anche la presa di posizione della Corte costituzionale, che esclude “che atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno”. Parimenti utile è segnalare che l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano protegge la funzione tipica dello Stato, ma non può estendersi a comportamenti estranei alla potestà di governo, come i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra.

La Corte costituzionale ha quindi ritenuto che

la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell'art. 10, primo comma, Cost. non comprende l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva.

La Corte ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5⁶³, adottato per dare

⁶³ “1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla [legge 17 agosto 1957, n. 848](#), quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto

esecuzione alla sentenza del 2012 della Corte Internazionale di Giustizia, e dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite⁶⁴, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale, l'innovativa giurisprudenza italiana, che bene coglie anche le linee evolutive fondamentali del diritto internazionale, ha pertanto ripreso il suo corso, sia pure con qualche inspiegabile pronuncia sulla quale non è il caso di soffermarsi in questa sede⁶⁵.

6. Alcuni successivi sviluppi nella pratica internazionale

Resta il fatto che la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012 rappresenta una battuta d'arresto in un processo storico e logico che merita invece di riprendere il suo cammino. Come di fatto è avvenuto e come è dimostrato da vari dati della pratica internazionale.

Si può in proposito segnalare, sul piano dottrinale, la risoluzione adottata il 30 agosto 2015 dall'*Institut de Droit*

con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'[articolo 395 del codice di procedura civile](#), anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato [codice di procedura civile](#)".

⁶⁴ "1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party" (...).

⁶⁵ Si fa allusione alla sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 19 ottobre 2018, sulla quale v. SCOVAZZI, *Come se non esistesse*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2021, p. 167.

International sul tema della giurisdizione civile universale riguardo alla riparazione per crimini internazionali⁶⁶, che, all'art. 5, prevede che

The immunity of States should not deprive victims of their right to reparation.

Purtroppo, non è stato possibile mantenere la formulazione originariamente proposta, dove figurava il modo verbale indicativo, invece che condizionale:

State immunity shall not deprive of its effects the State's obligation to repair the prejudice caused to victims of international crimes⁶⁷.

Eppure, il relatore, Andreas Bucher, aveva posto nella dovuta evidenza i guasti prodotti dalla miopia della Corte Internazionale di Giustizia:

L'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'Etat* semble faire de l'immunité un rempart insurmontable pour les victimes d'atrocités constitutives de crimes en droit international. Il n'est pas certain, cependant, que le manque de sensibilité de la Cour face au respect élémentaire de la dignité humaine puisse convaincre la communauté internationale et son *opinio juris*. L'on ne pourra pas éviter de devoir répondre au conflit qui se manifeste entre une protection sans borne de l'immunité des Etats et la mise en œuvre effective de la responsabilité de droit international des Etats pour les crimes commis. Le droit international ne pourra pas se contenter, compte tenu de la gravité des enjeux et, notamment, des souffrances subies, d'un renvoi des victimes à des négociations impliquant les seuls Etats, pour lesquelles il n'existe plus aucune incitation sérieuse⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Yearbook*, vol. 76, *Talinn Session*, p. 265.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 140.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 125.

Sul piano della giurisprudenza nazionale⁶⁹, segnali nella direzione che esclude l'immunità vengono dalle corti della Repubblica di Corea, dal Brasile e dall'Ucraina.

Con sentenza dell'8 gennaio 2021 la Corte Distrettuale Centrale di Seoul ha condannato il Giappone a versare almeno 100.000.000 won a ciascuna delle 24 ex-“donne di conforto” che si erano rivolte ai giudici sud-coreani per ottenere un risarcimento per gravi illeciti subiti durante la Seconda Guerra Mondiale. Il crimine internazionale commesso dal Giappone è così descritto nella sentenza:

Imperial Japan has deceived or forcibly arrested the Plaintiffs and forced them to serve as “comfort women” to actively pursue forced mobilization policy to carry out illegal colonization of the Korean Peninsula and war of aggression. The Plaintiffs, especially as young women, were separated from their families, deprived of their freedom of movement, and forced to perform sexual acts in a dangerous and harsh environment. The Plaintiffs were beaten countless throughout the process and suffered from not only hunger, injuries, diseases, but also frequent fear of death. Even after the end of the war, the history of “comfort women” left them with stigmatized memories that continued to inflict huge psychological damages to them. As such, the Plaintiffs could not lead normal lives afterward. Furthermore, such experiences were left as indelible regrets to not only the victims themselves but also to their families⁷⁰.

⁶⁹ Non sembra pertinente, sul piano della legislazione nazionale, il precedente del *Foreign Sovereign Immunities Act* degli Stati Uniti del 1976, come emendato nel 1996. È vero che questa legge ammette, tra l'altro, la giurisdizione di corti americane nei confronti di Stati stranieri riguardo alle domande di risarcimento dei danni per lesioni o morte derivanti da tortura, uccisione extra-giudiziaria, sabotaggio di aeromobili o presa di ostaggi. È però anche vero che tale giurisdizione sussiste solo qualora lo Stato straniero sia stato designato dal governo americano come uno Stato che patrocina il terrorismo. Viene data pertanto prevalenza all'interesse del governo di dirigere la politica estera piuttosto che al diritto delle vittime di ottenere la riparazione di gravi violazioni dei diritti umani.

⁷⁰ Traduzione non ufficiale in inglese di Woohee Kim del *Korean Council for Justice and Remembrance for the Issues of Military Sexual Slavery by Japan*. Sulla sentenza

La corte coreana rievoca le sentenze italiane sul caso Ferrini, la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012 e la sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 238 del 2014. Proprio quest’ultima costituisce il fondamento della pronuncia coreana, che si rifiuta di riconoscere l’immunità del Giappone dalla giurisdizione, arrivando alla seguente conclusione:

The significance of the theory of state immunity shall be found in its respect for sovereign states and not obeying the jurisdiction of other states. It must not have been formed to allow states that violated peremptory norms (international *jus cogens*) and inflicted severe damages upon individuals of other states to evade reparations and compensation behind such theory. Thus, in such cases, exceptions should be allowed in the interpretation regarding customary international law on state immunity.

Va però detto che la questione dell’immunità di uno Stato straniero per crimini di guerra rimane una questione controversa tra gli stessi organi giudiziari coreani, visto che, come risulta da informazioni sulla stampa, la stessa Corte Distrettuale Centrale di Seoul, in diversa composizione, con una sentenza del 21 aprile 2021, ha riconosciuto l’immunità dalla giurisdizione del Giappone in un’altra controversia relativa a “donne di conforto”.

Il 23 agosto 2021 il Supremo Tribunale Federale del Brasile, decidendo con la stretta maggioranza di sei voti contro cinque⁷¹, ha stabilito il principio che gli atti illeciti compiuti da Stati stranieri lesivi

v. BUFALINI, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e negoziazioni fra Stati: sulla vicenda delle comfort women coreane*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, p. 699; GERVASI, *Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle “donne di conforto”*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2022, p. 167. Sulla questione in generale v. MAFFEI, *Tratta, prostituzione forzata e diritto internazionale – Il caso delle “donne di conforto”*, Milano, 2002.

⁷¹ La relazione di maggioranza è stata redatta dal giudice Edson Fachin. Relazioni dissenzienti sono state redatte dai giudici Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Alexandre de Moraes.

di diritti umani non possono beneficiare dell'immunità dalla giurisdizione:

Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição⁷².

Il crimine di guerra portato in giudizio, che si era verificato nel luglio 1943, era l'affondamento da parte di un sottomarino tedesco del peschereccio brasiliano *Changri-lá*, con la conseguente morte di dieci pescatori⁷³. Pur consapevole della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012, il Supremo Tribunale Federale conclude che la norma di diritto internazionale sull'immunità dalla giurisdizione è in conflitto con l'art. 5, par. XXXV, della Costituzione federale del Brasile (1988)⁷⁴, con gli art. 8 e 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) e con l'art. 1 del Patto sui diritti civili e politici (New York, 1966) e che va data prevalenza alle norme sui diritti umani alla vita, alla verità e all'accesso alla giustizia:

Nos casos em que há violação à direitos humanos, ao negar às vítimas e seus familiares a possibilidade de responsabilização do agressor, a imunidade estatal obsta o acesso à justiça, direito com guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB [= Constituição da República Federativa do Brasil]; nos arts. 8 e 10, da Declaração Universal; e no art. 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. Diante da prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais (art 4º, II), devem prevalecer os direitos humanos – à vida, à verdade e ao acesso à justiça – afastada a imunidade de jurisdição no caso⁷⁵.

⁷² Sulla questione v. TUFFI SALIBA & LIMA, *The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: What Is at Stake with the “Changri-La” Case*, in *Revista de Direito Internacional*, 2021, p. 53.

⁷³ Il Brasile aveva dichiarato guerra alla Germania il 31 agosto 1942. Il caso si configurava come l'uccisione di civili brasiliani non combattenti, cioè come un crimine di guerra.

⁷⁴ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁵ Particolarmente interessante appare il fatto che la Costituzione brasiliana preveda che le relazioni internazionali del Brasile debbano reggersi sui vari principi, tra i quali

Il 14 aprile 2022, la Corte Suprema dell'Ucraina, con sentenza sul caso *Persona 1, agente nel proprio interesse e nell'interesse dei figli minori Persona 2 e Persona 3 c. Federazione Russa*⁷⁶ ha deciso su di una domanda di risarcimento dei danni morali a seguito della morte in combattimento del marito e padre degli attori, avvenuta il 6 agosto 2014 a Luhansk. In primo grado, la domanda era stata respinta dalla Corte distrettuale di Uzhhorod, con sentenza del 2 febbraio 2021, con la motivazione che, secondo il diritto ucraino, uno Stato può essere convenuto in giudizio soltanto con il proprio consenso, che, nel caso specifico, mancava. In appello, il giudizio era stato sospeso in attesa che la Russia rispondesse alla richiesta di prestare il consenso.

Secondo la Corte Suprema, sia l'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati⁷⁷, sia l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni⁷⁸, entrambe sopra richiamate⁷⁹, riflettono gli sviluppi del diritto internazionale generale e sono quindi applicabili anche se l'Ucraina non è parte delle convenzioni stesse⁸⁰. Tali norme prevedono che uno Stato estero non può invocare l'immunità dalla giurisdizione in un

“prevalência dos direitos humanos” (art. 4, par. II) e “igualdade entre os Estados” (art. 4, par. V), e che la sentenza abbia dato prevalenza al par. II sul par. V.

⁷⁶ La sentenza, in traduzione inglese, è reperibile sulla rete interconnessa.

⁷⁷ “A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred”.

⁷⁸ Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission”.

⁷⁹ *Supra*, par. 3.

⁸⁰ Precisamente, “Ukraine is not a party to any of these conventions. However, the conventions reflect a trend in the development of international law regarding the recognition of certain limits within which a foreign state is entitled to claim immunity in civil proceedings”.

procedimento relativo al risarcimento dei danni per morte o lesioni fisiche, se la condotta da cui derivano i danni ha avuto luogo nel territorio dello Stato del foro:

International law codifies the grounds for limiting the judicial immunity of a foreign state due to physical harm to a person or damage to property, the so-called ‘tort exception’. The conditions necessary for the application of the “tort exception” are:

- 1) the principle of territoriality: the place of act/omission must be in the territory of the forum state;
- 2) the presence of the author of the act/omission in the territory of the forum state at the time of the act/omission (of an agent or official of a foreign state);
- 3) act/omission can be attributed to the state;
- 4) liability for acts/omissions is provided for in the law of the forum state;
- 5) causing death, physical damage to a person, damage to or loss of property;
- 6) causal link between acts/omissions and death, physical damage to a person or damage to or loss of property.

È il caso di ricordare che, al momento della sentenza del 2012 della Corte Internazionale di Giustizia, il tema dell’eccezione all’immunità nei casi relativi ad atti illeciti era stato sviluppato nell’opinione dissenziente del giudice *ad hoc* Gaja, che, sulla base di un esame della pratica internazionale, era pervenuto alla conclusione che tale eccezione riguarda anche le attività militari:

The fact that military activities may cause injuries on a large scale does not seem a good reason for depriving the many potential claimants of their judicial remedy. It may be that in practice this remedy will not be effective, but this applies more generally to all claims brought against foreign States given the difficulty for a successful claimant of enforcing any judgment that may be obtained⁸¹.

⁸¹ Par. 9 dell’opinione dissenziente. Il giudice *ad hoc* così concludeva: “The application of the criteria above would have required the Court to examine in greater detail, in relation to the facts of each case, the various decisions of Italian courts to

La sentenza della Corte Suprema dell'Ucraina si basa sul presupposto che, a partire dal 2014, la Russia sarebbe responsabile del grave illecito di un'aggressione nei confronti dell'Ucraina⁸², vietato dall'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite⁸³, e che le norme di diritto internazionale sull'immunità giurisdizionale degli Stati non si applicherebbero a vantaggio di uno Stato che nega la sovranità di un altro, commettendo un'aggressione:

The peculiarity of the legal status of the state as a subject of international relations is the existence of its immunity based on the general principle of international law “equal over equal has no power and jurisdiction”. However, a necessary condition for adhering to this principle is the mutual recognition of the sovereignty of the country, so when the Russian Federation denies the sovereignty of Ukraine and commits a war of conquest against it, there are no obligations to respect and observe the sovereignty of this country.

The Russian Federation has been performing the above actions since 2014 and continues as of the time of this decision. Thus, after the start of the war in Ukraine in 2014, the court of Ukraine, considering a case where the Russian Federation is identified as the defendant, has the right to ignore the immunity of this country and consider cases on compensation for damage caused to an individual as a result of armed aggression of the Russian Federation, on a lawsuit filed against this foreign country.

which the Application of Germany refers. This should have led the Court to conclude that, at least for certain decisions of Italian courts, the exercise of jurisdiction could not be regarded as being in breach of an obligation under general international law” (par. 12).

⁸² “Under such circumstances, since 2014, it is a well-known fact that the Russian Federation is committing armed aggression against Ukraine”.

⁸³ All Members shall 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”.

Secondo la Corte, la commissione di un crimine internazionale – in questo caso il crimine di aggressione, che riprende il crimine contro la pace previsto dalla Carta del sopra menzionato Tribunale di Norimberga⁸⁴ – esclude l'applicazione delle norme sull'immunità:

In such conclusions, the Supreme Court is guided by the fact that the actions of a foreign state went beyond its sovereign rights, since any foreign state does not have the right to intervene by armed aggression in another country.

Anche dopo la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 2012, esistono quindi giudici nazionali, oltre a quelli italiani e greci⁸⁵, che hanno dimostrato la dovuta attenzione verso i fondamentali diritti umani delle vittime di crimini internazionali ed esistono pronunce che hanno respinto una visione statalista e formalista del diritto internazionale.

7. I nuovi procedimenti di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia e di fronte alla Corte costituzionale

Un nuovo dato di fatto in questa complessa vicenda si è verificato il 29 aprile 2022, quando la Germania ha presentato alla Corte Internazionale di Giustizia una nuova richiesta contro l'Italia (caso sulle *Questioni relative alle immunità giurisdizionali dello Stato e alle misure di esecuzione contro beni appartenenti allo Stato*). La Germania chiede alla Corte di accertare che l'Italia continua a violare l'obbligo di rispettare la sua immunità sovrana, consentendo, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238, che siano decisi casi relativi a violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dalla Germania tra il 1943 e il 1945 e adottando misure di esecuzione contro beni dello Stato tedesco situati in Italia. La Germania chiede poi che la Corte condanni l'Italia a fare in modo che

⁸⁴ *Supra*, par. 2.

⁸⁵ Nel caso della Grecia, come già visto (*supra*, par. 2), la giurisprudenza non è univoca.

le decisioni di organi giudiziari italiani che violano il diritto all'immunità sovrana della Germania cessino di produrre effetti e che i giudici italiani non trattino ulteriormente procedimenti relativi alle sopra menzionate violazioni del diritto internazionale umanitario. È anche presentata dalla Germania una richiesta di condanna dell'Italia a un pieno risarcimento dei danni subiti e a fornire assicurazioni e garanzie che violazioni dell'immunità sovrana della Germania non siano ripetute⁸⁶.

Il giorno dopo, in Italia è stato adottato il decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36⁸⁷, poi convertito, con modifiche, nella legge 29 giugno 2022, n. 79⁸⁸, che, all'art. 43, comma 3, vieta di iniziare o proseguire procedure esecutive basate su titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra o di crimini contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, e dichiara estinte tali procedure⁸⁹.

⁸⁶ Con ordinanza del 10 giugno 2022, la Corte ha fissato al 12 giugno 2023 il termine per il deposito della memoria tedesca e al 12 giugno 2024 il termine per il deposito della contro-memoria italiana.

⁸⁷ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 30 aprile 2022, n. 100. Il decreto legge ha il titolo “ulteriori misure urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”. Cfr. ASPRELLA, *Aspetti processuali dell’art. 43 del decreto legge 36/2022: l’istituzione del Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l’umanità dalle forze del Terzo Reich*, in *Questione Giustizia*, 2022 (formato elettronico); BOGGERO, *La reazione del governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell’art. 43 d. l. 30 aprile 2022, n. 36*, in *SIDIBlog* 2022 (formato elettronico); COLACINO, *Immunità anno zero: la Germania torna a L’Aia e l’Italia corre ai... ristori*, in *Questione Giustizia*, 2022 (formato elettronico); BERRINO, *Il “ristoro” dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l’umanità commessi dalla Germania durante il secondo conflitto mondiale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2022, p. 827.

⁸⁸ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 29 giugno 2022, n. 150.

⁸⁹ Il decreto-legge, così come convertito in legge, vieta anche le procedure esecutive derivanti da sentenze straniere recanti la condanna della Germania per il risarcimento di danni provocati dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 e dichiara estinti i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi.

Il decreto-legge ha determinato il ritiro della richiesta da parte della Germania alla Corte di adottare misure provvisorie che, in pendenza di una decisione sul merito, vietassero all'Italia di sottoporre a misure esecutive beni dello Stato tedesco situati in Italia e destinati a fini non commerciali. Esso però non fa cessare la materia del contendere per quanto riguarda le questioni principali, vale a dire le asserite violazioni compiute dall'Italia a seguito delle sentenze nazionali che si sono conformate alla sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 2014. Proprio quest'ultima si qualifica, secondo la logica della Germania, come il fatto illecito originario e principale compiuto dall'Italia:

The Italian Constitutional Court's Judgment No. 238/2014, adopted in conscious violation of international law and of Italy's duty to comply with a judgment of the principal juridical organ of the United Nations, had wide-ranging consequences. (...) since the judgment was rendered, at least 25 new cases have been brought against Germany. What is more, in at least 15 proceedings, Italian domestic courts, since Judgment No. 238/2014, have entertained and decided upon claims against Germany in relation to conduct of the German Reich during World War II, in many instances ordering Germany to pay compensation. In order to satisfy two such judgments Italian courts are currently taking, or threatening to take, measures of constraints against four State-owned properties located in Rome⁹⁰.

Ancora una volta la Germania esprime il suo “più profondo rincrescimento” per le gravi violazioni commesse a danno di cittadini italiani, vittime di massacri e internamenti:

The democratic Germany that emerged after the end of the Nazi dictatorship has consistently expressed its deepest regret over the egregious violations of international law perpetrated by German forces during

⁹⁰ Par. 8 della richiesta della Germania.

the period from September 1943 until the liberation of Italy⁹¹.

Tuttavia, ha carattere prevalente, per la Germania, l'applicazione delle norme internazionali sull'immunità sovrana:

At the same time, Germany has consistently taken the legal position that while Germany and Italy are required to cooperate towards reconciliation, individual compensation of victims could not be forced upon Germany through unilateral recourse to domestic courts in violation of binding international rules of sovereign immunity⁹².

Se ne potrebbe dedurre che il “più profondo rincrescimento”, per quanto profondo esso sia, non è ancora sufficientemente profondo per portare la Germania alla rinuncia a un proprio presunto diritto all'immunità⁹³.

Il decreto-legge n. 36 del 2022 istituisce, all'art. 43, comma 1, anche un Fondo presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze per il “ristoro” dei danni in questione, “assicurando continuità” all'Accordo tra Germania e Italia per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario (Bonn, 1961), reso esecutivo con decreto del Presidente della Repubblica 14 aprile 1962, n. 1263⁹⁴. Con tale accordo, la Germania versava all'Italia la somma di

⁹¹ Par. 17 della richiesta della Germania. È subito dopo richiamata la già citata (*supra*, par. 2) dichiarazione congiunta di Trieste del 2008.

⁹² Par. 18 della richiesta della Germania.

⁹³ Anche ricordando quanto osservato dal giudice Cançado Trindade (*supra*, nota 16), sarebbe francamente preferibile se la Germania eliminasse il superlativo “il più profondo” quale attributo di “rincrescimento”. Sarebbe anche preferibile se la Germania evitasse di assumere le sembianze della vittima, costretta a protestare invano: “These proceedings have taken place in disregard of Germany’s frequent, firm and consistent objections: on dozens of occasions, up until April 2022, German diplomats and elected political representatives, including those of highest rank, have protested against the unlawful exercise of jurisdiction by Italian domestic courts and emphasized that judgement No. 238/2014 does not affect Italy’s obligations under international law” (par. 20 della richiesta). In questo caso, le vittime sono altri.

⁹⁴ *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* del 25 agosto 1962, n. 214. Si noti che l'attuale intenzione dell'Italia di dare continuità all'accordo del 1961 sembra in

40 milioni di marchi tedeschi e l'Italia dichiarava definite tutte le rivendicazioni e richieste dell'Italia o di persone fisiche e giuridiche italiane ancora pendenti nei confronti della Germania o di persone fisiche o giuridiche tedesche, purché derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 (art. 2, par. 1), e s'impegnava a tenere indenne la Germania e le persone fisiche e giuridiche tedesche da ogni eventuale azione o altra pretesa legale per le rivendicazioni e richieste suddette (art. 2, par. 2). Sembra quindi che il decreto-legge affermi implicitamente che, laddove la Germania decida di non risarcire in forza del suo diritto all'immunità, l'Italia sia tenuta a subentrare alla Germania nell'obbligo del risarcimento alle vittime⁹⁵. Il termine di decadenza per l'esercizio da parte degli aventi diritto delle azioni di accertamento e liquidazione dei danni a carico del Fondo, inizialmente previsto dal decreto-legge n. 36 del 2022 in trenta giorni (termine assurdamamente breve), è stato dalla legge di conversione esteso a centottanta giorni ed è stato, da ultimo, prorogato dall'art. 8, c. 11-ter, della legge 24 febbraio 2023, n. 14⁹⁶, a quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa (cioè al 14 luglio 2023).

Nella perdurante situazione di assenza di un trattato che affronti e risolva adeguatamente la questione, la Germania risulta comunque moralmente squalificata per il suo persistente rifiuto di risarcire le vittime di gravi crimini e l'Italia rischia comunque una sconfitta legale.

conflitto con la posizione assunta dall'Italia nel corso del primo procedimento di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia. Allora l'Italia sostenne che l'accordo del 1961 riguardava le questioni economiche pendenti e non i diritti delle vittime di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario (v. la contro-memoria italiana del 22 dicembre 2009, par. 2.16).

⁹⁵ È stato osservato che “dal punto di vista del diritto italiano, il conflitto tra l'art. 24 della Costituzione e le norme internazionali consuetudinarie sulle immunità giurisdizionali appare difficilmente eliminabile e sembrerebbe determinare una diversa conseguenza: lo Stato italiano che, in ossequio alla norma internazionale, sceglie di non rendere giustizia al soggetto che agisce in giudizio, come invece richiederebbe l'art. 24 della Costituzione, si rende responsabile di un danno ingiusto che – indipendentemente dal fatto che tale danno sia o meno dovuto a un illecito di diritto interno – obbliga lo Stato a un indennizzo nei confronti dell'attore” (GIULIANO, SCOVAZZI & TREVES, *Diritto internazionale – Parte generale*, Milano, 1991, p. 557).

⁹⁶ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 49 del 27 febbraio 2023.

L'unica via, per quanto rischiosa, percorribile dall'Italia sembra quella di sostenere, nel secondo procedimento di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia, le tesi già sostenute nel primo, sperando che, nel periodo intercorso, i nuovi dati della pratica internazionale e una più coerente considerazione del peso che i diritti umani hanno assunto anche sul piano del diritto internazionale possano portare la Corte verso quelle posizioni che erano già state fatte proprie dai giudici dissenzienti rimasti in minoranza.

Un ulteriore fatto nuovo nella complessa vicenda è dato dall'ordinanza del 1° dicembre 2022, con la quale il Tribunale di Roma ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, del decreto-legge n. 36 del 2022, convertito nella legge n. 79 del 2022⁹⁷. Rileva il Tribunale, con riferimento all'immunità nei procedimenti di esecuzione, come il diritto del creditore a soddisfarsi in sede esecutiva costituisca componente essenziale del diritto di accesso al giudice, consentendo al creditore di soddisfare la propria pretesa anche in mancanza di adempimento spontaneo da parte del debitore, e come l'art. 43 sopra indicato contrasti con gli art. 2 e 24 della Costituzione, perché nega *sine die* il diritto di una categoria specifica di creditori di accedere al giudice esecutivo:

La norma, infatti, estingue di diritto i procedimenti che siano stati azionati sulla scorta della suddetta tipologia di titolo esecutivo e contestualmente afferma che non possono essere iniziate altre procedure esecutive, rendendo di fatto ineseguibili i provvedimenti giurisdizionali di cognizione, che abbiano accertato la lesione di diritti inviolabili di cittadini attraverso atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità. Il vincolo pignoratorio costituito dai creditori in forza della sopravvenuta norma perde efficacia con effetto retroattivo, pregiudicandoli, quindi, in maniera definitiva ed irrimediabile.

⁹⁷ In *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 1^a serie speciale, n. 1 del 4 gennaio 2023.

Vi sono poi, secondo il Tribunale di Roma, dubbi di costituzionalità dell'art. 43 sopra indicato con gli art. 3 e 111 della Costituzione, specificamente riguardo ai principi di eguaglianza sovrana fra gli Stati e di parità delle parti nel processo:

Il legislatore statale sembra aver creato una fattispecie di ius singulare, che, spiegando i suoi effetti in un processo già iniziato, determina un evidente sbilanciamento a favore della parte esecutata del presente procedimento, esentando il solo Stato della Repubblica Federale di Germania dagli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria ed, in particolare, del suo eventuale adempimento forzoso. (...)

Il dubbio circa la conformità della norma al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. sovviene anche in relazione al fatto che l'art. 43 del decreto-legge n. 36 del 30 aprile 2022 convertito con modificazioni nella legge n. 79 del 29 giugno 2022 si applica esclusivamente a coloro che siano cittadini italiani ovvero di coloro che abbiano subito danni per crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano. La lettera della norma, quindi, esclude dalla propria sfera applicativa i creditori muniti di titolo che non siano cittadini italiani o quelli che abbiano subito danni da crimini di guerra in territorio diverso da quello dello Stato italiano.

La privazione del diritto di agire in giudizio e di ottenere l'esecuzione di una sentenza non sarebbe compensata dall'istituzione di un Fondo di "ristoro" – per inciso, è il "ristoro" un concetto diverso dal "risarcimento"? – che, non è chiaro con quali modalità "ristorerà" i beneficiari e se con somme che copriranno la totalità o solo parte del danno.

Come è facile constatare, a seguito dell'incapacità di Germania e Italia di concludere negli oltre dieci anni trascorsi un accordo che risolvesse la questione del risarcimento dovuto agli ex-internati italiani e ad altre vittime di crimini di guerra, accordo che pure era stato auspicato dalla Corte Internazionale di Giustizia⁹⁸, si è aperta una

⁹⁸ *Supra*, nota 57.

nuova fase di un conflitto giuridico la cui soluzione non appare affatto semplice. Le due corti coinvolte sono chiamate di nuovo a pronunciarsi su di un tema precedentemente deciso in senso difforme: la Corte Internazionale di Giustizia sulla stessa questione già decisa nel 2012 e la Corte costituzionale su di una questione collegata a quella già decisa nel 2014.

8. Considerazioni conclusive

Il percorso verso un più equilibrato e meno anacronistico bilanciamento delle esigenze in discussione, specialmente nel caso delle vittime di crimini internazionale lasciate senza rimedi giudiziari, ha preso slancio: alla giurisprudenza italiana si affiancano le sentenze delle corti di altri Stati.

Deve essere ancora affrontato l'ulteriore ostacolo dell'immunità dello Stato dal processo di esecuzione, questione che è trattata in un altro contributo di questo volume⁹⁹. Come la Corte Internazionale di Giustizia ha precisato, all'esistenza della giurisdizione nei confronti di uno Stato estero non consegue automaticamente il diritto di eseguire un'eventuale sentenza di condanna, essendo la norma sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione distinta dalla norma sull'immunità dalla giurisdizione di esecuzione. Qui, più che il contenuto della domanda presentata in giudizio, sembra assumere rilievo la destinazione (pubblicistica o privatistica) dei beni dello Stato straniero sui quali il titolo esecutivo dovrebbe essere soddisfatto¹⁰⁰, con tutte le incertezze che una simile qualificazione, mai chiarita con la dovuta precisione, può comportare¹⁰¹.

Va infine precisato che un equilibrato bilanciamento delle esigenze in considerazione, specialmente nel caso delle vittime di

⁹⁹ Cfr. il contributo di CARPANELLI & A. LAU.

¹⁰⁰ Par. 113 della sentenza. La Corte ha concluso che Villa Vigoni, bene immobile di proprietà della Germania situato in Italia, non poteva essere oggetto di atti esecutivi, in quanto usato dalla Germania per fini governativi non commerciali (par. da 118 a 120).

¹⁰¹ Per i dubbi che si prospettano su di un analogo problema v. *supra*, nota 27.

crimini internazionale lasciate senza rimedi giudiziari, produrrebbe effetti anche a favore di tutte le vittime di crimini internazionali rimaste finora senza riparazione. Questi crimini non sono purtroppo il monopolio della sola Germania. Come è ampiamente noto, nonostante diversi tentativi di occultamento, e come recenti ricerche storiche sempre più di frequente confermano, anche l'Italia ha dato il suo contributo a questo triste fenomeno durante la Seconda Guerra Mondiale e negli anni immediatamente precedenti¹⁰². Questi crimini non sono neppure il monopolio dei soli Stati vinti. Anche gli Stati vincitori hanno le loro gravi responsabilità, a partire dalle stragi di popolazione civile operate con quei bombardamenti aerei terroristici che erano una pratica frequente durante la Seconda Guerra Mondiale¹⁰³. La giustizia deve operare allo stesso modo a riparazione delle vittime di gravi crimini.

¹⁰² Cfr., in generale, DEL BOCA, *Italiani, brava gente? – Un mito duro a morire*, Vicenza, 2005. Per alcuni tra i crimini commessi dall'Italia in Etiopia si veda l'agghiacciante volume di CAMPBELL, *Il massacro di Addis Abeba – Una vergogna italiana*, Milano, 2018 (traduzione dell'originale in inglese pubblicato nel 2017).

¹⁰³ “C'è stato bisogno che passassero anni e decenni perché diventasse chiaro che, per quanto giusta fosse la resistenza al nazismo, la guerra del Bene comporta in sé del Male. Se allora ci furono soprattutto i massacri razzisti nazisti di milioni di ebrei, e molti altri crimini, ci fu anche il cieco annientamento di centinaia di migliaia di civili da parte delle aviazioni alleate, da 3000 metri di altitudine”: così MORIN, *Di guerra in guerra – Dal 1940 all'Ucraina invasa*, Milano, 2023, p. 24 (traduzione dell'originale in francese pubblicato nel 2023).

A AMPLIAÇÃO DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: O SURGIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Elizabeth Goraieb

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Introdução

O presente artigo se propõe a fazer uma análise da expansão da jurisdição internacional, com o foco especial na jurisdição penal internacional. Inicia, portanto, com o surgimento da jurisdição da Corte Permanente Internacional de Justiça, baseada na facultatividade da jurisdição internacional como princípio na primeira metade do século XX. Nesse período o Direito Internacional, é marcado pela concepção clássica, que é impregnada de voluntarismo.

De fato, mesmo depois da segunda metade do século XX, quando o advento da ONU, a substituição da CPJI pela Corte Internacional de Justiça e a crescente preocupação internacional com a proteção da pessoa humana começam a afastar essa atmosfera voluntarista, a facultatividade da jurisdição internacional permanecia como princípio na cabeça de muitos juristas. Mas, aos poucos, este princípio começa a erodir. A CIJ demonstra-se bem mais “ativa” do que a CPJI. Para ilustrar esta realidade, basta assinalar que, na CPJI, o pedido de consulta de um organismo internacional distinto da SDN deveria ser aprovado no Conselho. Na CIJ, no entanto, quem aprova é a Assembleia Geral, o que garante maior legitimidade democrática a

essa decisão. Desse modo, revela-se muito mais fácil hoje para um organismo especializado promover uma consulta.

A partir da Segunda Guerra Mundial, a jurisdição internacional ampliou-se tanto de maneira quantitativa como qualitativa. A Corte Internacional de Justiça cedo passa a conviver com outros tribunais internacionais, como os tribunais internacionais de direitos humanos, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, os tribunais penais internacionais, e os tribunais criados no âmbito dos sistemas de integração econômica nos planos regionais. Com a criação de novos tribunais, atinentes às mais diversas áreas da atividade humana, também cresceu consideravelmente o número de casos justiciáveis em todos os continentes.¹

O fenômeno da multiplicidade dos tribunais internacionais é próprio de nossos tempos. E este movimento de expansão do número de tribunais foi acompanhado da ampliação das questões que poderiam ser objeto desta jurisdição internacional. Direitos humanos eram antes considerados matéria de domínio reservado e agora se tornaram competência primária de diversas cortes internacionais. Em especial, o Direito Penal, que exprime essencialmente o *ius puniendi* do Estado, passa a integrar a jurisdição internacional, e a responsabilização internacional individual direta se torna uma realidade indiscutida.

O presente trabalho procura demonstrar como o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal resulta da expansão da noção original de jurisdição internacional. O artigo será dividido em quatro tópicos: a) a facultatividade da jurisdição como princípio na primeira metade do século XX, b) as regras sobre jurisdição e competência da CPJI e da CIJ, c) os limites da jurisdição internacional e d) o nascimento da jurisdição penal internacional.

1. Caracterização da facultatividade da jurisdição como princípio na primeira metade do século XX.

A jurisdição da Corte Permanente Internacional de Justiça era baseada numa premissa considerada indiscutível: a da facultatividade

¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013. pp. 23-24.

da jurisdição internacional. O raciocínio era bastante simples: não havia um Estado mundial, a Sociedade das Nações certamente não cumpria este papel; portanto, a Corte não poderia ser o Judiciário de um Estado que não existia. Como a soberania se encontrava nos Estados, a jurisdição da CPJI não poderia ser compulsória. Tal como nos procedimentos arbitrais, a sua jurisdição só poderia ser facultativa. O estatuto da Corte, as suas regras de procedimento e os casos julgados, todos se inseriam neste cenário.

Essa lógica apresentava-se tão sedimentada que ela poderia até mesmo impedir a Corte de exercer a sua função primordial, a de resolver conflitos, e de induzi-la a proferir um julgamento *non liquet*. Em 1923, o Conselho da SDN submeteu uma consulta sobre a autonomia da região da Carélia Oriental, como preconizado no Tratado de Dorpat, à jurisdição consultiva da CPJI. O problema era que isso consistia num caso real entre a Finlândia e a URSS, o qual não havia sido submetido à jurisdição contenciosa da Corte por deficiência de consentimento. Então, o Conselho pretendia valer-se da jurisdição consultiva (que ele podia mover sem a anuência dos interessados) para resolver essa controvérsia de maneira oblíqua. A Corte percebeu o ato como uma manobra e se recusou a emitir juízo. Ela foi retumbante: “é bem estabelecido em Direito Internacional que nenhum Estado será obrigado a submeter as suas controvérsias com outros Estados a qualquer procedimento de solução pacífica sem o seu consentimento”².

A facultatividade da jurisdição internacional foi erigida em princípio por diversos autores e juízes importantes como Dionísio Anzilotti e Max Huber. Não havia razão para duvidar de que se tratava de uma das normas mais basilares do Direito Internacional, algo que estruturaria uma sociedade de Estados soberanos, que não conheceriam freios às suas ações senão aqueles determinados por suas próprias vontades. No início do século XX, entre estudiosos do Direito

² “ Il est bien établi en droit international qu’aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats à n’importe quel procédé de solution pacifique sans son consentement.” (CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Status da Carélia Oriental. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5, p. 27. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022). Esta e outras traduções são de inteira responsabilidade dos autores.

Internacional, vivia-se uma atmosfera intelectual bastante alimentada pelas mais diversas teorias voluntaristas. Uma das modalidades mais sofisticadas do voluntarismo remonta o final do século XIX. Em 1899, Carl Heinrich Triepel publicou a obra *Völkerrecht und Landrecht*, na qual desenvolve uma ideia que seria condensada um quartel de século depois no curso da Academia de Direito Internacional da Haia. O autor se tornou muito conhecido pelo debate que travou com Kelsen sobre as relações entre o Direito Nacional e o Direito Internacional, mas o que poucos percebem é que a discordância de ambos reside nas suas distintas premissas filosóficas³, e é Triepel, não Kelsen, quem encarna o espírito do seu tempo. No curso da Haia, Triepel critica a teoria monista que Kelsen desenvolve no livro *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* e a reputa de anti-histórica. Imbuído do “estatocentrismo” hegeliano, Triepel afirma que o Estado consiste numa verdadeira pessoa, distinta da soma de suas partes, não um mero “ponto de imputação”, como queria o seu contendor⁴. *Grosso modo*, a vontade de um Estado singular criaria o direito interno, que se aplica aos homens, e a vontade dos Estados combinada, a famosa *Vereinbarung*, edificaria todo o direito internacional, que incide sobre as nações.

