

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL

Ano CVII Julho/Dezembro de 2021 Nº 166-170 V. 111

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

**DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL**

**ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CVII • JULHO/DEZEMBRO DE 2021 • Nº 166-170 • V. 111**

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 CVII • JULHO/DEZEMBRO DE 2021 • Nº 166-170 • V. 111

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



ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

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 CVII. Julho/Dezembro de 2021, nº 166-170, v. 111
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

*MULTILATERAL TREATIES AND THE JURISDICTION OF THE ICJ:
THE GROWING ROLE OF RATIONE MATERIAE CRITERIA*

João Ernesto Christófolo..... 1

*ARBITRAGENS INTERNA E INTERNACIONAIS: NOTAS DISTINTIVAS E
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS PARA A CIRCULAÇÃO DE SENTENÇAS
ARBITRAIS*

Nevitton Vieira Souza..... 40

*A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE TERCEIRO NAS
RELAÇÕES MARÍTIMAS: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO
AFRETADOR NÃO ARMADOR*

Ingrid Zanella Andrade Campos..... 75

*A CONSOLIDAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES ERGA OMNES NA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA*

Sibele Walkiria Lopes..... 92

*THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE'S OPACITY AND THE HUMAN
RIGHTS FROM A UNIVERSAL PERSPECTIVE*

Juliana Huang..... 111

*ENTRE DIREITO DO MAR E PODER MARÍTIMO: UMA PROPOSTA DE
ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR*

Eduardo Navarro 138

*O FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DAS OBRIGAÇÕES ERGA
OMNES NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Ygor Pierry Piemonte Ditão..... 168

<i>O JUS COGENS NATURAL: UMA ABORDAGEM PARA ALÉM DO POSITIVISMO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS</i> <i>Luciano Meneguetti Pereira</i>	195
<i>A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL PARA A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A NOÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO SOCIAL</i> <i>Barbara Mourão Sachett</i>	220
<i>NOVA POLÍTICA MARÍTIMA NACIONAL: PODER MARÍTIMO, JURISDIÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL</i> <i>Caio Leal Messias; Mariana Piauilino Caldeira; Pablo Ruan Siqueira Lopes</i>	237

Autores da Edição

Barbara Mourão Sachett

Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho, UNESP-Campus-Franca (1997) e Mestre em Direito Internacional pela mesma Universidade (2002). Doutora em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora da Universidade Metodista de São Paulo, onde leciona nos cursos de Direito, Ciências Contábeis, Administração e Comércio Exterior, nas modalidades presencial e à distância, e da disciplina "Direito Comercial e Societário" no curso de pós-graduação em Perícia Contábil da Faculdade Trevisan. Tem experiência profissional na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional. Advogada militante nas áreas de Direito Internacional, Direito de Família e Empresarial. Pesquisadora e Coordenadora do Cedmar-Usp-Centro de Estudos em Direito do Mar "Vicente Marotta Rangel". Membro da Associação Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da Sociedade Lusófona de Direito do Mar. Pesquisadora visitante na Universidade de Utrecht (International Law of the Sea, NILOS/UCWSOL, 2021 a 2022). Advisor da delegação brasileira na SIGC BBNJ. Membro do Conselho Editorial da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI).

Caio Leal Messias

Advogado, cientista social e professor temporário de Literatura Francesa na FFLCH-USP. Doutor em Letras, Mestre em Direito Internacional sob a orientação do professor Wagner Menezes na Faculdade de Direito da USP, onde desenvolveu pesquisa de direito comparado a respeito do sistema portuário brasileiro e o modelo portuário chinês.

Eduardo Navarro

Pesquisador do Centro de Estudos em Direito do Mar (CEDMAR-USP).
Membro da Associação Brasileira de Estudos em Defesa (ABED).

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. Professor 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.

João Ernesto Christófolo

Doutor em Direito Internacional Público pela Universidade de Genebra e mestre em diplomacia pelo Instituto Rio Branco (IRBr), possui graduação em Música pela Universidade Estadual de Campinas (1998) e em Direito pela Universidade de São Paulo (2004). É diplomata do Ministério das Relações Exteriores, tendo servido na Missão Permanente do Brasil em Genebra e nas Embaixadas em Bogotá e Hanói. É professor assistente de Política Internacional do IRBr e lecionou Direito Internacional Público no Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB). Publicou, em 2016, na Collection Genevoise da Editora Schulthess a obra "Solving Antinomies Between Peremptory Norms". Em 2018, publicou ""Princípios Constitucionais de Relações Internacionais", pela Editora Del Rey.

Jualiana Huang

Master's student in International Law at the State University of Rio de Janeiro – UERJ. Graduated in Law from the State University of Rio de Janeiro – UERJ. Graduated in Computer Science from the Federal Fluminense University - UFF. Lawyer. Legal Consultant.

Luciano Manegueti Pereira

Doutorando em Direito Internacional (USP). Mestre em Direito Constitucional (ITE). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional (UNP). Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos no Curso de Direito do UNITOLEDO. Pesquisador no Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Contemporâneo (GPDIC) do UNITOLEDO e no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (USP). Membro da Rede Latino-americana e Caribenha de Educação em Direitos Humanos (RedLaCEDH). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI). Advogado.

Mariana Piaulino Caldeira

Bióloga, atua como comunicadora de ciência na Fábrica da ciência viva em Aveiro, Portugal. Mestranda em Biologia Marinha Aplicada pela Universidade de Aveiro sob a orientação da professora Ana Hilário, onde estuda as provisões do acordo do BBNJ para implementação de ferramentas de gerenciamento baseadas em áreas, incluindo áreas marinhas protegidas, promovendo a conservação de áreas fora de jurisdição nacional.

Nevitton Vieira Souza

Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e Bacharel em Direito pela UFES. Integra a Coordenação Acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da FGV Direito SP (FGV LAW). Advogado.

Pablo Ruan Siqueira Lopes

É editor-júnior da Revista *Dat@venia* (UEPB), estagiário do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR), aluno-membro do Centro de Estudos em Direito do Mar Vicente Marotta Rangel da Universidade de São Paulo (USP), pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza (Unifor), além de monitor da disciplina de Introdução ao Estudo do Direito I (Teoria Geral do Direito) e extensionista do projeto *Tertúlias Jurídicas: Diálogos Entre Direito, Arte & Literatura*; ambos na UEPB

Sibele Walkiria Lopes

Doutoranda e mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-graduada lato sensu em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP e em Relações Econômicas Internacionais pelo Programa San Tiago Dantas- PUC/SP,

UNESP e UNICAMP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais- NETI/USP. Coordenadora do Subgrupo da Corte Internacional de Justiça-NETI/USP. Advogada em Autarquia Federal.

Ygor Pierry Piemonte Ditã

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.

Multilateral treaties and the jurisdiction of the ICJ: the growing role of *ratione materiae* criteria

João Ernesto Christófolo

Introduction

When comparing the list of contentious cases of the International Court of Justice (ICJ) in its first ten years of activity with that of the past ten years, one feature instantly stands out: multilateral treaties are now at the core of most of the disputes among states. If in its early days the Court dealt mostly with issues regulated primarily by bilateral agreements and customary law, now most of the cases relate, directly or indirectly, with matters regulated by multilateral treaties. Also, either on the basis of compulsory clauses providing for the Court's jurisdiction, or relying on declarations of acceptance of the Court's jurisdiction under Article 36 (2) of the statute, states are making a greater use of multilateral treaties as a means of accessing and presenting their claims before the ICJ.

But it is not only for the purpose of entertaining the merits that multilateral treaties became central for the exercise of the Court's functions in the settlement of inter-state-disputes. The very jurisdiction of the Court seems to rely increasingly on material aspects whenever the dispute is related to the interpretation and application of multilateral treaties. And not surprisingly, there has been an equal increase at the level of disagreement between the parties as to the material grounds allowing the Court to exercise its jurisdiction over cases the subject-matter of which relates to the substance of those agreements.

This article analyses how *ratione materiae* criteria have become pivotal in the Court's findings on its jurisdiction over contentious cases whenever multilateral treaties are involved. This trend, which has not

been examined in depth by existing legal literature,¹ is a result of a combination of factors. First, other criteria (*ratione personae* and *ratione consensus*) that must be equally applied in the preliminary task of determining the Court's jurisdiction over inter-state disputes are not likely to raise the same level of controversy in cases related to the application and interpretation of multilateral treaties. Second, the continuous expansion of international *corpus iuris* in recent decades, mostly as a result of multilateral treaties, has provided states with a larger scope of normative domains enabling them to translate claims in the light of rights and obligations regulated therein. But the more are the material sources to rely upon in construing arguments, the more are the chances for those arguments to be disputed by the counterparts and to be scrutinized by the judges at The Hague. And as a consequence, the more states rely on multilateral treaties for bringing cases to the Court, the more issues related to material aspects underlying the case have become paramount in its task of determining its jurisdictional scope. The practice of the ICJ in recent years confirms the existence of such a trend when multilateral treaties are involved. *Ratione materiae* considerations have been a matter not only disputed by the parties, but increasingly relied upon by the judges in order to confirm or to reject ICJ's jurisdiction.

But which are the consequences to the Court's functions stemming from the growing importance of material elements in the determination of its jurisdiction over inter-state disputes involving the interpretation and application of multilateral treaties? And to what extent could or should the Court rely increasingly on *ratione materiae* criteria as a means of establishing its jurisdiction over those contentious cases? In order to respond to those questions, it is necessary, first, to examine (i) the legal regime and the criteria applied by the Court in the task of determining its jurisdiction over contentious cases, (ii) the existing framework of multilateral treaties providing for the ICJ's jurisdiction; and (iii) the impact of this phenomenon on the

¹ Professor Kolb's book on the International Court of Justice, which was used by the author as a main reference to this article, has a thorough analysis on the issue of subject-matter jurisdiction (*ratione materiae*) as generally applied by the Court. See R Kolb, *The International Court of Justice* (2013), at 297-370.

volume of cases at The Hague, including the manner according to which material criteria have been applied for the purpose of establishing the Court's jurisdiction over contentious cases.