Mesmo depois da segunda metade do século XX, quando o advento da ONU e a crescente preocupação internacional com a proteção da pessoa humana começam a afastar essa atmosfera voluntarista, a facultatividade da jurisdição internacional permanecia como princípio na cabeça de autores muito relevantes. Paul Guggenheim, no seu curso na Haia em 1952, havia afirmado que a facultatividade da jurisdição internacional é regra bem estabelecida de Direito Internacional Geral⁵. Novamente a mesma concepção: não

³ Nem Kelsen nem Triepel conseguiam aceitar a noção de que seria lícito ao Estado não observar as disposições de um tratado por conta do seu Direito Nacional. Triepel denomina de normas de “direito interno imediatamente ordenadas” aquelas normas nacionais necessárias para o cumprimento das obrigações convencionais (TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. **RCADI**, tomo I, 1925. p.112).

⁴ *Ibidem*, p. 87.

⁵ GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **RCADI**, v. 80, 1952, p. 150.

haveria um Estado mundial, nem, muito menos, hierarquia na sociedade internacional; portanto, o único modo pelo qual os Estados poderiam se comprometer seria por meio da própria vontade. Assim, os países mostram-se absolutamente livres para se submeterem ou não à jurisdição de um tribunal internacional. Cabe ressaltar que o jurista suíço era um intelectual bastante sofisticado e não esposava um voluntarismo tão simplista. Guggenheim chegou a conceber a existência de normas que seriam permanentes e praticamente não se alterariam ao longo dos séculos⁶. Mas não conseguiu dar o passo seguinte e afirmar que essas normas se encontrariam fora da esfera volitiva dos Estados.

2. As regras sobre jurisdição e competência da CPJI e da CIJ

A Corte Internacional de Justiça sucedeu, em todos os aspectos, a sua predecessora. Herdou as suas instalações físicas, a estrutura de escolha e nomeação dos juízes, sucedeu-lhe nas obrigações convencionais e nas declarações de aceitação da jurisdição. Ficou, até mesmo, com a jurisprudência anterior. Não é de se estranhar que o seu estatuto tenha sido feito à imagem e semelhança daquele da Corte Permanente de Justiça Internacional. A ideia original parecia ser a de total continuidade.

Contudo, a CIJ demonstra-se bem mais “ativa” do que a CPJI. Além dos sinais de exaustão que as doutrinas voluntaristas apresentam na segunda metade do século XX – em virtude de diversos fatores tais como a irrupção de normas internacionais destinadas a proteger diretamente o ser humano, a consolidação convencional da noção de

⁶ Para Guggenheim, o Direito Internacional era composto por três grupos de normas. Primeiro, existiriam as regras estruturais, como as da representação diplomática e consular, que seriam permanentes. Depois, haveria um conjunto de institutos, como o da neutralidade, cuja essência se revelaria estável, mas que se alteraria lentamente na história. Por fim, haveria um último grupo composto por normas bastante conjunturais que refletiriam as tendências e preocupações de um determinado período e que simplesmente deixariam de existir em outro contexto (Ibidem, p. 50).

normas peremptórias, entre outros⁷ –, algumas sutis diferenças entre as normas de estabelecimento da competência das duas cortes também já denotam uma mitigação do chamado “princípio” da facultatividade da jurisdição internacional.

Diferente da CIJ, a CPJI não era órgão da Sociedade das Nações. No entanto, fazia parte do sistema da Liga: o art. 14 do Pacto previa a sua criação pelo Conselho⁸. Assim, em fevereiro de 1920, o Conselho da Liga apontou uma comissão de dez juristas das mais distintas nacionalidades para elaborar um projeto. Com poucas modificações, o projeto foi aprovado no Conselho em outubro do mesmo ano e, com algumas emendas, foi aprovado por unanimidade na Assembleia em 13 de dezembro. Em 16 de dezembro, o texto foi convertido num Protocolo e aberto à ratificação dos Membros da SDN. Esse procedimento tornou o estatuto um tratado internacional, com força obrigatória e que não poderia ser modificado ou emendado senão pela vontade das partes. O número de ratificações necessárias foi obtido em setembro de 1921, o que possibilitou a eleição dos juízes na seção da Assembleia que estava em curso. A Corte começou a funcionar em janeiro de 1922. Posteriormente, ocorreu uma revisão do estatuto. O Conselho, em dezembro de 1928, nomeou nova comissão de juristas, conforme resolução da Assembleia. A revisão foi aprovada com poucas alterações e se tornou um novo Protocolo em 14 de setembro de 1929⁹.

O artigo 14 do Pacto da SDN também delimitava a jurisdição consultiva da CPJI. *Ratione personae*, eram legitimados para submeter

⁷ Não é o propósito deste texto mostrar o esgotamento das doutrinas voluntaristas após a Segunda Guerra Mundial. Para maiores informações vide CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*, RCADI, v. 316, 2005, 2 t.

⁸ “**Art. 14.** O Conselho será encarregado de preparar um projeto de Tribunal permanente de justiça internacional e de submetê-lo aos Membros da Sociedade. Esse Tribunal tomará conhecimento de todos os litígios de caráter internacional que as Partes lhe submetam. Dará também pareceres consultivos sobre toda pendência ou todo ponto que lhe submeta o Conselho ou a Assembleia.”

⁹ REGISTRY OF THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. **The Permanent Court of International Justice: its Constitution and Work.** The Hague, published in 1939 and republished in 2012, p. 21.

um pedido de parecer consultivo somente o Conselho e a Assembleia da SDN. Perceba-se a diferença para o art. 96 da Carta da ONU¹⁰: outros órgãos da ONU e demais agências especializadas também podem entrar com um pedido, se autorizados pela Assembleia Geral. Do ponto de vista formal, essa diferença parece quase irrelevante, pois, em última análise, os legitimados ainda seriam os mesmos dois organismos paralelos (a Assembleia da Liga e a Assembleia Geral, o Conselho da Liga e o Conselho de Segurança). De fato, na prática da CPJI, a OIT conseguiu formular diversas consultas por meio da SDN.

Ainda assim, há uma diferença sutil, mas nada desprezível de um ponto de vista político. Na CPJI, o pedido de consulta de um organismo internacional distinto da SDN deveria ser aprovado no Conselho. Na CIJ, como visto, quem aprova é a Assembleia Geral, o que garante maior legitimidade democrática a essa decisão. Cumpre ressaltar que, conforme o art. 5(1) do Pacto da SDN, para solicitar uma opinião consultiva, exigia-se unanimidade de votos, enquanto que, na Carta da ONU, basta a maioria simples. Dessa maneira, revela-se muito mais fácil hoje para um organismo especializado promover uma consulta. É claro que, além da autorização da AGNU, esses outros organismos precisam ainda observar outros requisitos, como a consulta se restringir a uma questão jurídica e não de fato, e a matéria se encontrar dentro do seu escopo de competência¹¹. Mas, embora formalmente os órgãos competentes ainda sejam os mesmos, de fato, houve uma ampliação dos legitimados. Há um risco menor de o pedido sofrer entraves de ordem política. Por isso, a CIJ já se pronunciou sobre pedidos do ECOSOC, FAO, UNESCO, OMI, OIT, entre vários outros.

¹⁰ “Art. 96. (1) A Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, sobre qualquer questão de ordem jurídica.

(2) Outros órgãos das Nações Unidas e entidades especializadas, que forem em qualquer época devidamente autorizados pela Assembleia Geral, poderão também solicitar pareceres consultivos da Corte sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades.”

¹¹ A falta de interesse de agir de uma agência especializada já impediu uma consulta feita pela Organização Mundial da Saúde. Vide CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Licéité de l’Utilisation des Armes Nucléaires par un État dans un Conflit Armé*. Avis Consultatif du 8 Juillet de 1996, p. 72.

Não há dúvidas de que existia uma variedade menor de organismos internacionais à época da SDN. Todavia, essa pequena distinção de competência é o que permite dar voz a esse maior número de organismos.

E há ainda outra diferença muito mais significativa. O art. 14 do Pacto da SDN previa que o Conselho e a Assembleia poderiam solicitar parecer consultivo sobre “qualquer disputa ou questão”. Já o art. 96 da Carta da ONU substituiu esta expressão por “qualquer questão de ordem jurídica”, e a prática da Corte entendeu esta última fórmula de maneira bastante ampla. Como visto, na OC sobre a Carélia Oriental, a CPJI deu importância fundamental ao consentimento dos Estados e, assim, não emitiu um parecer. Por este motivo, alguns¹² consideram que esta Corte não exercia verdadeira jurisdição consultiva, mas uma espécie de “arbitragem consultiva” (*advisory arbitration*).

A CIJ, no entanto, apresenta mansa jurisprudência sobre a irrelevância do consentimento do Estado para que possa emitir uma opinião consultiva. O art. 83 do Regulamento da Corte de 1946 previa a possibilidade de se nomear um juiz *ad hoc* numa questão legal pendente na jurisdição consultiva da Corte. Portanto, de maneira implícita, sempre admitiu a possibilidade de proferir uma opinião consultiva sobre um caso real. No parecer sobre a Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia (decidido em 1950), estes países se opuseram ao pronunciamento visto que se tratava de uma questão pendente, o que contraria aquela regra estabelecida no *Status* da Carélia Oriental. A CIJ pronunciou-se de modo a fazer verdadeira “terra arrasada” sobre o precedente:

Esta objeção revela uma confusão entre os princípios que governam o procedimento contencioso e aqueles que são aplicáveis às Opiniões Consultivas.

O consentimento dos Estados, partes em uma disputa, é a base da jurisdição da Corte nos casos contenciosos. A situação é diferente em relação ao procedimento

¹² LOBATO, Marina Olegovna. **Análise comparada da jurisdição consultiva na CPJI e na CIJ no que tange à solução de controvérsias entre os Estados**. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2019, p. 71.

consultivo mesmo quando o pedido se refere a uma questão legal de fato pendente entre Estados. A resposta da Corte é apenas de caráter consultivo; como tal, não tem força vinculante. Por conseguinte, nenhum Estado, membro ou não das Nações Unidas, pode impedir o pronunciamento de uma Opinião Consultiva que as Nações Unidas considerem desejável a fim de obter clareza em relação ao curso de ação que pretende tomar.¹³

Mesmo depois, a CIJ nunca deixou de proferir opiniões consultivas sobre casos reais. Vide, entre outros, os Casos Bernadotte e a Construção do Muro na Palestina. Neste último, a Corte estabeleceu obrigações a Israel – o qual não poderia ser parte numa jurisdição consultiva – e, ainda, impôs obrigações *erga omnes* de não reconhecimento do estado de coisas decorrentes da construção do muro. Para o princípio Carélia Oriental, apresentar-se-ia inconcebível a imposição de obrigações a Estados na jurisdição consultiva, o que dizer de obrigações *erga omnes*. Como notou Shigeru Oda no seu curso da Haia de 1993, na CPJI, a falta de consentimento que impedia que a Corte se pronunciasse na jurisdição contenciosa era também o que impedia que ela exarasse uma opinião consultiva. Com a CIJ, a jurisdição consultiva é também empregada para aqueles casos em que

¹³ “*Cette objection procède d'une confusion entre les principes qui gouvernent la procédure contentieuse et ceux qui s'appliquent aux avis consultatifs. Le consentement des États parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis, a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950, p. 10.).

não houve consenso suficiente para uma jurisdição contenciosa. O que impedia uma Corte se tornou motivo para a outra se pronunciar.¹⁴

3. Os limites materiais da jurisdição internacional

Cabe observar que possivelmente o fenômeno mais significativo de ampliação da jurisdição internacional após a II Guerra Mundial foi a criação da jurisdição internacional sobre direitos humanos. Antes disso, direitos humanos integravam o domínio reservado da jurisdição nacional. Para se compreender toda a dimensão do que significou esta expansão, faz-se mister elucidar o que tanto a CIJ como a CPJI – duas cortes interestatais clássicas – entendiam por “controvérsia internacional”.¹⁵ De fato, a noção foi cunhada no antigo Caso Mavrommatis: “discordância sobre um ponto de Direito ou de

¹⁴ ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993). **RCADI**, v. 244, 1993-VII, p. 102.

¹⁵ As duas cortes nunca divergiram sobre esta noção, exceto talvez por um corolário muito recente, acrescido ao conceito original, com a inclusão do critério de “ciência objetiva” após o Caso dos Testes de Armas Nucleares: “*On the basis of such statements, it cannot be said that the United Kingdom was aware, or could not have been unaware, that the Marshall Islands was making an allegation that the United Kingdom was in breach of its obligations. In this context, the conduct of the United Kingdom does not provide a basis for finding a dispute between the two States before the Court.*” (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obrigações relativas às Negociações sobre a Cessação da Corrida Armamentista Nuclear e do Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento de 5 Outubro de 2016, I.C.J. Reports 2016, para. 57. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022).

fato, um conflito de pontos de vista legais ou de interesses entre duas partes”.¹⁶

Trata-se, no entanto, de uma fórmula muito vaga. As duas cortes nunca quiseram restringir este conceito para que pudessem sempre abarcar todo o Direito Internacional. Mas esta prática nem sempre foi óbvia. Para tentar restringir o conteúdo desta noção, as normas que estabelecem a competência material das duas cortes empregavam a técnica de enumeração. O art. 13, II do Pacto da SDN incluía “os litígios relativos à interpretação de um Tratado, qualquer ponto de direito internacional, a realidade de qualquer fato que, se fosse determinado, constituiria rompimento de um compromisso internacional, ou a extensão ou natureza da reparação devida pelo mesmo rompimento”. E o art. 36(2) do ECIJ (com a mesma redação no antigo ECPJI) compreende “a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.” Ainda assim, visto que esta enumeração não é taxativa nem versa expressamente sobre matérias específicas, segundo Guggenheim, ela seria simplesmente “defeituosa”.¹⁷

É que havia uma discussão muito grande, nos tratados de adjudicação do final do século XIX e início do século XX, sobre os limites da competência material da jurisdição internacional. Utilizavam-se fórmulas vagas, como “questões sobre a honra e a dignidade nacionais”, ou, ainda, “interesses vitais”.¹⁸ Hersh Lauterpacht procura mostrar que a ideia de que existiram limites

¹⁶ “(...) a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” between parties (CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso Mavrommatis: Concessões na Palestina. Julgamento No. 2, 1924, Série A, No. 2, p. 11. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022).

¹⁷ GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **RCADI**, v. 80, 1952, p. 152.

¹⁸ MU, He. The Distinction Between Legal and Political Disputes in International Adjudication. **Peking University Law Journal**, 2014, 2:1, p. 212.

materiais à jurisdição internacional seria muito mais antiga e remontaria até a Emmerich de Vattel, um dos pais fundadores do Direito Internacional.¹⁹ Mas não se tratava somente de uma discussão doutrinária: a Convenção da Haia de 1899 sobre Solução Pacífica de Disputas Internacionais deixa bem claro em seu art. 9º que a Comissão Internacional de Inquérito não poderia tratar de questões que envolvessem a “honra nacional” ou “interesses vitais”.²⁰

Além das exceções materiais pertinentes a elevados interesses nacionais, desenhou-se também no final do século XIX, a distinção entre controvérsias jurídicas e políticas. De fato, esta distinção guarda relações muito estreitas com as fórmulas vagas referidas antes, mas, segundo Lauterpacht, chegaram a ser melhor desenvolvidas intelectualmente por autores como Kaltenborn, Lorimer e Westlake.²¹ Cumpre salientar que estes autores apenas traduziram para o Direito Internacional o pensamento militarista alemão do século XIX, denominado de “borussionismo”. Para os adeptos deste pensamento, a força é exaltada e se torna criadora do Direito e da Moral, e a guerra consistiria no verdadeiro teste da História que unificaria as hordas naturais em Estado.²² A guerra é um conflito de poderes, não um conflito de interesses jurídicos; ela teria causas sociológicas mais

¹⁹ LAUTERPACHT, Hersh. **The Function of Law in the International Community**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 7.

²⁰ Art. 9º. In differences of an international nature involving neither honour nor vital interests, and arising from a difference of opinion on points of fact, the Signatory Powers recommend that the parties, who have not been able to come to an agreement by means of diplomacy, should, as far as circumstances allow, institute an International Commission of Inquiry, to facilitate a solution of these differences by elucidating the facts by means of an impartial and conscientious investigation. (1899 CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. Base de Tratados da Corte Permanente de Justiça Internacional. Disponível em <<https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules>>. Acesso de março de 2022).

²¹ LAUTERPACHT, Hersh. **The Function of Law in the International Community**, pp. 12-15.

²² Confira ARAÚJO, Brenda; BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. A Man against a War: Rui Barbosa and the Struggle against a Thought. **Journal Of The History Of International Law**, v.23, pp.282-309, 2020.

profundas do que as jurídicas e, portanto, transcenderia o Direito, para o qual só há controvérsias estáticas e atuais, rigorosamente circunscritas e previstas.²³ Por isso, constituiria uma impossibilidade racional tentar resolver conflitos que possam criar uma guerra por litígios jurídicos, os quais são pautados por normas de direito objetivo.

A artificialidade dessas distinções já foi suficientemente criticada, entre outros, por Kelsen, Hambro e Lauterpacht.²⁴ Cumpre aqui mostrar o quão generalizadas elas se encontravam no início do século XX. Até mesmo pacifistas brasileiros como Alberto Torres e Clóvis Beviláqua acreditavam em alguma versão disso. O primeiro escreveu em francês duas obras para organizar a sociedade internacional: **Vers la paix** e **Le problème mondial**. Segundo ele,

Soluções jurídicas não curam tão grave mal com raízes nas camadas mais profundas da História. [...] A paz não será o resultado da criação de um corpo judiciário nem, ainda menos, da promulgação de códigos internacionais, pela mesma razão que a ordem interna não nasceu do estabelecimento da justiça. Os juízes foram primitivamente instrumentos do poder, e o poder surgiu da força.²⁵

E Clóvis Beviláqua, à época, Consultor Jurídico do Itamaraty, quando foi convidado para ser um dos dez juristas a ajudar a elaborar o estatuto da CPJI, publicou uma obra também em francês para este trabalho. O artigo 22 do seu projeto prescreve de modo claro que a Corte não deveria ter competência para conhecer as questões entre indivíduos, nem aquelas entre pessoas jurídicas de direito privado, de

²³ SCHELER, Max. **Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg**. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915, p. 121.

²⁴ Além do livro de Lauterpacht já citado, que é todo voltado a este problema, confira KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems**. New York: Praeger, 1950, pp. 477-483; HAMBRO, Edvard. **The jurisdiction of the International Court of Justice**. **RCADI**, v. 76, 1950-I, pp. 170-173.

²⁵ TORRES, Alberto. **A Caminho da Paz**. Trad. Teutônio Simões. Versão para e-book da 2. ed. Graphica Ypiranga, Rio de Janeiro, 1927 feita pela ebooksBrasil.org, março 2006, s/p.

um lado, e pessoas de direito público, do outro. Mesmo as questões de Direito Internacional Privado deveriam permanecer com os tribunais nacionais.²⁶

Portanto, não sem oposição, optou-se por uma fórmula que, embora vaga, abrangesse qualquer controvérsia interestatal, sem qualquer restrição por expressões ainda mais vagas como “questões políticas” ou “dignidade nacional”. Mas mesmo esta concepção iria ser revisada.

4. O nascimento da jurisdição penal internacional

Eis que, depois da segunda metade do século XX, as situações jurídicas individuais passaram a ingressar na jurisdição internacional. Atribui-se a Gustave Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, em 1872, o projeto de criação de uma Corte Penal Internacional permanente, para julgar os crimes contra a humanidade, pois foi o primeiro a sugerir essa ideia, horrorizado com as crueldades cometidas durante a guerra franco-prussiana. Na ocasião do genocídio armênio, os governos da França, Grã-Bretanha e Rússia previnem os turcos de que eles seriam pessoalmente responsabilizados por tal crime. Entretanto, a ideia de um código penal universal e de um tribunal criminal internacional, pertence essencialmente ao século XX. Ela se manifesta não apenas em relação aos indivíduos, mas também em relação aos Estados e outras pessoas jurídicas.

Durante a primeira parte do século XX, sob o impulso das duas guerras mundiais, vários projetos, desenvolvidos no âmbito da Sociedade das Nações ou por outras associações interessadas em Direito Internacional, surgiram, na tentativa de codificar o Direito Penal universal, tanto sob o ponto de vista material como procedimental. Esses projetos constituem o substrato da codificação que, a partir da década de 1950, a ONU será responsável pela

²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. **Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale**. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921, p. 61. Confirma também BORGES DE MACEDO. Paulo Emílio. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. **Revista de Direito Internacional**, v.13, pp. 422-443, 2016.

elaboração do Projeto de Código de crimes contra a paz e segurança da humanidade e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Em 1899, Franz Von Liszt lançou a ideia de um Código Penal universal. Essa inspiração foi retomada por Garofalo em suas “Máximas para servir na formação de um Código Penal universal” de 1905²⁷. No início do século XX, alguns escritores começam a admitir que a vontade criminosa e, doravante, a criminalidade pode ser encontrada e qualificada tanto na consciência coletiva quanto na consciência individual. A este respeito, pronuncia-se o Professor Quintiliano Saldaña, no Curso ministrado na Academia da Haia, em 1928, ao tratar deste assunto, por uma justiça penal permanente²⁸. A obra de Ernest Hafter, *Die Delikts - Und Straffähigkeit der Personenverbände*, publicada em 1903, também trata da responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, tem início com a violação deliberada da neutralidade da Bélgica, que desencadeia ao mesmo tempo um cataclismo de uma gravidade ainda desconhecida, pela agressão premeditada e pela violação de tratados formais e condução de operações com utilização sistemática de meios contrários às leis e convenções de guerra: emprego de gás, torpedo de navios desarmados e de sobreviventes, destruição de monumentos históricos e religiosos, deportação e massacre de civis e reféns.

Impõe-se a ideia, finalmente, que o princípio das necessidades da guerra não justifica nenhuma ação, mesmo criminosa, não mais a soberania do Estado e a imunidade de seus órgãos, colocariam os responsáveis por tais atos acima de qualquer lei, de qualquer julgamento ou de qualquer sanção²⁹. (Tradução livre)

²⁷ GAROFALO, R. *La criminologie*. Paris: Alcan, 1905.

²⁸ SALDAÑA, Quintiliano. *La justice pénale internationale*. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, vol. X, 1925, p. 387- 422.

²⁹ GRAVEN, Jean. *Les crimes contre l'humanité*. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 76, v, 1, 1950, p. 445. “L'idée s'est imposée alors enfin que le principe des nécessités de la guerre ne justifiait pas toute action, même criminelle, pas plus que celui de la souveraineté de l'Etat et de l'immunité de ses organes ne mettait les responsables de tels actes au-dessus de toute loi, de tout jugement et de toute sanction”.

Jean Graven não poupa críticas ao sistema, que consagra as concepções políticas de Maquiavel e suas trágicas consequências, constantemente renovadas e aumentadas para a humanidade, por causa da impunidade garantida aos culpados dos piores crimes³⁰. Em uma mensagem de 2 de abril de 1917 ao Congresso de Washington, o Presidente Wilson declara:

Estamos no início de uma era que exige que as mesmas regras de conduta e responsabilidade para as más ações sejam observadas entre as nações e seus governantes, como entre os cidadãos privados dos Estados civilizados³¹. (Tradução livre)

Por outro lado, uma nota endereçada em 5 de outubro de 1918 à Alemanha, o governo da França declara que: “Os autores e os organizadores desses crimes serão responsabilizados moralmente, criminalmente e financeiramente”³². A questão da repressão aos crimes de direito comum, cometidos pelos exércitos austríacos e alemães nos territórios ocupados, já havia sido debatida por especialistas, notadamente nas reuniões da *Société générale des Prisons*, entre 1915-1916.

³⁰ Idem. “L’erreur profonde du système, en honneur depuis le triomphe des conceptions politiques de Machiavel, et ses conséquences tragiques sans cesse renouvelées et accrues pour l’humanité, du fait de l’impunité assurée aux coupables des pires crimes, apparaissent à tous les yeux si de la souveraineté de l’Etat et de l’immunité de ses organes ne mettait les responsables de tels actes au-dessus de toute loi, de tout jugement et de toute sanction”.

³¹ La Paix de Versailles: Responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. **La documentation internationale**. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 54. “Nous sommes au début d’une époque qui exige que les mêmes règles de conduite et de responsabilité pour les7 mauvaises actions soient observées aussi bien entre les nations et leurs gouvernements, qu’entre les citoyens privés des Etats civilisés”.

³² Bulletin du jour: Menacer l’ennemi I: Les Desseins du Tsar Ferdinand. **Journal Le Temps**, 6 octobre 1918. p. 1. “Les auteurs et les ordonnateurs de ces crimes, en seront rendus responsables moralement, pénalement et pécuniairement”.

O documento, a seguir, da referida Sociedade, demonstra a preocupação com a punição dos responsáveis por graves crimes do direito comum, inclusive com o extermínio dos armênios, sírios e gregos na Turquia; pelas perseguições e massacres de sérvios e gregos nos Balcãs; as expulsões, prisões e condenações arbitrárias de eslavos, de romenos e italianos no Império austro-húngaro, de poloneses, de dinamarqueses e de alsacianos-lorenos no Império alemão, de russos na Bélgica, de belgos na Bélgica e de franceses na França.

Os abaixo-assinados convidam os governos de Quadrupla-Entente a declarar solenemente que, depois da paz, procurará e punirá todos os autores, instigadores ou cúmplices dos crimes mencionados, inclusive as mais altas autoridades³³. (Tradução nossa).

A Conferência Preliminar de Paz decide, em sua sessão plenária de 25 de janeiro de 1919, criar uma Comissão para investigar as responsabilidades dos autores da guerra e sanções - chamada Comissão dos Quinze³⁴ - para examinar:

A responsabilidade dos autores da guerra; os fatos relativos às violações das leis e costumes da guerra cometidos pelas forças do Império alemão e seus aliados no mar, na terra e no ar durante a guerra; o grau de responsabilidade por esses crimes visando os membros das forças inimigas, em particular, incluindo os membros do Estado-Maior, em geral, e outros individualmente, tão altamente situados; a constituição e

³³ **Revue pénitentiaire et de droit penal.** Paris, 1916, n. 4, p. 361. “Les soussignés demandent aux gouvernements de La Quadruple-Entente de déclarer solennellement qu’après la paix on fera rechercher et punir tous les auteurs, instigateurs ou complices des crimes énoncés, y compris lês autorités les plus hautes”

³⁴ A Comissão dos Quinze, formada pelas Grandes Potências (Estados Unidos da América, Império Britânico, França, Itália e Japão), realizada entre 3 de fevereiro a 29 de março de 1919, promoveu trabalhos inovadores para a aplicação de um sistema repressivo, tanto para os crimes de guerra como para os atentados aos princípios elementares da Humanidade. ISRAEL, Jean-Jacques. **Direitos das liberdades fundamentais.** São Paulo; Manole, 2005. p. 398.

o procedimento do Tribunal apropriado para o julgamento desses crimes³⁵.

Este órgão, composto por quinze membros nomeados pelas cinco grandes potências, na proporção de dois membros para cada Grande Potência (Estados Unidos da América, Império Britânico, França, Itália e Japão) e cinco membros eleitos pelas potências com interesses particulares, era responsável especialmente por informar sobre a constituição e os procedimentos de um tribunal adequado para julgar violações das leis e costumes de guerra cometidos pelas forças inimigas³⁶.

Como o Presidente Tardieu apontou ao abrir os trabalhos da Comissão, esta tarefa “vasta e difícil”, tão nova e tão audaciosa, “traduzindo em ação os princípios que temos a firme intenção de fazer prevalecerem: princípios de justiça, princípios de igualdade, princípios de paz”³⁷. O propósito da Comissão era, de fato, levar a julgamento as pessoas consideradas culpadas, seja como autores da guerra, ou que no decorrer da guerra tenham cometido crimes em violação das leis de guerra e da humanidade.

A Comissão, eleita pela Conferência de Paz, tem como objetivo estudar a responsabilidade dos autores da guerra, bem como dos indivíduos, referentes à violação dos costumes de guerra, com a finalidade de constituir um Tribunal apropriado para julgá-los.

Finalmente, cogitou-se a criação de um Tribunal para julgar os criminosos de guerra, identificados por listas fornecidas pelos aliados. Essa lista, chamada pelos alemães de ‘o Livro do Ódio’, compreendia inicialmente cerca de novecentos nomes. Após uma onda de protesto por toda a Alemanha reduziu-se a lista a 45 nomes. A reação alemã fez com que, dois

³⁵ La Paix de Versailles, op. cit., p. 5.

³⁶ NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Secrétaire general** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1, 27 mai 1949, New York, p. 7.

³⁷ La Paix de Versailles, op. cit., p. 9.

anos após Versalhes, ainda não se tivesse avançado um passo quanto a essa parte do Tratado³⁸.

É interessante notar as Memórias da Delegação Sérvia³⁹, sobre as atrocidades búlgaras cometidas entre 24 de fevereiro e março de 1919, revelando os pressupostos das acusações apresentadas ao Tribunal Militar Internacional de Nuremberg em 1945 - 1946 - que os numerosos crimes cometidos e denunciados “ultrapassam o quadro das infrações comuns do Direito Internacional”, que “são crimes de direito comum, assassinatos, mortes, agressões, violências, estupros, ataques à liberdade individual, pilhagem, extorsão, incêndio”, que “todo o regime búlgaro possui essa marca criminoso” e que “a responsabilidade deve recair sobre o Governo búlgaro e o Quartel-General búlgaro”, embora as “autoridades locais e, sobretudo, as organizações dos *comitadjis*⁴⁰ foram os principais autores dos crimes”, pois, “eles não teriam dado um impulso total aos seus instintos criminosos se o governo não tivesse deixado suas mãos livres e nem os tivesse encorajado”⁴¹.

Pode-se ver, então, que não era apenas o crime contra a paz (declaração da guerra de agressão) e os crimes de guerra (violações das leis da guerra e, em particular, as convenções de Haia, de 1889 e 1907, e Genebra, 1906), que foram alvo; mas também, como demonstram as acusações das Memórias dos vários países, os “procedimentos atrozes” e “contrários às regras mais elementares da humanidade”, dizem a maioria deles, tais como a pilhagem e confisco de propriedades, incêndio sistemático após o saque, fome imposta, estupros e mutilações, ataques às pessoas e comunidades inimigas, deportações

³⁸ GONÇALVES, Joanisval Brito. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-36.

³⁹ As Memórias das Delegações estão publicadas em La Paix de Versailles, op. cit., p. 40 a 225.

⁴⁰ Os *Comitadjis* são insurgentes nacionalistas, na Bulgária e na Macedônia, na luta contra os Turcos ao longo dos séculos XIX e XX. Contestavam a divisão dos seus territórios entre a Bulgária e o Império Otomano no Congresso de Berlim (1878), depois entre a Bulgária, a Sérvia e a Grécia após as guerras balcânicas (1912-1913). (Nota da autora).

⁴¹ La Paix de Versailles, op. cit., p. 115, 117, 204.

da população civil, incluindo mulheres e crianças, trabalho forçado, desnacionalização brutal, massacres de civis e “terrorismo sistemático”⁴².

Mas, a questão é saber se existem meios legais para punir os responsáveis pelos crimes, assim como, quais os textos legais que devem ser aplicados. Havia na Terceira Subcomissão (responsável pelas violações às leis e costumes de guerra) discussão acerca da aplicação da lei. M. Rolin-Jaequemyns (Delegado da Bélgica) ressaltando que, quanto à lei, era necessário determinar “em favor das leis da humanidade em geral, ou, em um sentido mais restrito, a favor das leis e costumes de guerra, ou, ainda, em um sentido ainda mais restrito, apenas a favor das leis privadas dos países em que os fatos foram cometidos”⁴³.

O relatório apresentado na Conferência Preliminar de Paz pela “Comissão de Responsabilidades e Sanções”, reconhece que, “apesar dos textos mais formais, os usos mais estabelecidos, as prescrições da humanidade mais certas, a Alemanha e seus aliados multiplicaram os ataques, e que a lista se estende a cada dia”, concluiu que a guerra havia sido conduzida, pelas potências vencidas que eram responsáveis, “pelos métodos bárbaros ou ilegítimos, em violação das leis e costumes da guerra e dos princípios básicos da humanidade”. A Comissão conclui por duas categorias de atos culpáveis: a) os atos que provocaram a guerra mundial e que a acompanham desde seu início; b) violações das leis e costumes da guerra e dos princípios da humanidade⁴⁴.

Nasce, então, a ideia de criação de um Tribunal Internacional para julgar os responsáveis por tais crimes.

Após a Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes de 1919, estabelece o princípio da perseguição ao criminoso de guerra e ordena que o Kaiser Guilherme

⁴² GRAVEN, Jean, op. cit., p. 448.

⁴³ La Paix de Versailles, op. cit., p. 297.

⁴⁴ La Paix de Versailles, op. cit., p. 400. Deux catégories d’actes coupables se présentent: a) Actes qui ont amené la guerre mondiale et qui ont accompagné son début; b) Violaciones des lois et coutumes de la guerre et des principes de l’humanité.

II seja julgado por Um Tribunal Internacional (artigo 227); ordena também à Alemanha que entregue aos Aliados todos os alemães acusados de crimes de guerra, a fim de serem julgados por tribunais militares (artigo 228); além disso, os aliados foram convidados a constituir para este fim tribunais militares nacionais (artigo 229). Um corpo especial foi criado para procurar pessoas que deveriam ser processadas e foi constituído uma ‘Comissão para se pronunciar sobre a responsabilidade dos autores de crimes de guerra e para a aplicação das sanções’. A Comissão publica um relatório em 03 de fevereiro de 1920, neste relatório os Aliados revelaram aos alemães os nomes de 896 criminosos de guerra, mas, por razões políticas, a lista foi limitada a 45, e, por último, a Alemanha somente julgou 12 pela Corte Suprema do Reich em Leipzig. (Tradução livre)⁴⁵.

Quanto à criação de um Tribunal Internacional, ansiosamente desejado pela opinião pública inglesa, que queria que o julgamento dos principais criminosos de guerra fosse um “caso típico”, bem como pela opinião francesa expressa frequentemente nas Memórias dos Professores F. Larnaud e A. de Lapradelle sobre a responsabilidade criminal e o julgamento do Imperador Guilherme II,⁴⁶ o sonho foi adiado, apesar do relatório da Conferência ter previsto a constituição de um “Tribunal apropriado”. Assim, as novas ideias de repressão

⁴⁵ BASSIOUNI, Cherif. *Projet de code penal international. Revue internationale de droit public*, op. cit., p. 55-56. “Après la première guerre mondiale, le traité de Versailles de 1919 posa le principe de la poursuite des criminels de guerre et ordonna que le Kaiser Guillaume II soit jugé par un tribunal international (Article 227); il ordonna aussi à l’Allemagne de livrer aux Alliés tous les Allemands accusés de crimes de guerre, afin d’y être jugés par des tribunaux militaires (Article 228); en outre, les alliés étaient priés de constituer à cet effet des tribunaux militaires nationaux (Article 229). Un corps spécial fut créé pour rechercher les personnes qui devaient être poursuivies et il fut constitué une ‘Commission pour statuer sur la responsabilité des auteurs de crimes de guerre et pour l’application des sanctions’. Cette commission publia un rapport le 3 février 1920, dans ce rapport les Alliés révélaient aux Allemands les noms de 896 criminels de guerre declares”.

⁴⁶ Paix de Versailles, op. cit., p. 313.

internacional dos atos contrários às leis de guerra e às leis da humanidade já estavam previstas.

O seu esboço jurídico e a sua consagração nos artigos 227 a 229 do Tratado de Versalhes tomam certa forma, embora diferente daquela dada desde então. O seu fracasso, ocorre devido, em grande parte, à oposição dos Estados Unidos, que excluía qualquer ideia de procedimento penal perante uma jurisdição internacional. Eles simplesmente pensavam que e de forma simples e platônica “os autores desta guerra atroz não deveriam passar diante da história sem serem varridos”, e que “deveriam ser chamados à barra da opinião pública universal para sofrer o veredicto pronunciado pela humanidade contra os autores do maior crime cometido contra o mundo”⁴⁷.

No final, Guilherme II, o “Senhor da guerra”, o “criminoso número 1” da época, não foi extraditado pelos Países Baixos, onde buscou refúgio. No entanto, o Tratado de Versailles, assinado em 28 de junho de 1919, no artigo 231, responsabiliza a Alemanha e seus aliados, por haver causado todas as perdas e danos durante a Primeira Guerra. O artigo 227 responsabiliza Guilherme II pela “ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos Tratados” e, os artigos 228 a 230 impõem as penas às “pessoas reconhecidas como culpadas”. Apesar da falta de aplicação, o Tratado constitui uma inovação repleta de consequências históricas e legais, reconhecendo em um instrumento internacional os princípios da responsabilidade criminal e da repressão de “atos contrários às leis e os costumes da guerra”, bem como “delitos supremos contra a moral e a autoridade dos tratados internacionais”⁴⁸.

Os artigos 11 a 16, do Pacto da Liga das Nações, adotado em abril de 1919, incluídos (os vinte e seis artigos) no Tratado de

⁴⁷ Ver as reservas formuladas pela delegação dos Estados Unidos, em particular sobre a recusa de aceitar o Tribunal Internacional. p. 546. Seus argumentos merecem consideração, pois eles se expressam novamente e quase da maneira idêntica quando da criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg – admitido desta vez pelos Estados Unidos – em 1945. Paix de Versailles: Responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. **La documentation internationale**. Paris: Les Éditions Internationales, 1930. p. 533-536.

⁴⁸ *Traité de Versailles de 1919*. Nancy – Paris – Strasbourg: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919. p. 15-17; p. 108-119.

Versailles, mais especificamente, assim como os Tratados de Saint-Germain, de Trianon e de Neuilly, entre as potências aliadas e a Alemanha, todos da Conferência da Paz realizada em Paris, de 12 de janeiro a 28 de junho de 1919, consideraram uma guerra de agressão como uma violação *erga omnes*, para todos os Estados Partes no Pacto, e preveem um regime especial de sanções, em caso de agressão, aplicado por todos os Estados membros, tanto no caso de agressão externa como de guerra interna. Desta maneira, a ideia de crime de guerra foi sendo sedimentada no Direito Internacional.

A Resolução adotada pela Assembleia Geral da Sociedade das Nações, em 24 de setembro de 1927, em sua oitava sessão ordinária, sobre a “Declaração concernente às guerras de agressão”, confirma a tendência, afirmando que “a guerra de agressão não deve jamais servir como meio de resolver as disputas entre Estados” e que, de fato, “constitui um crime internacional”⁴⁹.

Até a Segunda Guerra Mundial, as propostas de sanção para os Estados e indivíduos infratores do Direito Internacional são insignificantes para os primeiros e se restringem ao recurso do direito interno para os indivíduos considerados criminosos⁵⁰.

Embora a Liga das Nações não tenha incentivado mais o trabalho nesta área, os vários organismos científicos dedicaram esforços ao estudo da questão. As associações internacionais de advogados, penalistas e publicistas manifestam de forma consistente, ao longo do período entre as guerras, o desejo urgente e unânime de

⁴⁹ ONU. **General Assembly**. Resolution adopted by the Assembly on September 24th, 1927. Declaration concerning wars of aggression. A. 119. 1927. IX. Disponível em: < <http://digital.library.northwestern.edu/league/le000045.pdf> > Acesso em: 06 jul. 2021.

⁵⁰ TAYLOR, Telford. **Procureur à Nuremberg**. Paris: Éditions du Seuil, 1992. p. 28 – 29. Em face ao gigantesco massacre que foi a Primeira Guerra mundial, a opinião pública exige a adoção de medidas capazes de impedir que tais massacres se renovem. Militares e diplomatas se interessam pela conclusão de novos tratados multilaterais, não somente para limitar os armamentos, mas para regulamentar sua utilização. Aviação, submarinos, gases tóxicos haviam profundamente modificado a condução da guerra e, é certo que as armas relativamente novas, em grande parte ignoradas pelas Convenções da Haia, se tornaram presentes e mereciam regulamentação. (Tradução livre).

criar um organismo criminoso internacional o mais rapidamente possível. A *União Interparlamentar*, a *International Law Association* e a *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP) têm sido particularmente ativas nesse sentido e todas adotaram, em um momento ou outro, um texto que apoiava o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional. No entanto, nenhum dos relatórios ou projetos de estatutos detalhou, nos raros casos em que são mencionados, as especificidades e garantias processuais do procedimento penal.

Em 1920 o Comitê Consultivo de Juristas da Sociedade da Liga das Nações, encarregado de preparar um Projeto para a constituição do CPJI, conforme previsto no artigo 14 do Pacto da Sociedade da Liga das Nações, com base em proposta do seu Presidente, Barão Descamps, recomenda ao Conselho e à Assembleia da Liga a instituição de um “tribunal superior de justiça internacional” que deveria ser “competente para julgar crimes contra a ordem pública internacional e o direito internacional universal”⁵¹.

O Terceiro Comitê foi da opinião que ainda não existia um Direito Penal internacional reconhecido por todas as nações e que, se fosse possível encaminhar certos crimes a qualquer jurisdição, seria mais prático criar uma câmara especial dentro da Corte Internacional de Justiça. Portanto, acredita que não há necessidade de a Assembleia da Liga das Nações tomar qualquer resolução a esse respeito. Por fim, o Conselho e a Assembleia decidem que o assunto ainda não estava maduro e que seria melhor submetê-lo ao estudo de organizações especializadas em Direito Internacional com vistas à convocação de uma Conferência sobre o assunto:

A Assembleia da Liga das Nações convida o Conselho a abordar às instituições mais autorizadas que se dedicaram ao estudo do direito internacional e a solicitar-lhes que deliberem sobre os modos de trabalho e de colaboração que considerem mais adequados para assegurar a definição e coordenação mais precisas de

⁵¹ LA ROSA, Anne-Marie. **Juridictions pénales internationales**: La procédure et la preuve. *Genève*: Presses Universitaires de France, 2003. p.12.

normas de direito internacional lei a ser aplicada nas relações entre as Nações⁵². (Tradução livre)

Em 1925, com base em um relatório apresentado por Vespasien V. Pella, a XXIII Conferência da União Interparlamentar, reunida em Washington e Ottawa, adota uma Resolução⁵³, instituindo uma Subcomissão encarregada de estudar as causas da guerra de agressão e de elaborar um Anteprojeto de Código mundial repressivo aos crimes internacionais. A Conferência anexa à Resolução os “Princípios Fundamentais para um Código Repressivo das Nações, que prevê o estabelecimento de uma Câmara Criminal dentro do CPJI”, responsável por julgar crimes de estados e indivíduos. Alguns desses princípios dizem respeito à jurisdição penal internacional. A responsabilidade penal tanto dos indivíduos como dos Estados foi reconhecida em caso de violação da ordem pública internacional e do Direito Internacional. No entanto, esses crimes tinham que ser definidos com antecedência por textos precisos e a repressão internacional tinha que se basear no princípio *nulla poena sine lege*. Recomenda, ainda, a competência da Corte Permanente de Justiça Internacional para decidir sobre todos os crimes e delitos internacionais e que fosse organizado dentro da Corte um Ministério Público internacional e uma Câmara internacional de acusação. Os crimes cometidos pelos Estados deveriam ser julgados pelas câmaras combinadas com a Corte Permanente. E os casos de responsabilidade individual deveriam ser examinados por uma Câmara Penal especial criada de acordo com o artigo 26 do Estatuto da Corte. Essa Câmara teria jurisdição sobre todos os crimes internacionais cometidos por indivíduos.

Os projetos desenvolvidos pelas organizações especializadas que se seguiram previam o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional competente para julgar indivíduos juntamente com Estados e outras pessoas jurídicas. Cite-se o trabalho desenvolvido pela

⁵² NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Secrétaire General** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., p. 11.

⁵³ O texto dessa Resolução encontra-se no Anexo 5 do Memorando do Secretário Geral da ONU: In: Secrétaire General - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., p. 75 – 79.

International Law Association, que discute questões relacionadas à justiça penal internacional e, em particular, com a criação de uma jurisdição penal internacional, nas sessões realizada em 1922 (Buenos Aires), 1924 (Estocolmo) e 1926 (Viena). A criação de uma jurisdição criminal internacional, bem como um projeto de estatuto, foi discutida em 1922 e 1924 sob a iniciativa do Professor Hugh Hale Bellot. Em 1926 (Viena), um Comitê de Estudo Especial da Associação considerou que a criação de um Tribunal Penal Internacional era não apenas muito útil, mas necessária. A razão para a decisão do Comitê foi que o julgamento de nacionais de um Estado pelos tribunais de outro Estado, por mais justo e imparcial que seja, é invariavelmente visto com suspeita. Em particular, a experiência mostrou que o julgamento de crimes de guerra pelos tribunais nacionais, seja do vencedor ou do vencido, dificilmente é satisfatório⁵⁴.

No seu primeiro congresso realizado em 1926 (Bruxelas), a *Association Internationale de Droit Pénal* considerou que a Corte Permanente de Justiça Internacional deveria ter jurisdição em matéria penal internacional para julgar os Estados responsáveis por agressão injusta ou qualquer outra violação do Direito Internacional, bem como os indivíduos culpados de crimes internacionais; e, que as infrações deveriam ser definidas e a sentença fixada com antecedência. Um Projeto de estatuto para um Tribunal Penal Internacional preparado pelo Professor Pella foi aprovado pela Associação em 1928 e revisado em 1946⁵⁵. Esses Projetos, ao contrário dos textos oficiais da ONU, que tratam apenas da responsabilidade penal de indivíduos, levam em consideração, ao mesmo tempo, a responsabilidade de indivíduos, Estados e pessoas jurídicas.

Somente após o assassinato do Rei Alexandre I da Iugoslávia e do Ministro das Relações Exteriores da França Jean Louis Barthou, em

⁵⁴ NATIONS UNIES. Assemblée Générale. **Secrétaire General** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., p. 12 - 13.

⁵⁵ Ver o texto do Projeto redigido pelo Professor V. V. Pella, no Anexo 7 do Memorando do Secretário Geral da ONU. In: **Secrétaire General** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., p. 80 - 93.

Marselha, em 9 de outubro de 1934, o governo francês dirige uma carta ao Secretário-Geral da Liga das Nações na qual insiste na necessidade de garantir uma repressão efetiva de crimes políticos a nível internacional e à qual foi anexada uma declaração de princípios que poderia constituir as bases de uma convenção internacional para a repressão ao terrorismo. A proposta também incluía uma sugestão para a criação de um Tribunal Penal Internacional para julgar indivíduos acusados de atos de terrorismo.

O Conselho da Liga das Nações empreende o exame da questão e, em 10 de dezembro de 1934, adota uma resolução dando instruções a um comitê de especialistas para redigir duas convenções, uma sobre terrorismo e outra sobre a criação de um Tribunal Penal Internacional para julgar os acusados deste crime⁵⁶. Esta última convenção contém 56 artigos que especificam a organização do Tribunal. Pela primeira vez, um instrumento internacional que cria um organismo penal internacional contém direitos de defesa, particularmente o direito de ser defendido por um advogado da sua escolha (artigo 29) e de receber a comunicação do processo (artigo 30). Prevê, também, que as audiências, interrogatórios e confrontos devem ter lugar na presença do defensor do arguido durante as audiências públicas (artigos 34 e 35). Essas duas convenções foram discutidas na Conferência Internacional para a Supressão do Terrorismo em novembro de 1937 e, posteriormente, assinadas por 24 Estados. No entanto, nunca entraram em vigência por falta das necessárias ratificações.

Em 1943, a Assembleia Internacional de Londres, criada em 1941 sob os auspícios da União para a Liga das Nações, composta por membros nomeados pelos governos Aliados instalados em Londres, propôs um Projeto de Convenção sobre a criação de um Tribunal Criminal internacional, que prevê o estabelecimento de uma jurisdição competente para julgar indivíduos culpados de crimes de guerra.

⁵⁶ Ver **Convention de Genève pour la prévention et la répression du terrorisme**, 16 novembre 1937; **Convention de Genève pour la création d'une Cour pénale internationale**, 16 novembre 1937, Anexo 8 do Memorando do Secretário Geral da ONU. In: NATIONS UNIES. Assemblée générale. Secrétaire general: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, *Mémorandum*, op. cit., p. 94 – 104.

Em 1944, a Comissão da ONU encarregada de investigar crimes de guerra, criada em 1943 por uma Conferência Diplomática em Londres, apresenta um Projeto de Convenção sobre a criação de um Tribunal de Crimes de Guerra das Nações Unidas, com jurisdição sobre pessoas físicas.

A Segunda Guerra confirma a necessidade do estabelecimento de um sistema internacional de justiça independente de considerações políticas. Foi marcada não somente por inovações em termos de combate - as velhas trincheiras da I Guerra foram substituídas pela “guerra de velocidade”, a Blitzkrieg⁵⁷ - envolvendo maciçamente as populações civis nos confrontos, maiores vítimas; mas, sobretudo, pelas violações às garantias fundamentais da pessoa humana⁵⁸. Os aliados e representantes de governos exilados da Europa discutem, algumas vezes, ainda durante o conflito, qual seria o tratamento a ser dado aos líderes nazistas após a guerra. Inicialmente, muitos consideram seus crimes além do alcance da justiça humana. Sob a ótica jurídica, salvo os crimes de guerra específicos, as novas e drásticas violações eram tão absurdas, que não havia tipificação das mesmas no sistema jurídico internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial, a opinião pública internacional estava chocada com os crimes cometidos durante o conflito, sobretudo com o genocídio dos judeus e a brutalidade da agressão japonesa contra a

⁵⁷ Guerra relâmpago foi o nome dado pelos alemães a sua nova técnica de campanha. O nome, ao contrário do que se julga, não se devia somente a rapidez das operações, mas também ao elemento surpresa e à eficiência da política de ocupação. A teoria inicial deve-se ao tenente-coronel Fuller, teórico militar britânico, em 1917. Foi expandida pelo Capitão Liddell Hart. Seguindo esses conceitos, coube ao General Guderian, em 1935, na Alemanha, a criação das divisões blindadas (*Panzer*). WYKES, Alan. **Hitler**. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973. p.157.

⁵⁸ Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. Foram planejados para a destruição dos judeus. Estima-se que a perseguição policial resultou no assassinato de 6 milhões de judeus, dos quais 4 milhões foram mortos pelas instituições de extermínio. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 147.

China. “Os crimes perpetrados ultrapassam no horror, e de muito longe, o que se conhece até agora sobre a barbárie⁵⁹”

Em decorrência desses fatores e com o papel determinante dos Estados Unidos, nasce a ideia do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em Tóquio para julgar os criminosos de guerra. A criação desses tribunais é um marco decisivo para o estabelecimento da responsabilidade criminal no plano do Direito Internacional. Na Declaração de Londres, de 8 de agosto de 1945, ingleses, franceses, americanos e soviéticos assinam o Acordo que cria o Tribunal Militar de Nuremberg. Instalado com grande solenidade em Berlim, mas tendo como palco a cidade de Nuremberg⁶⁰, na Alemanha, seus trabalhos estendem-se de 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946.

A Carta de Londres constitui a principal base jurídica do Tribunal, definindo as regras dos procedimentos de julgamento, jurisdição e enunciando os crimes que eram de sua competência. Composto de 30 artigos, o Estatuto estabelece o Tribunal Militar Internacional com o encargo de “julgar e punir, de modo apropriado, e

⁵⁹ BAZELAIRE, Jean-Paul & THIERRY, Cretin. **La justice pénale internationale**. Paris: Press Universitaires, 2000. p. 19 (Tradução livre)

⁶⁰ Em Nuremberg, o Partido Nacional Socialista realizava suas reuniões anuais, sendo também naquela cidade promulgadas por Hitler as leis raciais de 1935. Para Celso Albuquerque Mello, **Direitos humanos e conflitos armados**, op. cit., 440. “A conclusão que se pode apresentar é que, para mostrar a destruição do nazismo, escolheu-se para sede do seu julgamento a própria cidade que o simbolizava”. KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg: epílogo da tragédia**. Rio de Janeiro: Renes, 1973. p. 44. O autor tem a mesma opinião: Jackson também encontrou o local certo para o julgamento, o que não fora muito fácil, dadas às condições caóticas predominantes na Alemanha, na época. Era o Palácio da Justiça em Nuremberg, um edifício imenso que oferecia espaço suficiente para acomodar não só o próprio tribunal, mas também os incontáveis escritórios necessários ao julgamento (...) Nuremberg tornara-se a ‘Cidade do Movimento’, onde o Partido realizava suas reuniões anuais. Dali, Hitler promulgara suas infames leis raciais – as Leis de Nuremberg – em 1935. (...) Podemos dizer que Nuremberg simbolizava ao mesmo tempo o melhor e o pior do caráter nacional alemão, e também isto fazia dela uma escolha adequada.

sem demora, os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo” (artigo 1º). O artigo 2º estipula que deve haver quatro juízes, a serem indicados por cada um dos quatro partícipes do Acordo e, que em caso de necessidade, poderiam ser criados outros tribunais, com composição, competência e procedimento idênticos aos de Nuremberg (artigo 5º). O Estatuto serve de base para a criação de outros Tribunais de guerra, como acontece ao Tribunal do Extremo Oriente. O artigo 6º estabelece os crimes sob a competência da Corte⁶¹.

⁶¹ **Carta de Londres, de 08 de agosto de 1945.**

Art. 6º - O Tribunal instaurado pelo Acordo mencionado no artigo primeiro acima, para julgamento e punição dos grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo, terá competência para julgar e punir todas as pessoas que, agindo por conta dos países europeus do Eixo, cometeram, individualmente ou como membros de organizações, qualquer um dos seguintes crimes: **a) Crimes contra a paz:** isto é, a direção, a preparação, o desencadeamento ou a perseguição de uma guerra de agressão ou de uma guerra de violação dos tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação num plano concertado ou em um complô para a perpetração de qualquer um dos atos precedentes; **b) Crimes de guerra:** isto é, violações de leis e costumes da guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, o assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis nos territórios ocupados, assassinatos ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que as exigências militares não justifiquem; **c) Crimes contra a humanidade:** isto é, assassinato, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes ou durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime. Disponível em: <

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremberg/anexo.html>>.

Acesso em: 14 jul. 2021.

Sem dúvida, a grande contribuição do Tribunal de Nuremberg foi implementar a ideia da responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional. Outro aspecto que Nuremberg inova e que é fundamental para a construção do novo sistema jurídico do pós-guerra é a possibilidade de aplicação de sanções a organizações criminosas, o que permitiu o julgamento de sete organizações e de seus membros em conjunto⁶².

O Estatuto de Nuremberg estabelece, no artigo 9º, a possibilidade de o Tribunal declarar a culpabilidade de uma organização criminosa: “quando houver processo intentado contra qualquer membro de um grupo ou organização, poderá o tribunal declarar (por ocasião de um ato qualquer em que fique reconhecida a culpabilidade desse indivíduo) que o grupo ou a organização à qual pertencia era uma organização criminosa”. É em função das atividades de um indivíduo que o grupo poderá ser considerado criminoso. A filiação a qualquer organização criminosa é considerada agravante do crime, mas por si só não constitui crime. Uma vez declarada criminosa a organização, os tribunais nacionais poderiam levar a julgamento qualquer dos seus membros, pois o caráter criminoso da organização não poderá jamais ser contestado⁶³.

⁶² Além dos indivíduos, sete grupos ou organizações foram incluídos como réus: o Gabinete do *Reich*; o Corpo de Liderança do Partido Nazista; a *SS*; a *SD*; a *Gestapo*; as *SA*; o Estado-Maior-Geral e o Alto-Comando das Forças Armadas. A *Gestapo* e a *SD*, as *SS* e o *Corpo de Líderes do Partido Nazista* são declarados criminosos.

⁶³ **Carta de Londres, de 08 de agosto de 1945. Artigo 10** - Nos casos em que o tribunal houver proclamado o caráter criminoso de um grupo ou de uma organização, as autoridades competentes de cada Signatário terão o direito de levar qualquer indivíduo perante os Tribunais nacionais, militares ou de ocupação, em razão de sua filiação a esse grupo ou organização. Nessa hipótese, o caráter criminoso do grupo ou da organização será considerado como estabelecido e não poderá mais ser contestado.

Artigo 11 – Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal Internacional poderá ser acusada por outro crime que não o de filiação a uma organização ou grupo criminoso, perante um Tribunal nacional, militar ou de ocupação, mencionada no artigo 10 acima, e o Tribunal competente poderá, depois de reconhecida a culpabilidade, infligir-lhe uma pena suplementar independente da imposta pelo Tribunal Internacional, por ter participado de atividades criminosas desse ou daquele grupo ou organização. Disponível em: <

Apesar de suas imperfeições, esses tribunais constituem uma importante base para conformação dos princípios essenciais da responsabilidade penal internacional, dentre os quais se destacam: (a) a afirmação da responsabilidade por crimes definidos pelo Direito Internacional independentemente de lei interna; (b) o não reconhecimento de imunidade de jurisdição para crimes definidos pelo Direito Internacional; (c) o não reconhecimento de ordens superiores como escusa de responsabilidade.

Quando da criação das Nações Unidas, a questão da constituição, no âmbito da Organização, de uma jurisdição penal internacional foi levantada em duas ocasiões. Na primeira, pela Resolução nº 94/I de 11 de dezembro de 1946⁶⁴ da Assembleia Geral, quando cria a Comissão para o Desenvolvimento Progressivo do Direito Internacional e sua Codificação, composta por representantes de dezessete Estados membros e convida, pela Resolução nº 95/I da mesma data, “a considerar como matéria de capital importância os projetos que visam a formular, no âmbito de uma codificação geral de crimes contra a paz e segurança da humanidade, ou no âmbito de um código penal internacional, os princípios reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e nas sentenças do Tribunal”⁶⁵. A Resolução nº 95 declara, ainda, o direito de Nuremberg parte do Direito Internacional geral.

Durante os debates da Comissão, o delegado francês, H. Donnedieu de Vabres apresenta um memorando considerando a

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/nuremberg/anexo.html>. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁶⁴ ONU. **General Assembly**. A/RES/94(I) de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/94\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/94(I))>. Acesso em: 21 jul. 2021. “(...) Invite la Commission chargée de la codification du droit international, créée par la résolution de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946,1 à considérer comme une question d'importance capitale les projets visant à formuler, dans le cadre d'une codification générale des crimes commis contre la paix et la sécurité dell'humanité ou dans le cadre d'un Code de droit criminel international, les principes reconnus dans le statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour”.

⁶⁵ ONU. **General Assembly**. A/RES/95(I) de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/95\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I))>. Acesso em: 21 jul. 2021

criação de uma Câmara Criminal dentro da CIJ, competente para julgar os Estados e seus governantes responsáveis por crimes contra o direito internacional, crimes de guerra e crimes contra a humanidade⁶⁶. Finalmente, em termos de direito substantivo, a Comissão formula sete princípios, consagrando a responsabilidade penal internacional do indivíduo, mesmo em casos de cumplicidade, por crimes contra a paz e contra a humanidade, excluindo a posição oficial, a ordem superior e o direito interno como causas de justificação. No plano processual, reconhece o princípio do direito a um julgamento justo. A Comissão se limita a recomendar à Assembleia Geral a possibilidade de criação de uma autoridade judicial internacional para implementar os princípios contidos no Estatuto e nas sentenças do Tribunal de Nuremberg e para garantir a punição de outros crimes possivelmente reconhecidos por convenções internacionais.

Na segunda Sessão, celebrada em 21 de novembro de 1947, a Assembleia Geral aprova a Resolução nº 177 (II), pela qual encarrega a Comissão de Direito Internacional de elaborar os princípios do Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Durante exame preliminar, surge a questão de saber se a Comissão deveria ou não determinar em que medida os princípios contidos no Estatuto e no julgamento constituem princípios de Direito Internacional⁶⁷. A Comissão conclui que, uma vez que os princípios de Nuremberg tinham sido reconhecidos pela Assembleia Geral, a tarefa confiada à Comissão nos termos da alínea “a” da Resolução nº 177 (II) não era julgar esses princípios, mas apenas para formulá-los. A Comissão aprova o texto naquela mesma Sessão.

⁶⁶ Ver H. Donnedieu de Vabres, *Projet de création d'une juridiction criminelle internationale*, Mémoire présenté à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification, In: Secrétaire general - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., anexe 11, p. 126 – 128.

⁶⁷ ONU. **General Assembly**. A/RES/177(II). Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 2e session, 16 septembre - 29 novembre 1947. Disponível em: <<http://research.un.org/fr/docs/ga/quick/regular/2>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Em um segundo momento, a questão foi levantada no âmbito das Nações Unidas quando a Assembleia Geral, pela Resolução nº 96/I de 11 de dezembro de 1946, solicita ao Conselho Econômico e Social um estudo para a redação de um Projeto de Convenção sobre o Crime de Genocídio⁶⁸. A Comissão se apoia no curso de seus trabalhos, nos Projetos elaborados pela Secretaria Geral e pela Comissão especial sobre Genocídio, prevendo a possibilidade de jurisdição de um tribunal internacional, e apresenta um Projeto à Assembleia Geral, em 1948⁶⁹.

Tendo o projeto sido encaminhado à Sexta Comissão alguns representantes previram a inserção de uma cláusula para tornar o CIJ competente em casos de genocídio envolvendo a responsabilidade dos Estados⁷⁰. Por fim, o texto adotado pela Sexta Comissão, aprovado pela Assembleia Geral pela Resolução nº 260 (III) de 9 de dezembro de 1948 e que entrou em vigor como uma Convenção em 1951, prevê a possibilidade de levar os indivíduos acusados de genocídio a julgamento por um Tribunal Penal internacional (artigo VII) e a possibilidade de submeter à CIJ a controvérsia relativa à interpretação, aplicação, execução da Convenção ou à responsabilidade de um Estado quanto ao genocídio (artigo IX).

Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral, através da Resolução nº 260(III)B de 19 de dezembro de 1948, pede à Comissão de Direito Internacional, um estudo sobre a viabilidade de criação de uma Jurisdição Penal Internacional encarregada de julgar pessoas acusadas de crimes de genocídio e de outros crimes que seriam da competência desse órgão em virtude de tratados internacionais. A razão deste estudo deve-se, em grande parte, à adoção da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, naquela mesma

⁶⁸ ONU. **General Assembly**. A/RES/96(I), de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: < [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I))>. Acesso em: 21 jul. 2021.

⁶⁹ Ver *Extrait du projet de Convention sur le crime de génocide, préparé par le Secrétaire général (E/447)*. In: **Secrétaire General** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., anexo 12, p. 128 – 141; *Comité spécial du génocide, Projet de Convention préparés sur le crime du génocide (E/794)*. In: *Secrétaire General* - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., anexo 14, p. 148 – 151.

⁷⁰ Ver **Secrétaire General** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, op. cit., p. 43 – 44.

Sessão, visto que, o seu artigo VI, prevê o julgamento daquelas pessoas por um tribunal competente dos Estados ou por uma Corte Criminal Internacional⁷¹. Depois de decidir a favor de tal estabelecimento, a Comissão de Direito Internacional submete um relatório à Assembleia Geral⁷².

A Assembleia Geral constitui, então, uma Comissão composta por representantes de dezessete Estados membros, cuja função é formular propostas concretas referentes à criação e ao estatuto de uma Corte Penal internacional⁷³. A Comissão se reuniu em Genebra em agosto de 1951, elabora um projeto de estatuto de um organismo penal internacional com uma estrutura a ser complementada por outros instrumentos. O estatuto prevê, em particular, que o tribunal deve ser um órgão permanente composto por nove juízes eleitos entre pessoas com reconhecida competência em Direito Internacional. Além disso, deve ter competência para julgar crimes internacionais e, para isso, deve garantir ao acusado um julgamento justo. O projeto da Comissão de 1951 considerou que a jurisdição do Tribunal deveria ter sido limitada às pessoas físicas, uma vez que a responsabilidade penal dos Estados era, na opinião dos seus membros, incerta e do domínio político mais do que jurídico, porquanto a responsabilidade de outras pessoas jurídicas não era uniformemente reconhecida pelos sistemas jurídicos do mundo. Consequentemente, o artigo 25 do Projeto provisoriamente adotado em 1951, estabelecia que: “O Tribunal julga exclusivamente as pessoas físicas, incluindo pessoas que tenham atuado como Chefe de Estado ou agente do governo” e a mesma jurisdição subjetiva está prevista no artigo 25 do Projeto de 1953⁷⁴.

⁷¹ ONU. **General Assembly**. A/RES/260(III) B, de 9 de dezembro de 1948. Disponível em: <[https://undocs.org/fr/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/fr/A/RES/260(III))>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁷² ONU. **International Law Commission**. Document A/CN.4/34. Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, v. II, § 128 a 141.

⁷³ ONU. **General Assembly**. A/RES/489(V), de 12 de dezembro de 1950. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/489\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/489(V))>. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁷⁴ KERNO, L. Le projet de statut de la cour criminelle internationale. *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, nº. 4, 1951, p. 363-366. Ver “Rapport du Comité pour une juridiction criminelle internationale sur les travaux de sa session tenue du 1er au 31 août 1951”. (Documents officiels de

O projeto de estatuto da Comissão de Genebra foi submetido à Assembleia Geral que, em 1952, decide criar uma nova Comissão também composta por representantes de dezessete Estados membros que deveria examinar: as implicações e consequências da criação de um órgão penal internacional; os procedimentos que devem ser adotados para tal fim; as relações entre esse Tribunal e as Nações Unidas e proceder a um novo exame do projeto de estatuto elaborado pela primeira Comissão⁷⁵.

Esta segunda Comissão, (Comissão de Jurisdição Penal Internacional de 1953), que se reuniu em Nova York em julho e agosto de 1953, fez uma série de modificações no projeto da Comissão de 1951 e propôs variantes para várias disposições do projeto: uma no caso de o Tribunal ter vínculos estreitos com as Nações Unidas e outra no caso de ser decidido que o Tribunal seria independentemente das Nações Unidas⁷⁶.

No entanto, em 1954, a Assembleia Geral, pelas Resoluções nºs. 898 (IX) de 14 de dezembro de 1954 e 1187 de 11 de dezembro de 1957, decide adiar a questão do estabelecimento de uma jurisdição penal internacional, pois entende que está intimamente ligada ao Projeto de Código dos Crimes Contra a Paz e Segurança da Humanidade e à definição da agressão que lhe foi submetida⁷⁷.

Quase meio século foi necessário para que tal projeto fosse concretizado no seio do Estatuto de Roma com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. A Guerra Fria é tida como responsável por tal atraso, visto que, após a queda do Muro de Berlim, foram criados os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia,

l'Assemblée générale, septième session, Supplément n° 11 [A/2136]), annexe I, "Projet de statut pour une cour criminelle internationale".

⁷⁵ ONU. **General Assembly**. A/RES/687(VII), de 5 de dezembro de 1952. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/687\(VII\)](https://undocs.org/en/A/RES/687(VII))>. Acesso em: 24 jul. 2021.

⁷⁶ Ver "Rapport du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale, 27 juillet-20 août 1953". (Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n 12 [A/2645])

⁷⁷ ONU. **General Assembly**. A/RES/898(IX), de 14 de dezembro de 1954. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/898\(IX\)](https://undocs.org/en/A/RES/898(IX))>; A/RES/1187(XII), de 11 de dezembro de 1957. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES1187\(XII\)](https://undocs.org/en/A/RES1187(XII))>. Acesso em: 24 jul. 2021.

Ruanda e, finalmente, o Tribunal Penal Internacional (em 1993, 1994 e 1998, respectivamente). Na verdade:

[...] imagina-se facilmente que cada um dos dois blocos não estava realmente propenso a promover uma justiça penal internacional capaz de lhe pedir que prestasse contas de suas próprias ações⁷⁸. (Tradução livre)

A Assembleia Geral volta a recomendar à Comissão de Direito Internacional (em 1990), a elaboração de um projeto de Estatuto para o referido Tribunal. O último dos trabalhos na Comissão de Direito Internacional ganha intensidade, tendo em vista a decisão do Conselho de Segurança de criar tribunais internacionais *ad hoc*, para julgar crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade, cometidos na antiga Iugoslávia e em Ruanda.

Gerou-se, assim, a expectativa de criação de um Tribunal Penal Internacional, capaz de promover a punição dos crimes internacionais na ausência ou impossibilidade dos sistemas judiciários nacionais, frequentemente incapacitados ou intimidados pela destruição e pelo terror sistemático e maciço desencadeados pelos perpetradores de tais crimes. Afirma-se, assim, como princípio, que a humanidade, cujos interesses e valores essenciais são ameaçados e violados pela prática desses crimes é, em última instância, titular do direito de assegurar a sua repressão, devendo-se prever os meios adequados a garantir o exercício dessa titularidade⁷⁹.

O Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, transmite o relatório da Comissão de Direitos Humanos, na 54ª Sessão da Assembleia Geral, que relata a situação dos direitos humanos na República Federal da Iugoslávia (Sérvia e Montenegro), na República da Croácia e na Bósnia-Herzegovina. Sobre a região, descreve:

Violações de direitos humanos foram cometidas no Kosovo contra etnia albanesa antes da chegada do pessoal da Missão de Administração Provisória das

⁷⁸ BAZELAIRE, Jean-Paul; THIERRY, Cretin, op. cit., p. 41.

⁷⁹ SABOIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: ano 4, ago, 2000. p. 7.

Nações Unidas no Kosovo e das tropas da presença de segurança internacional, a Força de Paz no Kosovo, como evidenciado por abundantes relatos de tortura, fuzilamento indiscriminado e sistemático, deslocamento forçado de um grande número de civis, execuções sumárias e detenção ilegal de albaneses do Kosovo perpetrada pela polícia e pelas forças armadas iugoslavas⁸⁰.

Diante das violações graves e repetidas das Convenções de Genebra e das leis humanitárias, o Conselho de Segurança da ONU, através das Resoluções n.ºs. 808, de 22 de fevereiro de 1993⁸¹ e 827, de 25 de maio de 1993⁸², decide criar o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a antiga Iugoslávia, baseada no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, com o objetivo de julgar os responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos cometidas no território da ex-Iugoslávia, a partir de 1991.

Em 1996, o Tribunal inicia seu funcionamento, na cidade da Haia e, de acordo com seu Estatuto, tem competência para “perseguir e julgar as pessoas que cometeram ou ordenaram o cometimento de infrações graves às Convenções de Genebra de 1949” (artigo 2º), que violaram as leis ou costumes de guerra (artigo 3º), que praticaram o genocídio (artigo 4º) e outros crimes contra a humanidade (artigo 5º). A pena máxima que pode ser dada pelo Tribunal é a pena de prisão perpétua.

Outro caso de Tribunal *ad hoc* mais recente é o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Entre abril e julho de 1994, Ruanda foi o palco de um genocídio de rara intensidade. Tratava-se de um acesso de ódio tribal entre as etnias hutu e tutsi. O número de mortos desse genocídio atinge oitocentas mil pessoas. Em novembro de 1994, o

⁸⁰ ONU. **General Assembly**. Resolution A/RES/54/183, de 29 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://undocs.org/fr/A/RES/54/183>>. Acesso em: 16 jul. 2021.

⁸¹ ONU. **Security Council**. Resolution 808/1993 (S/RES/808 (1993)), de 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[https://undocs.org/en/S/RES/808\(1993\)](https://undocs.org/en/S/RES/808(1993))>. Acesso em: 26 jul. 2021.

⁸² ONU. **Security Council**. Resolution 827/1993 (S/RES/827 (1993)), de 25 de maio de 1993. Disponível em: <[https://undocs.org/S/RES/827\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/827(1993))>. Acesso em: 27 jul. 2021.

Conselho de Segurança das Nações Unidas adota a Resolução nº 955⁸³, estabelecendo o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Assim, como no caso do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, o Conselho de Segurança age aplicando o Capítulo VII da Carta da ONU.

O Tribunal de Ruanda é criado para julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e violações do artigo 3º, comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao protocolo adicional das mesmas Convenções, cometidos no território de Ruanda e nos Estados vizinhos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. As atividades do Tribunal iniciam-se em novembro de 1995 e, em 1998, pela primeira vez desde a Segunda Guerra Mundial, um Tribunal Penal Internacional pronuncia condenações por genocídio.

Observa-se, dessa forma que, pelo menos desde 1948, com a Resolução nº 260, a Assembleia Geral das Nações Unidas já reconhece a necessidade de Cortes Internacionais competentes para julgar crimes internacionais. Apenas em 1990, a Assembleia Geral volta a requisitar à Comissão de Direito Internacional que retome os trabalhos sobre a questão. Após quatro anos, a Comissão encaminha à Assembleia um projeto de estatuto de criação de uma Corte Penal Internacional. Somente quatro anos depois, em 1998, os Estados se reúnem em Roma para a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas sobre a criação de uma Corte Criminal Internacional. Dessa forma, em 17 de julho de 1998, é adotado o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, a última etapa de um processo iniciado há cinquenta.

No que diz respeito à competência temporal desse novo Tribunal Penal Internacional, a ideia que prevalece é a da permanência. Ao contrário dos Tribunais *ad hoc* de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda, o Tribunal Penal Internacional é uma Corte permanente. Para Díez de Velasco⁸⁴:

⁸³ ONU. **Security Council**. Resolution 955/1994 (S/RES/955), de 8 de novembro de 1994. Disponível em: < [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994))>. Acesso em: 26 jul. 2021.

⁸⁴ Díez de Velasco, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 733.

[...] se trata, em efecto, de dar um passo decisivo para estabelecer uma jurisdicción penal internacional de carácter permanente, dotada de poder para enjuiciar y sancionar a los individuos responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional.

Aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma, o Estatuto de criação da Corte Criminal Permanente, contou com a participação de 160 países, sendo que 120 Estados votaram a favor da adoção do Estatuto de Roma. Em 11 de abril de 2002, alcançou o número necessário de ratificações, entrando em vigor em 1º de julho de 2002. Um marco histórico para o Direito Internacional Penal. Temos atualmente 123 Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Entre eles, 33 são membros do grupo de Estados africanos, 19 são da Ásia e do Pacífico, 18 são da Europa Oriental e 28 são da América Latina e do Caribe e 25 são membros do grupo da Europa Ocidental e de outros Estados⁸⁵. Todos os países da América do Sul são partes do Estatuto. A maioria dos Estados da Europa e África faz parte do Estatuto de Roma. No entanto, ainda existem grandes ausências no Oriente Médio, norte da África e Ásia em particular, e até o momento algumas das grandes potências do mundo, como China, Índia e Estados Unidos, ainda não fazem parte do sistema. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, de acordo com o previsto no Estatuto de Roma, tem caráter complementar às jurisdições nacionais, atuando somente quando estas não puderem ou não tiverem interesse em realizar o julgamento, ou quando não forem observados, pelos Estados julgadores, os procedimentos considerados fundamentais para o julgamento do suspeito.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional deverá observar as regras de competência em relação a matéria, ao tempo, a pessoa e ao lugar. A competência em relação a matéria está disciplinada do art. 5º ao art. 8º do Estatuto de Roma, que trata dos crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade.

⁸⁵ COUR PÉNALE INTERNATIONALE. Les États parties au Statut de Rome. Disponível em: < https://asp.icc-cpi.int/fr_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx>. Acesso em: 22 jan. 2022.