*1. Basis of the Court's jurisdiction: the role of *ratione materiae* considerations*

It is a well-established rule that, for the purpose of establishing the Court's jurisdiction over contentious cases, all grounds must be equally and cumulatively checked by the judges at The Hague before entertaining the merits of the dispute. From a formal perspective, matters of substance are as relevant as any other criteria, namely the capacity of the parties concerned to appear before the Court, and the consent of states to its judicial functions in the peaceful settlement of disputes. Nonetheless, considerations related to personal and consensual criteria are still regarded at ICJ as the primary elements for the establishment of its *prima facie* jurisdiction over contentious cases.

In the Court's understanding, questions related to *ratione personae* considerations (Articles 34 (1) and 35 of the Statute) must take procedural precedence over other elements in its preliminary analysis of jurisdictional grounds over inter-state disputes. If necessary, even *ex officio* the Court must examine 'the conditions concerning the capacities of the parties to appear before it', for 'the question whether a State may properly come before the Court [...], whether it be classified as a matter of capacity to be a party to the proceedings or as an aspect of jurisdiction *ratione personae*, is a matter which precedes that of jurisdiction *ratione materiae*' and 'whether that State has consented to the settlement by the Court of the specific dispute.'² The question of its personal jurisdiction is therefore 'fundamental', since the all other aspects of its jurisdictional mandate 'will largely be determined by the kind of subjects of law that have the right to bring and defend cases before it.'³

² *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports (2007) 43, at 94.

³ Kolb, *supra* note 1, at 259.

In the same vein, the Court understands that it can only exercise its jurisdiction over a dispute insofar the states concerned have clearly expressed their consent to it.⁴ In more than one stance the ICJ recognized that ‘one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction.’⁵ According to the ICJ, not only the consent is necessary, but it must ‘be capable of being regarded as an unequivocal indication of the desire of that State to accept the Court’s jurisdiction in a “voluntary and indisputable manner”.’⁶ There may be many formats and manners for the parties to express their consent to the Court’s jurisdiction. And the ICJ itself has adopted a somehow flexible approach on this matter. But consent must be ‘unequivocal’,⁷ for ‘its jurisdiction is based on the consent of the parties and is confined to the extent accepted by them.’⁸

As a result, the Court only comes to the point of examining *ratione materiae* criteria (Articles 36 and 38 of the statute) when other requirements, namely those of *ratione personae* and *ratione consensus* nature, have been established beforehand.⁹ Nonetheless, the analysis of

⁴ *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, Preliminary Objections, ICJ Reports (1962) 319, Joint dissenting opinion of Judges Spender & Fitzmaurice; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, ICJ Reports (2006) 6, at 18; *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France)*, Preliminary Question, ICJ Reports (1954) 19, at 32.

⁵ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, ICJ Reports (1995) 90, at 101.

⁶ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, ICJ Reports (2008) 177, at 204. See also *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *supra* note 10; *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Preliminary Objection, Judgment, 1948, ICJ Reports (1948) 15, at 27; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (1996) 595, at 620-1; and *Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools)*, Judgment No. 12, 1928 PCIJ Series A, No. 15, at 24.

⁷ Kolb, *supra* note 1, at 373.

⁸ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, *supra* note 10, at 32 and 39.

⁹ This dynamics operate as steps to be taken by the Court when examining a case, namely (i) ‘jurisdiction over jurisdiction’, i.e., the capacity to decide if it can act at all upon the case; (ii) ‘jurisdiction over admissibility’ and (iii) ‘jurisdiction to entertain the merits of a case’. See L.B. de Chazournes, ‘*The Principle of Compétence*

how the judges have approached the substance of a given dispute for the purpose of finding its jurisdictional grounds over a case highlights how material considerations do equally play a central role in that decision. As recognized by the Court, in order to determine whether a dispute is one concerning the interpretation or application of a given treaty '[i]t must ascertain whether the violations [alleged] ... do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain.'¹⁰

Most importantly for the purpose of the present article, when it comes to multilateral treaties relied upon by the parties to establish the jurisdiction of the Court, matters related to the substance of the dispute are expected to play an even more decisive role in the final acceptance by the Court of its jurisdiction to entertain the merits of a controversy when compared to the other criteria. Due mainly to the nature of multilateral treaties, personal and consensual criteria can be determined in a more objective and non-disputed manner when compared to material elements. In the former case, they usually hinge upon procedural and objective criteria. Personal elements involve the very quality of the subjects to appear before the court, which is a feature easier to be determined in the case of multilateral treaties. Most of the agreements providing for the compulsory jurisdiction of the ICJ are a result of multilateral conferences gathering sovereign states under the auspices of the United Nations system. In those cases, doubts related to the capacity of the parties to the dispute are therefore rare exceptions, particularly when compromissory clauses and declarations under Article 36 (2) of the statute are used by the applicants as a means

de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals', in M. Arsanjani, J. Cogan & S. Weissner, *Looking to the Future: Essays in Honor of W. Michael Reisman* (2010), 1027, at 1040-1041.

¹⁰ See *inter alia*, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports (1996) (II) 803, at 810; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports (1999) 124, at 137.

of accessing the contentious jurisdiction of the Court.¹¹ As regards the consent of states to multilateral treaties,¹² it can be determined first and foremost by the ratification and the subsequent deposit of their instruments, in accordance to the role that has been played by the UN Secretary-General in most of contemporary multilateral treaties (Article 102 of the UN Charter).¹³ To-day, reservations, unilateral declarations and other means of consent to multilateral treaties can be easily and objectively determined, including in relation to potential *ratione temporis* considerations, by consultation with the United Nations Treaty Collection.

Different is the case of *ratione materiae* considerations in relation to multilateral treaties, in which the decision of the ICJ on its jurisdiction may relate to various different issues, such as the very existence of the controversy,¹⁴ matters related to the admissibility of

¹¹ See inter alia *Certain Questions concerning Diplomatic Relations (Honduras v. Brazil)*. The applicant relied on the compromissory clause (Art XXXI) of the 1848 American Treaty on Pacific Settlement, and alleged that the respondent had ‘breached its obligations under Article 2 (7) of the Charter and those under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations.’ The case was discontinued and ordered to be removed from the list of pending cases after Honduras unilaterally withdrew. But in the meantime, the Court decided not to take action upon the application in view of doubts related to the legal capacity of the Honduran representatives before the ICJ. See also *supra* note 2, and Rosenne’s analysis in the complicated series of cases brought before the ICJ involving the dissolution of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia. S. Rosenne, ‘Capacity to Litigate in the International Court of Justice: Reflections on Yugoslavia in the Court’, in *British Yearbook of International Law* (2009) 80, issue 1, at 217–243.

¹² The analysis of the consent of states may even touch upon the substance of the case, i.e., the extent to which the states concerned have consented to the Court’s jurisdiction on that particular subject-matter.

¹³ ‘Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations ... shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.’

¹⁴ ‘The Court’s determination of the existence of a dispute is a matter of substance, and not a question of form or procedure.’ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports (2016) 255, at 270. See also *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (2011) 70, at 84; and *Interpretation*

the case,¹⁵ and ultimately the extent to which the claims presented by the parties do actually fall within the scope of applicable rights, prohibitions and obligations underlying the claims made by the parties to the dispute in the light of the multilateral treaty being examined.¹⁶ As a consequence, material considerations become an even more decisive step in the analysis of the Court on its jurisdiction when the disputed matter relates to the interpretation and application of multilateral treaties. As further examined below, this is a tendency that has grown in recent years as a result of a larger number of multilateral treaties providing for the jurisdiction of the ICJ.

2. *Multilateral treaties as a basis for the Court's jurisdiction: a growing tendency*

The continuous expansion of international *corpus iuris* as a result of the conclusion of multi-party instruments has had the primary effect of expanding the scope of the Court's jurisdiction. The reasons are simple. First, as there are more areas of international relations being covered by general international law, the material domain providing grounds for claims in inter-state disputes has equally expanded. Second, the growing number of multilateral treaties containing compromissory clauses provides interested parties with the necessary *prima facie* consensual jurisdictional basis for claims to be submitted in terms of disputes on the interpretation and application of the obligations provided therein. The more there are instruments covering wider fields of international relations, the more it becomes possible to construe certain facts arising out of inter-state relationships as violations of norms under international law. It's all a matter of framing

of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów) (Germany v. Poland), 1927 PCIJ Series A, No. 13, at 10-11.

¹⁵ E.g. exhaustion of local remedies, time-limits, etc. On the distinction between jurisdiction *stricto sensu* and admissibility, see Kolb, *supra* note 1, at 211 and ss.

¹⁶ 'A dispute must be categorized as "legal" in the sense relating to the Court's jurisdiction (...) if their claims are formulated on the basis of rights and/or obligations derived from a legal norm which is allegedly applicable to the dispute.' Kolb, *supra* note 14, at 322.

certain claims in the light of applicable rights and obligations regulated by those multilateral treaties.

According to the data-base of the UN Registry, 133 instruments (44%) among the 298 existing international treaties providing for the compulsory jurisdiction to the ICJ are multilateral ones. And this process has intensified significantly in the past decades. Since the end of the Cold War, in 1989, only three of those instruments containing compromissory clauses have been of a bilateral nature,¹⁷ whereas, within the same timeframe, all other 32 treaties (91.42%) providing for the jurisdiction of the Court were of a multilateral nature. And since 1995, at the height of the multilateral codification process that took place at the UN after the fall of the Berlin wall, only multilateral agreements have been registered as providing for the jurisdiction of the ICJ. This has been the case of international agreements dealing with environmental issues,¹⁸ human rights,¹⁹ transnational crimes,²⁰ and

¹⁷ Namely: (i) Australia/Switzerland Treaty of mutual assistance in criminal matters (Art.21, para 3); (ii) Senegal/Guinea-Bissau Agreement of Management and Co-operation (Art.9); and (iii) Greece/The former Yugoslav Republic of Macedonia Interim Accord (Art. 21, para 2).

¹⁸ Convention on Biological Diversity (Art. 27, para 3); UN Framework Convention on Climate Change (Art.14, para 2); Convention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna (Art.16, para 2); Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters to the 1992 Convention on the Protection and use of Transboundary Watercourses and International Lakes and to the 1992 Convention on the Transboundary Effects of Industrial Accidents (Art. 26); Convention on Persistent Organic Pollutants (Art. 16, para 2); Convention on the Prior Informed Consent Procedure for Certain Hazardous Chemicals and Pesticides in International Trade (Art. 20, para 2 (b)); Protocol to the 1979 Convention on Long-range Transboundary Air Pollution to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone (Art. 11, para 2 and 4); Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Art. 16, para 2 (a)).

¹⁹ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (Art. 29); International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, Art 42, para 1.

²⁰ UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (Art. 32); UN Convention Against Corruption (Art. 66, para 2); UN Convention Against Transnational Organized Crime (Art. 35, para 2); Protocol

terrorism,²¹ the complexity of which has grown *pari passu* with the expansion of international law. For the sake of comparison, in the first two decades since the functioning of the Court,²² only 55 (22.22%) out of 202 international treaties providing for the jurisdiction of the ICJ were of a multilateral nature.

As expected, this process has had implications upon the volume of cases brought to the attention of the Court. In recent decades, the number of cases related to the application and interpretation of multilateral agreements has increased. In the past 30 years, 23 (25%) out of a total of 91 contentious cases have been initiated on the basis of multilateral treaties' compromissory clauses, whereas only 9 (9.8%) did so on the basis of bilateral treaties and other 15 (16.4%) on regional instruments (Pact of Bogota and 1957 European Convention). These figures differ significantly from the first four decades of operation of the ICJ: among the 58 contentious cases initiated between 1947 and 1988, the applicants relied on bilateral treaties' compromissory clauses in 11 cases, whereas only 5 on multilateral ones, and other 2 on regional treaties (3.4%).

Considering only those disputes that have been included in the List of Cases of the Court, 28 multilateral treaties with compromissory clauses have provided the *ratione consensus* basis for the contentious jurisdiction of the ICJ. Among them, those which the applicants have relied upon the most are the following: the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (8 cases);²³ the

Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, their Parts and Components and Ammunition, Supplementing the UN Convention Against Transnational Organized Crime (Art. 16, para 2).

²¹ International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism (Art 23, para 1); International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (Art. 24, para 1); International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (Art. 20, para 1).

²² Considering also those treaties notified to the registry before 1945 that remained in force after 1945, according to Article 37 of the ICJ's statute.

²³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*; *Legality of Use of Force cases (Serbia and Montenegro v. France, Germany, Italy, Netherlands, Portugal and United Kingdom)*.

1963 Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes (5 cases);²⁴ the 1971 *Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation* (5 cases);²⁵ the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD* (4 cases);²⁶ and the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (3 cases).²⁷ In some disputes, those multilateral treaties' compromissory clauses have been used simultaneously with other sources providing for the Court's jurisdiction, including other multilateral treaties and/or declarations made under Article 36 (2) of the statute.²⁸ But in all of them the core of the subject-matter of the dispute was intrinsically related with the domains of international law regulated by multilateral instruments relied upon by the parties.

Accordingly, multilateral treaties have had the effect of expanding the jurisdictional scope of the ICJ in distinct manners. This

²⁴ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v. Iran); *Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States of America); *LeGrand* (Germany v. United States of America); *Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America); and *Jadhav* (India v. Pakistan).

²⁵ *Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*; *Lockerbie cases (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom and United States of America)*; *Armed Activities on the Territory of the Congo cases (Democratic Republic of the Congo v. Burundi and Rwanda)*.

²⁶ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*; *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*; and *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*.

²⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo cases (Democratic Republic of the Congo v. Burundi and Rwanda)*; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*.

²⁸ Some of these cases were subsequently discontinued, or the ICJ considered it had no jurisdiction to entertain them.

is first and foremost a consequence of compromissory clauses established therein. But precisely by providing consensual grounds, multilateral treaties also create a broader scope for the assertion of the Court's jurisdiction in inter-state adjudication on material grounds. By providing prima facie evidence on the states' consent to the ICJ's jurisdiction, compromissory clauses allow states parties to further explore the interplay between the subject-matter regulated in these multilateral treaties and potential claims to be brought before the Court, even when the facts underlying the dispute do not necessarily and/or strictly fall within the normative core of these instruments. The important thing is to demonstrate the existence of a legal dispute, for, as already recognized by the Court itself, disputes may be submitted to a contentious procedure 'in the context of a broader disagreement between the parties.'²⁹

In that sense, the examination of the applicable limits of compromissory clause to a given specific claim, as well as to the applicability of the whole treaty to the subject matter of the dispute, tends to lead to the examination of the very substance of the case for the primary purpose of establishing ICJ's jurisdiction. It all depends on the manner by which states present their claims in terms of rights, obligations and prohibitions regulated by those multilateral agreements. In either case, the Court must not only ascertain its jurisdiction in the light of those requirements of a more procedural nature, such as the legal capacities of states to appear before it, or on whether there is prima facie evidence on their consent to that specific dispute, but fundamentally on whether the very substance of the international treaty in question actually provides grounds for the Court's jurisdiction in a given dispute.

*3. The practice of the ICJ when deciding on *ratione materiae* grounds related to multilateral treaties*

Several cases provide important pieces of evidence on the jurisdictional practice of the Court on how material considerations

²⁹ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (2019) 7, at 23.

have been playing a greater role in the task of establishing ICJ's jurisdiction over disputes related to multilateral treaties.

One of the first precedents in this connection was given by the Court in the *Hostage* case. This dispute related to alleged violations by Iran of its obligations to the United States under the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations (VCDR) and the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (VCCR). The Court's first established its *ratione consensus* jurisdiction on the basis of Article 1³⁰ of the Optional Protocols concerning the Compulsory Settlement of Disputes which accompany both conventions. Although independent international agreements themselves, both Optional Protocols operate as treaty compromissory clauses for the purpose of the Court's jurisdiction over the interpretation and application of the 1961 VCDR and 1963 VCCR. Once achieved the consent threshold, 'it only remain[ed], therefore, to consider whether the present dispute in fact falls within the scope of their provisions.'³¹ As a matter of admissibility, the Court then addressed the need for recourse by the parties to other means of solving the dispute (Articles II and III of the Protocols), and affirmed that the Protocols 'make it crystal clear that they are not to be understood as laying down a precondition of the applicability of the precise and categorical provision contained in Article 1 establishing the compulsory jurisdiction of the Court in respect of disputes arising out of the interpretation or application of the Vienna Conventions.'³² The Court went further on dealing with *ratione materiae* elements by stating that '[t]he claims of the United States under this Treaty overlap in considerable measure with its claims under the two Vienna Conventions and more especially the Convention of 1963', and therefore 'the dispute between the United States and Iran regarding those claims is at the same time a dispute arising out of the

³⁰ The terms of Article 1, which are the same in the two Protocols, provide: '[D]isputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.'

³¹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, ICJ Reports (1980) 3, at 24.

³² *Ibid.*, at 25.

interpretation or application of the Vienna Conventions which falls within Article 1 of their Protocols.³³ The ICJ thus clearly interconnected *ratione consensus* and *ratione materiae* considerations in its decision, by interpreting the claims made by the Applicant in terms of potential breaches to both Vienna Conventions for the purpose of applying Article I of both Optional Protocols. In other words, the material elements underlying the dispute were central for determining the Court's jurisdiction over the case.

Another precedent is given by the set of cases involving the interpretation and application of the 1963 VCCR, having the United States as respondent (*Breard, LaGrand and Avena* cases). All three cases were initiated (*ratione consensus*) on the basis of Article I of the 1963 Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes to the VCCR, which, as examined above, operates as a compromissory clause to the 1963 VCCR. The core of the disputes concerned the treatment of foreign nationals in the United States in the course of criminal proceedings that resulted in their conviction and sentencing to death. The applicants basically argued that the United States violated its obligations under the 1963 VCCR by not properly guaranteeing the right of consular assistance to their nationals within US's criminal system. The first of these cases was eventually discontinued, but the other two reached the final judgment's stage.

In all three cases, the applications filed respectively by Paraguay, Germany and Mexico faced the respondent's objections on *ratione materiae* grounds. Interestingly, the Court's jurisdiction was not disputed by the respondent on *ratione consensus* grounds as regards the binding nature of Article I of the Optional Protocol to the United States. Rather, objections were raised on matters of substance, namely whether the issues brought by the applicants could be construed as entailing the Court's jurisdiction in the light of rights and obligations regulated by the 1963 VCCR. And in all three cases, the Court, after declaring its jurisdiction *prima facie* under Article I of the Optional Protocol (*ratione consensus*), further established its *ratione materiae* jurisdiction by stating that the issues raised by the applicants did fall under the material scope of the Vienna Convention.

³³ *Ibid.*, at 26.