Os princípios gerais do Direito Penal são incorporados ao Estatuto de Roma, no Capítulo III, nos artigos 22 a 33. Trata-se de uma inovação, pois no Estatuto dos Tribunais Penais para a antiga Iugoslávia e Ruanda não há uma Parte Geral, ainda que contenha princípios gerais como o da responsabilidade pessoal por ação e participação, posição oficial, responsabilidade de comando e certas espécies de excludentes.

O Estatuto de Roma contém os princípios gerais *em sentido estrito*, ao lado do *nullum crimen* e *nulla poena* (arts. 22 - 24), esta categoria inclui previsões da Parte 2 do Estatuto (Jurisdição, Admissibilidade e Lei aplicável): a regra do *ne bis in idem* (art. 20) e a previsão da Lei Aplicável (art. 21).

O artigo 11 do Estatuto de Roma trata exclusivamente da competência *ratione temporis* do Tribunal Penal Internacional. E o faz de forma simples, direta e objetiva: o parágrafo 1º estabelece que o Tribunal tem competência apenas sobre os crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto de Roma.

O artigo 12 do Estatuto de Roma, especialmente em seus parágrafos 1º e 2º (a) e (b), estabelece a competência *ratione loci* e *ratione personae* do Tribunal. Os artigos 13 a 16 do Estatuto de Roma e as regras 45 a 50 das Regras de Procedimento e Prova fornecem as condições sob as quais o Tribunal Penal Internacional exerce a sua jurisdição.

Os critérios de competência do Tribunal constituem seu quadro de ação, ou seja, apenas as situações referidas dentro dos critérios material, temporal e territorial ou pessoal, referidos nos artigos 5 a 8 *bis*, 11 e 12 do Estatuto, são de sua esfera de competência. Dentro desse contexto, o Tribunal só pode iniciar uma investigação quando sua jurisdição for provocada, conforme um dos mecanismos previstos no Estatuto. Portanto, há sempre necessidade de um mecanismo de provocação a fim de ativar a sua jurisdição.

Existem três formas ou mecanismos de ativação da jurisdição do Tribunal: 1) por denúncia de um Estado Parte ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; 2) quando Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações

Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; e 3) quando o Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15. O artigo 16, por sua vez, regula o poder do Conselho de Segurança de suspender o início ou curso de uma investigação ou de um procedimento criminal perante o Tribunal. Os artigos 15 *bis* e 15 *ter*, adicionados na Conferência de Revisão de Kampala em 2010 regulam o exercício da jurisdição do Tribunal em relação aos crimes de agressão.

Desde Nuremberg até a criação do Tribunal Penal Internacional, existe uma evolução da responsabilidade internacional criminal dos indivíduos. Esses Tribunais Internacionais, criados no século XX, não julgam Estados, mas os indivíduos responsáveis pelos crimes internacionais previstos por seus estatutos. Apesar de os Estados ainda não poderem ser julgados por esses Tribunais Penais Internacionais, a evolução do Direito Internacional Penal foi considerável na segunda metade do século XX. A justiça penal internacional começa a tomar forma e os crimes internacionais não mais ocorrerão impunes.

O expressivo aumento de delitos internacionais após a Segunda Grande Guerra faz com que a comunidade internacional estabeleça uma meta voltada para dar fim ou ao menos diminuir tais condutas delitivas, evitando-se a impunidade, o que, com expressiva e predominante colaboração, foi alcançado com o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente dotado de poder suficiente para aplicar o Direito Internacional àqueles acusados de cometerem crimes violadores do Direito Internacional Humanitário.

A multiplicidade de tribunais internacionais no Direito Internacional contemporâneo indica a expansão da jurisdição internacional, conjuntamente com o processo de descentralização da ordem jurídica internacional para além da ótica puramente interestatal. O processo de “jurisdicionalização” do direito internacional reforça a primazia do Direito Internacional sobre a força, confortando o

jusinternacionalista sensato⁸⁶. O diálogo entre os tribunais internacionais é da maior relevância, cada um no âmbito de sua respectiva jurisdição, cumprem com sua missão e contribuem para a realização da justiça no plano internacional.

4. *Considerações finais*

O presente trabalho procurou demonstrar como a desenvolvimento do Direito Internacional conduziu para a ampliação da jurisdição internacional, desde seu nascimento, com a Corte Permanente Internacional de Justiça, no início do século XX, baseada em uma premissa da facultividade da jurisdição internacional, até os dias atuais, com a expansão da sua competência material e a criação de uma jurisdição penal internacional.

A jurisdição internacional, no século XIX, deveria ser limitada por questões políticas e honra nacional e circunscrever-se apenas a disputas interestatais. Mas a prática da CIJ não seria dócil com estes limites. Vale destacar os célebres Pareceres Consultivos sobre as *Reparações de Danos* (1949) e sobre a *Namíbia* (1971) proferidos pela CIJ. No caso do Parecer Consultivo de Folke Bernadotte, a decisão trouxe enormes mudanças para o cenário internacional, atribuindo personalidade jurídica às Organizações que contribuíram à evolução do direito internacional contemporâneo e, no caso da Namíbia, a Corte afirmou o Princípio da autodeterminação dos povos.

Ademais, em breve, passou a CIJ a conviver com outros tribunais internacionais, como os tribunais internacionais de direitos humanos, o Tribunal Internacional de Direito do Mar, os tribunais penais internacionais, e os tribunais criados no âmbito de esquemas de integração econômica nos planos regional. O fenômeno mais significativo da expansão da jurisdição internacional, após a II Guerra Mundial foi a criação da jurisdição internacional sobre direitos humanos. Até então, as propostas de sanção para os Estados e indivíduos infratores do Direito Internacional são insignificantes para

⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*, *RCADI*, v. 316, 2005, 2 t., p. 243-245.

os primeiros e se restringem ao recurso do direito interno para os segundos.

A Segunda Guerra Mundial confirma a necessidade do estabelecimento de um sistema internacional de justiça independente de considerações políticas. Todos os esforços para criar um organismo criminal internacional foram infrutíferos até 8 de agosto de 1945, quando foi concluído o Acordo de Londres para a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente em Tóquio para julgar os criminosos de guerra, um marco decisivo para o estabelecimento da responsabilidade criminal no plano do Direito Internacional.

Os tribunais penais internacionais instituídos pelo Conselho de Segurança, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, abriram caminho à criação do Tribunal Penal Internacional. A criação destes dois Tribunais *ad hoc*, por decisão do Conselho de Segurança, à luz do capítulo VII da Carta das Nações Unidas, veio não só atender às pressões públicas ante as atrocidades cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda, como também contribuir a preservar a crença em um ordenamento jurídico internacional em que os responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário sejam julgados e sancionados, prevenindo assim crimes futuro. A criação e o funcionamento dos dois Tribunais *ad hoc* vieram, enfim, contribuir à luta contra a impunidade de criminosos de guerra e de responsáveis por atos de genocídio e crimes contra a humanidade, superando assim uma das carências do Direito Internacional clássico. Vieram, ademais, abrir caminho ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.

Ao lado do TPI, além dos supracitados Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, também têm operado em nossos dias os tribunais penais “internacionalizados” ou “híbridos” ou “mistos” (para Serra Leoa, Timor-Leste, Kosovo, Bósnia-Herzegovina, Camboja e Líbano), que contam com juízes internacionais e nacionais. Constituem uma experiência nova e criativa em busca da justiça internacional; cada um a seu modo, contribui para determinação da responsabilidade dos responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário.

Os Estados Partes do TPI têm a responsabilidade primária de processar crimes internacionais graves e outras violações graves dos direitos humanos. Comprometeram-se em garantir que a impunidade por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, bem como violações do direito internacional humanitário e graves violações dos direitos humanos não sejam toleradas, e que essas violações estão sujeitas a investigações e sanções apropriadas, em particular garantindo que os autores desses crimes ou violações sejam levados à justiça de acordo com o procedimento previsto na legislação nacional ou, se for o caso, de acordo com um mecanismo regional ou internacional, em conformidade com o Direito Internacional.

As concepções clássicas do Direito Internacional foram gradativamente substituídas por um novo modelo de justiça internacional, que penetra esferas de domínio reservado do direito nacional. Novos tribunais internacionais surgiram, e antigas cortes expandiram a sua competência material. A introdução das “situações jurídicas individuais” na jurisdição internacional foi muito significativa. A jurisdição internacional de direitos humanos criou mudanças ainda maiores, ao se voltar a perquirir sobre a personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano. O passo seguinte estava preparado. Este cenário todo impôs restrições ao voluntarismo estatal; não há mais espaço para limitações como “honra nacional” e “questões políticas”, quando existe um tribunal internacional capaz de julgar chefes de Estado por seus crimes, e protegendo direitos humanos. O indivíduo passa a ser titular de direitos e de obrigações internacionais, dotado de capacidade ativa (*legitimatío ad causum*), perante tribunais internacionais de direitos humanos e sujeito passivo diante dos tribunais penais internacionais.

Dionísio Anzilotti e Max Huber, de fato, encontrariam dificuldades em reconhecer o estado atual da jurisdição internacional.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Brenda; BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. A Man against a War: Rui Barbosa and the Struggle against a Thought. **Journal Of History Of International Law**, v.23, pp.282-309, 2020.

BASSIOUNI, Chérif. *Projet de code penal international*. **Revue Internationale de droit public**. Toulouse: Editions Ères, 1981.

BAZELAIRE, Jean-Paul & THIERRY, Cretin. **La justice pénale international**. Paris: Press Universitaires, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale**. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa. **Revista de Direito Internacional**, v.13, pp.422-443, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind: towards a new *jus gentium*, **RCADI**, v. 316, 2005, 2 t.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. **Instituciones de derecho internacional público**. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

GAROFALO, R. **La criminologie**. Paris: Alcan, 1905.

GRAVEN, Jean. Jean. Les crimes contre l'humanité. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, t. 76, v, 1, 1950.

GUGGENHEIM, Paul. Les principes de droit international public. **RCADI**, v. 80, 1952.

HAMBRO, Edvard. The jurisdiction of the International Court of justice. **RCADI**, v. 76, 1950-I.

KAHN, Leo. **Julgamento em Nuremberg: epílogo da tragédia**. Rio de Janeiro: Renes, 1973.

KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: a critical anaysis of it's fundamental problems**. New York: Praeger, 1950.

KERNO, L. Le projet de statut de la cour criminelle internationale. **Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques**, n°. 4, 1951.

LA ROSA, Anne-Marie. **Juridictions pénales internationales: La procédure et la preuve**. *Genève*: Presses Universitaires de France, 2003.

LAUTERPACHT, Hersh. **The Function of Law in the International Community**. New York: Oxford University Press, 2011.

LOBATO, Marina Olegovna. **Análise comparada da jurisdição consultiva na CPJI e na CIJ no que tange à solução de controvérsias entre os Estados**. Dissertação de Mestrado, UERJ, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MU, He. The Distinction Between Legal and Political Disputes in International Adjudication. **Peking University Law Journal**, 2014, pp. 202-225, v. 2, n.1.

ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the Bench (1976-1993). **RCADI**, v. 244, 1993-VII.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Tecnicismo penal de la delincuencia de guerra. **Revista Española de Derecho Internacional**. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, n. 1, v. 3, 1950.

REGISTRY OF THE PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The Permanent Court of International Justice: its Constitution and Work*. The Hague, published in 1939 and republished in 2012.

Revue pénitentiaire et de droit penal. Paris, 1916, n. 4.

SABOIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: ano 4, ago, 2000.

SALDAÑA, Quintiliano. La justice pénale internationale. **Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye**, vol. X, 1925.

SCHELER, Max. **Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg**. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915

TAYLOR, Telford. **Procureur à Nuremberg**. Paris: Éditions du Seuil, 1992.

TORRES, Alberto. **A Caminho da Paz**. Trad. Teutônio Simões. Versão para e-book da 2. ed. Graphica Ypiranga, Rio de Janeiro, 1927 feita pela ebooksBrasil.org, março 2006

TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. **RCADI**, tomo I, 1925.

WYKES, Alan. **Hitler**. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1973.

Documentação

1899 CONVENTION FOR THE PACIFIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES. Base de Tratados da Corte Permanente de Justiça Internacional. Disponível em <<https://pca-cpa.org/en/resources/pca-conventions-and-rules>>. Acesso de março de 2022.

ONU. **General Assembly**. Resolution adopted by the Assembly on September 24th, 1927. Declaration concerning wars of aggression. A. 119. 1927. IX. Disponível em: < <http://digital.library.northwestern.edu/league/le000045.pdf>>

_____. **General Assembly**. A/RES/94(I), de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/94\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/94(I))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/95(I) de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/95\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/95(I))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/177(II). Résolutions et décisions adoptées par l'Assemblée générale au cours de sa 2e session, 16 septembre - 29 novembre 1947. Disponível em: <<http://research.un.org/fr/docs/ga/quick/regular/2/>>.

_____. **General Assembly**. A/RES/96(I), de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: < [https://undocs.org/en/A/RES/96\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/96(I))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/260(III) B, de 9 de dezembro de 1948. Disponível em: <[https://undocs.org/fr/A/RES/260\(III\)](https://undocs.org/fr/A/RES/260(III))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/489(V), de 12 de dezembro de 1950. Disponível em: < [https://undocs.org/en/A/RES/489\(V\)](https://undocs.org/en/A/RES/489(V))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/687(VII), de 5 de dezembro de 1952. Disponível em: <[https://undocs.org/en/A/RES/687\(VII\)](https://undocs.org/en/A/RES/687(VII))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/898(IX), de 14 de dezembro de 1954. Disponível em: < [https://undocs.org/en/A/RES/898\(IX\)](https://undocs.org/en/A/RES/898(IX))>.

_____. **General Assembly**. A/RES/1187(XII), de 11 de dezembro de 1957. Disponível em: < [https://undocs.org/en/A/RES1187\(XII\)](https://undocs.org/en/A/RES1187(XII))>.

_____. **General Assembly**. Resolution A/RES/54/183, de 29 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<https://undocs.org/fr/A/RES/54/183>>.

_____. **Security Council**. Resolution 808/1993 (S/RES/808 (1993), de 22 de fevereiro de 1993. Disponível em: < [https://undocs.org/en/S/RES/808\(1993\)](https://undocs.org/en/S/RES/808(1993))>.

_____. **Security Council**. Resolution 827/1993 (S/RES/827 (1993), de 25 de maio de 1993. Disponível em: < [https://undocs.org/S/RES/827\(1993\)](https://undocs.org/S/RES/827(1993))>.

_____. **Security Council**. Resolution 955/1994 (S/RES/955), de 8 de novembro de 1994. Disponível em: < [https://undocs.org/S/RES/955\(1994\)](https://undocs.org/S/RES/955(1994))>.

_____. **International Law Commission**. Document A/CN.4/34. Report of the International Law Commission on its Second Session, 5 June to 29 July 1950, v. II, § 128 a 141.

La Paix de Versailles: Responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions. **La documentation internationale**. Paris: Les Éditions Internationales, 1930.

NATIONS UNIES. Assemblée générale. **Secrétaire general** - Mémoire: Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, doc. N.U. A/CN.4/7/Rev.1, 27 mai 1949, New York.

Traité de Versailles de 1919. Nancy – Paris – Strasbourg: Librairie Militaire Berger-Levrault, 1919.

Cour Pénale Internationale. Les États parties au Statut de Rome.

Jurisprudência

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Interpretação de Tratados entre Bulgária, Hungria e Romênia. Opinião Consultiva de 30 de março de 1950, p. 10. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Obrigações relativas às Negociações sobre a Cessação da Corrida Armamentista Nuclear e do Desarmamento Nuclear (Ilhas Marshall v. Reino Unido), Jurisdição e Admissibilidade, Julgamento de 5 Outubro de 2016. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso Mavrommatis: Concessões na Palestina. Julgamento No. 2, 1924, Série A, No. 2, p. 11. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022

CORTE PERMANENTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Status da Carélia Oriental. Opinião Consultiva de 23 de julho de 1923. Série B, n. 5. Disponível em <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em março de 2022.

TAX LAW CLASSICAL FRAMEWORK AND CRIMINAL LAW PROCEDURES ON THE 4.0 DIGITAL ECONOMY DISRUPTION: DISCUSSING DUE PROCESS, GDPR, AND A.I. PREVENTIVE MEASURES¹

Cássius Guimarães Chai

Combating tax and economic crimes in the 4.0 revolution requires multilateral, bilateral, intersectoral strategies and reactions, with strong transnational political and judicial cooperation. That shall be the democratical government's choice to pursue an effective *social defense* to abridge white collar crimes beyond ordinary Black colorized criminal justice and an institutionalized criminalization of the poorness.

The criminalizing process is not enough to safeguard the legitimate economic interests of society, especially when punctual geopolitical ruptures, fiscal war, capital migration, and unfair competition are not formulated by ethical standards, nor could they be.

In the digital age, volatile knowledge and free circulation of knowledge provide and facilitate the breaking of patents, counterfeiting, the migration, and interception of services. All of these

¹ This paper result from original research project presented for the 2021 Chinese Academy of Social Sciences International Forum on Legal Regulation of the Digital Economy. Also, some of these ideas had been discussed before in the paper *Plea Bargain and Criminal Fair Trial Procedure: **the Aftermath criticism on the evidence gathering against international human rights standards*** (CHAI, Cássius; 2019) at the International Symposium on Global Governance over Corruption and Terrorism Beijing Normal University and recently in the paper ***The Clash of Identities in the Era of 4.0 Industrial Revolution: discussing The Rule of Law and A.I. Law Enforcement and Human Rights Protection Measures*** (CHAI, Cássius; LIMA, Pedro; 2021) at the Political Association World Congress at the Panel Culture of Peace and New Nationalisms: Dialogue and Respect to Restrain the Extremism

strings are aggravated by a disinformation industry that tends and feeds the destabilization of governments, economies, and political positions against hegemonic ones.

Up to \$3.5 trillion per year – that's how much financial crime costs the world. That is more than the U.K's Gross Domestic Product (GDP).

Economic disruption based on criminality must be perceived and investigated at the intersection between corruption, money laundering, and even the financing of terrorist activities. And, thinking of solutions capable of strengthening constitutional democracies and the health of national economies in a contemporary 4.0 revolution requires adopting asymmetric strategies to fight asymmetric crime.

- We shall be enhancing the legislative and strengthening of the institutional frameworks to fight corruption, money laundering, and terrorist financing, as well as on other matters² to fight against economic crime.
- We shall be developing policies and strategic documents.
- We should strengthen state institutions' capacities, specialized anti-corruption and anti-money laundering bodies, law enforcement, prosecution services, and the judiciary.
-

This paper aims to discuss whether the traditional understanding of tax legislation is sufficient and able to provide answers against digital and online cross-border and transnational crime, addressing classic concepts of Tax Law such as territoriality, withholding taxes, tax compensation, enforced execution, search, and seizure of assets and values, capital repatriation, and how to discuss aspects of the Criminal Procedure and due process in the field of A.I. preventive measures and urgent relief and confiscation.

The digital world has provided facilities for the management and transfer of knowledge and, at the same time, has strained security and defense concerns. Moreover, in the perspective that the current

² Welcome to the Economic Crime and Cooperation Division. <https://www.coe.int/en/web/corruption>, last access July 14, 2022.

terrorism landscape represents increasing and diverse levels of threat, this scenario requires complex and challenging counterterrorism responses as terrorist groups (T.G.) become more global in their reach, creative in their methods, and more connected to organized criminal groups (OCGs). (SAMUEL; CHAI, 2018).

Most of the apprehensions dealt with by the U.N. Economic and Social Council, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice on the *Effective measures to prevent and control computer-related crime* Report (2002) related to *online* activities remains a global concern of emerging problems for national regulatory enforcement schemes in areas such as taxation, business regulation and the enforcement of environmental standards, where foreign storage of data, the increasing use of encryption and the ability of companies in one country to deal directly with customers in another have made regulatory, inspection and audit requirements more difficult to enforce.³ At the same time, the OECD's efforts to state and comply with the ten global principles for fighting tax crime also require multilateral and multidimensional governments' commitments to enhancing domestic-inter-agency cooperation to combat tax crime.

The main legal innovations brought about in the digital sphere are related to territoriality and evidential investigation, as well as the need for criminal classification of some modalities that, due to their peculiarities, deserve to have their penal type (PINHEIRO, 2010), requiring most of the efforts to intercept communications in high-speed, digital media, conduct successful searches of stored data, decrypt encrypted data and perform other similar functions.

Quoting the Universal Declaration of Human Rights, Article 10(United Nations 1948)⁴, "**everyone** is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him." which once read together with its article 7, that "all are

³ Economic and Social Council.

<https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/8e.pdf>, last access July 14, 2022.

⁴ Universal Declaration of Human Rights | United Nations. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination."⁵ there is no other conclusion than to understand fair trial as an inalienable human right.

Similarly, fair trial as a human right is found in all existing three Regional Declarations on Human rights. For example, in Article 8 of the American Convention on Human Rights (Organization of American States 1969), the Right to a Fair Trial comprises, among other rights, (1) the Right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law, (2) the Right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and (3) a confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind.

Law circumscribes will, a fundamental condition requested from the inner structure of a democratic Rule of Law and its legitimate "ambiance." A fair trial is the Right to be treated fairly, efficiently, and effectively by administering justice.⁶

In April 2016, after years of drafting and negotiations, the European Union (E.U.) finally approved the General Data Protection Regulation ("the GDPR" or "the Regulation"). The GDPR has been developing since 2009, and the European Commission officially published a data protection reform proposal in early 2012. Much of the GDPR's requirements and guidelines were reflected in an earlier law – the 1995 Data Protection Directive (DIR95). Nevertheless, in the field

⁵ Universal Declaration of Human Rights | United Nations. <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

⁶ See the Basic Principles on the Independence of the Judiciary (UNGA Resolution 40/146), the United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, which contains broad guarantees for those who suffer pecuniary losses, physical or mental harm (UNGA Resolution 40/34), Basic Principles on the Role of Lawyers and the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (UNGA Resolution 60/147).

of communication concerning internet connection, the DIR95 rules were still timid. The so-called *new information revolution* was still in its youthful years; DIR95 was the central administration regarding the privacy of personal data in the European Union.

The GDPR aims to improve the level of protection and harmonization of personal data across the E.U., as DIR95 no longer meets the privacy requirements of today's digital environment. As explained by Bennett (2018, p. 240), there was an urgent need to modernize European data protection, to make it relevant once again to the globally networked digital economy, "in which network services social media were generating massive volumes of user-generated content, and cloud computing services were increasingly pushing geographical boundaries." (BENNETT, 2018).

The GDPR comprises the rules on the protection of natural persons regarding the processing of personal data and the free movement of related data following Directive 95/46/E.C., respecting their fundamental rights and freedoms, intended to contribute to the accomplishment of Freedom itself, security, justice, and social progress. However, it is essential to underline that Regulation 2016/679 (EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL, 2016) on (§158) Member States should also be authorized to provide for the further processing of personal data for archiving purposes, for example, to provide specific information related to the political behavior under former totalitarian state regimes, genocide, crimes against humanity, in particular the Holocaust, or war crimes. Nevertheless, according to its (§19)⁷ for the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offenses or the execution of criminal penalties, including the safeguarding against and the prevention of threats to public security and the free movement of such data, is the subject of Directive (E.U.) 2016/680 of the European Parliament and the Council. (EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL, 2016). Moreover, on behalf of criminal prosecution, it is ruled that to fulfill its mission, Interpol receives, stores, and circulates personal data to assist competent authorities in preventing and

⁷ Recital 19 EU General Data Protection Regulation (EU-GDPR)
<https://www.privacy-regulation.eu/en/recital-19-GDPR.htm>

combating international crime. Therefore, it is appropriate to strengthen cooperation between the Union and Interpol by promoting an efficient exchange of personal data while ensuring respect for fundamental rights and freedoms regarding the automatic processing of personal data. (see §25)⁸.

From a cross-fertilization analytical methodology of comparing different legal systems and legal sources, a fair trial is always linked to the due process of law. It plays, as it should, in every statutory scheme a safeguard principle against liberty, life, or property deprivation. Thus, fair trial as a human right deserves all possible institutional endeavors to be observed, assured, and protected by democratic societies. (CHAI, 2019).

As criminals develop vanguard tech skills, law enforcement responds to them and expands their evolving field of investigative knowledge. To Graeme Edwards:

One advantage of cybercrime for a criminal compared to other forms of crime is the lack of structural complexity. For example, when compared to a crime such as illegal drug trafficking, cybercrime lacks the structural managerial complexities that prevail in crimes involving physical property (EDWARDS, 2020).

In his work "Cybercrime Investigators Handbook," the author, as mentioned above, presents some examples of common motives of cybercriminals in the Commission of their crimes. For example, an attacker may commit a crime for revenge when he realizes an injustice done to him. Another reason presented by the author is the opportunity, notably, when an employee, while performing their duties, identifies a vulnerability in a company's internal systems, identifying that money or data can be removed without anyone noticing. Furthermore, greed is also a common motive for cybercriminals to enrich their lives at the expense of others without worrying about harm. In addition, the professional criminal is motivated by the financial aspect, seeking only personal advantage. Moreover, finally, the author alludes to terrorism

⁸ EUR-Lex - 32016L0680 - EN - EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0680>.

that, from remote locations, terrorists are able, through computer devices, to cause a security breach and reach the infrastructure of an entity to which they wish to cause extreme damage (EDWARDS, 2020).

Note that crimes committed over the Internet can affect both private and corporate assets. Furthermore, it is essential to differentiate between two types of cybercriminals, hackers and crackers. The latter, less known in terminology, aims to harm victims by creating false bank accounts or destroying systems, in addition to other means.

In addition to those mentioned, the Lammers take advantage of laypeople to cause harm, providing free programs available on the Internet to attack later. For example, phreakers hack into phone systems, War Drives hack wireless networks, and Carders engage in credit card fraud.

Social engineering works on people's natural inclination to trust each other and want to help. The intention does not always need to be helpful or trustworthy. On the contrary, it can be a sense of curiosity, challenge, revenge, dissatisfaction, fun, carelessness, and destruction. Social engineering must also act on people who do not use a corporation's computational resources directly. These individuals have physical access to some company departments because they provide temporary services, support, and maintenance, or simply because they are visitors. There is still a group of people to whom it is necessary to pay special attention because they do not come into physical contact with the company but through telephone, fax, or e-mail (Klein, 2004, p. 9).

Indeed, it is not effortless to investigate facts of an alleged computer crime, given that they require significant economic resources to acquire technologies for this purpose and train investigators with knowledge about cybercrime.

The more accessible Internet provides for the proliferation of online crimes and more difficulty obtaining evidence regarding authorship, given the ease of cybercriminals moving from one place to another, hiding their tracks, and destroying any evidence of their crimes.

It is worth highlighting groups of websites and internet pages hidden in the practice of crimes, such as the Deep Web. In accessing content, specific browsers are required, such as TOR (The Onion Routing), considering that it has techniques that hide the user's identity who is accessing certain websites. Moreover, criminals act in this underworld of the Internet, making it more difficult to intercept and locate.

In addition, another difficulty refers to the cross-border nature of these crimes when they conflict with the territoriality of the competent national authorities for the application of the law, considering that federal laws apply to a delimited place, thus requiring statutes and treaties to cooperate with these gaps (SIMAS, 2014). On this issue, Celso Valin asserts:

"The big problem when working with the concept of jurisdiction and territoriality on the Internet lies in the international nature of the network. On the Internet, there are no borders, and therefore anything published on it will be all over the world. How, then, to determine the competent Court to analyze a case referring to a crime that occurred on the network?" (Valin, 2000, p. 115).

As a result, many countries have passed laws and ratified treaties against cybercrime.

The Cybercrime Convention agreed in Budapest, Hungary, in November 2001, is considered the most relevant international agreement on cybercrime and electronic evidence.

Currently, sixty-five countries have ratified the Convention, with the primary objective of typifying the major crimes committed on the Internet. In its preamble, the Budapest Convention prioritizes "A common policy, intending to protect society against crime in cyberspace, namely, through the adoption of adequate legislation and the improvement of international cooperation" (CONVENÇÃO DE BUDAPEST, 2001).

The Convention came to fill gaps and make compatible laws of different countries, considering that an act may be illegal in one country but legal in another, allowing criminals to escape applying a

particular law, remaining unpunished for their deeds. It should be noted that the Convention serves as a guideline for any country developing comprehensive national legislation against cybercrime and as a framework for international cooperation among signatory states to this Treaty.

The Convention aims to criminalize offenses against the confidentiality, integrity, and availability of data and computer systems, such as illegal access and interception in computer networks, computer damage, and sabotage, as well as crimes related to copyright infringement.

In Article 1, the Convention refers to a computer system and computerized data, having its text for legal protection according to the reality of each country that adheres to the Treaty. In this sense, the Convention aims to create standard norms so each member state can adapt to its legislation.

It is noteworthy that the Convention's offenses are criminally typified so that criminal liability is charged. In some cases, such as computer fraud, even specific intent is required.

Another critical point is that the Treaty mentions terminology, and cooperation measures and classifies types of crime under different headings. Look:

- a) Title I: computer-related crimes, crimes that undermine the reliability, integrity, and availability of computerized systems and data (Articles 2 to 6);
- b) Title II: other crimes related to computers (Articles 7 and 8);
- c) Title III: crimes related to the content, such as the illicit production or distribution of child pornography (Article 9);
- d) Title IV: crimes related to the violation of copyright and related rights (Article 10); and,
- e) Title V: provisions on the attempt, aiding and abetting, sanctions and measures (Arts 11 to 13).

Thus, the Budapest Convention encompasses the criminalization of conduct mentioned above and provides procedural law tools to investigate such crimes and collect electronic evidence. Furthermore, it also promotes efficient international cooperation and provides shared access to information among signatory countries to seek an effective criminal justice response in cases of criminal abuse.

Technological challenges and faceless criminality in the aftermath of 9/11 have kept 7/24 on red alert for the global society. Public safety and citizenship protection, since then, have required strict security public policies from national governments and international organizations, allowing the emerging institutional practices of evidence gathering in criminal procedure, which, most of the time, freedom restriction and surveillance methodologies have been perceived as invasive and as a violation of privacy rights, causing the said deprivation of civil liberties. (CHAI, 2019).

The Counter-Terrorism Implementation Task Force - Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism states in *Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism*⁹ (Counterterrorism Implementation Task Force, 2015) That the Right to a fair trial is one of the fundamental guarantees of human rights and the rule of law, aimed at ensuring the proper administration of justice. It comprises various interrelated attributes and is often linked to the enjoyment of other rights, such as the Right to life, the prohibition against torture, and other forms of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.

Fair trial standards under the International Convention on Civil and Political Rights (U.N. General Assembly, 1976) (ICCPR) are found principally within article 14. They are supplemented by procedural guarantees applicable to proceedings concerning the expulsion of aliens (article 13 of the ICCPR) and the principle of non-retroactivity of criminal/penal law (article 15 of the ICCPR). Moreover, from the humanitarian law legal framework, the Third and Fourth Geneva Convention of 1949 provide judicial guarantees for prisoners of war and civilians detained for criminal offenses concerning the international armed conflict. Article 75(4) of Additional Protocol I to the Geneva Convention provides additional fair trial rights, applicable to any person facing criminal charges about this type of armed conflict. Standard Article 3(1)(d) of the Geneva Conventions

⁹ See <http://www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/FairTrial.pdf>

governing non-international armed conflicts prohibits passing sentences and carrying executions out of due process.

Even in situations when derogation from the article mentioned earlier fourteen is permissible, the principles of legality and the rule of law require that the fundamental requirements of a fair trial be respected.¹⁰

Thus, it is more than a legal document. The Convention is a structure that enables the sharing of experiences to facilitate cooperation between countries, including in emergencies aligned with those previously discussed legal references.

Concerning issues of Criminal Procedural Law, the Treaty provides:

[...] scope of procedural provisions, conditions, and safeguards, expeditious conservation of stored computer data, injunction, search, and seizure of stored computer data, real-time collection of computer data, and interception of data relating to the content.

A Protocol complements the Budapest Convention on Xenophobia and Racism (ETS No.189) committed through digital technologies. In its preamble, the Protocol refers to the intense concern with the abuse of computer systems. *In verbis*:

The Member States of the Council of Europe and the other States Parties to the Convention on Cybercrime, opened for signature in Budapest on November 23, 2001, signatories to this Protocol; Considering that national legal systems and international law must have adequate legal responses to propaganda of a racist and xenophobic nature through computer systems; Considering the Convention on Cybercrime, which provides for modern and flexible means of international cooperation and convinced of the need to harmonize the provisions of substantive law relating to the fight against racist and xenophobic propaganda; Concerned,

¹⁰ Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin (A/63/223), para. 12.

however, about the risk of misuse or abuse of such computer systems for spreading propaganda of a racist and xenophobic nature; Recognizing that this Protocol is not intended to conflict with the principles enshrined in national legal orders regarding Freedom of expression; Welcoming recent developments aimed at deepening international understanding and cooperation to combat racism and xenophobia. (COUNCIL OF EUROPE, 2003).

Thus, the Protocol includes substantive, procedural, and international cooperation provisions to cover racist or xenophobic propaganda crimes. (COUNCIL OF EUROPE, 2003).

It is essential to highlight that, in October 2017, the European Parliament asked the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) to develop a manual with guidelines on control and supervision for the Member States to ensure compliance with fundamental rights in the fight against cybercrime.

The manual highlighted the challenges in terms of fundamental rights, especially in obtaining electronic evidence according to rules provided by the European Union and the Council of Europe. Furthermore, it also stressed the obligations of Member States to protect individuals from crime and safeguard the fundamental rights of victims of cybercrime (FRA, 2018).

According to the cybercrime trials handed down within the European Union and internationally, case nr. P.17.1229.N, of February 19, 2019, in Belgium. In summary, Skype, in October 2016, was convicted of not complying with a wiretapping order from the Belgian investigating judge, in addition to not providing technical assistance in carrying out wiretapping on a Skype account. The Court of Appeal confirmed the judgment of the Court of First Instance in 2017. In the ruling, the Court held that some provisions of procedural law allowed the Belgian investigating magistrate, in the context of the investigation, to order the disclosure of the information referred to in the case by any operator of an electronic communications network that directs its economic activity to consumers in Belgium (EUROJUST, 2019).

In addition, the Criminal Chamber of the North Netherlands Court, on December 14, 2018, ruled on a case in which a person was

suspected of importing drugs and possessing drugs. The defendant's lawyer argued that the information found on the defendant's smartphone should be excluded as evidence since the investigation of the phone was illegal, since the defendant provided the PIN code of his phone under threat of physical coercion, *violating the principle nemo tenetur* – produce evidence against himself. However, the Court found that the principle was not broken, and the prosecution authorized the police to get the accused's fingerprint to unlock the smartphone, given the severe infringement committed (EUROJUST, 2019).

In a pre-trial Chamber of the Rotterdam Court, on February 22, 2011, the Court overturned the judge's decision that had rejected the prosecution's request, which had sought authorization for the police to gain access to a suspect's Telegram account and, later, copy the data found on the servers. The case concerned a defendant investigated by the malware distribution used to access customer login data from various banks and companies. It turns out that, during a search of his residence, the defendant's cell phone was found, the police believing that he was using the Telegram on the device to communicate. However, the messages were encrypted, and the police could not break the code to gain access. Therefore, the Court was asked to assess whether the facts justify the authorization to obtain access, understanding that the violation of the personal Telegram account of the defendant was warranted due to the weight given to the role of the financial payments system and the confidence that citizens deposit in financial and communication services. Furthermore, the Court argued that logging into the defendant's account via the web version of Telegram may be justified under certain circumstances, notably when the data is not available in another readable format. Thus, the Court authorized to access and imposed a limit on obtaining the information (EUROJUST, 2019).

Europol, cooperating with law enforcement and judicial authorities from several European countries, guided an operation against several suspected of committing cybercrimes through remote access Trojans. The suspects operated through illegal malware to steal personal information, especially credit cards and passwords, and record computer, webcam, and microphone activity. In Europe, such improper

remote access is punished because of the violation of privacy and illegal interception. The international operation resulted in fifteen people in Estonia, France, Romania, Latvia, Italy, and the United Kingdom, with the suspects being accused of theft of personal information and extortion (EUROPOL, 2014).

In Germany, the case "4 KLS 608 Js 19580/17", judged on December 19, 2018, by the Regional Court in Karlsruhe, raises some specific issues. In July 2016, a shooting occurred in Munich, where a young man killed nine people and wounded five others, committing suicide shortly after that. It turns out that the young man had purchased the weapon on the Darknet platform. The man who sold him the gun and ammunition had already been sentenced to seven years in prison. This case under discussion concerned the administrator of the Darknet platform, which allowed communication and sale between the seller and the perpetrator. In this regard, the Regional Court considered that sufficient evidence was shown that the administrator of the online platform had allowed the murderer to acquire the weapon used in the Commission of the crime, condemning him for aiding and abetting in numerous crimes related to illicit trafficking and acquisition of firearms, as well as together with negligence in fact in question, being sentenced to six years in prison (WORNER & PREETZ, 2020).

Here it is advocated that there is only one *null and void* evidence collection procedure to be averted, which is proof of evidence obtained through torture, because it is incompatible with the due process clause and fair trial framework.

According to ECHR, article 6, §1, a fair trial is set among the general guarantees of procedural requirements, ranging from equality of arms to reasoning and proper administration of justice. Thus, there are plenty of proceedings aspects to consider in the context of due process, nonetheless outstanding to the specific timing of this reflection. We shall turn our attention to the Right not to self-incrimination because free consent, silence, information, and voluntariness are attainment together.