In the *Breard* case, Paraguay, while invoking Article I of the Optional Protocol as the *ratione consensus* basis for the Court's jurisdiction, also stated that the issues in dispute concerned Articles 5 and 36 of the Vienna Convention, and therefore fell within the compulsory jurisdiction of the Court on *ratione materiae* grounds. The United States contended that Paraguay failed to establish the Court's jurisdiction over the case, inter alia because there was 'no dispute between the Parties as to the interpretation of Article 36, subparagraph 1 (b)', and the matters raised by the applicant did 'not constitute a dispute concerning the interpretation or application of the Vienna Convention.'³⁴ The Court did not uphold American objections, and found that it had jurisdiction since 'there exist[ed] a dispute as to whether the relief sought by Paraguay is a remedy available under the Vienna Convention, in particular in relation to Articles 5 and 36 thereof; and [...] this is a dispute arising out of the application of the Convention.'³⁵

In the *LaGrand* case, Germany raised 'questions of the interpretation and application of the Vienna Convention on Consular Relations and of the legal consequences arising from the non-observance on the part of the United States of certain of its provisions vis-à-vis Germany and two of its nationals'. The United States disputed the Court's jurisdiction on grounds that Germany's submissions regarding violations of Article 36 of the VCCR related to access by foreign individuals to consular assistance did not concern its interpretation or application. The respondent also objected the Court's jurisdiction over Germany's request for assurances and guarantees of non-repetition. At the end, the ICJ did not accept the United States objections by explicitly affirming its powers to decide upon the case in accordance to *ratione materiae* criteria, since the dispute 'arises out of the interpretation or application of the Convention and thus is within the Court's jurisdiction.'³⁶

³⁴ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, ICJ Reports (1998) 248, at 256.

³⁵ *Ibid.*, p. 257.

³⁶ *LaGrand (Germany v United States of America)*, Judgment, ICJ Reports (2001) 466, at 485.

Finally, in the *Avena* case, all objections raised by the respondent against the Court's jurisdiction over the dispute were based first and foremost on *ratione materiae* considerations. The United States alleged that, in the light of the applicable rights and duties under the VCCR, the ICJ lacked material jurisdiction to decide on Mexico's submissions regarding (i) the request for the Court to rule on matters to be carried out by the US criminal justice system; (ii) the determination of US violations of its international legal obligations under the Vienna Convention, (ii) Mexico's requests for legal remedies to be put in place in the US domestic legal system, and ultimately (iv) the very nature of consular notification as a human right.³⁷ And after examining individually each one of the United States objections, the Court did not uphold any of the them, basically by recalling that it had jurisdiction over the dispute because the issues raised by the applicant could be construed as breaches of obligations imposed by the Vienna Convention.³⁸ Loud and clear, the Court affirmed its jurisdiction over the case on *ratione materiae* grounds.

A different approach was taken by the Court in the *Application of Genocide Convention* (preliminary objections) case,³⁹ which faced Serbia's objections on several grounds. After accepting Serbia's capacity to be respondent (a matter of admissibility related to *ratione personae* considerations), the Court decide to postpone the examination on the applicability of the obligations under the Genocide Convention to the stage of the merits of the case, 'when the Court would be in possession of greater evidence.'⁴⁰ At a preliminary stage therefore, the Court satisfied itself first and foremost on finding grounds for its jurisdiction under *ratione personae* and *ratione consensus* criteria. But at the core of its analysis regarding the consent of the parties, there was a *ratione materiae* question, namely the extent to which material limits underlying the claims could be construed for the purpose of the optional clause inserted in the Genocide Convention (Article IX). So

³⁷ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports (2004) 12.

³⁸ *Ibid.*, at 30-33.

³⁹ *Supra* note 23, at 412.

⁴⁰ *Ibid.*

even at a smaller scale, the Court had to make recourse to *ratione materiae* in order to ascertain its jurisdiction over the dispute.

Another important precedent is given by the ICJ in the *Application of the Convention on Racial Discrimination* case. When examining Georgia's request for provisional measures, the Court first decided that it had jurisdiction to deal with the claim because there was enough evidence on the existence of a dispute between the parties as to the interpretation and application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). After referring to the CERD's optional clause (Article 22) providing for its compulsory jurisdiction over disputes arising between states parties (*ratione consensus*), the Court further examined, for the purpose of indicating provisional measures, the subject-matter of the dispute in connection to the interpretation and application of the Convention.⁴¹ At a later stage, however, the case took a different twist, and the Court overruled its previous views on the matter. While still sustaining the existence of a dispute between the parties (i.e., a matter of substance), the ICJ upheld an objection submitted by the Russian Federation, and decided that the requirement for activating the legal regime of Article 22 of CERD, namely previous genuine attempts to solve the controversy through direct negotiations between the parties (an admissibility matter), had not been duly fulfilled. In doing so, the Court decided on a preliminary basis not to proceed to the merits phase, and discontinued the case.⁴²

It is interesting to note that the discussion on the Court's jurisdiction in *Application of the Convention on Racial Discrimination* case hinged upon its understanding on the jurisdictional framework set forth by the treaty's optional clause. The majority of the Court decided not to exercise its jurisdiction by limiting it to the analysis on the fulfilment of one requirement (a matter of admissibility), namely the existence of prior attempts to solve the dispute through bilateral negotiations. Nonetheless, it touched upon other aspects of the

⁴¹ *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 15 October 2008, ICJ Reports (2008), 353.

⁴² *Supra* note 14, at 139.

substance of the dispute (interpretation and application of the obligations provided by CERD) when it upheld Georgia's request for provisional measures. Hence, the Court first found jurisdiction on *ratione consensus* and *ratione materiae* basis, but later decided not to exercise its jurisdiction over the dispute due to a matter of admissibility. In his dissenting opinion, Judge Cançado Trindade criticized the ruling taken by the majority of the Court. He argued that the interpretation on the framework set forth by the optional clause to the Court's jurisdiction (*ratione consensus*) should take into account the very substance and purpose of the treaty. In his view, the principle *res magis valeat quam pereat (effet utile)*, according to which interpretation, even of procedural rules, must secure the appropriate effects to a treaty, would justify the Court's jurisdiction over that dispute⁴³ From the perspective of the object of this article, it can be said that Judge Cançado Trindade was sustaining that *ratione materiae* criteria could have provided sufficient grounds for the jurisdiction of the ICJ, at least for the purpose of allowing the Court to entertain the merits of the dispute.

The Court dealt with this matter once again in the case initiated by Ukraine against the Russian Federation with regard to alleged violations to both the CERD and the 1999 International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism.⁴⁴ The Russian Federation raised preliminary objections based expressly on *ratione materiae* grounds, namely that the facts underpinning the dispute were unconnected to the two conventions relied on by the applicant. Although recognizing that in many instances 'applications that are submitted to it often present a particular dispute that arises in the context of a broader disagreement between the parties',⁴⁵ the Court reaffirmed its jurisdiction over the case because the facts described by Ukraine's application could be considered in the light of both multilateral treaties. Accordingly, it considered that it could exercise

⁴³ *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, 239, at 265 and ss.

⁴⁴ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment of 8 November 2019, ICJ Reports (2019).

⁴⁵ *Ibid.*, at 21.

jurisdiction over the dispute on *ratione materiae* grounds, cumulatively with both treaties' compromissory clauses (*ratione consensus*).

Another interesting precedent was given by the *Immunities and Criminal Proceedings* case, between Equatorial Guinea and France.⁴⁶ Since the launching of the proceedings, the whole analysis on the Court's jurisdiction over the dispute dealt first and foremost on *ratione materiae* considerations. Beyond the *ratione consensus* threshold provided for by Article 35 of the 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime (Palermo Convention) and Article I of the 1961 Optional Protocol to the VCDR concerning the Compulsory Settlement of Disputes, which both parties signed without reservations, the examination on the scope of the Court's jurisdiction over the case fell primarily over the cross-examination of the facts alleged by parties, and the matters regulated by the applicable provisions of the multilateral treaties relied by the Equatorial Guinea. At the request of the applicant, the Court indicated provisional measures by exercising not only its jurisdiction *ratione consensus* under Article I of the Optional Protocol, but also by determining its jurisdiction *ratione materiae* in the light the applicable provisions of the 1961 VCDR. And in doing so, the Court affirmed that the indication of provisional measures implied the need to ascertain whether the acts complained of by Equatorial Guinea are *prima facie* capable of falling within the provisions of that instrument and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain.⁴⁷

Subsequently, when examining the preliminary objections submitted by the respondent, material considerations again were at the core of the Court's findings on its jurisdiction. And for that matter the Court made it very clear that its jurisdiction over the controversy hinged upon a matter of substance: '[i]n order to establish jurisdiction over the aspect of the dispute [...], the Court is required to determine whether that aspect of the dispute is one that arises out of the

⁴⁶ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports (2018) 292.

⁴⁷ *Ibid.*, at 308, 315 and 324.

interpretation or application of the Vienna Convention.⁴⁸ The Court then first upheld France's objection and concluded that it 'lack[ed] jurisdiction pursuant to the Palermo Convention to entertain Equatorial Guinea's Application' and upheld France's first preliminary objection.⁴⁹ But it dismissed France's second preliminary objection, and decided that it had jurisdiction to entertain the case as regards the interpretation or application of the Vienna Convention relating to the status of Equatorial Guinea's property in Paris. Hence, after thoroughly examining the claims in the light of both multilateral treaties, the Court concluded that it lacked material jurisdiction pursuant to the Palermo Convention to entertain Equatorial Guinea's Application, but decided that it had material jurisdiction pursuant to the Optional Protocol to the Vienna Convention. It was thus by finding its jurisdiction *ratione materiae* under one of the multilateral treaties that the Court finally decided to entertain the case, in spite of the existence of valid and binding compromissory clauses (*ratione consensus*) under both instruments.

Another case has recently been brought to the Court on the basis of a multilateral treaty's compromissory clause: Article IX of the Genocide Convention. In the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* case,⁵⁰ The Gambia alleged *inter alia* that there have been breaches of obligations under the Convention regarding members of the Rohingya group in Myanmar, and requested provisional measures from the Court. When examining such a request, the Court explicitly recognized that '[s]ince The Gambia has invoked as a basis of the Court's jurisdiction the compromissory clause in an international convention, the Court must ascertain whether the acts complained of by the Applicant are capable of falling within the provisions of that instrument and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction

⁴⁸ *Ibid.*, at 332.