Although the Rules of The Court did not expressly govern the plea-bargaining, from its Rule 30¹¹ And quoting Rule 61(7), which states that "where the parties to the pilot case reach a friendly settlement agreement, such agreement shall comprise a declaration by the respondent Contracting Party on the implementation of the general measures identified in the pilot judgment as well as the redress to be afforded to other actual or potential applicants.", and Rule 75(4), "If the Court is informed that an agreement has been reached between the injured party and the Contracting Party liable, it shall verify the equitable nature of the agreement and, where it finds the agreement to be equitable, strike the case out of the list in accordance with Rule 43 § 3.", it is admissible to understand that plea-agreement is comprised under Court's proceedings and enforcement.

In interpreting the ECHR, article 6, The European Court of Human Rights had rendered *fairness* as comprising The Right to Remain Silent and The Right to Not Incriminate Oneself. In that regard, The European Court of Human Rights (ECtHR) in *Saunders v. the United Kingdom*, § 68; *Bykov v. Russia [G.C.]*, § 92, rendered that the Right not to incriminate oneself presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove their case against the accused *without*

¹¹ See Rule 30, 1. If two or more applicant or respondent Contracting Parties have a common interest, the President of the Chamber may invite them to agree to appoint a single judge elected in respect of one of the Contracting Parties concerned as the common-interest judge who will be called upon to sit ex officio. If the Parties are unable to agree, the President shall choose the common-interest judge by lot from the judges proposed by the Parties. 2. The President of the Chamber may decide not to invite the Contracting Parties concerned to make an appointment under paragraph 1 of this Rule until notice of the application has been given under Rule 54 § 2. 3. In the event of a dispute as to the existence of a common interest or as to any related matter, the Chamber shall decide, if necessary, after obtaining written submissions from the Contracting Parties concerned.

*recourse to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.*¹²

Thus, many countries are strengthening their legislation and jurisprudence, internalizing the Cybercrime Convention and protocols in their legal systems.

Conclusive Remarks

Social media and digital networking can strengthen political biases and promote unbalanced social tensions, causing or aggravating the political crisis regarding extremism and cultural rejection of cybercrime-related. Therefore, it is required to enhance procedures for monitoring, recording, and notifying illegal content risk assessment. Other than that, it requires a public duty to assess, identify, and understand hate speech, terrorism, and any different priority illegal content considering (in particular) algorithms used by the service and how easily, quickly, and widely content may be disseminated employing the service and be removed or blocked.

As a historical achievement of human reason, the affirmation of freedoms brought with it, in the formula of the Rule of Law, the possibility of domestication of violence, and the legitimation of official violence through social exclusions, this perception becomes more sensitive and precise when the ruptures of the paradigms of nation-states, as a constitutionalism phenomenon is unavoidable. First, from a Liberal State Society to one of the struggles for collective-social rights, and then, from this Social State model to contemporary Democratic State Societies, after the second great war.

Democracy entails enforcing compliance standards requirements approach/policy committed to respecting human rights, ongoing human rights due diligence process, and institutional governing strategies and coherent policies and provisions of disclosure of personal activities impacts. Moreover, the public reasoning in

¹² Other similar case is Decision on the Referral of Mahir Hasani Concerning <https://repository.scp-ks.org/LW/Published/Filing/0b1ec6e9801246cd/Decision%20on%20the%20Referral%20of%20Mahir%20Hasani%20Concerning%20Prosecution%20Order%20of%2020%20December%202018.pdf>.

democratic societies demands integrity standards compromised with *maximum risk public transparency* principle management accessed, meaning the mandatory requirement for a decision-making process under communicative approach perspective related to information disclosure of collected risk data identification and patterns.

The General Data Protection Regulation enforces respect for the rule of law and the international human rights norms and standards, calling, e.g. for E.U. members to comply with judicial cooperation to save the life of a person who is in danger of becoming a victim of a criminal offense or in the interest of preventing imminent perpetration of a crime, including terrorism, recognizing that Technology allows personal data to be processed on an unprecedented scale to pursue activities such as the prevention, investigation, detection, or prosecution of criminal offenses or the execution of criminal penalties, in convergence with the Budapest Convention.

So, to preserve the inner and irrevocable values of democracy, *the 4.0 industrial revolution societies* demand A.I. asymmetric approaches and actions to counteract dark web criminality and human rights aggression. Freedom entails state defense policies and national implemented regulations to settle precautionary A.I. measures to block and collect data given the preponderance of collective interest to the highest possible level of public reason despite individual privacy.

Finally, we conclude that the collected information can be immediately forwarded, regarding the due process principle and framework, to administrative and judicial authorities for appropriate liable proceedings.

Bibliography

ARATO, Michel Rosenfeld; Andrew. Habermas Law Democracy. [S.l: s.n.], 1998.

ARREGUÍN-TOFT, Ivan. How the weak win wars: A theory of asymmetric conflict. *International Security*, v. 26, n. 1, p. 93–128, 2001.

BENNETT, Colin J. The European General Data Protection Regulation: An instrument for the globalization of privacy standards? *Information Polity*, v. 23, n. 2, p. 239-246, 2018.

BIRNHACK, Michael D. The E.U. Data Protection Directive: An engine of a global regime. *Computer Law & Security Review*, v. 24, n. 6, p. 508-520, 2008.

BOYNE, Shawn Marie. Data protection in the United States. *The American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. suppl_1, p. 299-343, 2018.

BRADFORD, Anu. *The Brussels effect: How the European Union rules the world*. Oxford University Press, USA, 2020.

CASTELLS, M. *Fim do Milênio*. 4. ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CHAI, Cássius Guimarães. *PLEA BARGAIN AND CRIMINAL FAIR TRIAL PROCEDURE: The Aftermath Criticism on the Evidence Gathering Against International Human Rights Standards and Compliance Standards Balancing*, in 第三届 G20 反腐败追逃追赃国际研讨会 暨第八届当代刑法国际论坛. International Symposium on Global Governance over Corruption and Terrorism The 3rd G20 International Symposium on Fugitive Repatriation and Asset Recovery and The 8th International Forum of Contemporary Criminal Law, in *Collected Papers* [: Research Center on International Cooperation Regarding Persons Sought for Corruption and Asset Recovery in G20 Member States, Beijing Normal University, College for Criminal Law Science of Beijing Normal University Law School of Beijing Normal University] March, 28th, 2019. Beijing.

CHAI, Cássius Guimarães, LIMA, Pedro Henrique Roque. *The Clash of Identities in the Era of 4.0 Industrial Revolution: discussing The Rule of Law and A.I. Law Enforcement and Human Rights Protection Measures in The Culture of Peace and Human Rights: in scope of new nationalisms* (Alex Sander Pire; Pedro Trovão do Rosário). Coimbra: Almedina, p.77-109, 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Cybercrime Convention. 2001. Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>>. Acesso em 28 ago. 2020.

_____. Additional Protocol to the Cyber Crime Convention, regarding the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computerized systems. 2003. Disponível: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189>>. Acesso em 28 ago. 2020.

EDWARDS, G. *Cybercrime investigators handbook*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2020.

EUROJUST. Cybercrime Judicial Monitor. Issue 5. December 2019. Disponível em: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/cybercrimejudicialmonitor/CJM%20Issue%205%20-%20December%202019/2019-12_CJM-5_EN.pdf> Acesso em 28 ago. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. SECOND SECTION DECISION. LILLIENDAHL v. ICELAND. 29297/18. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-203199>>. Acesso em 27 ago. 2020.

EUROPOL. Users of remote access trojans arrested in E.U. cybercrime operation. Disponível em: <<https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/users-of-remote-access-trojans-arrested-in-eu-cybercrime-operation>>. Acesso em 27 ago. 2020.

FRA. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. European legislation manual on cybercrime and fundamental rights. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/en/project/2018/handbook-european-law-relating-cybercrime-and-fundamental-rights>> Acesso em 6 set. 2020.

HIGH COURT OF JUSTICIARY. Opinion of the Court delivered by Lord Carloway, the Lord Justice General in Note of Appeal Against Conviction by Robert Redpath Appellant against Her Majesty's Advocate. 2019. Disponível em: <<https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2019hcjac38.pdf?sfvrsn=0>>. Acesso em 29 ago. 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL. Directive 2016/680 of the European Parliament and the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of crime. Official Journal of the European Union, v. 2014, n. April, p. L 119/89-L 119/131, 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>>.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas*. [S.l.]: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. 2. ed. New Baskerville: MIT Press, 1996.

_____. *THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION Volume 1 REASON AND THE RATIONALIZATION OF SOCIETY*. Boston: Beacon Press, 1983.

JARDIM, Fernando Perlatto Bom. Teoria crítica e semiperiferia: Reflexões sobre a modernidade global e a geopolítica da teoria sociológica. *Sociologias*, n. 33, p. 346–356, 2013.

KLEIN, S. C. *Engenharia Social na Área da Tecnologia da Informação*. 2004.

MARQUES, G; MARTINS, L. 2011. *Direito da Informática*, 2ª Ed. Coimbra. Almedina.

MEDEIROS, A. *Hackers: entre a ética e a criminalização*. Florianópolis: Visual Books, 2002.

MEHAN, J. E. *CyberWar, CyberTerror, CyberCrime and CyberActivism*. United Kingdom: I.T. Governance Publishing, 2014.

HILL, J. B; MARION, N. E. *Introduction to cybercrime: computer crimes, laws, and policing in the 21st century* / Joshua B. Hill, Nancy E. Marion. Santa Bárbara, Califórnia: Praeger, 2019.

PINHEIRO, P. P. *Direito digital*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMAS, D. V de. *O cibercrime*. 2014. 168f. Dissertação (Mestrado em Ciências JurídicoForenses). Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias. Lisboa. 2014.

PANEPINTO, Alice M. *The Right to the Truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions*. [S.l.]: Routledge, 2017. v. 37.

POWER, Marcus. *Geopolitics and "development": An introduction*. New York: Routledge, 2019. v. 1.

ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. New York: Routledge, 2010.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *Introduction*. [S.l: s.n.], 2012.

SAMUEL, Katja L.H.; CHAI, Cassius Guimarães. *Closing the 'Intangible Technology Transfer' Gap within the Existing Legal Frameworks: Time for an Additional Protocol(s)?* *Groningen Journal of International Law*, v. 6, n. 1, p. 85–109, 2018.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento [sic] único à consciência universal*. [S.l: s.n.], 2001.

SUDHIR, M.R. *Asymmetric War: A Conceptual Understanding*. *Journal of the Center for Land Warfare Studies*, p. 58–66, 2008.

WILSON, Eric (ed.). *Government of the Shadows: Parapolitics and Criminal Sovereignty*. Pluto Press, p. 1–297, 2009. Disponível em: <<https://archive.org/details/pdfy-NGH3JN1XdVae36t7/mode/2up>>.

VALIN, C. *A questão da jurisdição e da territorialidade nos crimes praticados pela Internet*. In *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 115.

WORNER, L; PREETZ, N. *The new German Darknet-Criminal Law-Draft – Darkening by Restricting Individual Rights'* (2020) 8(1) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 33.

O PAPEL DA ACESSIBILIDADE DIGITAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

*Flávia Piva Almeida Leite
Maria Cristina Teixeira*

Introdução

A discriminação de pessoas com deficiência já teve lastro em lei, desde as civilizações mais antigas até bem pouco tempo. Com a positivação da dignidade humana como valor jurídico a ser protegido, ocorrida após o fim da Segunda Guerra Mundial, o advento da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre 1945 e 1948, a comunidade internacional passou a buscar respostas aos horrores produzidos pelas Grandes Guerras, criando e fortalecendo um sistema global de proteção de direitos humanos.

Desde então, as pessoas com deficiência passaram a ser reconhecidas como sujeitos titulares de direitos em primeiro lugar, independentemente de sexo, raça, origem, idade, classe social, religião ou quaisquer outras condições físicas, sensoriais ou intelectuais. A deficiência é, pois, uma das características da diversidade humana.

Esta nova visão foi positivada na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinado pela ONU em 2006. É o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI, específico para as pessoas com deficiência. A base conceitual desta Convenção é a mudança de paradigma da perspectiva médica e assistencial para a visão social dos direitos humanos. O modelo médico, a deficiência é um incidente isolado e do indivíduo. Para o modelo social, a deficiência

é resultante de uma equação que tem duas variáveis, quais sejam, as limitações funcionais do corpo humano e as inúmeras barreiras (sociais, físicas, econômicas) impostas pelo ambiente ao indivíduo.

Após o advento da Convenção, as pessoas com deficiência tem tido maior visibilidade no sistema internacional de proteção. Exemplo disso, são as referências específicas a esse grupo social existentes em uma das mais recentes agendas mundiais: A Agenda 2030 da ONU

A Agenda 2030 busca avançar nas três dimensões do desenvolvimento sustentável – social, econômica e ambiental – propondo modelos de desenvolvimento nos quais “ninguém fique para trás” (ONU, 2015), no caminho rumo ao desenvolvimento sustentável.

Considerando que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e a Internet podem contribuir para acelerar o desenvolvimento humano, é crucial que elas estejam ao alcance de todas as pessoas, notadamente para as pessoas com deficiência.

Como agência das Nações Unidas que trabalha para construir sociedades do conhecimento inclusivas, a UNESCO fornece apoio técnico a seus Países-Membros para que cumpram normas e padrões internacionais, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, adotada em 2006. Com o objetivo de “não deixar ninguém para trás”, a Organização contribui ativamente para a Estratégia de Inclusão de Deficiência da ONU e para marcos de referência institucionais favoráveis a essa missão.

Mundialmente, mais de 1 bilhão de pessoas, aproximadamente 15 % da população mundial - vive com algum tipo de deficiência. Na América Latina e no Caribe (ALC) segundo apontam dados, estima-se que 7% dessa população, esteja vivendo com alguma deficiência, representando mais de 34,5 milhões de pessoas. Essa população é diversificada não apenas devido aos diferentes tipos de deficiência vivenciada e sua gravidade, mas também no que tange à interação entre a condição da deficiência e outros fatores, como idade, gênero, raça/etnia, local de residência e condição socioeconômica. (ULLMAN et al., 2020, p. 28)

Apesar de a população com deficiência ser diversificada, ela pode enfrentar desafios e barreiras comuns, o que a coloca em uma situação de desvantagem, embora seja importante observar que nem

todas as pessoas com deficiência vivenciam o mesmo grau de desvantagem e exclusão. Uma dessas exclusões está na acessibilidade digital.

Desde que a Covid-19 foi declarada, no dia 11 de março, pela OMS como uma pandemia, as pessoas com deficiência sentem que foram deixadas para trás.

Estamos em 2021, o mundo inteiro conectado através da tecnologia, surpreendidos por uma crise global. Vivemos ainda, num isolamento social, o que tem restringido a participação em muitas atividades do nosso dia a dia. As pessoas se veem isoladas fisicamente, com sua mobilidade reduzida, devido a necessidade de evitar aglomerações para conter a disseminação da doença que assola o mundo. Portanto, precisamos repensar novos modos de convivência e principalmente da comunicação nesse cenário pandêmico.

Percebemos que a pandemia do novo coronavírus trouxe à tona o debate de uma série de direitos que não estando sendo respeitados, notadamente, o direito ao acesso as comunicações, especificamente para as pessoas com deficiência. É primordial que essas pessoas com deficiência tenham acesso aos meios de comunicação e as tecnologias.

Neste contexto é que se coloca a análise proposta neste trabalho. É preciso sistematizar e analisar as disposições de tratados, convenções e documentos internacionais a respeito das pessoas com deficiência, especialmente no que refere à realidade atual, caracterizada pelas limitações impostas pela pandemia da COVID 19 e sua importância e impacto nas legislações e atividades dos Estados na proteção e garantia de direitos deste segmento da população.

1. A pessoa com deficiência nos tratados e convenções internacionais e na legislação brasileira

As pessoas com deficiência tiveram seus direitos reconhecidos em nível mundial a partir da segunda metade do século passado. Na História da Humanidade houve diversas modificações na forma de

tratar este segmento da população. De acordo com Denise Moura Guedes¹,

Na Antiguidade, a pessoa com limitações funcionais e necessidades diferenciadas era abandonada ao relento, vivia à margem da sociedade até a morte ou era simplesmente exterminada. As pessoas com deficiência na Idade Média não eram mais absolutamente exterminadas, no entanto, a população encarava como castigo de Deus o nascimento delas, acreditando que pudessem ser feiticeiros ou bruxos.

Nos séculos XVIII e XIX, houve uma modificação da forma de tratamento e convivência com estas pessoas, uma vez que, conforme Arlete Aparecida Bertoldo Miranda²,

Num outro estágio, nos séculos XVIII e meados do século XIX, encontra-se a fase de institucionalização, em que os indivíduos que apresentavam deficiência eram segregados e protegidos em instituições residenciais. O terceiro estágio é marcado, já no final do século XIX e meados do século XX, pelo desenvolvimento de escolas e/ou classes especiais em escolas públicas, visando oferecer à pessoa deficiente uma educação à parte.

De acordo com a autora³, “No quarto estágio, no final do século XX, por volta da década de 70, observa-se um movimento de integração social dos indivíduos que apresentavam deficiência, cujo objetivo era integrá-los em ambientes escolares, o mais próximo possível daqueles oferecidos à pessoa normal”.

¹ GUEDES, Denise Moura. **A importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como norma em nossa Carta Magna.**

Disponível em:

file:///C:/Users/Cristina/Dropbox/PC/Downloads/unisantos_seer,+CAP5-85-98.pdf.

² MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. **História, deficiência e educação especial.**

Disponível em: https://fe-old.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/4762/art1_15.pdf.

³ Idem.

No que refere aos documentos internacionais, os direitos das pessoas com deficiência, na segunda metade do século passado foram objeto das disposições da Declaração de Direitos do Deficiente Mental⁴ (1971) e da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975)⁵. A década iniciada em 1980 foi dedicada pela ONU à Pessoa com Deficiência e o ano de 1981 foi reconhecido como “Ano Internacional das Pessoas com Deficiência”.

Ainda neste período é possível destacar a indicação do dia 3 de dezembro como Dia Internacional das Pessoas com Deficiência (1993), a Convenção de Salamanca, relativa à educação especial (1994) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, na Guatemala (1999).

No início deste século, em 2006, foi adotado pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O conceito de pessoa com deficiência foi enunciado no art. 1º da Convenção nos seguintes termos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Há um grande avanço nos termos adotados pela Convenção, no sentido de que estabelece que a deficiência é uma condição inerente à pessoa. Conforme Sidney Madruga (2017, p. 207) “a deficiência deve ser entendida não só como a constatação de uma falha, falta ou carência de um indivíduo, mas, sobretudo, diante do seu grau de dificuldade no relacionamento social, profissional e familiar, dos obstáculos que se apresentam para sua integração [inclusão] social”. Esta afirmação

⁴ ONU. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>

⁵ ONU. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf.

revela a importância de uma cultura inclusiva, alicerçada nos princípios da dignidade da pessoa humana e do estado democrático de direito, bem como no direito à igualdade.

A Convenção trata da acessibilidade em seu art. 9º. Conforme Rebecca Monte Nunes Bezerra⁶,

Vê-se, portanto, que a acessibilidade apresenta-se como um direito em si mesmo e, também, como um direito meio, sem a qual não é possível, muitas vezes, exercer, com dignidade, autonomia e independência, outros direitos também humanos e fundamentais, como é o caso do direito à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à moradia, entre tantos outros. A necessidade de ser garantida a acessibilidade é encontrada até mesmo no conceito de Pessoa com Deficiência, trazido pela Convenção sob comento, sendo ela uma ferramenta para o alcance da igualdade de oportunidade, posto que a interação dos impedimentos daquela com diversas barreiras (arquitetônicas, atitudinais, de comunicação, entre outras), pode resultar em obstrução de sua participação plena e efetiva na sociedade.

Para o objetivo deste trabalho, a análise do papel da acessibilidade digital para as pessoas com deficiência, é preciso destacar as disposições relacionadas à informação e ao acesso à informação, à comunicação e a tecnologia tratados no art. 9 da Convenção:

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas

⁶ BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Artigo 9 – Acessibilidade**, in Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (versão comentada). Disponível em:

medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: [...]

b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

2.Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para: [...]

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência;

c) Proporcionar, a todos os atores envolvidos, formação em relação às questões de acessibilidade com as quais as pessoas com deficiência se confrontam;

d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braille e em formatos de fácil leitura e compreensão;

f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso a informações;

g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à Internet;

h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo.

É preciso considerar que a importância dos instrumentos de Tecnologia da Informação e comunicação tem aumentado de forma considerável em nossa vida, especialmente nos últimos anos, com ênfase para o período a partir de 2019, com a pandemia da COVID 19, que ressaltou a necessidade de isolamento social e da necessidade de que as comunicações de forma geral, especialmente aquelas relacionadas ao trabalho, à educação e à saúde, passaram a ser realizadas preferencialmente com a utilização da tecnologia que possibilite a distância física sempre que possível.

Agressões aos bens da natureza e à própria vida, pondo em risco o destino do homem, é uma das calamidades geradoras de pânico universal que assombra a humanidade neste inquietante início de

milênio. Por isso, nos últimos anos a Organização das Nações Unidas realiza periodicamente conferências internacionais para tentar estabelecer regras mínimas para os Estados, organismos e empresas cumprirem com a finalidade de combater, essencialmente, o aquecimento global.

Aqui se destaca o papel da Agenda 2030, que estabelece metas relacionadas a 17 os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: a erradicação da pobreza; a fome zero e agricultura sustentável; à saúde e bem-estar; a educação de qualidade; a igualdade de gênero; a água limpa e saneamento; a energia limpa e acessível; ao trabalho de decente e crescimento econômico; à inovação infraestrutura; a redução das desigualdades; às cidades e comunidades sustentáveis; ao consumo e produção responsáveis; a ação contra a mudança global do clima; a vida na água; a vida terrestre; a paz, justiça e instituições eficazes; e as parcerias e meios de implementação. Para a realização destes propõe 169 metas que, por meio de programas, ações e diretrizes, pretendem orientar a agenda mundial de sustentabilidade até 2030.

Para as pessoas com deficiência a situação concreta de isolamento social e da necessidade de realizar as atividades cotidianas de modo remoto, somada às disposições da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e a Agenda 2030 torna-se imperiosa a necessidade de adequação dos meios e instrumentos das TICs para suas necessidades e realidade, de modo que seus direitos sejam realizados.

2. Acessibilidade e acessibilidade digital

O direito à acessibilidade foi reconhecido tanto no âmbito internacional como no âmbito interno. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas que, por meio do Decreto nº 6.949, de 25/08/2009, obteve, no Brasil, status de emenda constitucional, determinou, em seu artigo art. 11º, que os Estados Partes “tomarão todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e a segurança de pessoas com deficiência que se encontrarem em situações de risco”, inclusive em emergências humanitárias (Brasil, 2009).

Conforme referido foi consagrado na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e, também, na Agenda 2030. Para garantir

que as pessoas com deficiência não sejam privadas de informações que podem salvar vidas, as estratégias de comunicação devem incluir interpretação qualificada em linguagem de sinais para anúncios na televisão, sites acessíveis a pessoas com diferentes deficiências e serviços por telefone com recursos de texto para pessoas surdas ou com dificuldade de audição. As comunicações devem usar linguagem simples para maximizar o entendimento.

A própria Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece, em seu Preâmbulo, a “importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

A necessidade de ser garantida a acessibilidade é encontrada até mesmo no conceito de Pessoa com Deficiência, trazido por esta Convenção, sendo ela uma ferramenta para o alcance da igualdade de oportunidade, posto que a interação dos impedimentos daquela com diversas barreiras (arquitetônicas, atitudinais, de comunicação, entre outras), pode resultar em obstrução de sua participação plena e efetiva na sociedade (Artigo 1º, da CDPD).

Outro instrumento relevante para expandir o acesso às informações a pessoas com deficiência, especificamente aquelas que apresentam limitações visuais, é o Tratado de Marraqueche, que visa facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades. O tratado cria um conjunto de limitações e exceções obrigatórias para o benefício de pessoas cegas, deficientes visuais e com outras dificuldades de acessar textos impressos, e foi ratificado pelo Brasil, e, outros países da América Latina, como Chile, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai.

Mesmo antes da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, nossa Constituição Federal de 1988, contempla o direito à acessibilidade no art. 227, § 2º, que preceitua que os edifícios de uso público e os veículos de transporte coletivo serão acessíveis. Por essa norma, todos os imóveis de uso público e transporte coletivo deveriam ser adaptados a partir de 5 de outubro de 1988. O constituinte

foi mais insistente ao determinar, no art. 244, que as adaptações deveriam atingir os bens existentes quando da promulgação da Constituição, deixando mais uma vez materializada essa garantia.

Para dar eficácia a esses dispositivos constitucionais, o legislador ordinário elaborou diversas leis protetivas às pessoas com deficiência⁷, sendo a mais específica a Lei 10.098/2000. Referida Lei deixa para o decreto regulamentar a tarefa de disciplinar a sua efetivação.

E, somente após 4 anos, é baixado o Decreto n. 5.296/2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nas edificações públicas ou privadas de uso coletivo ou multifamiliar, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, nas comunicações e sinalizações, entre outros. Define prazos para a acessibilidade ser aplicada nas edificações públicas ou de uso público.

Enfatiza, também, a importância que o Município e demais órgãos envolvidos devem dar ao planejamento da acessibilidade arquitetônica e urbanística, à implementação das respectivas ações e à reserva de recursos para executar as adaptações necessárias e garante um espaço novo inclusivo. (LEITE; GOMES RIBEIRO; COSTA FILHO, 2019, p. 281)

Para concretizar os direitos das pessoas com deficiência, notadamente o direito à inclusão social da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida, foi aprovada no Brasil a Lei n. 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) ou LBI, trazendo, em seu Título III, nos arts. 53 a 62, um Capítulo destinado à Acessibilidade.

A Lei n. 13.146/2015, em seu art. 3º, I, considera acessibilidade:

⁷ A Lei n. 7.853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a CORDE, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. A acessibilidade foi novamente tratada pela Lei n. 10.048/2000, que assegura tratamento prioritário às pessoas com deficiência, idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo.

Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Considerando a acessibilidade como condição de livre acesso, de aproximação, de utilização, do manuseio de qualquer objeto, local, ou condição, é seu objetivo proporcionar a todas as pessoas, e, principalmente às pessoas com deficiência, um ganho de autonomia e de mobilidade, para que possam usufruir dos espaços com mais segurança, confiança e comodidade. E para que isso ocorra, as legislações, que tratam do tema, determinam que todos os ambientes eliminem as barreiras existentes, especialmente as que forem criadas pelo próprio ser humano, e que novos espaços sejam desenhados livres de barreiras, para não obstaculizar o pleno gozo e exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

Assim, a acessibilidade converte-se num desafio constante, tanto que Romeu Sasaki aponta as seis dimensões que devem ser suprimidas para que as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida sejam incluídas em seus ambientes, a saber:

Acessibilidade arquitetônica: sem barreiras ambientais físicas nos recintos internos e externos e nos transportes coletivos. Acessibilidade comunicacional: sem barreiras na comunicação interpessoal (face-a-face, língua de sinais, linguagem corporal, linguagem gestual etc.), na comunicação escrita (jornal, revista, livro, carta, apostila, etc., incluindo textos em braile, textos com letras ampliadas para quem tem baixa visão, notebook e outras tecnologias assistivas) e na comunicação virtual (acessibilidade digital). Acessibilidade metodológica: sem barreiras nos métodos e técnicas de estudo (adaptações curriculares, aulas baseadas nas inteligências múltiplas, uso de todos os estilos de aprendizagem, participação do todo de cada aluno, novo conceito de avaliação de aprendizagem, novo conceito

de educação, novo conceito de logística didática etc.), de ação comunitária (metodologia social, cultural, artística etc. baseada em participação ativa) e de educação dos filhos (novos métodos e técnicas nas relações familiares, etc.). Acessibilidade instrumental: sem barreiras nos instrumentos e utensílios de estudo (lápiz, caneta, transferidor, régua, teclado de computador, materiais pedagógicos), de atividades da vida diária (tecnologia assistiva para comunicar, fazer a higiene pessoal, vestir, comer, andar, tomar banho etc.) e de lazer, esporte e recreação (dispositivos que atendam às limitações sensoriais, físicas e mentais, etc.).

Acessibilidade programática: sem barreiras invisíveis embutidas em políticas públicas (leis, decretos, portarias, resoluções, medidas provisórias etc.), em regulamentos (institucionais, escolares, empresariais, comunitários etc.) e em normas de um geral.

Acessibilidade atitudinal: por meio de programas e práticas de sensibilização e de conscientização das pessoas em geral e da convivência na diversidade humana resultando em quebra de preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações. (SASSAKI, 2005, p. 23)

Portanto, ter acessibilidade, também é ter acesso à informação e à comunicação. Dentro desse contexto, é cada vez importante o papel das tecnologias, principalmente para as pessoas com deficiência.

A LBI, Lei 13.146, de 2015, trouxe um título específico para acessibilidade, e nele inclui o direito de acesso à informação e comunicação e da tecnologia assistiva. Em consonância com esse direito fundamental ao acesso, a já mencionada Lei 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), traz avanços importantes quanto ao acesso das pessoas com deficiência no ambiente digital. Quanto ao direito fundamental de inclusão digital, o art. 9º, inciso V da Lei nº 13.146/15 dispõe que é direito da pessoa com deficiência o acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis.

Avançando no tema, em capítulo reservado a do acesso à informação e à comunicação em seu capítulo II, assegura este direito nos seus artigos 63 a 74, impondo a obrigatoriedade nos sítios da

Internet mantidos por empresas ou representação comercial ou por órgãos de governo o acesso às pessoas com deficiência às informações e, no capítulo III, assegura, em seus artigos 74 e 75, a garantia de acesso a produtos, recursos, estratégias, práticas, processos, métodos e serviços de tecnologia assistiva com intuito de maximizarem a autonomia, mobilidade pessoal e qualidade de vida dessas pessoas.

Quanto ao direito fundamental de inclusão digital, o art. 9º, inciso V da Lei nº 13.146/15 dispõe que é direito da pessoa com deficiência o acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis. Segundo os dados da pesquisa TIC Domicílios, o uso da Internet por brasileiros cresceu exponencialmente nos últimos anos, passando de 46% (aproximadamente 88,5 milhões de usuários), em 2011⁸, para 70% (aproximadamente 127 milhões de usuários), em 2018⁹.

Sobretudo em tempos de pandemia de COVID-19, a Web mostrou-se essencial para a comunicação entre as pessoas, o trabalho remoto e entretenimento. Garantir que ela se mantenha acessível permite que todas as pessoas possam obter informações, trabalhar, consumir e se divertir *on-line* e com autonomia. No entanto, a existência de barreiras tecnológicas em *sites* e serviços Web continua dificultando a interação necessária, tornando-os inacessíveis para grande parte da população, sobretudo para pessoas com deficiência.

A acessibilidade digital no setor governamental é de fundamental importância para garantir que todas as pessoas possam ter acesso às informações e aos serviços públicos providos ao cidadão por meio do ambiente digital. Segundo a pesquisa TIC Governo Eletrônico 2019¹⁰, 95% dos órgãos públicos federais e estaduais têm *website*, abrangendo quase a sua totalidade.

⁸ Comitê Gestor da Internet. **Relatório de Atividades 2012**. Disponível em: <https://www.nic.br/media/docs/publicacoes/9/relatorio-atividades-nicbr-2012.pdf>

⁹ FERRAZ, Reinaldo. Imagens e Acessibilidade na WEB, in **Revista .br**, edição 15, ano 10. Disponível em: <https://www.nic.br/publicacao/revista-br-ano-10-2019-edicao-15/>

¹⁰ 2019. Annual Reporter Cetic. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/9/20200610161414/Annual_Report_Cetic2019_site.pdf

Entre os serviços mais oferecidos aos cidadãos, está o *download* de documentos e formulários (81%), a consulta processos administrativos ou judiciais (50%) e a emissão de documentos (37%).

Canais digitais que possibilitam a interação entre a administração pública e a sociedade podem ser importantes para a prestação de serviços públicos e para a participação do cidadão nas decisões relacionadas às políticas públicas, por exemplo; dessa forma, a falta de acessibilidade Web implica que tais interações com o governo sejam impossibilitadas a parcela da sociedade, em especial, às pessoas com deficiência – é como ter um prédio onde funcionam serviços de emissão de documentos e o acesso seja somente por escadas, sem alternativas de acesso por elevadores, o que dificultaria e impediria que pessoa cadeirante chegasse ao balcão de solicitações.

E como está o acesso aos meios de comunicação e informação para as pessoas com deficiência? Apesar da vasta legislação, a realidade da acessibilidade digital às pessoas com deficiência é bem diferente, mesmo antes da pandemia.

Um estudo de 2018¹¹ do movimento Web Para Todos com o *World Wide Web Consortium* comprovou a precariedade da acessibilidade digital no País. A pesquisa avaliou os 15 maiores websites brasileiros de comércio eletrônico, de acordo com o ranking Alexa no dia 12/01/2018. Na lista estão Americanas, Casas Bahia, Centauro, Dafiti, Extra, Kabum, Kanui, Magazine Luiza, Netshoes, Pontofrio, Ricardo Eletro, Saraiva, Shoptime, Submarino e Walmart. Em 28% dos testes, pessoas com deficiência não foram capazes de concluir a compra por problemas antes ou durante a finalização do pedido.

São barreiras no cadastro, para clicar nos botões, na navegação, ao adicionar produtos ao carrinho, gerar boleto ou usar leitor de tela. (...) Encontramos, no *website* da *Essential Accessibility*¹², dados de que o Brasil tem 506 mil pessoas cegas e 6,5 milhões com deficiência

¹¹ As principais barreiras de acesso em sites do e-commerce brasileiro. Disponível em: <https://mwpt.com.br/estudo-sobre-navegacao-em-sites-de-e-commerce/>

¹² *Essential Accessibility*: <https://www.essentialaccessibility.com/> Acesso em 12.out.2020.

visual severa, convivendo com grande dificuldade para enxergar. Este é o tamanho do público brasileiro que está sempre em busca de novos *websites* com acessibilidade para deficientes visuais. Quando não há recursos, esse público jamais retorna ao *website* visitado. E as barreiras encontradas serão compartilhadas em alta escala¹³.

Mas essas barreiras ao acesso digital para as pessoas com deficiência, não acontece somente aqui no Brasil.

Durante o primeiro trimestre de 2021, 14 organizações latino-americanas que atendem pessoas com deficiência intelectual e suas famílias, afiliadas à *Inclusion International*, participaram de um projeto de pesquisa cujos resultados foram sistematizados no Relatório “Impacto da Pandemia de COVID-19 em pessoas com deficiência intelectual e suas famílias na América Latina, 2021”¹⁴.

O Relatório foi realizado em consenso com os membros das 14 Organizações de Pessoas com Deficiência dos 11 países latino-americanos: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Uruguai, inclusive o Brasil.

Segundo a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe da ONU (CEPAL) estima-se que aproximadamente 12% da população da América Latina e do Caribe tem alguma deficiência, porcentagem que equivale a aproximadamente 70 milhões de pessoas.¹⁵

Segundo este relatório aponta que no tocante ao acesso à educação, as pessoas com deficiência intelectual em contextos rurais ou grupos indígenas têm menos acesso a recursos econômicos e / ou tecnológicos (computador ou internet)

¹³ CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz e; CRUVINEL, Aline. **A inclusão digital das pessoas com deficiência**. Disponível em: <https://lawinnovation.com.br/a-inclusao-digital-das-pessoas-com-deficiencia/>.

¹⁴ CONFE. **Impacto da Pandemia de COVID-19 em pessoas com deficiência intelectual e suas famílias na América Latina**. Disponível em: http://confe.org/wp-content/uploads/2021/07/Informe_ImpactoCOVID_19_Espanol_lecturafacil-Port.pdf

¹⁵ <https://www.cepal.org/pt-br/noticias/cepal-realizou-semana-inclusao-pessoas-deficiencia>

No tocante a informações acessíveis pelo governo sobre a pandemia COVID-19, esse mesmo relatório aponta que: 86,3% da população pesquisada indica que o governo de seu país forneceu informações e notícias sobre a pandemia, enquanto 8,1% consideram que não. Nesse sentido, o México se destaca como o melhor cenário, onde 96% dos entrevistados indicam que o governo forneceu informações, e, no Brasil 88% indica que o governo de seu país forneceu informações e notícias sobre a pandemia.

Todavia, fornecer informações e notícias à população não significa que sejam acessíveis a todos, por exemplo, apenas 62% da população da região considera que é “acessível e compreensível”, enquanto 15% não o considera e o percentual restante indica que eles não sabem se é ou não. Os países com maior percentual da população que consideram a informação “acessível” para pessoas com deficiência intelectual são Bolívia, Colômbia e Uruguai, com 82%, 74% e 70%, respectivamente, enquanto no Paraguai, Peru e Equador, apenas 50% têm essa percepção. Dos países com os maiores percentuais de informação inacessível, estão Equador com 26% e México com 24%.

De acordo com os resultados obtidos, pode-se afirmar que os principais entraves à acessibilidade à informação pelas pessoas com deficiência intelectual pesquisadas são: a falta de meios de comunicação em formatos acessíveis para pessoas com deficiência, a limitada informação acessível a pessoas com deficiência intelectual pelo governo, especialmente em seus sites ou páginas oficiais, e a relevância dada às fontes de informação não oficiais, como as redes sociais.

3. Considerações Finais

O objetivo deste trabalho é a análise da previsão e garantia da acessibilidade digital das pessoas com deficiência em tratados e convenções internacionais, com ênfase das disposições contidas na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Agenda 2030.

Das indicações realizadas a respeito da evolução destes direitos, especialmente a partir da segunda metade do século passado, é possível concluir houve um avanço significativo no reconhecimento social e jurídico das pessoas com deficiência a partir da década de 1980 do século XX e que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe reconhecimento importante dos direitos destas pessoas, contemplando situações importantes relacionadas aos direitos fundamentais, aqui incluída a acessibilidade, inclusive no que refere àquela relacionada às tecnologias de informação e comunicação e à Internet.

Referida convenção tem trazido evolução significativa à análise e discussão de medidas no aspecto legislativo e, também no das ações de natureza material dos Estados, o que tem implicado na realização de políticas públicas inclusivas relacionadas à educação, ao trabalho, à saúde, muitas delas permeadas pela acessibilidade digital, direito fundamental que necessita do desenvolvimento de habilidades e competências específicas para o seu exercício, essenciais, também, para as atividades cotidianas, diante do estágio de desenvolvimento no qual nos encontramos enquanto sociedade mundial.

É preciso reconhecer que as barreiras de acessibilidade dos recursos digitais impedem o pleno exercício da cidadania dessas pessoas. A privação do acesso à informação dificulta o acesso ao conhecimento, ao trabalho, à busca da justiça, ao exercício dos direitos políticos, limitando os indivíduos na vida social e aumentando o abismo da desigualdade da realidade brasileira.

Do que foi exposto, também é possível inferir que muito precisa ser realizado. A tecnologia traz maior agilidade às nossas ações e atividades, acelera processos produtivos, de educação, de trabalho e relacionados à saúde, ao meio ambiente, mas, sua implantação e aprendizado é um processo que necessita de recursos para a aquisição de equipamento e conhecimento necessários à sua utilização.

Aqui é preciso lembrar que existem situações importantes relacionadas à privacidade, à manifestação do pensamento, à discriminação que se constituem em questões fundamentais para todos os grupos sociais e que os vulneráveis, por sua própria condição, aqui incluídas as pessoas com deficiência, devem ter atenção especial para

que possam ser incluídos em todos os processos e decisões para serem ouvidos, amparados e exercerem seus direitos com respeito à igualdade característica de uma sociedade democrática.

Referências

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Artigo 9 – Acessibilidade**. In: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – novos comentários. Disponível em:

<https://exposicao.enap.gov.br/files/original/e5bcc81c4dc714afa0acaacad10fe4e9.jpg>. Acesso em: 30.out.2021

CONFÉ. **Impacto da Pandemia de COVID-19 em pessoas com deficiência intelectual e suas famílias na América Latina**. Disponível em:

http://confe.org/wpcontent/uploads/2021/07/Informe_ImpactoCOVID_19_Espanol_lecturafacil-Port.pdf. Acesso em 28.jul.2021.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz e; CRUVINEL, Aline. **A inclusão digital das pessoas com deficiência**. Disponível em: <https://lawinnovation.com.br/a-inclusao-digital-das-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em 28.jul.2021.

FERRAZ, Reinaldo. Imagens e Acessibilidade na WEB, in **Revista .br**, edição 15, ano 10. Disponível em:

<https://www.nic.br/publicacao/revista-br-ano-10-2019-edicao-15/>. Acesso em 28.jul.2021.

GUEDES, Denise Moura. **A importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como norma em nossa Carta Magna**. Disponível em:

file:///C:/Users/Cristina/Dropbox/PC/Downloads/unisantos_seer,+CAP5-85-98.pdf. Acesso em: 30.out.2021

LEITE Flávia Piva Almeida; RIBEIRO Lauro Luiz Gomes; Waldir Macieira da COSTA FILHO. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. **História, deficiência e educação especial**. Disponível em: https://fe-old.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/4762/art1_15.pdf. Acesso em: 30.out.2021

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos - Ótica da Diferença e Ações Afirmativas**. São Paulo: Saraiva.

ONU. Agenda 2030. Disponível em: https://www.undp.org/sustainable-development-goals?utm_source=EN&utm_medium=GSR&utm_content=US_UNDP_PaidSearch_Brand_English&utm_campaign=CENTRAL&c_src=CENTRAL&c_src2=GSR&gclid=Cj0KCCQjw_fiLBhDOARIsAF4khR1fW-LYujyI7dc2Zu3pQ-E90e5E2HU1kcHUwZdlUDMfv3wndmqWMhkaArlSEALw_wcB. Acesso em: 30.out.2021.

ONU. **Declaração dos Direitos do Deficiente Mental**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>. Acesso em: 30.out.2021

ONU. **Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf. Acesso em: 30.out.2021

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: o paradigma do século 21. Revista Inclusão. ano I, n. 1, p. 19-23, out., 2005.

ULLMAN, Heidi; JONES, Francis; WILLIAMS, Robert; WILLIAMS, Deirdre. **Aproveitamento do potencial das tecnologias de Informação e Comunicação para pessoa com deficiência na América Latina e Caribe**: desafios e oportunidades. In: Acessibilidade e Tecnologias: um panorama sobre acesso e uso das Tecnologias de Informação e Comunicação por pessoas com deficiência no Brasil e na América Latina. Cadernos NIC.br Estudo Setoriais. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/7/20200521062327/estudos-setoriais-acessibilidade-e-tecnologias.pdf> Acesso em 30.10.01

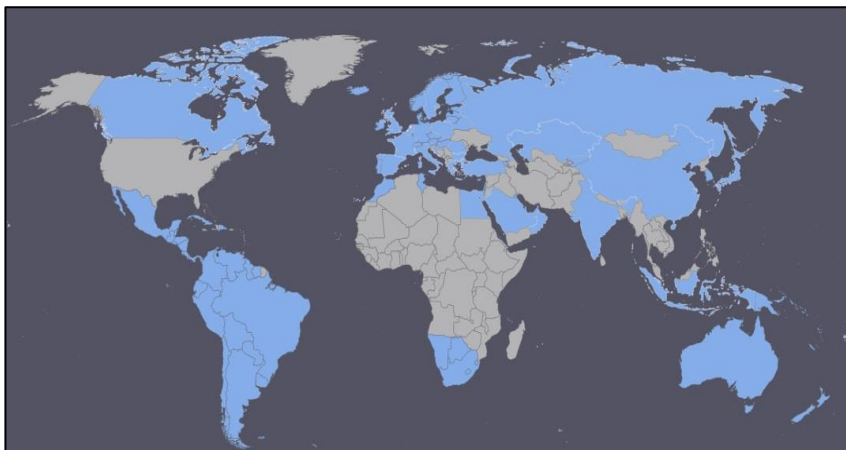
O RELACIONAMENTO EXTERNO DO MERCOSUL NA ERA DOS MEGA-ACORDOS COMERCIAIS

Marcus Maurer de Salles

Introdução

O objetivo do presente artigo é refletir a respeito do relacionamento externo do Mercado Comum do Sul (Mercosul), por meio da análise dos fundamentos jurídicos e institucionais construídos ao longo dos seus 30 anos e demonstrar que, ao contrário do que apregoa o senso comum, não é um processo de integração regional fechado em si mesmo. Com efeito, o Mercosul possui um importante dinamismo em matéria de relacionamento externo, com acordos, negociações e diálogos comerciais com mais de 90 países de todos os continentes.

Mapa de relacionamento externo do Mercosul



Fonte: Elaboração própria¹

Paralelamente à concretização dos referidos acordos, avançou-se no estabelecimento de um corpo normativo que buscou estabelecer princípios e regulamentar procedimentos de negociação e celebração dos mencionados acordos internacionais, bem como sua implementação e administração.

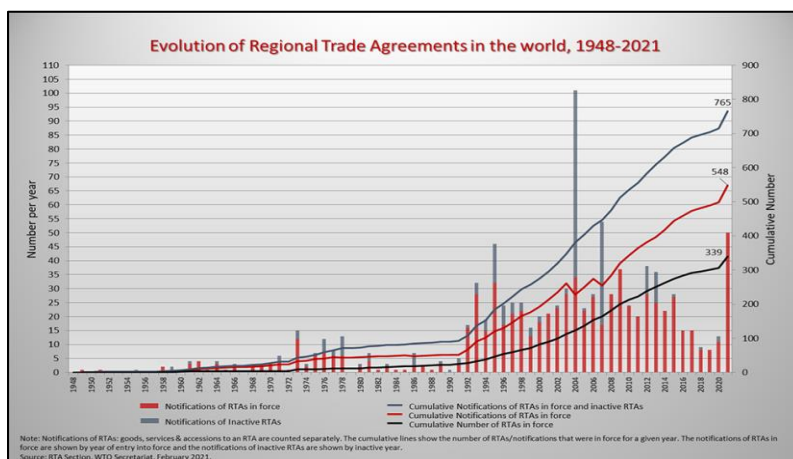
Nos anos recentes, a agenda de relacionamento externo teve um novo impulso. A Declaração sobre Relacionamento Externo do Mercosul, de 2015, teve como objetivo central orientar o Mercosul a negociar e concluir acordos ambiciosos, amplos e equilibrados, com

¹ Mapa extraído do 28º Relatório Semestral da Secretaria do Mercosul, disponível em <https://www.mercosur.int/media/publicaciones/informes-de-la-secretaria-del-mercursosur/>. Acesso em 15/03/2021.

países e blocos do mundo todo, como forma de contribuir com o crescimento econômico, a criação de emprego, o aumento da produção regional e com o aumento da capacidade competitiva.

Tal movimentação por parte do Mercosul se enquadra dentro de um contexto global de proliferação contemporânea de acordos bilaterais, regionais e plurilaterais de comércio e investimentos, que vem provocando transformações substantivas nas dinâmicas do comércio internacional, além de reformas estruturais nos marcos regulatórios dos países signatários.

Gráfico OMC sobre proliferação de acordos comerciais



Fonte: Portal da OMC sobre acordos regionais de comércio, 2021²

² Ver <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>. Acesso em 15/03/2021.

A respeito dessa proliferação de acordos comerciais, muito foi escrito e analisado em termos de causas e consequências para tal fenômeno, dentre as quais se destacam:³

- Impasses e descontentamentos multilaterais
- Vantagens econômicas de novas preferências comerciais
- Estratégias geopolíticas
- Acordos OMC-Plus e Extra
- O “*spaghetti bowl*” de regras
- Redução do exercício de *policy space* para os países em desenvolvimento.

Nesse sentido, para tentar contornar diversos dessas consequências decorrentes da proliferação de acordos comerciais, o Mercosul produziu, em termos normativos, ao longo dos seus 30 anos, um amplo marco legal de orientação normativa e institucional ao relacionamento externo, com aproximadamente 100 normas que estabelecem parâmetros institucionais e normativos para a condução de negociações externas.

Assim, consolidaram-se diversos parâmetros conceituais, que se converteram em referências para o relacionamento externo do bloco e que serão analisados a continuação, dentre os quais se destacam:

- a) Governança institucional conjunta,
- b) Universalismo e representatividade global,
- c) Convergência intrarregional com América Latina,
- d) Renovação regulatória intra-Mercosul.

1- Governança institucional conjunta

³ Para uma revisão de literatura a respeito das causas e consequências da proliferação de acordos comerciais, ver SALLES, Marcus *et al.* MERCOSUL in South-South Agreements: in the middle of two models of regionalism. Genebra: UNCTAD Virtual Institute, 2011. Disponível em https://vi.unctad.org/resources-mainmenu-64/digital-library?task=dl_doc&doc_name=586_mercosur_in Acesso em 15/03/2021.

Em termos de relacionamento externo com terceiros países, o Tratado de Assunção, em seu preâmbulo estabelece entre seus princípios fundacionais *a importância de alcançar uma adequada inserção internacional para seus países*.

Em nível institucional, desde o Tratado de Assunção e do Protocolo de Ouro Preto, passando pela criação dos Grupos de Relacionamento Externo (GAHRE e GRELEX), dentre outros órgãos que exerceram funções na matéria (CRPM e ARGM), o Mercosul esteve constantemente priorizando que o seu relacionamento externo fosse conduzido sob parâmetros de coordenação e governança institucional conjunta.

Nesse sentido, um dos marcos jurídico-institucionais do Mercosul na matéria é a Decisão CMC N° 32/2000 “Relançamento do MERCOSUL - Relacionamento Externo”, que reafirma o compromisso dos Estados do MERCOSUL de negociar, conjuntamente, acordos de natureza comercial nos quais se outorguem preferências tarifárias.

Por fim, à medida em que o assunto da “redução das assimetrias” foi tomando força na agenda global e regional, buscou-se contemplar tal princípio na lógica de relacionamento externo do Mercosul, em benefício do Paraguai. Mediante a Decisão CMC N° 28/03, o Mercosul prevê que passaria a impulsionar, em todas as negociações externas, a obtenção de um tratamento diferenciado para o Paraguai, de acordo com sua condição de menor economia e de país sem litoral marítimo.

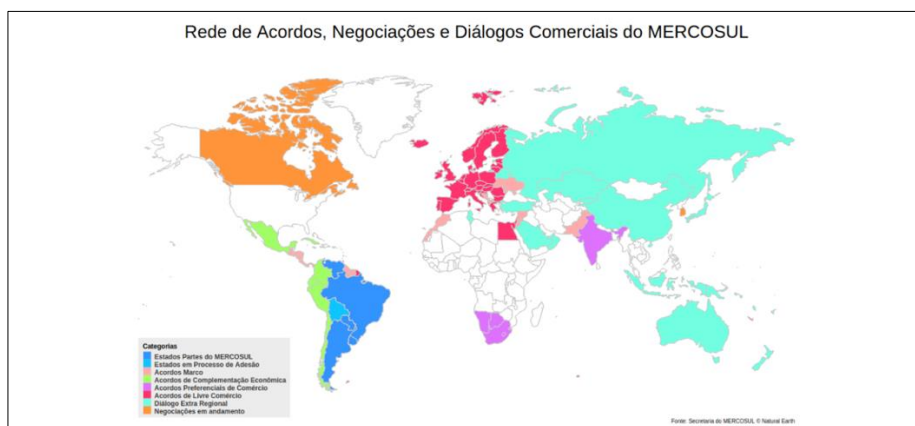
Com isso, é possível sistematizar que do ponto de vista principiológico, o relacionamento externo do bloco está atualmente referenciado pelos seguintes elementos:

- a) governança institucional do relacionamento externo.
- b) negociação extra-regional conjunta.
- c) correção de assimetrias nas negociações externas.

2- Universalismo e representatividade global

Em termos de inserção global, o Mercosul vem conseguindo manter e aprofundar tanto o diálogo político quanto comercial com sócios de todos os continentes, podendo-se afirmar que o Mercosul tem uma orientação institucionalizada, não-ideologizada e universalista no que se refere ao relacionamento externo. O mapa a seguir ilustra o alcance universalista do relacionamento externo do Mercosul.

Rede de Acordos, Negociações e Diálogos Comerciais do Mercosul



Fonte: Fonte: Secretaria do Mercosul, 2020⁴

Além disso, como pode se depreender da tabela abaixo, o Mercosul se encontra inserido nesse movimento contemporâneo de negociação e adesão de mega-acordos comerciais. Dentre o amplo universo de acordos e negociações comerciais em andamento, destacam-se os seguintes, por se tratarem de negociações com grupos de países:⁵

⁴ Mapa extraído do 28º Relatório Semestral da Secretaria do Mercosul, disponível em <https://www.mercosur.int/media/publicaciones/informes-de-la-secretaria-del-mercursosur/>. Acesso em 15/03/2021.

⁵ <https://www.mercosur.int/relacionamiento-externo/red-de-acuerdos/>. Acesso em 15/03/2021.

*Principais acordos concluídos e em negociação pelo
Mercosul com grupos de países*

Acordos concluídos e/ou em vigor	Negociações e diálogos em andamento
União Europeia-UE	Aliança do Pacífico-AP
Área de Livre Comércio Européia-EFTA	Sistema de Integração Centro Americano-SICA
União Aduaneira da África Austral-SACU	União Econômica Euroasiática-UEE
Sistema Global de Preferencias Comerciais-SGPC	Associação de Nações do Sudeste Asiático-ASEAN
Comunidade Andina de Nações-CAN	Conselho de Cooperação do Golfo-CCG

Fonte: Elaboração própria

Nesse sentido, embora atualmente esteja sendo dada atenção e repercussão prioritária ao Acordo Mercosul-União Europeia, é possível deduzir do quadro acima, um enorme esforço negociador do Mercosul de manter e avançar tratativas de acordos com diversos outros processos de integração regional igualmente relevantes para o cenário internacional contemporâneo, abrangendo África, Ásia, Pacífico, Oceania, Oriente Médio e América Central.

3- Convergência intraregional com a América Latina

Além disso, um importante vetor que vem historicamente sendo consolidado como paradigma de relacionamento externo do Mercosul

é o aprofundamento das relações com a América Latina e o Caribe, construída sob parâmetros de:

- a) harmonização,
- b) coordenação,
- c) convergência e,
- d) aprofundamento do relacionamento intra-regional.

Ao longo da primeira década do Mercosul, um dos pilares centrais do relacionamento externo do Mercosul foi construir, sob os princípios da harmonização, coordenação e convergência, uma revisão do conjunto de acordos comerciais intra-ALADI existentes antes do surgimento do Mercosul (conhecidos no âmbito da ALADI como patrimônio histórico), por meio do Acordo de Complementação Econômica N° 18.

A renegociação do patrimônio histórico constituiu uma etapa central para a coexistência do Mercosul com a América Latina, e proporcionou uma negociação mais ampla, destinada, no caso dos países sul-americanos, a celebrar acordos tendentes a conformar uma grande zona livre de comércio continental.

Nesse sentido, há atualmente uma complexa rede de Acordos de Complementação Econômica (ACE) que atualmente vinculam, sob o amparo da ALADI, o Mercosul aos maiores blocos regionais sul-americanos: Comunidade Andina (CAN), Mercado Comum Centro-Americano (MCCA), Sistema de Integração Centro-Americano (SICA) e a Aliança do Pacífico (AP).

Rede de ACEs que vinculam o Mercosul à América Latina

ACE	Assinatura
ACE N° 35 Mercosul-Chile	25-06-96
ACE N° 36 Mercosul-Bolívia	17-12-96
ACE N° 54 Mercosul-México	05-07-02
ACE N° 55 Mercosul-México	27-09-02

ACE Nº 59 Mercosul-CAN	18-10-04
ACE Nº 58 Mercosul-Peru	30-11-05
ACE Nº 62 Mercosul-Cuba	21-07-06
ACE Nº 72 Mercosul-Colômbia	21-07-17

Fonte: Elaboração própria

Por outro lado, no âmbito desse processo de aproximação orientado para uma grande convergência intra-regional, merece atenção e importância também os processos de associação e adesão que o Mercosul levou adiante visando contar com um Mercosul ampliado, que efetivamente contempla atualmente todos os países da América do Sul.

Estados Partes, Associados e em processo de adesão do Mercosul

Estados Partes	
Argentina	Estado fundador
Brasil	Estado fundador
Paraguai	Estado fundador
Uruguai	Estado fundador
Venezuela ⁱⁱ	Decisão CMC Nº 27/12
Estados em processo de adesão	
Bolívia	Decisão CMC Nº 13/15
Estados associados - Intra-ALADI	
Chile	Decisão CMC Nº 12/97
Colômbia	Decisão CMC Nº 44/04
Equador	Decisão CMC Nº 43/04

Peru	Decisão CMC Nº 39/03
Estados associados - Extra-ALADI	
Guiana	Decisão CMC Nº 19/15
Suriname	Decisão CMC Nº 21/15

Fonte: Elaboração própria

Por fim, merece destaque em termos de aprofundamento do relacionamento do Mercosul com a América Latina o projeto de associação com a Aliança do Pacífico, que vem sendo impulsionado por meio de um novo acordo do Mercosul com a Colômbia e também por meio de acordos bilaterais assinados entre membros do Mercosul e o Chile, sob amparo da ALADI. Atualmente, Argentina, Brasil e Uruguai têm acordos comerciais assinados com o Chile, acordos estes que, além de aprofundar o processo de liberalização comercial entre Mercosul e Chile, incorporou novas disciplinas ao comércio intra-regional, como “comércio e gênero” e “comércio e desenvolvimento sustentável”.

4- Diversificação da agenda temática e renovação regulatória

Em termos da agenda temática da rede de acordos do Mercosul, e os consequentes impactos regulatórios, faz-se necessário avançar no acompanhamento da cobertura temática das diferentes disciplinas que vem sendo negociadas simultaneamente em todas as frentes de negociações, que hoje são levadas adiante pelo Mercosul. Novos temas estão surgindo e temas tradicionais estão recebendo novas abordagens, o que demanda análise atenta e crítica, com a finalidade de compreender o alcance e os impactos dos acordos nas referidas temáticas.

A recente conclusão das negociações do Acordo Mercosul-UE é um dos avanços mais significativos em termos de negociações econômicas internacionais e regionais da presente década. Dentre as diversas inovações regulatórias trazidas pelo Acordo Mercosul-UE,

merece destaque o capítulo “Comércio e Desenvolvimento Sustentável”.

O referido capítulo traz para dentro do acordo comercial um amplo conjunto de acordos internacionais, de natureza não comercial, que vem ganhando espaço nas agendas das negociações econômicas internacionais, tais como: direitos humanos, direitos trabalhistas, proteção de biodiversidade, mudanças climáticas, proteção das comunidades indígenas e tradicionais, proteção dos rios e dos mares, dentre outros.

Entretanto, cabe destacar que essa nova “linguagem jurídica” à qual os negociadores externos do Mercosul enfrentaram nessa nova fase do relacionamento externo do Mercosul demonstrou uma profunda desatualização do marco regulatório econômico-comercial do bloco, se comparado aos novos standards regulatórios adotados tanto em escala multilateral – pela Organização Mundial de Comércio (OMC) e pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – quanto na escala regional/bilateral - com os novos modelos de Acordos de Livre Comércio e de Acordos Bilaterais de Investimentos.

Tal defasagem demandou, como consequência, um grande esforço negociador para se construir um acervo considerável de novos acordos intra-Mercosul de natureza econômico-comercial, que acarretam e acarretarão diversos impactos jurídicos, institucionais e econômicos no Mercosul e no Brasil.

Dentre tais acordos, destacam-se os seguintes:

- Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos Intra-Mercosul (2017)
- Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul (2017)
- Acordo de Boas Práticas e Coerência Regulatória do Mercosul (2018)
- Acordo de Facilitação de Comércio do Mercosul (2019)
- Acordo de Comércio Eletrônico do Mercosul (2020)

Com isso, o Mercosul vem passando por uma profunda ampliação e renovação do direito da integração econômica e comercial,

que carece até o momento de análise acadêmica rigorosa que busque enfrentar as seguintes questões: a) Qual a relevância desse novo conjunto de acordos para o Mercosul e para o Brasil, em relação à inserção internacional, à integração regional e ao modelo de desenvolvimento nacional? b) Qual o conteúdo e as principais inovações trazidas por cada um desses acordos? c) Como essas novas disciplinas comerciais afetarão os modelos de desenvolvimento da região, no sentido de permitir a incorporação dos preceitos do desenvolvimento sustentável, do ponto de vista, ambiental, social e humano?

A PERSONALIDADE JUDICIÁRIA DO NAVIO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NAVIOS AUTÔNOMOS

Ingrid Zanella Andrade Campos

Introdução

O Brasil é um país maritivamente privilegiado, conta com uma costa de 8,5 (oito vírgula cinco) mil quilômetros navegáveis, em que o transporte marítimo responde, atualmente, por mais de 80% (oitenta por cento) do comércio mundial de mercadorias e se constitui como fator imprescindível na globalização.

O transporte aquaviário se consubstancia, então, como um fator fundamental na economia mundial, além de estar inteiramente ligado a questões ambientais e sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através da Emenda Constitucional nº 7, de 15.8.1995 deu nova redação ao parágrafo único, do art. 178 (cento e setenta e oito),¹ que passou a permitir o uso de bandeiras estrangeiras na navegação de cabotagem no Brasil.

Dessa forma o parágrafo único, do supracitado artigo, passou a ter a seguinte redação: “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

A abertura constitucional à navegação de cabotagem e interior por embarcações estrangeiras foi decorrência da afirmação do Estado democrático de direito, ratificado com a Constituição Federal de 1988, que demarcou a necessidade de uma Constituição Econômica com a extinção de certas restrições ao capital estrangeiro.

¹ “Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras”.

A Lei nº 9.432/1997 veio para regulamentar o art. 178 da Constituição Federal, instituindo os limites para a abertura do mercado a embarcações estrangeiras, desde que afretadas por Empresas Brasileiras de Navegação (EBN), quando da inexistência ou indisponibilidade de embarcações de bandeira brasileira.

Desta forma, percebe-se que a intenção da EC nº 7/1995 foi possibilitar a regulação da matéria através de lei ordinária, bem como contribuir para a construção de uma economia mais aberta e competitiva.

A CF/1988 esculpiu o princípio da liberdade econômica, devendo a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170), observar, entre outros, os princípios da livre concorrência e busca do pleno emprego.

Neste exato sentido, destaca-se a Lei nº 13.874, de 20.9.2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e fixou princípios e normas para a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

Desta forma, considerando as diversas relações jurídicas que se desenvolvem em torno do navio autônomo, obtendo uma maior segurança, resta a dúvida sobre se o navio poderá ser dotado de personalidade judiciária, no Brasil, como forma de garantir a eficiência da responsabilidade civil, considerando a teoria do risco.

O incentivo da utilização de navios autônomos, bem como de outros sistemas dotados de inteligência artificial envolvem uma séria de questões de responsabilidade civil. Inclusive a possibilidade de se isentar a responsabilidade em face de possíveis condutas não programadas ou imprevisões.

O debate em torno da segurança marítima e jurídica e da eficiência da responsabilidade civil em atividades de risco ganha ainda mais relevância diante da navegação desenvolvida por navios autônomos, remotamente controladas ou não tripuladas. Ainda, diante da completa ausência de normas que disciplinam a matéria, o que gera uma insegurança jurídica.

Em 2018, houve a entrega no navio autônomo *Sea Hunter* à Marinha dos Estados Unidos². Ainda, em outubro de 2018, duas gigantes do mercado mundial, a Rolls-Royce e a Intel, anunciaram o firmamento de parceria envolvendo a ideia de associar a expertise em

² BRASIL. Escola de Guerra Naval (EGN). *Boletim Geocorrente*. ISSN. 2446-7014. Ano 6. n. 119. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/Boletim%20Geocorrente%20119%20-%2001JUL2020.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

tecnologia naval da primeira à engenharia de sistemas da segunda com o fito de desenvolver navios autônomos, completamente desprovidos de tripulação a bordo³.

Em seguida, dezembro de 2018, o conglomerado britânico apresentou e realizou mais de 400h testes com o primeiro Ferryboat autônomo do mundo, nomeado Falco. Este, desenvolvido em parceria com a estatal finlandesa Finferries, é monitorado por um centro de controle em terra, distante cerca de 50km do seu local de operação, e independe de interferência humana no desempenho de suas funções: é capaz de aumentar ou reduzir sua velocidade de acordo com as condições de maré, detectar e desviar de obstáculos, bem como atracar e desatracar de maneira completamente autônoma, por exemplo⁴.

Observa-se, então, o início de um movimento mundial pela automatização da frota naval, processo que, através da diminuição da mão-de-obra empregada, visa a diminuição dos valores dispendidos no transporte naval. Processo que deve ser acompanhado da regulamentação específica e apropriada, possibilitando uma segurança jurídica e marítima.

Para além, pretende-se, com o desenvolvimento e a operação de navios não-tripulados, garantir maior precisão e segurança à navegação, diminuindo a possibilidade de fatos e acidentes causados por erro humano, causa de mais de 90% dos danos causados ao meio marinho em acidentes da navegação⁵.

Diversos países já estão envolvidos com projetos de navios autônomos. Inclusive, através da parceria entre as norueguesas Yara International e Kongsberg se estima o lançamento do navio Yara Birkeland, que é o primeiro navio contêiner autônomo e de emissão zero do mundo⁶.

Desta forma, o objeto principal do presente trabalho é analisar a responsabilidade civil envolvendo embarcações automatizadas ou

³ Disponível em: <<https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/15-10-2018-rr-and-intel-announce-autonomous-ship-collaboration.aspx>>. Acesso em 01 de nov. 2020

⁴ Disponível em: <<https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/03-12-2018-rr-and-finferries-demonstrate-worlds-first-fully-autonomous-ferry.aspx>>

⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Direito Marítimo: Acidentes da Navegação e Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28681.pdf>

⁶ BRASIL. Escola de Guerra Naval (EGN). Boletim Geocorrente. ISSN. 2446-7014. Ano 6. n. 119. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/Boletim%20Geocorrente%2019%20-%2001JUL2020.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

autônomas, considerando a teoria do risco, inclusive abordando a possível atribuição de personalidade judiciária.

O fundamento desta pesquisa para na necessidade de efetivação da responsabilidade civil envolvendo navios autônomos, inclusive em casos de acidentes marítimos, que estão, inclusive, aumentando, posto que, em 2017, os acidentes com embarcações, no Brasil, aumentaram 12,63%. Segundo a Marinha do Brasil, de janeiro a agosto de 2017 foram registrados 107 naufrágios, contra 95 casos no mesmo período de 2016.⁷

De acordo com as estatísticas, 72% dos casos de naufrágios ocorreram por imprudência, imperícia ou negligência. Apesar do aumento de naufrágios nos primeiros oito meses de 2017, a Marinha informa que entre 2015 e 2016 os registros diminuíram. Em 2016, foram 898 contra 998 em 2015.⁸

No que concerne à segurança jurídica e efetividade da responsabilidade civil, pretende-se demonstrar que o navio, por ser dotado de alguns direitos, entre eles o de nacionalidade, que estabelece a norma que deverá reger as relações econômicas, deve ser dotado de personalidade judiciária, podendo ser diretamente processado, em casos excepcionais estabelecidos em lei. Fato esse que deve ser possível inclusive quando estamos diante de um navio autônomo, não tripulado, conforme restará esclarecido.

Para tanto será abordada a questão dos direitos de personalidade que são atribuídos à embarcação, bem como a responsabilidade civil envolvendo embarcações automatizadas ou autônomas.

O objetivo principal deste trabalho é a problemática subjacente à identificação de formas de garantir a eficiência da responsabilidade civil no direito marítimo, identificando meios de garantir a execução, visando a uma maior segurança jurídica, inclusive diante da possibilidade de abertura do mercado de cabotagem a embarcações estrangeiras, bem como a embarcações automatizadas ou autônomas.

⁷ BRASIL. *ACIDENTES com embarcações no Brasil aumentam 12,63% em 2017*. Agência Brasil, 25 ago. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/acidentes-com-embarcacoes-no-brasil-aumentam-1263-em-2017>. Acesso em: 5 maio 2018.

⁸ BRASIL. *ACIDENTES com embarcações no Brasil aumentam 12,63% em 2017*. Agência Brasil, 25 ago. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/acidentes-com-embarcacoes-no-brasil-aumentam-1263-em-2017>. Acesso em: 5 maio 2018.

1. Breves notas sobre os navios autônomos

Antes de ingressar diretamente no que concerne à responsabilidade e ao conceito de navios autônomos, imperioso analisar a natureza jurídica do navio. Tal análise mostra-se indispensável, considerando o objeto do nosso trabalho, nos dizeres do Prof. Waldemar Ferreira, “Estudando a natureza jurídica do navio, que já se chegou a considerar como uma pessoa jurídica de responsabilidade limitada até a importância do seu patrimônio”.⁹

Quanto à sua natureza jurídica, no direito brasileiro, o navio é considerado um bem móvel.¹⁰ De acordo com o Código Civil o navio deve ser entendido como bem móvel,¹¹ através da interpretação do art. 82 do referido diploma legal, *in verbis*: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração substancial ou da destinação econômico-social”.

No Brasil, a Lei nº 9537/1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências, estabelece que embarcação é qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas.

Portanto, o navio é bem móvel que se sujeita ao regime jurídico de bem imóveis quando há previsão legal, entre esses casos citam-se: prova de propriedade mediante registro marítimo e a transferência de

⁹ FERREIRA, Waldemar Martins. *O commercio marítimo e o navio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

¹⁰ “As embarcações são bens moveis, e, portanto, o proprietário delas pôde aliena-las ou hypothecal-as sem outorga de sua mulher” (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. 1. p. 51, art. 49).

¹¹ Código Comercial Brasileiro: “Art. 478. Ainda que as embarcações sejam reputadas bens móveis, contudo, nas vendas judiciais, se guardarão as regras que as leis prescrevem para as arrematações dos bens de raiz; devendo as ditas vendas, além da afixação dos editais nos lugares públicos, e particularmente nas praças do comércio, ser publicadas por três anúncios insertos, com o intervalo de 8 (oito) dias, nos jornais do lugar, que habitualmente publicarem anúncios, e, não os havendo, nos do lugar mais vizinho”.

propriedade (Lei nº 7.652/88), os casos de venda judicial (CCOm. arts. 477 e 478) e o fato de navio ser suscetível de hipoteca naval.

No que concerne aos navios autônomos ou não tripulados, inicialmente, destaca-se a ausência de normas internacionais e nacionais que disciplinam a matéria, o que gera uma insegurança jurídica.

Destaca-se que a discussão sobre a regulação dos navios autônomos foi iniciada na 99a sessão do Comitê de Segurança Marítima (MSC 99) da Organização Marítima Internacional (IMO) e, assim, começaram os grupos de estudos para regulamentação de Navios Marítimos Autônomos de Superfície (MASS)¹².

Posteriormente, durante a 101a sessão, realizada em junho de 2019, o Brasil enviou uma delegação composta por diversos representantes da área e foram discutidos assuntos relativos ao Regulamento Internacional para Evitar Abalroamento no Mar (RIPEAM) e Convenção Internacional para Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS), que deverão ser revisadas com a introdução desta nova tecnologia¹³.

Inicialmente, importante esclarecer que um navio autônomo é toda embarcação capaz de conduzir-se sem que haja a presença humana a bordo para a sua condução, sendo comandada remotamente com o uso de inteligência artificial e sistema de comunicações por satélite e de abrangência global¹⁴.

Destaca-se que a tripulação não é citada como um elemento do conceito embarcação pela Lei nº 9537/1997, conforme sopesado. Todavia, de acordo com a referida lei, tripulante é o aquaviário ou

¹² BRASIL. Escola de Guerra Naval (EGN). *Boletim Geocorrente*. ISSN. 2446-7014. Ano 6. n. 119. Disponível em:

<https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/Boletim%20Geocorrente%20119%20-%2001JUL2020.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

¹³ BRASIL. Escola de Guerra Naval (EGN). *Boletim Geocorrente*. ISSN. 2446-7014. Ano 6. n. 119. Disponível em:

<https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/Boletim%20Geocorrente%20119%20-%2001JUL2020.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

¹⁴ CAPRARIO, Alejandro. *Navios autônomos: as perspectivas de uma nova era nos mares*. Rio de Janeiro, 2018. p. 28.

amador que exerce funções, embarcado, na operação da embarcação. Ou seja, deve estar a bordo do navio.

Ainda, a mencionada lei estabelece o conceito de tripulação de segurança, como a quantidade mínima de tripulantes necessária a operar, com segurança, a embarcação, ou seja, indicando a necessidade da embarcada ser tripulada. O que demonstra a necessidade da existência de uma norma específica, ou de revisão das normas disciplinadoras da matéria, com vistas a operação dos navios autônomos ou não tripulados, no Brasil.

Entretanto, independente do ajuste da legislação, os navios autônomos e os navios controlados remotamente estão se tornando realidade.

A doutrina indica que os primeiros testes já estão sendo realizados na Finlândia e pequenos navios autônomos de superfície não tripulados (USVs) são amplamente usados em pesquisas oceânicas, guarda costeira e aplicações militares. Esses navios não tripulados visam aumentar a segurança das operações no mar, reduzir o consumo de combustível e transformar as funções de trabalho no domínio marítimo. Um navio autônomo deve ser capaz de monitorar sua própria saúde e meio ambiente, comunicar as informações obtidas e tomar decisões com base nisso, sem supervisão humana¹⁵.

Questões como navegação na costa, aproximação às áreas portuárias, acidentes e poluições podem ser consideradas como desafios aos navios autônomos.¹⁶

Desta forma, os navios autônomos ou controlados remotamente devem ser dotados de um sistema de dados capaz de garantir segurança, incluindo prevenção de acidentes, como colisão e abalroamento, de forma efetiva. Da mesma forma, deve restar claro seus atributos, o risco desempenhado, para que restem óbices a responsabilidade civil.

¹⁵ HÖYHTYÄ, M, HUUSKO, J; (et al.). *Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges*. in Proc. ICTC conference, 2017. DOI: [10.1109/ICTC.2017.8191000](https://doi.org/10.1109/ICTC.2017.8191000). Acesso em 01 de nov. 2020.

¹⁶ “Especially challenging is to navigate in coastal areas such as port approaches that are sensitive to accidents and pollution. Thus, ship-to-shore communication and very accurate navigation is needed in order to avoid using a human pilot onboard”. HÖYHTYÄ, M, HUUSKO, J; (et al.). *Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges*. in Proc. ICTC conference, 2017. DOI: [10.1109/ICTC.2017.8191000](https://doi.org/10.1109/ICTC.2017.8191000). Acesso em 01 de nov. 2020.

A automação de navios envolve questões afetas a redução da tripulação e de custos de manutenção, atrelados a utilização de tecnologia, visando aumentar a segurança, a redução de acidentes e de poluição, diminuindo a possibilidade de fatos e acidentes causados por imprudência, imperícia ou negligência. Destaca-se que, de acordo com as estatísticas, 72% dos casos de naufrágios ocorreram por imprudência, imperícia ou negligência.

Todavia, para navios autônomos e controlados remotamente serem aceitos e adotados na navegação comercial, devem possuir a mesma segurança que os navios convencionais, para tanto, normas específicas que garantam a prevenção de acidentes, de poluição e a ampla responsabilidade civil devem estar em vigor.