⁴⁹ *Ibid.*, at 328.

⁵⁰ Interestingly, this is the first contentious case in the history of the ICJ opposing two developing countries from two different regional groups. Indeed, until now, all other cases either opposed countries from the same regional group, or WEOG countries and states from other regional groups.

ratione materiae to entertain' the case.⁵¹ And when it decided on that request for provisional measures, the Court further declared that 'at least some of the acts alleged by The Gambia are capable of falling within the provisions of the Convention.'⁵² Hence, even though at a preliminary stage, considerations related to *ratione materiae* criteria were at the core of the analysis of the Court's jurisdiction over the case. As a matter of fact, the very determination on whether there was a dispute between the parties required the examination of the facts described by the applicant in the light of the applicable provisions of the Genocide Convention.

Last but not least, and again involving a dispute under the CERD, the ICJ recently released its latest decision in which material considerations were once more at the core of the analysis on its jurisdiction. In the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Qatar alleged that the United Arab Emirates (UAE) violated its obligations under the Convention by implementing discriminatory measures directed against Qataris, and requested the indication of provisional measures. The prima facie jurisdiction of the Court was given by the fact that both countries are UN members (personal criteria), and both ratified the Convention without reservations of its compromissory clause (Article 22) entailing ICJ's compulsory jurisdiction. The Court thus went on and granted the applicant's request for the indication of provisional measures on *ratione materiae* basis, by sustaining the existence of a dispute regarding the interpretation and application of CERD.⁵³ The respondent raised preliminary objections on material grounds both to the jurisdiction of the Court and also to the admissibility of the case. The UAE maintained first that the Court lacked jurisdiction *ratione materiae* because the acts did not fall within the scope of CERD, and second, that the application did not satisfy the procedural preconditions

⁵¹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Request for the indication of provisional measures, Order of 23 January 2020, at 7.

⁵² *Ibid.*, at 10.

⁵³ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Provisional Measures, Order of 23 July 2018, ICJ Reports 2018, p. 406.

of Article 22 (attempts to settle the dispute through bilateral negotiations). In its final judgment, the Court initially reiterated its previous understanding that it had jurisdiction over the case as a result of the existence of a legal dispute between the parties on the application of the CERD provisions. But it eventually decided not to entertain the merits by upholding the first preliminary objection raised by the UAE on its material jurisdiction, namely that the claims made by Qatar did not fall within the material scope of the Convention.

When examining the content of the judgment,⁵⁴ as well as declarations and separate and dissenting opinions made by the judges, it becomes clear that the whole decision hinged upon the analysis on the material scope of the CERD as applied to the claims raised by the parties. The three main questions at the core of the Court's analysis on the applicant's claims - whether the term "national origin" encompasses current nationality; and whether the measures imposed by the UAE on certain Qatari media corporations and the measures that Qatar characterizes as "indirect discrimination" against persons of Qatari national origin fall within the scope of the Convention – undergone a thorough hermeneutical exercise on *ratione materiae* grounds that involved not only the understanding of the judges on the object and purpose of the Convention, and on their interpretation of the ordinary meaning and the normative scope of technical terms such as "national origin", but even the interplay between their views on those issues and other supplementary means of interpretation raised by the parties, such as the *travaux préparatoires* of the CERD, the practice of the CERD Committee and even the jurisprudence of regional human rights court in that area. And even after all that work, the majority of the Court upheld the first preliminary objection raised by the respondent and decided that it had no jurisdiction to entertain the merits of the dispute, in spite of the opinion of a minority number of judges who expressly sustained opposite views.⁵⁵

⁵⁴ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Judgment of 4 February 2021.

⁵⁵ *Ibid.*, Dissenting Opinions of Judges Sebutinde, Bhandari and Robinson.

All the cases examined above have shown that *ratione materiae* considerations have been playing a central role in the Court's task of determining its jurisdiction over cases submitted by states on the basis of multilateral treaties. Due attention to the inherent limitations to its jurisdiction, primarily the consent of the concerned states as established in compromissory clauses, still remains paramount in the Court's practice. But even when the thresholds of *ratione personae* and, mainly, *ratione consensus* criteria have been met, there has been a wide scope of *ratione materiae* elements that, when taken under consideration, were pivotal for the Court in assessing its jurisdiction over the dispute.

Can this process be interpreted as a breakthrough towards the goal strengthening of the Court's functions in the international system? In other words, to what extent multilateral treaties have actually expanded the jurisdictional scope of the Court's judicial functions, taking into account that its formal mandate in the settlement of inter-state disputes has remained virtually confined to same parameters as established a century ago at the League of Nations?.

4. Reasons for Scepticism

In spite of the growing number of cases brought to the attention of the Court in relation to the application and interpretation of multilateral treaties, the impact of a larger number of multilateral agreements upon the jurisdictional functions of the ICJ must be met with scepticism. One of the reasons is that, unless certain ulterior conditions are met, many among those 133 multilateral conventions examined above do not necessarily express the *ex ante* consent of states to the compulsory jurisdiction of the Court. In several multilateral instruments, the access by the parties to the ICJ's jurisdiction hinges upon a previous declaration to be made by the counterpart at the moment of the deposit of the ratification on the acceptance of the Court's competence under the treaty's compromissory clause. As a result, unless the parties involved have previously accepted the legal effects of their respective compromissory clauses, those treaties are actually ineffective *de per se* as means of providing access by the

parties to the ICJ's compulsory jurisdiction over disputes arising among them on the interpretation and application of rights and obligations regulated therein.

Some of the above mentioned environmental conventions concluded in the 1990's have compromissory clauses of such a nature. Both the 1992 UN Framework Convention on Climate Change and the UN Convention of Biological Diversity have exactly the same compromissory clause requiring a declaration in writing by the parties, '[w]hen ratifying, accepting, approving or acceding' to the Convention, that it accepts as means of dispute settlement as compulsory, the submission of the dispute to the ICJ.⁵⁶ The UN Convention on Climate Change has 196 parties – more than UN Member States – but only three of them have made declarations recognizing the compulsory jurisdiction of the ICJ under its compromissory clause.⁵⁷ The same legal regime can be found in the Convention on Biological Diversity: it also has 196 parties, but only four states have made declarations on the ICJ's compulsory jurisdiction.⁵⁸

In the same vein, several multilateral treaties' compromissory clauses expressly require the consent in casu by the parties for disputes arising between them before referral to the ICJ. For instance, the Chemical Weapons Convention (CWC) only refers to the possibility that, when a dispute arises between states parties, they may submit it to the Court 'by mutual consent.'⁵⁹ Quite similarly, Article VI of the Comprehensive *Nuclear-Test-Ban Treaty* (CTBT) also establishes that '[w]hen a dispute arises between two or more States Parties (...) relating to the application or interpretation of this Treaty, the parties concerned shall consult together with a view to the expeditious settlement of the dispute by negotiation or by other peaceful means of the parties' choice, including recourse to appropriate organs of this Treaty and, by mutual consent, referral to the International Court of Justice.' The same type of compromissory clause can be found in

⁵⁶ Respectively, Arts. 14 and. 27 (3).

⁵⁷ Netherlands, Solomon Islands, and Tuvalu.

⁵⁸ Austria, Georgia, Netherlands, and Latvia.

⁵⁹ Art. XIV (2).

several other multilateral instruments, such as the Constitution of the United Nations Industrial Development Organization ('if the parties so agree', Article 22, para. 1 (b)); the 1980 Convention on the Conservation of Antarctic Maritime Living Resources ('with the consent in each case of all Parties to the dispute', Article XXV); the Antarctic Treaty ('with the consent, in each case, of all Parties to the dispute', Article XI), and the Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America ('with the prior consent of the parties to the controversy', Article 24).

Consequently, although those conventions do stipulate for a role to be played by the Court in the settlement of disputes arising between the parties over their application and interpretation, no case actually can be initiated under the legal framework provided for by those multilateral treaties without the prior consent of concerned states in casu. In practice, therefore, those compromissory clauses operate more as a stimulus for the parties to peacefully settle their disputes in good faith, including by referral to the ICJ, rather than a concrete commitment with the Court's compulsory jurisdiction.

Also, although included in the list of treaties recorded by the UN Secretariat as conferring jurisdiction on the Court,⁶⁰ some multilateral instruments cannot even be considered *stricto sensu* as means of accessing to the ICJ's jurisdiction under certain conditions. For they merely provide for some kind of involvement of the Court and/or its judges in the peaceful settlement of international disputes. The Agreement on the Privileges and Immunities of the International Criminal Court (Article 32 (3)) and the Agreement on the establishment of the International Vaccine Institute (Article 7, paras. 2 and 3) do not exactly deal with the contentious jurisdiction of the Court, but rather provide for a role to be played by the President of the ICJ in the appointment of members for arbitral tribunals to solve disputes between the parties. Article 119 of the Rome Statute of the International Criminal Court establishes, as a general rule for the settlement of disputes between the parties relating to its interpretation or application, submission to the Assembly of States Parties, which 'may make recommendations on further means of settlement of the

⁶⁰ See <https://www.icj-cij.org/en/treaties>.

dispute, including referral to the International Court of Justice.’⁶¹ And the International Health Regulations’ compromissory clause (Article 56) actually doesn’t provide for the jurisdiction of the Court; it rather allows for the parties to declare that they accept ‘arbitration as compulsory with regard to all disputes concerning the interpretation or application of these Regulations, to which it is a party or with regard to a specific dispute in relation to any other State Party accepting the same obligation’, a situation in which the judges of the ICJ may play a role as members of arbitral tribunals.