2. A responsabilidade e a personalidade judiciária do navio

“Navios autônomos ou controlados remotamente possuem os mesmos atributos dos navios comuns, devendo navegar dotados de nacionalidade e serem fiscalizados pelo estado soberano que concedeu sua bandeira.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, promulgada pelo Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, estabelece em seu art. 94, os deveres do Estado de bandeira, constituindo que “1. Todo Estado deve exercer, de modo efetivo, a sua jurisdição e seu controle em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvorem a sua bandeira”.

Pontes de Miranda considera direitos da personalidade “todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”.¹⁷ Adriano de Cupis, por sua vez, ressalta que todos os direitos de personalidade se destinam a dar conteúdo à personalidade e, por isso, poderiam ser denominados “direitos da personalidade”.¹⁸

O Professor Waldemar Ferreira esclarece que o navio tem estado civil, nome, domicílio, nacionalidade, nos seguintes termos:

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. VII. p. 39.

¹⁸ CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p. 23.

Nasce pela sua construcção, como producto do engenho humano. Tem estado civil. Tem nome. É batizado e registrado. Tem domicílio. Carece de passaporte para viajar. Singra os mares. Movimenta riquezas. Põe em contacto os homens de todos os continentes. Vive. Tem nacionalidade, a da sua bandeira. Envelhece, pela sua imprestabilidade, resultante da acção do tempo e do uso, transfigurando-se, às vezes. E chega a morrer, quando não logra vencer o Ímpeto e a fúria dos temporaes. Tem, portanto, individualidade.¹⁹

Neste sentido, esclarece o Prof. Herculao Inglez, o navio seria dotado de um sistema de quase personalidade. Explica ainda que o referido atributo é, além disso, uma necessidade lógica do sistema, regulando as relações oriundas da indústria da navegação, e que se baseia no grande princípio da separação do patrimônio de terra e do patrimônio do mar, por extensão do princípio da comandita que, historicamente, se desenvolveu, se é que se não originou, dos usos e costumes do comércio de mar.²⁰ Neste sentido ensina:

O systema do direito relativo à industria de navegação marítima, fluvial ou lacustre, assenta sobre a natureza jurídica do navio, ao qual, se no estado actual da sciencia e da legislação ainda se não pode dar uma personalidade bem caracterizada, é forçoso reconhecer uma quasi-personalidade jurídica, no sentido de tornar o navio o centro de certas relações, como se fosse elle sujeito activo e passivo do direito, sem prejuízo da objectividade que tem como cousa movei. Não é somente a linguagem legislativa que empresta ao navio mercante uma espécie de personalidade, como nos casos de abalroação e de assistência, tornando-o o titular do direito e responsável pelas obrigações resultantes dos factos, são as conveniências do commercio e da

¹⁹ FERREIRA, Waldemar Martins. *O commercio marítimo e o navio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

²⁰ SOUZA, Herculano Marcos Inglez de. *Projecto de Código Commercial*. Introdução. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1912. v. 1. p. 79. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/42626/pdf/42626.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

navegação que atribuem ao navio caracteres próprios das pessoas, o nome, o domicílio, a nacionalidade, a capacidade, a identidade, a indivisibilidade.²¹

O Prof. Herculao Inglez ressalta que se há no Brasil indústria que mereça proteção eficaz e constante é inquestionavelmente a da navegação. Nesta seara elenca um dos primeiros direitos de quase personalidade atribuídos ao navio – a nacionalidade, da seguinte forma: “Sabidamente a nossa Constituição Política indicou a rota a seguir pelas leis ordinárias, consagrando o privilégio da cabotagem dos navios nacionais”.²²

Desta forma, seguindo a teoria da personificação ou da quase personalidade do navio, podem-se identificar os seguintes possíveis direitos de personalidade: nacionalidade, nome, imagem (identidade), domicílio (porto de inscrição), que serão a seguir analisados.

No que concerne à nacionalidade do navio, importante mencionar que é a partir da atribuição desta que o navio passa a figurar como objeto de direitos e obrigações. Destaca-se que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, estabeleceu o princípio da unicidade de bandeira, bem como o dever de existir um elo substancial entre Estado e a embarcação.

O princípio da unicidade de bandeira determina que os navios devam navegar sob a bandeira de um só Estado, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou própria Convenção, e devem se submeter, em alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado.²³

Como observa Arnaldo Sussekind, as embarcações constituem estabelecimentos móveis, cuja nacionalidade decorre da patente de

²¹ SOUZA, Herculano Marcos Inglez de. *Projecto de Código Commercial*. Introdução. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1912. v. 1. p. 79. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/42626/pdf/42626.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

²² SOUZA, Herculano Marcos Inglez de. *Projecto de Código Commercial*. Introdução. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1912. v. 1. p. 80. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/42626/pdf/42626.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

²³ CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. *Direito marítimo sistematizado*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 125.

navegação, comprovada pela respectiva certidão de registro.²⁴ Logo, o Estado onde se processa o registro da embarcação é detentor da competência para estabelecer os requisitos para concessão de bandeira do país.

É sabido que a personalidade jurídica consiste na possibilidade de titular direitos e obrigações, relações jurídicas. O Professor Januário da Costa Gomes ensina que o navio é personagem principal da expedição marítima.²⁵ Necessário, portanto, analisar a responsabilidade do navio.

Quando se trata da responsabilidade do navio autônomo importante se analisar a possibilidade de imputar a responsabilidade ao próprio navio; trata-se de saber se o navio pode ser sujeito passivo de obrigações de indenizar e se pode ser parte em um processo judicial.²⁶

Para o Professor Antonio Menezes Cordeiro, o navio integra as chamadas pessoas rudimentares, que dispõem de uma personalidade coletiva rudimentar: operacional, apenas, para os concertos nos âmbitos que a lei lhe atribuir e que haverá de apurar caso a caso. Assim, o navio teria alguma margem de personalidade substantiva.²⁷

Personalidade judiciária é a capacidade de ser parte em um processo judicial, possibilitando que a parte possa praticar diversos atos processuais. Segundo o Professor Antonio Menezes Cordeiro:

a atuação processual é, porventura, uma das mais marcantes formas de exercer um direito: este ganha-se ou perde-se, amplia-se ou reduz-se, consoante o modelo de o colocar no foro e em função do epílogo da ação. A personalidade judiciária – mesmo quando, em rigor, se pudesse chamar “capacidade de gozo judiciário” –

²⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. *Conflitos de leis do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 52.

²⁵ GOMES, Januário da Costa. *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 187.

²⁶ ROCHA, Francisco Costeira. A responsabilidade do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 266.

²⁷ CORDEIRO, Antonio Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 35; 38.

traduz uma inegável margem de personalidade substantiva.²⁸

O Professor Antonio Menezes Cordeiro explica, ainda, que “O navio é, pois, uma realidade objetiva funcional, que abrange, além da estrutura flutuante, as coisas acessórias destinadas à sua utilização funcional, isto é, à flutuação e à navegação por água”.²⁹

Destaca-se que o Código de Processo Civil português estabelece que navio possui personalidade judiciária, nos seguintes termos:

Artigo 12.º (art.º 6.º CPC 1961)

Extensão da personalidade judiciária

Têm ainda personalidade judiciária:

- a) A herança jacente e os patrimónios autónomos semelhantes cujo titular não estiver determinado;
- b) As associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais;
- c) As sociedades civis;
- d) As sociedades comerciais, até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, nos termos do artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais;
- e) O condomínio resultante da propriedade horizontal, relativamente às ações que se inserem no âmbito dos poderes do administrador;
- f) Os navios, nos casos previstos em legislação especial.

O art. 7º, do Decreto-Lei nº 201/1998, define o estatuto legal do navio, por força do frequente contato do navio com as mais diversas ordens jurídicas, no âmbito da sua normal exploração e dos direitos e obrigações que dela emergem. De acordo com o referido decreto, art. 7º, os navios têm personalidade e capacidade judiciárias nos casos e para os efeitos previstos em lei.

²⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 35; 38.

²⁹ CORDEIRO, Antonio Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 42.

Entre essas normas, no ordenamento jurídico português, destacam-se o Decreto-Lei nº 352/86 (transporte de mercadorias por mar) e Decreto-Lei nº 202/98 (responsabilidade do proprietário do navio).

O Decreto-Lei nº 352/86 estabelece, em seu art. 10, a nulidade dos conhecimentos de carga emitidos por quem não tenha qualidade de transportador marítimo. Já o art. 28, a hipótese de o transportador marítimo não ser identificável com base nas menções constantes do conhecimento de carga. Nas duas hipóteses o navio que efetua o transporte responde perante os interessados na carga nos mesmos termos em que responderia o transportador.

O Decreto-Lei nº 202/98 versa sobre a responsabilidade do proprietário do navio e, igualmente, estabelece que se o proprietário ou armador transportador não forem identificáveis com base no despacho de entrada na capitania o navio responde, perante credores interessados, nos mesmos termos que aqueles responderiam.

Desta forma, o Professor Antonio Menezes Cordeiro entende que a personalidade do navio surge apenas quando o problema é judicializado, neste sentido pondera sobre qual seria o sentido de atribuir personalidade ao navio, esclarecendo:

O navio é uma coisa. Mas assume uma individualização especial. Tem nome. Tem madrinha. Assume uma identidade, no imaginário histórico-cultural dos povos. Desloca-se; é servido por uma tripulação; é dirigido pelo capitão; presta serviço. Constitui, nessa base, um centro de valorações autônomas específicas.

Sendo uma coisa, ele coloca-se numa dimensão especial, que tem consequências jurídicas. A atribuição de “personalidade judiciária”, feita com alguma solenidade, dá corpo e expressão a essa particularidade social e jurídica.³⁰

³⁰ CORDEIRO, Antonio Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 45.

Conforme visto, o navio é coisa, bem móvel, entretanto de feito todo especial, pelo qual merece tratamento mais aprofundado, como instrumento do transporte marítimo. Assim, a atribuição da personalidade judiciária possibilita que o navio responda nos mesmos termos que o proprietário, o armador ou o transportador, possibilitando uma efetividade na responsabilidade civil envolvendo navios autônomos.

3. A responsabilidade civil no direito marítimo envolvendo navios autônomos

A inteligência artificial vem desenvolvendo pesquisas envolvendo personalidade e responsabilidade civil no direito privado. De acordo com Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva, “Verifique-se, com efeito, certo crescimento da linha teórica que pugna pelo reconhecimento de personalidade jurídica aos robôs e, notadamente, aos sistemas dotados de inteligência artificial.”³¹

Mesmo sendo o navio coisa, bem móvel *sui generis*, ele possui elementos de individualização, conforme visto, por alguns considerados direitos de personalidade, bem como personalidade judiciária, conforme estabelece a legislação portuguesa.

Um navio autônomo deve ser capaz de monitorar sua própria saúde e meio ambiente, comunicar as informações obtidas e fazer decisões baseadas nisso sem supervisão humana. Assim, o "capitão virtual" realizará tarefas críticas ou operações difíceis.³²

³¹ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

³² “For example, there is a need for a shore control centre (SCC) and remote operators that could be called “virtual captains,” able to steer multiple ships simultaneously. An autonomous ship should be able to monitor its own health and environment, communicate obtained information, and make decisions based on that without human supervision. However, the “virtual captain” from the SCC will perform critical or difficult operations”. HÖYHTYÄ, M, HUUSKO, J; (et al.). Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges. in Proc. ICTC conference, 2017. DOI: [10.1109/ICTC.2017.8191000](https://doi.org/10.1109/ICTC.2017.8191000). Acesso em 01 de nov. 2020.

Desta forma a responsabilidade do navio autônomo poderia implicar a atribuição de personalidade jurídica ao próprio navio autônomo. Assim, a construção, em certo sentido, mais radical, com vistas a permitir que o navio responda nos mesmos termos que o proprietário, o armador ou o transportador, consiste em personalizar ou personificar o navio, através da chamada teoria da personificação.³³

Destaca-se a Diretiva 2010/40/EU do Parlamento Europeu, que estabelece um quadro para a implantação de sistemas de transporte inteligentes no transporte rodoviário, inclusive nas interfaces com outros modos de transporte. No que tange à responsabilidade civil, a referida Diretiva se limitou essencialmente a estabelecer a remissão às regras comunitárias e nacionais sobre a responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos³⁴.

O regime jurídico da responsabilidade civil no transporte marítimo é estabelecido no Código Civil Brasileiro. De acordo como o art. 730, CCB/02, contrato de transporte é conceituado como: “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar de um lugar para outras pessoas ou coisas”. E seguida, o Código trata, de forma distinta, o contrato de coisas e o contrato de pessoas (arts. 734 a 742).

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa, considerando risco da atividade, o que deve ser plenamente aplicável diante da navegação envolvendo navios autônomos.

Destaca-se que a responsabilidade administrativa marítima, por sua vez, segue a teoria da responsabilidade subjetiva, devendo-se perquirir a existência concomitante de dano, nexos causal e dolo ou culpa.

Compete a Autoridade Marítima, a Capitania dos Portos e Costa de Pernambuco, nos termos da Lei no 9.537/1997, apurar os acidentes e fatos da navegação, sendo vedada a aplicação de punição até o

³³ ROCHA, Francisco Costeira. A responsabilidade do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010. p. 270.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

juízo pelo Tribunal Marítimo. De acordo com a Lei no 2180/1954, art. 17, “a”, na apuração da responsabilidade por fatos e acidentes da navegação, cabe ao Tribunal Marítimo investigar se o capitão, o prático, o oficial de quarto, outros membros da tripulação ou quaisquer outras pessoas foram os causadores por dolo ou culpa. Desta forma, a responsabilidade administrativa marítima está pautada no reconhecimento da culpa³⁵.

Nesse sentido, ressalta-se que quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação da competência do Tribunal Marítimo haverá suspensão do processo (art. 313, VII, CPC/15).

No ordenamento jurídico pátrio, a responsabilidade civil objetiva – ou seja, sem a necessidade de demonstração da culpa do fornecedor dos serviços – é disciplinada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil (lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Este dispõe que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. **Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar**, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Grifos acrescidos)

Adverte-se que se tratando de relação de consumo, há também a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Este, conforme visto alhures, também estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviços – no caso, serviço de transporte de passageiros -, mais especificamente em seu art. 14, de modo que o transportador responde pelos danos causados independente da demonstração de culpa.

³⁵ CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. A responsabilidade civil na remoção de naufrágios. Revista Jurídica Unicritiba. Curitiba.V.01, n.58, p.516-541, Jan-Mar. 2020. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3846>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em consonância com a referida previsão, publicou a Súmula 161, que estabelece: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.”.

Como decorrência da responsabilidade civil envolvendo o navio autônomo no direito marítimo, poderiam surgir ser defendida a possibilidade de o navio ser diretamente demandado por suas dívidas, visando à segurança jurídica e à efetividade da responsabilidade civil, inclusive através da responsabilidade objetiva, em face do risco da atividade.

Portanto, visando a uma maior segurança jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro poderia reconhecer, a exemplo da legislação portuguesa, a personalidade e capacidade judiciária do navio, em casos previstos na legislação, possibilitando que o navio responda, perante credores interessados, nos mesmos termos em que o proprietário, armador ou transportador responderia.

De tal modo, deve haver a responsabilidade civil objetiva do transportador e/ou proprietário, ressalvado o direito de regresso em face do real responsável pelo dano, como o controlador remoto, responsável técnico pelo sistema de inteligência, fornecedor, inclusive sopesando a possibilidade de um problema relacionado à inteligência artificial, para que não haja qualquer óbice a efetiva responsabilidade.

Portanto, deve-se seguir a teoria da responsabilidade objetiva envolvendo navios autônomos, identificando, ainda, se seria possível reconhecer sua responsabilidade judiciária, em face da teoria do risco da atividade, garantindo uma maior segurança.

Conclusão

A utilização de inteligência artificial apenas tende a aumentar na sociedade, sendo uma realidade em diversos setores, entre esses o modal de transporte aquaviário. Os navios autônomos surgem como uma possível saída para redução de custos, otimização do transporte, todavia ainda carece além de regulamentação jurídica, de segurança para sua utilização plena.

Conforme visto, o navio (comum e autônomo) é coisa, bem móvel, entretanto, de feitio todo especial, pelo qual merece tratamento mais aprofundado, como instrumento do transporte marítimo.

O navio autônomo mantém a mesma natureza jurídica do navio comum, atributos e responsabilidades, devendo ser entendido como toda embarcação capaz de conduzir-se sem que haja a presença humana a bordo para a sua condução, sendo comandada remotamente com o uso de inteligência artificial e sistema de comunicações.

Desta forma, seguindo a teoria da personificação ou da quase personalidade do navio (inclusive o autônomo, diante da inteligência artificial), podem-se identificar os seguintes possíveis direitos de personalidade: nacionalidade, nome, imagem (identidade), domicílio (porto de inscrição), abordados neste artigo.

Entretanto, considerando as diversas relações jurídicas que se desenvolvem em torno do navio, a legislação deve estabelecer formas de garantir a segurança jurídica nacional, através de uma eficiente responsabilidade civil.

Portanto, um dos objetivos de se defender a personalidade judiciária do navio autônomo, é ratificar a sua responsabilidade, ou seja, que o navio pode ser sujeito passivo de obrigações de indenizar e até pode ser parte em um processo judicial, inclusive evitado isenção de responsabilidades diante do caso concreto.

Como decorrência da responsabilidade civil envolvendo o navio autônomo, poder-se-ia defender a possibilidade de o navio ser diretamente demandado por suas dívidas, visando à segurança jurídica e à efetividade da responsabilidade civil, em face do risco da atividade.

Portanto, visando a uma maior segurança jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro poderia reconhecer, a exemplo da legislação portuguesa, a personalidade judiciária do navio, em casos previstos na legislação, possibilitando que o navio autônomo responda nos mesmos termos em que o proprietário, armador ou transportador responderia.

Com tal medida, possibilitar-se-ia que tanto empresas nacionais como estrangeiras operassem com observância da segurança jurídica, não representando um risco ao transporte aquaviário, considerando todas as reais possibilidades de solução dos conflitos.

Todavia, para navios autônomos e controlados remotamente sejam aceitos e adotados na navegação comercial, devem possuir a mesma segurança que os navios convencionais, para tanto, normas específicas que garantam a prevenção de acidentes, de poluição e a ampla responsabilidade civil devem estar em vigor. Isso, pois, a ausência de norma regulamentadora representa um grave problema jurídica, ocasionando uma situação de insegurança e incerteza, inclusive no que tange à responsabilidade civil.

Referências

BRASIL. ACIDENTES com embarcações no Brasil aumentam 12,63% em 2017. *Agência Brasil*, 25 ago. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-08/acidentes-com-embarcacoes-no-brasil-aumentam-1263-em-2017>. Acesso em: 5 maio 2018.

BRASIL. Escola de Guerra Naval (EGN). *Boletim Geocorrente*. ISSN. 2446-7014. Ano 6. n. 119. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/egn/sites/www.marinha.mil.br/egn/files/Boletim%20Geocorrente%20119%20-%2001JUL2020.pdf>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. *A responsabilidade civil na remoção de naufrágios*. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.01, n.58, p.516-541, Jan-Mar. 2020. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3846>>. Acesso em 01 de nov. 2020.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. *Direito marítimo sistematizado*. Curitiba: Juruá, 2017.

CAPRARIO, Alejandro. *Navios autônomos: as perspectivas de uma nova era nos mares*. Rio de Janeiro, 2018.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da natureza jurídica do navio*. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010.

CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

FERREIRA, Waldemar Martins. *O commercio marítimo e o navio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. [s.l.]: [s.n.], [s.d.]. v. 1. p. 51, art. 49).

GOMES, Januário da Costa. *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*. Coimbra: Almedina, 2010.

HÖYHTYÄ, M, HUUSKO, J; (et al.). *Connectivity for autonomous ships: Architecture, use cases, and research challenges*. in Proc. ICTC conference, 2017. DOI: [10.1109/ICTC.2017.8191000](https://doi.org/10.1109/ICTC.2017.8191000). Acesso em 01 de nov. 2020.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Direito Marítimo: Acidentes da Navegação e Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28681.pdf>

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. VII.

ROCHA, Francisco Costeira. A responsabilidade do navio. In: GOMES, Manuel Januário (Coord.). *O navio*. II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo. Lisboa: [s.n.], 2010.

SOUZA, Herculano Marcos Inglês de. *Projecto de Código Commercial*. Introdução. Rio de Janeiro: Impr. Nacional, 1912. v. 1. p. 79. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/42626/pdf/42626.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Conflitos de leis do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

FALAR OU NÃO FALAR, EIS A QUESTÃO: O CRIME DE DESACATO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Daniela Bucci

Introdução

Recentemente, os tribunais brasileiros debruçaram-se sobre a análise da constitucionalidade e convencionalidade do crime de desacato no Brasil. Destacam-se o *Habeas Corpus* (HC) 379.269 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o *Habeas Corpus* (HC) 141.949/DF decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, a questão só foi analisada de forma definitiva na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, pelo plenário do STF, em junho de 2020, que entendeu ter o crime de desacato sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Mas será que esse assunto está resolvido definitivamente?

De fato, esses casos reacenderam no país um debate que há muito tempo é travado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) sobre as leis que criminalizam o desacato e sobre a importância da proteção da liberdade de expressão em sociedades democráticas.

Se de um lado a liberdade de expressão é o combustível que mantém acesa a chama da democracia, e nela deve possuir um lugar de destaque, de outro, a liberdade de expressão não é absoluta e igualmente não se sobrepõe a outros direitos que devem ser garantidos

em uma sociedade democrática. Desse modo, a simples existência de outros direitos já seria capaz de restringir o exercício da liberdade de expressão. Mas qual o limite aceitável para se restringir o exercício da liberdade de expressão, ainda que para se garantir o exercício de outros direitos? É aceitável uma lei que criminaliza o desacato contra o funcionário público?

O objetivo deste artigo é analisar como são tratadas as leis de desacato pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte, e comparar as diretrizes e decisões do mencionado sistema com a postura que têm sido adotada no país ao aplicá-las e interpretá-las em território nacional. Levar-se-á em consideração o dever de cumprimento dos compromissos internacionais, especialmente, no que diz respeito à convencionalidade²⁹⁵ das normas e decisões internacionais sobre o tema. Para tanto será abordada a regulamentação e a interpretação sobre a proteção da liberdade de expressão no plano internacional, notadamente, no âmbito do Sistema Internacional de Direitos Humanos. Em seguida, contextualizando-se os casos recentes sobre o tema no país, buscar-se-á analisar em quais situações o Poder Judiciário brasileiro tem aplicado a lei de desacato, permitindo a restrição da liberdade de expressão, e quais os bens jurídicos que se visam a proteger para, ao final, identificar os desafios para a efetividade do exercício da liberdade de expressão no Brasil à luz do SIDH.

1- O crime de desacato e a proteção da liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos

²⁹⁵ O controle de convencionalidade diz respeito à “compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais do direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais), devendo ser realizado por órgãos internacionais, como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerado controle de convencionalidade “autêntico” ou de “matriz internacional”. CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321. Para o autor, o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, denominado de “duplo controle” é essencial para a proteção dos direitos humanos. CARVALHO RAMOS, André de. **Processo internacional de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 403-406.

Neste capítulo, serão analisadas a regulamentação internacional sobre a proteção do direito à liberdade de expressão e suas restrições, contextualizando os direitos protegidos nos casos de crimes contra a liberdade de expressão, notadamente, o desacato.

2.1. A regulamentação sobre a liberdade de expressão e suas restrições em uma sociedade democrática

A liberdade de expressão foi reconhecida e garantida pela Declaração Americana de Direitos e Deveres dos Homens (DADH/1948), pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH/1948), pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP/1966), e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH/1969)²⁹⁶.

No entanto, os mesmos diplomas que protegem a liberdade de expressão, igualmente a restringem, estabelecendo as circunstâncias para sua limitação em uma sociedade democrática. Basicamente, a existência de outros direitos e a necessidade de também protegê-los limitam a proteção da liberdade de expressão. Nesse sentido, o artigo 4º da Declaração Americana de Direitos Humanos reconhece a direito

²⁹⁶ A DUDH no seu artigo 19 – “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”; O PIDCP estabelece também no seu art. 19: “1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

à liberdade de opinião e expressão²⁹⁷ e, em seguida, em seu artigo 5º, estabelece que “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à reputação e à sua vida particular e familiar”.

Ainda nesta linha, o artigo 13 estabelece que todos têm direito à liberdade de pensamento e de expressão, que abarca o direito de “procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza”, de modo que, o exercício desse direito somente poderia ser restringido para se proteger, entre outros, “a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas”²⁹⁸.

O direito à liberdade de expressão, portanto, não é um direito absoluto, e está sujeito a restrições em circunstâncias específicas, podendo, no caso de abuso do exercício do direito, serem aplicadas as sanções previstas previamente em lei, como prevê a CADH.

²⁹⁷ Artigo 4º, da DADH: “Toda pessoa tem o direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”.

²⁹⁸ Artigo 13 da CADH: “Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em diversas oportunidades contribuiu para a interpretação dos alcances do direito à liberdade de expressão e seus limites. Na Declaração de Princípios da Liberdade de Expressão, nota-se que, embora a liberdade de expressão não seja um direito absoluto, possui uma posição de destaque²⁹⁹, pois é visto como fundamental para o desenvolvimento efetivo da democracia³⁰⁰ e, até mesmo, sua existência³⁰¹, bem como, para o desenvolvimento da personalidade do ser humano, individual e socialmente³⁰².

Desse modo, as leis que protegem a privacidade, intimidade e honra das pessoas em geral devem ser aplicadas com cuidado, e de modo ainda mais cauteloso “nos casos em que a pessoa ofendida seja um funcionário público ou uma pessoa pública ou particular que se tenha envolvido voluntariamente em assuntos de interesse público”³⁰³. Neste sentido, a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana, ao publicar os Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios³⁰⁴, esclarece ainda que a liberdade de expressão serve como instrumento de participação e de controle do indivíduo, especialmente, no que diz respeito à conduta de funcionários públicos, devendo ser permitida uma maior circulação de opiniões, ideias e informações em casos que os envolvam^{305,306}.

²⁹⁹ As cortes internacionais de direitos humanos reconhecem uma posição preferencial da liberdade de expressão, em razão do seu papel de fortalecimento da democracia. Ler mais em: BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**: Limites Materiais. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018, 442p.;
³⁰⁰ Disponível em:

<<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

³⁰¹ Vide Princípio 1.

³⁰² SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, IV. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

³⁰³ Vide Princípio 10.

³⁰⁴ Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>. Acesso em 14 jul. 2022.

³⁰⁵ Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios, ítems 7 ao 10.

³⁰⁶ Conforme se depreende do item 18 dos Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios.

Especificamente com relação às leis que criminalizam o desacato contra funcionário público, o princípio 11 merece destaque:

Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

A Comissão conceitua as leis de desacato como uma “classe de legislação que penaliza a expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no desempenho de suas funções oficiais”³⁰⁷. A própria CIDH ainda destaca as principais razões nas quais os estados se baseiam para justificar a existência dessas leis no direito interno:

Em primeiro lugar, ao proteger os funcionários públicos contra a expressão ofensiva e/ou crítica, eles se tornam livres para desempenhar suas funções e, portanto, permite-se que o governo opere com harmonia. Segundo, as leis de desacato protegem a ordem pública porque a crítica aos funcionários públicos pode ter um efeito desestabilizador para o governo nacional, uma vez que – segundo se argumenta – ela se reflete não somente sobre o indivíduo objeto da crítica, mas também sobre o cargo que ele ocupa e a administração à qual ele presta serviços³⁰⁸.

A Comissão rechaça os argumentos mais comuns dos estados para a manutenção de leis de desacato e ainda esclarece que o estado não pode manter referida espécie de lei que restringe a liberdade de expressão justificando seu uso para a preservação da ordem pública,

³⁰⁷ CIDH. Relatório Anual 1994. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Título II. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de fevereiro de 1995.

³⁰⁸ *Ibidem*.

pois “o fundamento das ‘leis de desacato’ contradiz o princípio de que uma democracia devidamente funcional é, com certeza, a maior garantia da ordem pública”³⁰⁹.

A lei de desacato seria, desta forma, uma restrição ilegítima e desnecessária em uma sociedade democrática, considerando a Comissão que o funcionário público quando age em “caráter oficial” o próprio estado³¹⁰, que deve ser mais tolerante às críticas e cujas ações devem estar mais sujeitas à análise da sociedade.

Em fevereiro de 2021, a CIDH reforçou esse posicionamento com relação específica ao Brasil, no relatório que analisa a situação de Direitos Humanos do país. A CIDH destacou a existência de processos de crime de desacato movidos contra jornalistas, ativistas e manifestantes de direitos humanos e, com base em informações recebidas por organizações da sociedade civil, os processos estariam sendo usados como ferramenta por parte de instituições policiais para “criminalizar expressões legítimas no marco de uma sociedade democrática”, configurando um “uso excessivo da lei do desacato”. A esse respeito, a CIDH assevera a inconveniência da lei de desacato, de modo que leis como esta seriam incompatíveis com a Convenção Americana (CADH). A CIDH alerta para o efeito dissuasor da aplicação desproporcional do direito penal para proteção da honra de funcionários ou pessoas públicas, ainda que não haja efetivamente uma condenação³¹¹.

A CIDH ainda chamou a atenção para a existência de decisões que interferem nas manifestações artísticas, fundadas na moralidade pública e demonstra preocupação com projeto da lei antiterrorismo que poderia ser usada como mecanismo – também silenciador – para

³⁰⁹ Ibidem, p. 49, § 139.

³¹⁰ CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano Sobre o Direito à Liberdade de Expressão**. Estados Unidos, Washington, D.C.: 2009, 115 p. (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/9), p. 48, § 136.

³¹¹ CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil. Estados Unidos, Washington, DC: 12 fev. 2021(OEA/Ser.L/V/II.Doc. 9/21). ISBN 978-0-8270-7176-6. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021, § 489.

criminalizar jornalistas e defensores de direitos humanos e limitar protestos e manifestações no país³¹².

A CIDH recomenda ao Brasil a descriminalização dos crimes das leis de desacato (incluindo os demais crimes contra a honra, tais como calúnia, difamação e injúria) de funcionários públicos ou sobre temas de interesse público, transformando-os ação de natureza civil, por serem incompatíveis com os *standards* internacionais de direitos humanos³¹³.

Nesse sentido, a Comissão no Relatório de Admissibilidade da Petição 724-13 de Daniel Nitzsche Starling³¹⁴ reforçou esse posicionamento e ainda asseverou que o Brasil tem mantido “entendimento contrário aos estandartes interamericanos”, tendo por base o julgamento da ADPF 496, que será analisada mais adiante.

2.2 *As sanções criminais contra a liberdade de expressão*³¹⁵

De um modo geral, na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) desestimula a existência de leis que criminalizam o exercício da liberdade de expressão – mesmo quando considerado abusivo –, preferindo as sanções de natureza civil.

³¹² Ibidem, §§ 489-490.

³¹³ CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil. Estados Unidos, Washington, DC: 12 fev. 2021(OEA/Ser.L/V/II.Doc. 9/21). ISBN 978-0-8270-7176-6. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2022, p. 198.

³¹⁴ CIDH, Relatório No. 358/21. Petição 724-13. Admissibilidade. Daniel Nitzsche Starling. Brasil. 1o de dezembro de 2021.

³¹⁵ Vale a pena a leitura sobre as reparações aplicadas pela Corte Europeia e Corte Interamericana em matéria de liberdade de expressão. BUCCI, Daniela; MAEOKA, E. A comparação entre a reparação aplicada nos casos de violação da liberdade de expressão pelas cortes europeia e interamericana de direitos humanos e seus impactos no ordenamento jurídico interno - Arraes Editora. In: Menezes, Wagner. (Org.). **Tribunais Internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno**. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, v. 1, p. 190-199.

Assim, as leis que protegem a honra (difamação, injúria e calúnia), e que possuem sanções criminais, têm sido criticadas continuamente pela Corte IDH, especialmente, quando os crimes são cometidos contra funcionários públicos (incluindo-se juízes, policiais e políticos), bem como, contra pessoas públicas ou particulares que desempenham atividades de interesse público^{316,317}.

Deve-se dar preferência, quando houver abuso da liberdade de expressão, à aplicação de medidas menos restritivas, como “o direito de retificação ou resposta”, nos termos do artigo 14 da CADH, ou, em caso de dano grave e intencional, medidas *civis* em caso de difamação ou calúnia – e, ainda assim, estas medidas precisam ser necessárias e não podem ser excessivas. A Corte IDH, por exemplo, considerou desproporcional a aplicação de multas diárias³¹⁸. Já com relação às medidas criminais, sua aplicação deve ser muito mais restritiva, conforme se verifica em casos analisados tanto no âmbito da Comissão quanto da Corte³¹⁹. As sanções criminais em geral foram entendidas como desproporcionais aos objetivos que se quer proteger, e desnecessárias em uma sociedade democrática³²⁰, especialmente as que estabelecem detenções ou prisões.

Desse modo, apesar de a CADH autorizar a existência de sanções penais contra o exercício abusivo da liberdade de expressão, sua aplicação somente seria considerada proporcional em casos

³¹⁶ Conforme Princípio 10.

³¹⁷ Interessante trabalho sobre os limites da liberdade de expressão política, durante o período de campanha eleitoral. BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão**: Limites Materiais. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018, 442p.;

³¹⁸ COSTA RICA. CteIDH. Caso Tristán Donoso v. Panamá. Serie C No. 193. San Jose, 27 jan. 2009, § 130-134.

³¹⁹ CIDH. Relatório Anual 1994. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de fevereiro de 1995. Destaca-se Corte I.D.H., Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, N° 135.

³²⁰ CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano Sobre o Direito à Liberdade de Expressão**. Estados Unidos, Washington, D.C.: 2009, 115 p. (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/9), p. 27, §79 e p. 49-50, § 141.

graves³²¹ - por exemplo, em casos de incitação à violência imediata, isto é, aquela violência que pode se produzir no exato momento em que a liberdade de expressão abusiva é exercida.

A proporcionalidade é um dos critérios usados pelas cortes internacionais de direitos humanos para admitir a interferência do estado na liberdade de expressão. É medida levando-se em consideração a sanção aplicada e o bem jurídico que se busca proteger, observando-se a gravidade da culpa e da infração, bem como a repetição das infrações³²²: Por exemplo, a Corte Europeia entendeu que a prisão de 8 meses decretada pelo uso de termos insultantes, tais como, “palhaços irresponsáveis”, “tolo” e “excelente cretino”, dirigidos a juízes da divisão penitenciária de um tribunal, é desproporcional, na medida em que a gravidade da sanção ultrapassou a gravidade da ofensa³²³.

A Relatoria ainda destaca a importância de ser identificada a intenção de prejudicar terceiros para ensejar a imposição de sanções. Ainda assim, neste caso, qualquer sanção deve ser *ulterior*³²⁴. Estabelece, portanto, mais condições para aplicação de penas nos casos em que houver abuso do exercício à liberdade de expressão.

A necessidade de tais parâmetros decorre do fato de que a aplicação de sanções podem configurar *per se* uma restrição indireta à liberdade de expressão, em razão do efeito inibidor e desencorajador que multas e prisões causam no indivíduo, que pode vir a deixar de

³²¹ CEDH. Caso Castells v. Espanha. Petição nº 11798/85. Estrasburgo, 23 abr. 1992.

³²²³²² “[...] a Corte exige o cumprimento de alguns requisitos para admitir restrições (i) a restrição, para ser aceitável, precisa ser entendida pela Corte como “necessidade social imperiosa”; (ii) para se verificar se a restrição à liberdade de expressão, isto é, a interferência à liberdade de expressão por parte do estado, pode ser admitida em uma sociedade democrática, as justificativas precisam ser relevantes e suficientes; (iii) precisa-se também checar se a medida restritiva tomada foi proporcional aos objetivos legítimos por ela perseguidos; e, finalmente, (iv) deve haver lei que respalde a restrição à liberdade de expressão”. BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: Limites Materiais**. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018, p. 48.

³²³ *Ibidem*, p. 121.

³²⁴ Item 35 dos Antecedentes e Interpretação da Declaração de Princípios.

expressar sua opinião e suas críticas sobre questões de interesse público³²⁵, essenciais para a manutenção e fortalecimento da democracia.

3. O crime de desacato no Brasil: trilhando o caminho da inconveniência

No Brasil, o artigo 331 do Código Penal tipifica como crime “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, apenando-o com detenção de seis meses a dois anos ou multa. Desse modo, a legislação brasileira passa a proteger com maior zelo a honra do funcionário público.

A interpretação dada ao dispositivo pelos tribunais nacionais não parece reconhecer que uma lei que restringe o exercício da liberdade de expressão e criminaliza o desacato viola a Constituição Federal e tampouco a Convenção Americana de Direitos Humanos. Pelo contrário, afirma que a lei garante o direito à honra do funcionário público, como consequência, do intuito da lei de proteger a ordem pública e o próprio estado.

Nesta linha, por maioria de votos, em 2017, a terceira seção do STJ decidiu que o crime de desacato previsto na legislação brasileira não viola a liberdade de expressão, mantendo-se a criminalização da conduta. A decisão teve o objetivo de pacificar entendimento anterior concedido pela quinta seção também do STJ, que havia entendido pela descriminalização do desacato no ano anterior³²⁶.

O ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca, voto vencido no julgamento³²⁷, colacionou a decisão proferida pelo ministro relator

³²⁵ CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano Sobre o Direito à Liberdade de Expressão**. Estados Unidos, Washington, D.C.: 2009, 115 p. (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/9), p. 48, § 138.