Finally, reservations made by the parties further reduce the jurisdictional scope of the Court over disputes arising in regard to the interpretation and application of multilateral treaties. Among the treaties⁶² more frequently relied by the applicants as providing *ratione consensus* basis for ICJ jurisdiction in contentious cases, the 1948 Genocide Convention has 17⁶³ reservations (11,2%, out of 152 parties) relating to Article IX; the 1971 Montreal *Convention* has 27⁶⁴ reservations (14,4%, out of 188 parties) relating to Article 14 (1); the ICERD has 26⁶⁵ reservations (14,3%, out of 182 parties) relating to

⁶¹ On the decision making process of the Assembly of the Parties, see Art. 112 (7) (b) of the Rome Statute, which establishes that ‘[d]ecisions on matters of procedure shall be taken by a simple majority of States Parties present and voting.’

⁶² Among those, the 1963 Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations does not have any reservation for obvious reasons: for it basically sets forth the commitment of the parties to the compulsory dispute settlement at the ICJ.

⁶³ Algeria, Argentina, Bahrain, Bangladesh, China, India, Malaysia, Montenegro, Morocco, Philippines, Serbia, Singapore, United Arab Emirates, USA, Venezuela, Vietnam, Yemen. Interestingly, though, several countries have withdrawn reservations made in respect of article IX: Albania, Belarus, Bulgaria, Cuba, Czech Republic, Hungary, Mongolia, Poland, Romania, Russia, Rwanda, Slovakia, Spain, and Ukraine. Several countries made declarations with the intent to express their non-recognition of reservations made by other parties in relation to Art. IX of the Genocide Convention. See, in particular, the practice of the United Kingdom in this connection.

⁶⁴ Afghanistan, Algeria, Bahrain, Belarus, Brazil, China, Cuba, Egypt, Ethiopia, France, Guatemala, Hungary, Indonesia, Malawi, Mongolia, Oman, Papua New Guinea, Peru, Poland, Qatar, Romania, Russia, Saudi Arabia, South Africa, Syria, Tunisia, and Ukraine.

⁶⁵ Afghanistan, Bahrain, China, Cuba, Egypt, Equatorial Guinea, India, Indonesia, Iraq, Israel, Kuwait, Lebanon, Libya, Madagascar, Morocco, Mozambique, Nepal,

Article 22; and the Convention against Torture has 28⁶⁶ reservations (16,5%, out of 170 parties) in regard to the jurisdiction of the ICJ under Article 30.⁶⁷ And the limiting impact resulting from those reservations can be found in cases such as the *Legality of the Use of Force* case, in which the ICJ found that there was no jurisdiction, and therefore dismissed the case due to the US reservation to the Genocide Convention.⁶⁸

The issue at hand may become even more complex when considered that the analysis of the Court's material jurisdiction under multilateral treaties might overlap with other grounds providing for its jurisdiction. For example, reservations of a substantive nature made by the parties to multilateral treaties must also be applied even when the Court's jurisdiction is found *prima facie* in other sources, such as declarations made under Article 36 (2) of the statute. The list of subjects excluded from the Court's jurisdiction under those declarations may include, *inter alia*, 'matters which are essentially within the domestic jurisdiction' of states,⁶⁹ use of military forces

Papua New Guinea, Saudi Arabia, Singapore, Syria, Thailand, Turkey, United States, Vietnam, and Yemen.

⁶⁶ Bahamas, Bahrain, Chile, China, Cuba, Equatorial Guinea, Eritrea, Fiji, France, Ghana, Indonesia, Israel, Kuwait, Lao, Mauritania, Monaco, Morocco, Oman, Pakistan, Panama, Poland, Samoa, Saudi Arabia, Thailand, Turkey, United Arab Emirates, USA, and Vietnam.

⁶⁷ Among the permanent members of the Security Council, it is worth mentioning that China has had a persistent practice in making reservations to in connection to the compulsory jurisdiction of the Court.

⁶⁸ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports (1999) 916.

⁶⁹ Originally the 'Connally reservation' made by the USA to its 1946 declaration, this reservation is still in force for five states (Philippines, Liberia, Malawi, Mexico and Sudan). However, judges at The Hague and several scholars have already expressed doubts on the applicability of reservations made on that particular subject. See *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Judgment of March 21st, 1959, ICJ Reports (1959) 6, Separate opinion of Judge Lauterpacht, at 95; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports (1984) 392, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, at 601–02; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment, 1998 ICJ Reports (1998) 432, Dissenting Opinion of Judge Vereshchetin, at 575.

abroad,⁷⁰ the use of force,⁷¹ maritime matters,⁷² fishing,⁷³ and maritime living resources.⁷⁴ Theoretically, therefore, the consent given by states has excluded those particular matters from the scope of the Court's jurisdiction, what implies the need for the judges to take them into consideration when examining the existence of material grounds providing for their capacity to be seized of a given dispute.

Reservations made in declarations under Article 36 (2) may limit even more the material scope for the Court's jurisdiction over a dispute as a consequence of the principle of reciprocity applicable to the Court's compulsory jurisdiction under optional clause declarations. That is exactly what happened in the *Whaling* case.⁷⁵ The final assertion by the Court on its jurisdiction hinged upon its preliminary analysis on the interplay between the material scope of Australia's reservations to its declaration under Article 36 (2), and Japan's obligations under the International Convention for the Regulation of Whaling. Still, *ratione materiae* criteria were at the centre of the Court's findings in its decision to entertain the merits of that case.

When analysing the growing use of multilateral treaties as a means of accessing the contentious jurisdiction of the Court, it is also important to take into account historical and political aspects underlying each dispute. Indeed, sometimes recourse by the applicants to certain treaties is explained mostly by specific circumstances. Reliance on the Genocide Convention is particularly interesting in this connection, since its compromissory clause appears as the one of the most common means of accessing the contentious jurisdiction of the ICJ. Taking into account all disputes which have been brought to the attention of the Court, including those which have not been officially included in the List of Cases, there have been 13 attempts to initiate contentious cases at The Hague on the basis of Article IX of the

⁷⁰ Germany.

⁷¹ India.

⁷² Australia.

⁷³ Canada.

⁷⁴ Japan.

⁷⁵ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, ICJ Reports (2014) 226.

Genocide Convention.⁷⁶ However, except for two of them,⁷⁷ the subject-matter underlying all other disputes were related to the same issue: the process of dismantlement of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) in the 1990's, and the subsequent armed conflict in the Balkans that led to some of the most serious violations of human rights after the II World War. Indeed, ten contentious cases were initiated in 1999 by Yugoslavia or Serbia and Montenegro against members of OTAN on the basis *inter alia*⁷⁸ of Article IX on issues related to the legality of the use of force. But in none of them the judicial proceedings reached the merit's phase: the Court declared, while analysing a request for provisional measures, that it lacked jurisdiction in two of them and ordered the cases to be removed from the List;⁷⁹ and in the remaining eight cases, the Court upheld preliminary objections filed by the respondents, and did not exercise its jurisdiction over the dispute on grounds that the applicant lacked *ratione personae* capacity to initiate contentious proceedings before the Court. Two other cases were filed respectively by Bosnia and Herzegovina (1993), and Croatia (1999) against Yugoslavia and/or Serbia. In both cases the applicants relied on the Genocide Convention's compromissory clause, and both reached the merit's phase.

The same rationale can be applied to the second most used compromissory clause in the practice of ICJ's contentious jurisdiction:

⁷⁶ Curiously, in the *Prisoners of War* case, Pakistan relied on Art. IV instead of Art. IX of the Genocide Convention when asking for the Court to exercise its jurisdiction over a dispute against India. The case was discontinued on the request of the Applicant in view of the refusal of the Respondent to accept ICJ's jurisdiction. Cf. *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)*, Order of 15 December 1973, ICJ Reports (1973) 347.

⁷⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports (2006) 6; and *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *supra* note 49.

⁷⁸ In five cases (Belgium, Canada, Netherlands, Portugal and United Kingdom), the applicants also relied upon Art. 36 (2) of the Statute.

⁷⁹ *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports (1999) 761; and *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. United States of America)*, *supra* note 76.

the 1963 Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations. The United States was the respondent in four out of the five cases in which the applicants relied upon the Optional Protocol as a means of accessing the compulsory jurisdiction of the ICJ.⁸⁰ But instead of a growing number of states acceding to the Optional Protocol regime, recent international practice has been marked by United States' withdrawal in 2005.⁸¹ Paradoxically, therefore, the level of commitment of states to that conventional instrument was impacted by the very reasons that may explain its success as an effective means of accessing the compulsory jurisdiction of the ICJ.

5. Concluding Remarks

Multilateral treaties have been paramount for the exercise of the Court's functions in recent decades. As examined above, when it comes to the Court's functions under multilateral treaties, the analysis of the substantive grounds providing for its jurisdiction are commonly established insofar it is possible to determine the extent to which allegations made by the applicants can be construed as pertaining to the material domain regulated by those treaties. For unless those allegations can be framed within that material normative domain, the Court may not be able to entertain the merits of the dispute, regardless of being able to find its jurisdiction over that case under applicable *ratione consensus* and *ratione personae* criteria.

⁸⁰ Specific features of the American criminal system may explain the proportion of cases portraying the USA as respondent, first and foremost the alleged lack of access to consular services by foreign nationals accused of crimes under the application of death penalty in American states.

⁸¹ On March 7, 2005, the Secretary-General received from the Government of the United States of America, a communication notifying its withdrawal from the Optional Protocol. The communication reads as follows: 'the Government of the United States of America [refers] to the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes, done at Vienna April 24, 1963. This letter constitutes notification by the United States of America that it hereby withdraws from the aforesaid Protocol. As a consequence of this withdrawal, the United States will no longer recognize the jurisdiction of the International Court of Justice reflected in that Protocol.'

This is a trend that has intensified in the last decades, and which has accompanied *pari passu* the conclusion of instruments in several fields of international law. It was seen that *ratione materiae* considerations have been paramount in the findings reached by the Court when establishing its jurisdiction over contentious cases, even in circumstances where compromissory clauses already provided *prima facie* grounds for it to act upon the dispute. Eventually, the very analysis on the extent of the consent of the parties to the jurisdiction of the Court pursuant to compromissory clauses has hinged upon the applicability of the norms regulated by that same multilateral treaty in which such provisions are inserted, as viewed in the several cases previously examined, i.e., elements related to both consent and substance have become increasingly intertwined.

Hence its role as interpreter of the applicable rights and obligation provided for in those multilateral treaties is becoming pivotal not only for entertaining the merits of the dispute, but first and foremost for the determination of its own jurisdiction. Matters related to substance, which should be ideally dealt with at the merits phase, are now becoming an issue of primary concern in the Court's findings on its jurisdiction in the preliminary phase. For more and more preliminary objections are being raised by the parties as regards issues related to their appropriate material applicability in a case.

The expansion of matters regulated by international law entailing the Court's jurisdiction is undeniably a matter to be celebrated. It means that rights and obligations agreed upon by states are becoming more and more judiciable. Since the peaceful settlement of disputes is one of the pillars of the international system, the very maintenance of peace and security is expected to benefit from that, in accordance to the principles and purposes enshrined in the UN Charter. In a certain way, this new jurisdictional environment can be construed as the strengthening of the Court's jurisdiction. It is well known that the jurisdiction of the Court was originally intended to be universally compulsory in terms of *ratione personae* and *ratione consensus* criteria, with an equally wide and general *ratione materiae* scope. But due to political constraints during the negotiations of the Court's statutes in Geneva in 1920, and in San Francisco in 1945, all that was

left at inter-state level remained dependent first and foremost on the free will of states to recognize the Court's jurisdiction.

While this general jurisdictional framework has remained largely intact over the past 100 years, new developments are taking place as a consequence of the continuous expansion of the areas regulated by international law. The growing number of multilateral and multiparty agreements providing for the jurisdiction of the ICJ over disputes has had the effect of expanding not only the material areas covered by Article 38 of the statute, but also the very basis for the Court's jurisdiction under Articles 34, 35 and 36. Reservations of all sorts (timeframe, subject-matter and counterparts) still restrict the ICJ's actual scope of jurisdiction, as reflected either on reservations to optional clauses or to substantive domains covered by those instruments. Nonetheless it is deeper and wider than ever before, at the very least as regards their respective states parties. So it is plausible to say that, as a result of a larger number of multilateral treaties, there is a connection between the expansion of international corpus iuris and the strengthening of the judicial function of the ICJ in settling inter-state disputes. And as a consequence of this process, considerations related to the subject-matter of the dispute as regulated by the international agreements relied upon by the parties have become important not only for entertaining the merits, but equally for the establishment of the Court's jurisdiction over the cases brought to its attention.

However, and beyond the reasons for scepticism already examined above, due attention still seems to be paramount in order to circumvent the challenges involved in a more assertive stance of the Court's jurisdiction on *ratione materiae* grounds. One of these challenges lies in the adoption of contradictory views on the same matter in different stages of the proceedings. The Court is entitled to change its findings on the relevant elements that provide for its jurisdiction over a case. The Statute and the Rules of the Court guarantee such a capacity when it is called upon to decide on the indication of provisional measures, or on preliminary objections

submitted by the parties.⁸² Hence different views at different stages of the proceedings may be perfectly justifiable and potentially necessary from a strictly technical perspective. But given the wide hermeneutic latitude that any tribunal possesses to find its jurisdictional grounds, an unclear or subsequent contradictory view on material considerations might have a negative impact to the Court's work.

For instance, an interpretative shift in the course of a same given case might be construed – correctly or not – as hesitation in the eyes of the international community, creating insecurity and lack of confidence between the parties. The final judgment in the *CERD* case is a relevant reminder in this regard. The Court first considered that it had jurisdiction *ratione materiae* for the purpose of determining provisional measures, but it eventually decided not to proceed to the merits phase. Although based on a matter of admissibility *stricto sensu* (non-fulfilment of the requirement to attempt to solve the dispute through direct negotiations), that decision may raise concerns on a potential hesitation at The Hague in exercising its powers at a preliminary phase, mostly because it happened in spite of its previous decision sustaining that there were plausible grounds in the light of the applicable norms under CERD that justified the indication of provisional measures. Needless to say that the indication of provisional measures is to be satisfied first and foremost on *periculum in mora* and *fumus boni iuris* considerations, in accordance to Article 41 of the statute. But balancing the need to act in a timely manner and to correctly interpret and apply rights and obligations, while also avoiding the erosion of the Court's credibility, is of paramount importance in

⁸² Indeed, it is a well-established principle that, for the purpose of indicating provisional measures, for example, the Court is expected to determine whether the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded. But it doesn't need not satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case. See, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, ICJ Reports (2014), at 151; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2007, ICJ Reports (2007) (I), at. 10; and *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Provisional Measures, Order of 23 July 2018, ICJ Reports (2018) (II), at 422.

such a politicized environment as the current one at the international level. For there is a strong connection between the idea of ‘plausibility of rights’ and the substantive jurisdictional grounds providing jurisdiction for the Court’s over a dispute.⁸³

Another challenging scenario is to be found on the political side of this analytical spectrum, in terms of a hypothetical disregard for the consent of states when weighing and balancing consensual criteria vis-à-vis material considerations. It has been seen that all grounds providing for its jurisdiction must be equally taken into account in the Court’s findings on the extent of its jurisdictional scope over a given dispute. But ultimately, according to the *compétence de la compétence* principle (Article 36 (6) of the statute), it’s up to the Court to decide on whether those thresholds have been met, and how they must be mutually weighed. This hasn’t happened in the Court yet, and the judges at The Hague are known for their strict respect for the consent of states – and sometimes they are even criticized for being overzealous in this regard. But could or should the Court be less conservative and adopt an increasingly teleological approach based on *ratione materiae* criteria, particularly in terms of the aims of rights and obligations enshrined in a given multilateral treaty, as a means of affirming ICJ’s jurisdiction over contentious cases? There are precedents in this area in the practice of other international tribunals, mostly in the area of international human rights law. But could or should such a pattern be replicated at the ICJ?

The sensitivity of those issues under current circumstances can be observed in some of the pending cases at The Hague. In the *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem* case, the Court has already declared that ‘it is necessary to resolve first of all the question of the Court’s jurisdiction and that of the admissibility of the Application’, and that such a task implies the need for ‘for the Court to be informed of all the contentions and evidence on facts and law on which the Parties rely in relation to its jurisdiction and the

⁸³ R. Kolb, ‘Digging Deeper into the “Plausibility of Rights” - Criterion in the Provisional Measures Jurisprudence of the ICJ’, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2000), vol. 19 (3), 365-387.

admissibility'.⁸⁴ Those remarks give enough room for speculating on whether not only matters related to personal and consensual criteria are to be decisive in the Court's decision on its jurisdiction over that case, but also to what extent material considerations will be taken into account by the Court when finding its jurisdiction over the case. This is certainly a decision to be closely followed upon in the coming months for the purpose of the present article.

There seems to be no simple way out of this conundrum. On the one hand, a more affirmative Court on *ratione materiae* considerations, inter alia on the basis of its *compétence de la compétence* principle, can be a necessary approach for further affirming the role of the Court in inter-state adjudication, mostly as a means of enhancing rights and obligations agreed upon by states at the international level. Arguments in favour of teleological interpretation of multilateral treaties seem to be particularly pertinent in this regard.⁸⁵ After all, allowing states to bring legal claims as provided by the legal norms in force within a certain jurisdictional framework such as the ICJ is what the very concept of rule of law should be all about at the international level.

One could speculate, for example, that material criteria could be interpreted in a less restrictive manner for the purpose of entertaining the merits in cases where the states parties are UN members and have ratified the multilateral treaty under examination without reservations concerning neither the compromissory clause or the disputed subject-matter. In such a hypothetical scenario, which has already been seen in the Court's practice as examined above, the previous steps on personal and consensual criteria can be formally considered as met for the purpose of establishing the Court's prima facie jurisdiction. After all, those very same material aspects might be re-examined at the merits phase. Although still a minority, there are judges at The Hague relying increasingly on this hermeneutical line of thought,⁸⁶ and that would put the Court in the position of approaching

⁸⁴ *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, Order of 15 November 2018, ICJ Reports (2018) 708, at 710.

⁸⁵ See *supra* note 41, Dissenting Opinion of Judge Cañado Trindade, 239, at 265 and ss.

⁸⁶ See particularly the dissenting opinions in the CERD cases.

the material scope of its jurisdictional grounds in a different manner in comparison to the restrictive one that prevails today. It's even possible to draw a parallel between this hermeneutical line of thought and that of the doctrinal debate that took place in the XXth century⁸⁷ that argued the prominent competence of jurisdictional mechanisms (arbitration and judicial mechanisms) in the peaceful settlement of international disputes.⁸⁸ In both them, the bottom-line is the assumption that *ratione materiae* criteria should take precedence in the decision on the Court's jurisdiction in the light of the overall interest of the international community of guaranteeing the application of the existing law among nations.

On the other hand, there are risks involved in this path. No matter how incorrect or unfair it may be, many could misinterpret such a hermeneutical approach as misuse of the Court's powers under Article 36 (6).⁸⁹ And, as a matter of policy, that could stimulate an ever-growing process of disengagement of states from compromissory clauses and other formats of recognition of the Court's compulsory jurisdiction. The practice of the United States, which withdrew from both the 1961 and the 1963 Optional Protocols to the VCDR and VCCR, first in the aftermath of first the Court's judgment on preliminary objection in the *Avena* case, and subsequently after the submission by Palestine of the dispute related to the relocation of the US Embassy to Jerusalem, are powerful reminders in this connection. Not to mention that other P5 members have never even agreed to such compromissory clauses. And although a result of an intrinsically lack of political legislative willingness and not a strictly legal problem, the fact that none of the recent most important multilateral treaties do

⁸⁷ H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (1933) (2011 edition), at 431 and ss; and N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international* (1928), at 139 and ss.