³²⁶ BRASIL. STJ. REsp 1640084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

³²⁷ No contexto do caso, policiais militares atendendo denúncias de um condutor de veículo que dirigia de maneira não habitual. Ao ser solicitado que descesse do

Ribeiro Dantas da 5ª Turma do STJ no Resp. 1.640.084/SP, que havia entendido que o crime de desacato é inconvençional e viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A decisão da 5ª Turma, ainda, enumerava os casos analisados no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de que as leis de desacato servem para “silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas”, conferindo maior proteção aos funcionários públicos quando estes, na realidade, deveriam estar mais sujeitos ao escrutínio popular³²⁸. A decisão mencionada ainda traz exemplos das frases que ensejaram ação penal de desacato no Brasil ou fora dele, tais como, “nunca ouvi tanta besteira”, direcionada a um corregedor do Ministério Público por uma promotora de justiça (HC 305.141/PB, rel. ministro Felix Fischer)³²⁹, ou “asqueroso”, vindo de um jornalista e dirigido a um ministro da Suprema Corte Argentina (CIDH, Caso 11.012)³³⁰, ou “ele não é Deus”, direcionada a um juiz de direito por uma funcionária do Detran/RJ.

Em seguida, o ministro Soares da Fonseca destaca a hierarquia das normas em conflito: o artigo 331 do Código Penal teria natureza infraconstitucional, enquanto a Convenção Americana de Direitos Humanos teria natureza supralegal, nos termos do RE 466.343 e do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Conquanto o voto analisado acima tenha abordado a necessária temática da convencionalidade da Convenção Americana, bem como, das recomendações e decisões proferidas pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos do qual o Brasil faz parte, o voto do ministro Antonio Saldanha Palheiro foi vencedor e seguiu no sentido da manutenção do crime de desacato. O ministro reconheceu que o Brasil é signatário da CADH, bem como, sua natureza

veículo, o condutor descumpriu a ordem, fazendo gestos obscenos e valendo-se de frases como “vai toma no cú seu bosta o que eu estou fazendo”. BRASIL. STJ. Habeas Corpus (HC) 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 24/05/2017, Dje 30/06/2017, voto do ministro relator, p. 6.

³²⁸ BRASIL. STJ. Habeas Corpus (HC) 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 24/05/2017, Dje 30/06/2017, voto do ministro relator, p. 14-15.

³²⁹ Ibidem, p. 18.

³³⁰ Ibidem, p. 14.

supralegal³³¹. No entanto, o ministro não considerou que as recomendações emitidas pela Comissão Interamericana tenham “caráter decisório”, conferindo-lhes, apenas, caráter “instrutório ou cooperativo”, por força do artigo 41 da CADH³³². Ademais, para o ministro, não houve caso sobre violação do direito à liberdade de expressão em razão da existência de leis de desacato contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CteIDH)³³³. Ressaltou ainda que o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto³³⁴, e que, no caso, a restrição com “previsão legal precisa e clara” seria necessária, “proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública”³³⁵, de modo que o exercício de um direito pressupõe a proteção dos demais³³⁶. Arrematou o ministro que o “desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública”, e considerou “frágil” a aplicação do crime de injúria ou difamação existente no Código Penal ao servidor, em caso de “eventual desonra dirigida” a ele, “pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (*propter officium*), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente”, ou a “contratação de advogado, no caso de inércia do *Parquet*”³³⁷. Concluiu, por fim, que, como cabe ao servidor um tratamento mais duro na hora de puni-lo em caso de abuso de seus deveres para com o particular, igualmente lhe cabe uma maior proteção na hora de exercer sua função pública³³⁸.

Neste sentido, seguiram os votos do ministro Rogério Schietti Cruz e Nefi Cordeiro. Complementou, ainda, o ministro Schietti Cruz,

³³¹ BRASIL. STJ. Habeas Corpus (HC) 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 24/05/2017, Dje 30/06/2017, voto do ministro Antonio Saldanha Palheiro, p. 6-7.

³³² Ibidem, p. 11-12.

³³³ Ibidem, p. 13.

³³⁴ Ibidem, p. 14.

³³⁵ Ibidem, p. 14-15.

³³⁶ Ibidem, p. 16.

³³⁷ Ibidem, p. 18 e 20.

³³⁸ Ibidem, p. 21-22.

que o artigo 13 da CADH autoriza a “criação de tipos penais que objetivem proteger, como bem jurídico digno de proteção, a honra subjetiva da pessoa humana, bem como o respeito à ordem e à moral públicas, de que devem ser destinatários os serviços prestados pelo Estado ao público em geral”, de modo que se protege não apenas a honra objetiva do funcionário público, como também se busca “garantir o respeito que se deve destinar aos funcionários que representam e apresentam o estado nos variados tipos de serviços públicos que são prestados”³³⁹. O ministro invocou exemplos julgados pelas Corte Europeia e Corte Interamericana de Direitos Humanos e descaracterizou qualquer semelhança entre os casos analisados pelas cortes de direitos humanos e os casos brasileiros³⁴⁰.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), recente caso (2018) trouxe novamente à baila a análise do crime de desacato. O HC 141.949 trata de um civil condenado a seis meses de detenção, em regime aberto, com suspensão condicional da pena por dois anos, por ter desacatado policial, chamando-o de “palhaço”³⁴¹. A Segunda Turma do STF, por maioria, denegou a ordem, vencido o ministro Edson Fachin. No voto do relator ministro Gilmar Mendes – seguido pelos ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli³⁴² – foi analisado o teor do artigo 299 do Código Penal Militar, que também prevê o crime de desacato – ao lado do artigo 331 do Código Penal brasileiro, voltado especificamente ao funcionário público militar. Para o ministro Gilmar Mendes, “o sujeito passivo [...] é o Estado, sendo o funcionário público (civil ou militar) uma vítima secundária da infração”. Para tanto, necessário onexo causal para se caracterizar o crime, isto é, a

³³⁹ BRASIL. STJ. *Habeas Corpus* (HC) 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 24/05/2017, Dje 30/06/2017, voto do ministro Rogerio Schietti Cruz, p. 3.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 6.

³⁴¹ BRASIL. STF. *Habeas Corpus* (HC) 141.949/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgamento 13/03/2018, Dje 23/04/2018.

³⁴² Ausente o ministro Celso de Mello cuja posição seguiu no mesmo sentido da maioria, como é possível verificar em decisão monocrática de caso semelhante no *Habeas Corpus* (HC) 154.143/RJ. Em razão dessa decisão, cinco dos onze ministros manifestaram-se favoráveis à constitucionalidade e convencionalidade do crime de desacato no Brasil. BRASIL. STF. *Habeas Corpus* (HC) 154.143/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgamento 08/08/2018, Dje 09/08/2018.

ofensa precisaria decorrer do exercício da função prestada pelo funcionário público civil ou militar³⁴³. Ressaltou o ministro que a crítica ou a censura, ainda que “veementes”, não configuram o crime de desacato³⁴⁴. Seria, a previsão do crime de desacato, na visão do ministro, “instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce”, vez que não pode ser permitido o “exercício abusivo das liberdades públicas” para “ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia”, pois incompatível com o estado democrático. O ministro ressaltou que a Corte IDH tem permitido aplicar sanções penais ao abuso do exercício da liberdade de expressão, citando decisões proferidas por ela e também pelo STJ³⁴⁵, caso analisado acima.

Com relação ao controle constitucional, o ministro Gilmar Mendes entendeu que a lei de desacato está amparada pela Constituição Federal ao proteger a honra, intimidade e a dignidade da pessoa humana³⁴⁶. Para o ministro, a lei é compatível com a democracia, tanto quanto há uma lei que também pune o abuso de autoridade³⁴⁷. Mais à frente, o ministro esclareceu que, conquanto seja cabível o direito de crítica, há parâmetros a serem seguidos para seu exercício regular.

No seu voto vencido, o ministro Edson Fachin entendeu que a Convenção Americana de Direitos Humanos constitui o bloco de constitucionalidade brasileiro, por força do artigo 5º, § 2º, da CF, e asseverou que a lei que criminaliza o desacato é incompatível com o artigo 13 da CADH, interpretada pelos diversos órgãos do SIDH, pois é desproporcional em uma sociedade democrática³⁴⁸.

Com a decisão proferida na ADPF 496, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o STF colocou uma pedra no assunto: a maioria dos ministros, seguindo o ministro relator Luís Roberto Barroso, com exceção dos votos vencidos do ministro Edson

³⁴³ BRASIL. STF. *Habeas Corpus* (HC) 141.949/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgamento 13/03/2018, Dje 23/04/2018, voto do ministro relator, p. 1-2.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 3.

³⁴⁵ BRASIL. STF. *Habeas Corpus* (HC) 141.949/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgamento 13/03/2018, Dje 23/04/2018, voto do ministro relator, p. 7.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 6.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 8-9.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 16 e 19.

Fachin e ministra Rosa Weber, decidiu pela recepção do artigo 331 do Código Penal brasileiro pela Constituição Federal de 1988, considerando, basicamente, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, podendo ser restringido em casos graves e de “evidente menosprezo à função pública”, não constituindo a criminalização do desacato um “tratamento privilegiado do agente estatal, mas proteção da função pública por ele exercida”³⁴⁹.

O ministro Barroso entendeu não ter havido decisão da Corte IDH contra o Brasil ou precedentes que pudessem ser aplicados diretamente ao Brasil. Analisa o ministro todas as decisões da Corte IDH mencionadas na peça inaugural, e ao examinar o artigo 13 da CADH destaca que “o próprio 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”³⁵⁰, de modo que para o ministro:

a lei de cada Estado-Parte pode garantir ao servidor público a proteção necessária para o adequado exercício da função de que foi incumbido, não como um privilégio em seu benefício – o que seria evidentemente indevido –, mas como um instrumento de proteção do serviço público por ele prestado e, em última instância, do público destinatário do serviço³⁵¹.

O ministro relator ainda ressalta o rigor com que trata as condutas cometidas por funcionários públicos no exercício de suas funções e o bem jurídico protegido pelo artigo 331 do Código Penal³⁵².

Assim, a decisão proferida pelo STF na Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, considerou a

³⁴⁹ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496/DF. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento 22/06/2020, Dje 24/09/2020, voto do ministro relator, p. 3.

³⁵⁰ BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496/DF. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento 22/06/2020, Dje 24/09/2020, voto do ministro relator, p. 24.

³⁵¹ *Ibidem*, *idem*.

³⁵² *Ibidem*, p. 24-30.

compatibilidade do crime de desacato com a Constituição Federal de 1988 e, considerou, dentre outros pontos, como visto acima, não existir precedentes internacionais que pudessem ser aplicados diretamente ao país.

No entanto, com o relatório da CIDH abordado de 2021 (reforçado pelo relatório de admissibilidade também de 2021), parece-nos que agora há este precedente: existência de recomendação da CIDH para que o Brasil não apenas descriminalize o desacato, como também a calúnia, a injúria e a difamação contra funcionário público ou quando o tema versar sobre interesse público, convertendo todas as condutas em medidas penais de natureza civil.

As decisões analisadas acima demonstram que perante os tribunais nacionais tem-se defendido a manutenção da lei de desacato e outras análogas, notadamente, inconventionais vis-à-vis os parâmetros indicados pela Comissão Interamericana e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No âmbito legislativo, o assunto não está pacificado: não obstante a existência de legislação criminalizando o desacato contra funcionários públicos civis e militares, o projeto do novo Código Penal 236/2012, - atualmente em trâmite na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - parece caminhar no sentido da derrogação desta espécie de lei como crime autônomo, passando a considerá-lo como uma qualificadora do crime de injúria, cuja pena seria de seis meses

um ano de prisão, podendo dobrar a pena em caso de incidência contra o funcionário público^{353,354}.

Nessa linha, o Projeto de Lei 2769/2015, de autoria do Deputado WADIIH DAMOUS (PT/RJ), atualmente em trâmite perante a Comissão de Constituição de Justiça, prevê a revogação do artigo

³⁵³ A redação do anteprojeto é o seguinte: “Art. 138. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – prisão, de seis meses a um ano. Injúria qualificada § 1º Se a injúria consiste em referência à raça, cor, etnia, sexo, identidade ou opção sexual, idade, deficiência, condição física ou social, religião ou origem: Pena – prisão, de um a três anos. Injúria real § 2º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza, ou pelo meio empregado, se consideram aviltantes: Pena – prisão, de seis meses a um ano e seis meses, além da pena correspondente à violência. Isenção de pena § 3º O juiz deixará de aplicar a pena: I – quando o ofendido provocar diretamente a injúria; ou II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. I – quando o ofendido provocar diretamente a injúria; ou II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. Ofensa à honra ou memória de pessoa morta Art. 139. Ofender a honra ou a memória de pessoa morta: Pena – prisão, de três meses a um ano. Parágrafo único. Se a ofensa consistir em calúnia: Pena – prisão, de seis meses a dois anos. Aumento de pena Art. 140. As penas cominadas neste Capítulo são aplicadas até o dobro se qualquer dos crimes é cometido: I – na presença de várias pessoas; II – por meio jornalístico, inclusive o eletrônico ou digital, ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria; I – na presença de várias pessoas; II – por meio jornalístico, inclusive o eletrônico ou digital, ou qualquer outro meio de comunicação que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria; III – por servidor público, ou quem exerça cargo, emprego ou função pública, inclusive em entidade paraestatal, prestadora de serviço contratada ou conveniada, que revele ou facilite a revelação de fato que, em razão da atividade, deva permanecer em segredo, ou que viole sigilo legal ou juridicamente assegurado; IV – contra servidor público, em razão das suas funções; ou V – mediante paga ou promessa de recompensa”. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 15 jul. 2022.

³⁵⁴ Além do projeto de novo Código Penal, havia o projeto de lei 602/2015, do deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ), que previa a extinção do crime de desacato, alterando o artigo 331 do Código Penal. O projeto foi arquivado pela mesa, com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), em 31/01/2019 (com informação de devolução à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em 01/11/2019). Caso o projeto fosse aprovado, estaria o Brasil caminhando para a derrogação do crime de desacato, seguindo em linha com os compromissos internacionais assumidos.

331, do Código Penal, art. 299 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) e a Lei 7.170, de 14 de setembro de 1983 que trata dos crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. O projeto foi rejeitado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, conforme parecer do relator em 07/06/2015 (Deputado Major Olímpio – PSD-SP), mas declarado constitucional pelo relator (Deputado Rubens Pereira Júnior – PCdoB/MA)³⁵⁵. Caso o projeto seja aprovado, estaria o Brasil caminhando para a derrogação do crime de desacato, seguindo em linha com os compromissos internacionais assumidos.

Por outro lado, o Projeto de Lei 1768/2011 aguarda designação de relator desde 11/12/2019 e visa à acrescentar parágrafo único ao art. 331, para agravar a pena do crime de desacato nos casos envolvendo policiais civis, militares e guardas civis³⁵⁶, ou seja, afastando-se ainda mais dos parâmetros internacionais sobre o tema.

Enquanto isso, o Brasil ainda não está em consonância com o artigo 13 da Convenção Americana e tampouco com a interpretação dada ao desacato pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A necessária adequação do direito interno prevista na CADH³⁵⁷, bem como, da jurisprudência dos tribunais nacionais com os

³⁵⁵ O projeto havia sido arquivado, nos termos do art. 105 do RICD, em 31/01/2019, mas foi desarquivado e instalada a CCJC, em 10/03/2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/1692970>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

³⁵⁶ Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511312>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

³⁵⁷ Conforme artigos 1º e 2º da CADH: “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas

compromissos assumidos pelo estado brasileiro sobre, notadamente, o exercício da liberdade de expressão e suas restrições, não tem sido realizada de forma eficiente³⁵⁸. As restrições à liberdade de expressão no Brasil no caso de leis de desacato não são proporcionais e, portanto, são inconvençionais.

Um diálogo entre as cortes³⁵⁹ e a compatibilização das leis nacionais com normas internacionais é imprescindível para a efetivação da proteção do direito à liberdade de expressão. Não se trata da implementação ou cumprimento de decisões³⁶⁰ específicas

legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

³⁵⁸ BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: Limites Materiais**. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda, 2018, 442p.; BUCCI, Daniela; MAEOKA, E. A comparação entre a reparação aplicada nos casos de violação da liberdade de expressão pelas cortes europeia e interamericana de direitos humanos e seus impactos no ordenamento jurídico interno - Arraes Editora. In: Menezes, Wagner. (Org.). **Tribunais Internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, v. 1, p. 190-199; BUCCI, Daniela. As Encruzilhadas do Exercício do Direito à Liberdade de Expressão: um diálogo necessário entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: Anais do XIV Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2016, Gramado. **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. v. IX. p. 172-183.

³⁵⁹ CARVALHO RAMOS, André de. O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: JUBILUT, Liliana Lyra; AMARAL JUNIOR, Alberto do (orgs). **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805-850.

³⁶⁰ Vide análise sobre os desafios à implementação das decisões da Corte Interamericana. MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013. Vide sobre o papel da Corte e Comissão para a proteção dos direitos humanos. PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 7ª . ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148.

proferidas pela Corte Interamericana, uma vez que não há decisão que tenha condenado ao Brasil revogar leis que criminalizam o desacato, mas de um alinhamento³⁶¹ legal e, especialmente, jurisprudencial com o posicionamento dos órgãos internacionais, no sentido de restringir o menos possível o exercício da liberdade de expressão, admitindo sanções penais ao excesso ou abuso do direito somente em casos graves, posicionamento já consolidado no âmbito dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. Agora, como vimos, há mais um sinal de alerta ao Brasil: a recomendação expressa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para descriminalizar as leis não apenas de desacato, mas todas as outras espécies de crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação) contra funcionário público ou quando o tema versar sobre interesse público, ampliando-se a proteção da liberdade de expressão no país.

Admitir a sanção penal em casos em que é dirigido ao funcionário público frases como “ele não é Deus”, “nunca ouvi tanta besteira” ou “palhaço”, não atende aos parâmetros de *gravidade* estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente porque a Corte defende que o funcionário público deve estar mais sujeito a críticas e que deve ser mais tolerante com relação a elas, para o bem da democracia, como analisado acima. A existência de uma lei de desacato pode contribuir para um efeito dissuasivo, de autocensura e inibidor^{362,363}, semelhante ao da censura prévia,

³⁶¹ Artigo 1 e 2 da CADH.

³⁶² Sanções criminais ou multas altas, ainda que de natureza civil, podem ter esse mesmo efeito, conforme as cortes de direitos humanos. Vide BUCCI. No mesmo sentido, GROSSMAN, Claudio. La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **ILSA Journal of International & Comparative Law**, v. 7, 2000-2001, 755-784, p. 776.

³⁶³ Nesse sentido, esclarece Conrado Hübner Mendes: “O crime de desacato não produz prestígio, mas medo. A relação entre um agente público e um cidadão passa a ser permeada pelo espectro da prisão em flagrante. Eventual prisão poderá ser relaxada pelo juiz, mas o desacato já terá cumprido sua função intimidatória. Mesmo para manifestar indignação a uma conduta injusta ou meramente descortês de agente público ou em situações de descontrolo emocional, cidadãos têm de medir as palavras e os gestos. Afinal, qualquer palavra ou gesto poderá ser entendido como desacato: MENDES, Conrado Hübner. Liberdade para Desacatar. **Revista Época**. 19/07/2018.

prejudicando a expressão da opinião e críticas sobre questões de interesse público, essenciais para a manutenção e fortalecimento da democracia através do debate amplo e da livre circulação de ideias.

4. Conclusão: falar ou não falar, eis a questão!

Os recentes casos sobre o crime de desacato, no Brasil, ressaltam a importância da proteção da liberdade de expressão, mesmo em sociedades democráticas. No Brasil, protege-se mais ainda a honra do funcionário público civil ou militar do que a da pessoa comum, quando o que deveria acontecer é exatamente o inverso.

As leis nacionais e as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros vão de encontro aos parâmetros internacionais de direitos humanos, notadamente, aqueles apresentados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não se trata simplesmente de se respeitar a hierarquia da CADH – que, no direito interno brasileiro, tem natureza supralegal –, tampouco de se restringir a compatibilização das leis locais com base apenas em decisões proferidas contra o país pela Corte Interamericana, uma vez que, como bem ressaltado pelo STJ, não há nenhuma decisão contra a lei que prevê o crime de desacato no Brasil. É preciso ir além: o país deve tomar todas as medidas necessárias para que suas normas e a interpretação dada a elas estejam em linha com o compromisso internacional assumido pelo Brasil de cumprir os dispositivos previstos na CADH. Ressalte-se que não basta se adequarem os textos normativos internos ao que prescreve a CADH: também a interpretação dada pelos tribunais locais às leis deve ser conforme à dos órgãos internacionais de direitos humanos, ainda que não tenha sido o Brasil condenado pela Corte – sob pena de o ser no futuro.

As restrições à liberdade de expressão mencionadas nas decisões nacionais que reforçam que tal direito não é absoluto em uma sociedade democrática não parecem ter sido analisadas no Brasil dentro do contexto mais amplo dos casos análogos examinados pela Corte e Comissão Interamericanas. Como visto acima, a liberdade de expressão é tratada pelas cortes internacionais de direitos humanos como um *preferred freedom*, essencial para uma sociedade democrática: a liberdade de expressão deve ser a regra, enquanto que sua restrição, a exceção. Além disso, a interpretação fornecida pela Comissão Interamericana, bem como pela Corte, seguem no sentido de que uma lei que criminaliza uma conduta de desacato a funcionário público – civil ou militar – é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ponto! A existência de uma lei que regulamente e puna o abuso de autoridade ou qualquer outro argumento processual ou material do tipo não elide a obrigação internacional que o estado brasileiro assumiu de tomar todas as medidas cabíveis (legislativas, judiciais ou de qualquer outra natureza) para adequar o direito interno à CADH e à interpretação dada a ela pelos órgãos internacionais de direitos humanos.

Além disso, já existe uma lei penal que estabelece restrição ao exercício abusivo da liberdade de expressão: os crimes de injúria, difamação e calúnia protegem a honra e a intimidade de todas as pessoas, funcionários públicos ou não. Para a Corte, essa restrição geral atenderia aos parâmetros interpretativos necessários a uma sociedade democrática para a proteção de outros direitos das pessoas, e a sanção penal, prevista previamente em lei, poderia ser considerada proporcional dependendo do caso concreto. Aliás, vale dizer que a CIDH recomendou, inclusive, a conversão de todos os crimes contra a honra de funcionários públicos em medidas civis. Assim, os discursos que devem sofrer restrição, como o discurso de ódio, discriminatório ou que incite a violência, por exemplo, podem ser punidos, desde que a punição esteja prevista previamente em lei e seja ulterior ao discurso. Nem mesmo tais discursos podem ser censurados previamente.

Desse modo, uma lei de desacato reforça a restrição ao exercício à liberdade de expressão contra uma determinada categoria que, nas palavras da Corte, merece mais escrutínio popular, mais

fiscalização, mais críticas – justamente porque os funcionários públicos desempenham uma função pública. O fato de que desempenham essa função não justifica uma maior proteção de seus direitos. A existência da lei de desacato, com previsão de sanção penal *per se*, é desproporcional em uma sociedade democrática.

A justificativa de se proteger com maior rigor o funcionário público civil ou militar com o real objetivo de se proteger a ordem pública e o próprio estado não encontra respaldo na interpretação fornecida pelas cortes internacionais de direitos humanos: o estado e seus “braços” devem estar sujeitos ao escrutínio mais rigoroso da sociedade. Desta forma, funcionários públicos em geral, juízes, policiais, políticos, todos devem estar mais sujeitos a críticas, e devem ser também mais tolerantes a elas. A mera existência do crime de desacato pode intimidar a formulação da crítica, servindo como verdadeiro instrumento de autocensura.

A possibilidade de aplicação de uma sanção penal contra a liberdade de expressão deve ser uma exceção na visão das cortes internacionais de direitos humanos. Conquanto seja autorizada, é preciso que seja, além de excepcional, também proporcional. Analisando os casos elencados neste artigo, parece-nos que a interpretação brasileira do que “desacata” o funcionário público parece exagerada: dizer a um juiz que dirige com a carteira de habilitação vencida que “ele não é Deus”, chamar um policial de “palhaço” na frente de outros policiais, ou falar “nunca ouvi tanta besteira” a um membro do Ministério Público foram todas condutas consideradas criminosas, e que ensejaram sanção penal. Esses exemplos demonstram que, além de a própria lei de desacato ser desproporcional em uma sociedade democrática, a interpretação judicial sobre a conduta que é considerada violadora à honra, intimidade e dignidade também é exagerada.

Por fim, somente a revogação da lei que criminaliza o desacato deixará o Brasil em linha com os seus compromissos internacionais. Até lá, ficará a dúvida na mente do cidadão: falar ou não falar, eis a questão!

REFERÊNCIAS

BUCCI, Daniela. **Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: Limites Materiais**. 1a. ed. São Paulo: Almedina Brasil Ltda., 2018. 442p .

_____. As Encruzilhadas do Exercício do Direito à Liberdade de Expressão: um diálogo necessário entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal. In: Anais do XIV Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2016, Gramado. **Direito Internacional em Expansão**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. v. IX. p. 172-183.

_____; MAEOKA, Erika. A comparação entre a reparação aplicada nos casos de violação da liberdade de expressão pelas cortes europeia e interamericana de direitos humanos e seus impactos no ordenamento jurídico interno. In: Menezes, Wagner. (Org.). **Tribunais Internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno**. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, v. 1, p. 190-199.

BRASIL. STJ. REsp 1640084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus (HC) 379.269, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 24/05/2017, Dje 30/06/2017.

BRASIL. STF. Habeas Corpus (HC) 141.949/DF. Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgamento 13/03/2018, Dje 23/04/2018.

BRASIL. STF. Habeas Corpus (HC) 154.143/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, julgamento 08/08/2018, Dje 09/08/2018.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496/DF. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, julgamento 22/06/2020, Dje 24/09/2020.

CARVALHO RAMOS, André de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. 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**, v. 104, (2009), p. 241-286.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 146.

CIDH. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Marco Jurídico Interamericano Sobre o Direito à Liberdade de Expressão**. Estados Unidos, Washington, D.C.: 2009, 115 p. (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.2/9).

CIDH. Relatório Anual 1994. Capítulo V: **Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de fevereiro de 1995.

CIDH. Situação dos direitos humanos no Brasil. Estados Unidos, Washington, DC: 12 fev. 2021(OEA/Ser.L/V/II.Doc. 9/21). ISBN 978-0-8270-7176-6. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2021

CEDH. **Caso Castells vs. Espanha**. Petição nº 11798/85. Estrasburgo, 23 abr. 1992.

Corte I.D.H., **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, Nº 135.

Corte I.D.H. **Caso Tristán Donoso vs. Panamá**. Serie C No. 193. San Jose, 27 jan. 2009, § 130-134.

GROSSMAN, Claudio. La Libertad de Expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **ILSA Journal of International & Comparative Law**, v. 7, 2000-2001, 755-784, p. 776.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, FLÁVIA. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10^a. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, IV. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

MENDES, Conrado Hübner. Liberdade para Desacatar. **Revista Época**. 19/07/2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/liberdade-para-desacatar-2900724#ixzz5VKb3k6JQ>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

EUROPEAN UNION AND MERCOSUR RELATIONS THROUGH A TWAIL PERSPECTIVE

Roberto Luiz Silva

Introduction

I must begin this article with a categorical statement: the building of contemporary international law today and, within it, of the European Union – Mercosur integration, goes through a paradigm reconstruction process.

Such reconstruction permeates the decolonization movement, which, by bringing independence to several European colonies, starts questioning the role of International Law as an instrument that perpetuates a situation of domination over the new States, which has come to be identified as TWAIL, an acronym of Third World Approaches on International Law, as self-defined in its Joint Declaration, adopted in 1997 as:

“a network of scholars engaged in international legal studies and interested in formulating and disseminating critical approaches to the power relations that constitute and are constituted by the current world order...and based on the unified recognition that we need to democratize international legal studies in at least two senses:

- (i) challenge the international law privilege of European and North American voices; and
- (ii) formulate a substantive critique of the policy and knowledge of dominant international law, insofar as it

has helped to reproduce structures that marginalize and dominate third world peoples.”

In this sense, two groups of Twailers are usually identified, separated by a division, in a certain way, chronological, but also present methodological elements and inclusion of new debates:

- (i) **TWAIL I**, which comprises the post-World War II Afro-Asian decolonization period, centered on the figure of the sovereign state; and,
- (ii) **TWAIL II**, from the late 1990s and its Conference on Third World legal studies at Harvard Law School, whose centrality of studies resided in the individual, in addition to initiating debates on the political context of knowledge and of International Law as a Product of Colonialism.

In our studies at Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, in Brazil, we started to work within the perspective of a “Third Generation” of TWAIL - TWAIL III - capable of being built from the paradigm shift of the international system at the beginning of the 21st. century, especially in a post-2008 crisis context, in which the countries of the Global North find themselves in a long period of financial recovery, in the face of the rise of emerging economies and, of course, the publication, in English only, of the Draft Association Agreement between the European Union and MERCOSUR. This reality reflects in adaptations in the dynamics of international relations.

For TWAIL scholarship, the new international context seeks to advance the position of criticizing the false neutrality of International Law, placing post-colonial studies as a central element and recognizing the need to understand all international fields of study in an interconnected way, for example, Human rights, public health, drug patents, financial system, and economic integration.

In this sense, the process of globalization has had deleterious effects on the well-being of people in general and, with due proportions, ends up ratifying an International Society consistent with the legitimation and maintenance of unequal processes and structures through the growing North-South division and reflected in unequal

economic treaties, such as the European Union – Mercosur Association Agreement.

I. MERCOSUR as a Third World Integration's Bloc

Third World is understood here as the set of states that, in addition to the Latin American ones that obtained their independence in the 19th. century, are based on the principles of democracy and people's self-determination that supported the process of Afro-Asian decolonization, the Bandung Conference, the creation - within the UN General Assembly -, of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), the defense of a New International Economic Order (NIEO) and the current opposition of the North-South axis, presenting demands and associated reflections not only to the rich-poor dichotomy, but to the right to development, freedom, political autonomy, sovereignty, a social agenda against poverty and, above all, equal and equally beneficial relations between integration blocs.

Belong to the Third World those former European colonies that were part of the decolonization process started at the end of the Second World War, but, going back in time and space, also the Latin American States which were excluded, since their political independence, from the process of economic development and, in this sense, the member states of the Southern Common Market - MERCOSUR.

Thus, despite the theoretical discussion about the use of this term for states such as Brazil, India, Taiwan, Bolivia, or Uganda, its relevance is still remarkable within new rhetoric marked by the increasingly evident disparities between the 'third worlds', from the abstract universalism, "globalization" and the end of the cold war (GALLIE, 2008).

In fact, what these States have in common is the fact that their economies are relatively underdeveloped compared to those of their former colonial powers, which has led them to enter into Trade Agreements that, in most cases, are largely favorable to the European partner, as they contain clauses that incorporate trade standards from that integration bloc.

II. Trade Agreements and the false neutrality of classical International Law

TWAIL has sought to effectively criticize the classical International Law, proposing a set of strategies aimed to create a New International Order based on social justice and respect for the sovereignty and peoples' self-determination and seeking to ward off the threat of “recolonization” that haunts them.

In this sense, sees International Law as having been developed at a time when Third World states were still under the yoke of colonialism and therefore unable to participate in its development.

Bhupinder Chimni, exposes such “recolonization” both in the sense of reconstituting the relationship between domestic law and international law - in order to undermine the autonomy of Third World States and to the disadvantage of their peoples -, the international expansion of property rights' scope - applied by States without having the authority to assume the task of redistributing income and resources -, as well as the relocation of sovereign economic powers in international trade and financial institutions and finally, the inability of Third World States to resist the overwhelming ideological domination of the First World.

As a result, International Law, through the conclusion of Trade Agreements, prescribes rules that deliberately ignore the phenomena of uneven development in favor of prescribing uniform global standards - in this case, European standards -, as a reflex of the importance and dominance of its economy over the economy of the Mercosur States.

Furthermore, international law develops its own meaning of “democratic State” and, displacing sovereign economic forces within international institutions, limits the possibility of Mercosur countries to implement independent autonomous development. In this way, seeks to accommodate the interests of the transnational ruling elite that has an unprecedented influence on the definition of global policies and laws.

Thus, TWAIL extols the old idea, which has withstood the passage of time, that the dominant social forces in society maintain

their dominance not with the use of force, but by having their worldview accepted as natural by those over whom its domination is exercised, associated with rationality, neutrality, objectivity, and justice (CHIMNI, 2006).

Therefore, International Law through the celebration of Association Agreements - such as the European Union and the Mercosur Association Agreement -, legitimizes and translates a certain set of dominant ideas into rules and places meaning at the service of power.

In other words, it represents a culture that reflects the Eurocentric matrix through which global problems are addressed, analyzed, and solved. This culture is shaped and framed by the time's dominant ideas. Today, these ideas include a particular understanding of “global governance” and accompany conceptions of state, development (or non-development), and rights.

In this sense, the process through which research in international law is shaped is multifaceted, and in it, the academic institutions of the North, with their prestige and power, play a key role. These institutions, in association with state agencies – as the German Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) –, and transnational companies from different sectors - such as Volkswagen and Roche -, greatly influence the global research agenda. In this gear, Third World students tend to extract their opinion from books and magazines published in the North, promoting not only a technology “financed” by their large transnational corporations, but reflecting an ideology that extols this Eurocentric cultural pseudo-domain.

That is why TWAIL claims to be fundamental that Third World internationalists refuse to reproduce without question a suspect knowledge from the point of view of the interests of their peoples, replicating, in Bourdieu's words, cultural imperialism. In fact, cultural imperialism never imposes itself better than when it is served by progressive intellectuals who, in their discourse, seem to be above any suspicion of promoting the hegemonic interests of the country against which they wield the weapons of social criticism (BOURDIEU; WACQUANT, 1999).

And, with redoubled care, even the current international discourse on Human Rights and deriving from it an environmental and economic development perspective, is, in fact, being manipulated to promote and legitimize neoliberal objectives reflecting a Europeanized vision through a “capacity-responsibility” dichotomy.

This dichotomy can be easily contextualized in the following excerpts in the draft of the EU-Mercosur Association Agreement:

EU-Mercosur Association Agreement (Draft)

CHAPTER [XX]

INTELLECTUAL PROPERTY

Section A – General Provisions and Principles

Article X.2 – Objectives

The objectives of this Chapter are to:

- a) Facilitate **access, production and commercialization** of innovative and creative products and foster trade and investment between the Parties contributing to a more **sustainable, equitable and inclusive** economy for the Parties;

CURRENT PAYMENTS AND CAPITAL MOVEMENTS

Article 1 - Capital Account

With regard to transactions on the capital and financial account of the balance of payments, from the entry into force of the Agreement, the Parties shall allow the **free movement of capital** relating to direct investments made in accordance with the laws of the host country and investments established in accordance with the provisions of Chapter [...] Trade in Services and Establishment, and the **liquidation or repatriation of these capitals** and of any profit stemming therefrom.

CHAPTER

TRADE AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Article 1 - Objectives and Scope

1. The objective of this Chapter is to **enhance the integration of sustainable development in the Parties' trade and investment relationship**, notably by establishing principles and actions concerning **labour** and **environmental aspects** of sustainable development of specific relevance in a trade and investment context.

As it is included in the first articles of the aforementioned chapters, related to definition, objectives, and scope, both its importance and the subtlety used by European negotiators to, under the mask of false neutrality, establish guiding criteria for a bilateral relationship that imposing unequal and more favorable rights to them. Or is anyone naive enough to assume that the production of innovative and creative products, made possible by the free movement of capital and respecting labour and environmental aspects, is as fully possible for Brazil, Argentina, Paraguay, and Uruguay as what is it for Germany, France, Denmark or Sweden?

It is in this sense that I identify the third generation of TWAIL, focused on the interdependence of themes of International Law and reflected in a series of themes subject to negotiation in the Association Agreement between the European Union and Mercosur.

The capacity-responsibility perspective will allow us, for example, to recognize how the international financial system should be understood as an integral part of International Law, with a direct impact on other protected international legal interests, such as human rights, the environment, worker protection, public health and, thus, assuming its share of responsibility for the inability of so many to implement them efficiently.

And it will be within this perspective because it is contrary or opposed to the alleged neutrality and universality of the discourse of International Law, that, in a critical way, the TWAIL is able to recognize the flaws and specify the fundamental points of the necessary legal reform in the way to reflects the wish of all the International Society and, finally, get it rid of the Eurocentric ties that have prevented it from acting in favor of human universality.

Conclusion

The economic and political independence of the Third World is being undermined by the policies and laws dictated by the First World, by its institutions, companies, and even NGOs something that is clearly manifested in the current perspective of the New International Order and that we can, for example, identify in the integrationist discourse.

In this sense, we, scholars of International Law, have to be aware not only of the lack of participation of Mercosur States in the establishment of rules in the global economy but, above all, must be in tune with contemporary debates, contributing with an analysis that necessarily leads to taking into account the role of its Member States and bearing in mind the need for a strong and unison political-economic and cultural positioning in the most varied negotiation forums.

Furthermore, the solution of contemporary problems should be focused not only on our ability, or lack of, to solve them.

It is urgent to take into account, perhaps even to a greater extent, the responsibility of those who for centuries subjected us to their imperialist and colonizing designs so that the continuous discourse focused on 'capacity' instead of 'responsibility' does not become an unfair transfer of burdens by the European developed States to the Mercosulians.

References

BOURDIEU Pierre. WACQUANT, Loïc. On the Cunning of Imperialist Reason. **Theory, Culture & Society**, London, v. 16, n. 1, p. 51, 1999.

CHIMNI, Bhupinder S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. **International Community Law Review**, Leiden, v.8, pp. 3-27, 2006.

GALLIE, Martin. Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL): Un renouvellement? **Études internationales**, vol. 39, n° 1, 2008.

SILVA, Roberto Luiz. ALMEIDA, Thiago Ferreira. L’Influence de L’École des annales sur L’Approche du Tiers-Monde du Droit International (TWAIL). **Latin American Journal of Development**, v. 4, n. 1, jan./feb. 2022.