⁸⁸ As observed by Kolb, though, this view 'has been taught in the past only by a limited number of academic international lawyers', at 335. See also R.Y. Jennings, 'General Introduction', in A. Zimmermann, C. Tomuschat and K. Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, Oxford, 2006, at 35.

⁸⁹ It is possible to speculate on whether it could be interpret it as ultra vires action.

provide for the compulsory jurisdiction of the Court adds up another layer of political complexity to this matter.

In historical and broader terms, it is not an over-exaggeration to say that this process is taking place in a moment particularly sensitive for the ICJ. Past decades have witnessed a progressive growth and better confidence in its work as reflected in a still reluctant, but continuous growth in the number of states that voluntarily recognized its compulsory jurisdiction. But at the same time, the Court has counted with less engagement from major world powers to its jurisdictional functions. So if there is a shift in the way it has interpreted its powers towards a more affirmative role under Article 36 (6) of the Statute under *ratione materiae* criteria, what would be its impact on the practice of states as regards their commitment to the compulsory jurisdiction as provided for compromissory clauses inserted in multilateral treaties? And there are examples stemming from other fora as regards the appetite of states towards more proactive international jurisdictional mechanisms on the basis of *ratione materiae* criteria.⁹⁰ One can mention, in particular, the Dispute Settlement System (DSS) of the World Trade Organization (WTO), which now faces an impasse as result of the lack of commitment of some states parties allegedly as a result of judicial over-reach and activism by the Appellate Body. If that is happening in an international adjudicatory system such as the DSS, which has compulsory jurisdiction as a result of the very membership of the WTO,⁹¹ one can only speculate what could happen to the ICJ, the jurisdiction of which is deeply rooted in the voluntary acceptance by states.

Although not strictly a matter of legal concern, decisions taken by the Court do operate as a Damocle's sword as regards the level of engagement of states to its judicial functions. It is not a coincidence, therefore, that, as of now, the Court still applies a restrictive approach when interpreting treaties, including those of a multilateral nature,

⁹⁰ Chazournes, *supra* note 9.

⁹¹ Article XV (5) of the 1992 WTO Marrakesh Agreement prohibits reservations inter alia to the DSS.

providing material basis for its jurisdiction.⁹² The ICJ has acted based on the assumption that its jurisdictional grounds must be a matter clearly established by the applicable treaty or unilateral provisions in each case. In doing so, the Court seems to aim at avoiding potential misunderstandings as to the role of the will of states in the exercise of its jurisdictional activities with regard to both its contentious functions and the treaty under examination. In other words, it can be said that, between the impetus for further advancing the scope of its powers under the principle of *compétence de la compétence*, and the risks of eventually alienating the commitment of states with the peaceful settlement of disputes, a precautionary approach has prevailed at The Hague.

But if this trend in regard to multilateral treaties and the growing number of contentious cases is to continue in the coming years, one thing is for sure: the well-known capacity of the Court to sail in rough and unknown waters will be needed more than ever for the benefit of the existing inter-state dispute settlement system in its current framework. For the *ratione materiae* threshold appears to have become a matter of utmost centrality in the Court's findings on its jurisdiction over contentious cases related to the interpretation and application of multilateral instruments.

⁹² The PCIJ first explicitly recognized such an understanding by stating that 'every clause conferring jurisdiction upon the Court must be interpreted strictly.' *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, 1932 PCIJ, No. 46, at 138-9. It has also stated that, in order to determine whether a dispute is one concerning the interpretation or application of a given treaty '[i]t must ascertain whether the violations [alleged] ... do or do not fall within the provisions of the Treaty and whether, as a consequence, the dispute is one which the Court has jurisdiction *ratione materiae* to entertain.' See *inter alia*, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports (1996) (II) 803, at 810; *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports (1999) 124, at 137.

ARBITRAGENS INTERNA E INTERNACIONAIS: NOTAS DISTINTIVAS E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS PARA A CIRCULAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS

Nevitton Vieira Souza

Considerações Iniciais

A arbitragem, enquanto método de resolução de controvérsias, goza de alto reconhecimento no plano internacional, irradiando-se também no âmbito das relações internas, notadamente em atenção ao adensamento da globalização e das aproximações sociais, econômicas e comerciais dela decorrentes. Nesse cenário, os elementos de conexão internacionais potencializam-se nas relações jurídicas submetidas a mecanismos de resolução de conflitos.

Na adaptação de seus ordenamentos jurídicos à realidade imposta pela mundialização, os Estados podem optar por se manterem refratários em suas próprias experiências normativas ou aproveitar das experiências dos demais componentes da sociedade internacional, composta não só por Estados e seus ordenamentos jurídicos, mas também por Organizações Internacionais, dentre as quais algumas comissionadas à busca pela harmonização e aproximação normativas.

Nesse contexto, o presente artigo busca investigar os modelos normativos relativos às arbitragens, no plano nacional e internacional, bem como a interação desses âmbitos, em perfis conhecidos como sistemas monista e dualista, assim como o espaço das arbitragens internacionais em sentido estrito, oriundas do exercício da jurisdição internacional.

Na sequência, dentre os distintos aspectos das arbitragens que podem ser objeto de regulação, a análise será direcionada aos modelos de execução das sentenças arbitrais, buscando-se observar as distinções decorrentes se sua natureza nacional, estrangeira ou internacional.

1. Arbitragens interna e internacionais

Alicerçada na autonomia da vontade, a arbitragem é método de resolução de controvérsias consagrado no plano internacional, notadamente no tocante ao comércio internacional. No âmbito nacional, em que pese notório incremento da arbitragem após a regulamentação interna pela Lei n. 9.307, de 1996, a jurisdição estatal ainda é preponderante. Cumpre apresentar, inicialmente, os distintos regimes jurídicos que podem ser observados no cenário arbitral, a fim de posteriormente analisar as especificidades atinentes às diferentes sentenças arbitrais a eles relacionadas.

1.1. Sistemas monista e dualista

As especificidades das relações negociais no comércio internacional em comparação às internas aos Estados sustentam a adoção legislativa de distintos países por distinguirem os regimes jurídicos das arbitragens internacionais e arbitragens domésticas. São os casos, segundo Fabiane Verçosa¹, da Bélgica, Canadá, Colômbia, Escócia, Equador, França, Hong Kong, Portugal, México e Suíça, que adotaram o chamado sistema dualista. Ademais, a distinção entre as arbitragens nacionais e internacionais favorecem o movimento de harmonização das normas internacionais que visam dotar o comércio internacional de maior segurança², inclusive em relação às arbitragens internacionais.

Sem perder de vista as peculiaridades das arbitragens internacionais, alcançadas pelas normas internacionais na matéria, da

¹ VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 424.

² STRENGER, Irineu. *Arbitragem Internacional: conceitos básicos*. In: PUCCI, Adriana Noemí (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

qual é exemplo atual a Convenção de Nova York³, de 1958, o Brasil adotou a posição legislativa de não distinguir a arbitragem interna da arbitragem internacional, segundo se infere da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei n. 9.307/96, LBA)⁴.

O Brasil adotou o denominado sistema monista, ao lado da Holanda e Inglaterra, considerando que “o que é bom para a arbitragem interna é bom para a arbitragem internacional, e vice-versa”⁵. Desse modo, conclui João Bosco Lee, “a unificação da arbitragem interna e da arbitragem internacional em um só texto estende à primeira os favores das regras liberais de que goza a segunda”⁶. Nas palavras de Maristela Basso, “o legislador pátrio não diferenciou as arbitragens

³ Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.

⁴ Como assevera Selma Lemes: “Vale notar, neste particular, que o legislador brasileiro não adotou disciplina que regula a arbitragem internacional, tais como as legislações: francesa, portuguesa, suíça, a lei espanhola de dezembro de 2003 etc., em que além de dispor sobre a arbitragem nacional, isto é, àquela que se refere às questões domésticas, também disciplina, em apartado, as arbitragens internacionais, podendo defini-las de diversas formas, valendo-se de critério jurídico ou objetivo, ou econômico, tais como quando as partes estão domiciliadas em países diferentes, quando se refiram às questões afetas ao comércio internacional; enfim, estabelecem dois sistemas jurídicos díspares, definidos pela doutrina, respectivamente, como sistema monista ou dualista” (LEMES, Selma M. F. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Lei aplicável. Convenção das Nações Unidas sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 7, n. 24, p. 155-196, jan.-mar. 2010).

⁵ João Bosco Lee cita Philippe Fouchard, que no original afirma: “Certains systèmes juridiques ignorent un tel dualisme, dont beaucoup d'auteurs ne voient pas la nécessité. Pour eux, ce qui est bon pour l'arbitrage international est bon pour l'arbitrage interne, et vice versa”. (LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, p. 425-440, set. 2014).

⁶ No original: “Par ailleurs, on ne peut que féliciter le législateur pour le choix de la méthode législative. L'unification de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international dans un seul texte étend au premier la faveur des règles libérales dont jouit le second.” (LEE, João Bosco. Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 93, p. 197-217, jan.-mar. 1999).

internas e internacionais quanto aos seus efeitos”⁷. O que é endossado por Nadia de Araujo, para quem “a Lei n. 9.307/1996 não prevê um regime jurídico distinto para as arbitragens internacionais realizadas no Brasil e nem define os contornos da arbitragem internacional [...]”⁸.

No contexto do Direito Internacional Privado, a dicotomia entre monismo e dualismo é clássica, bem como conta com superações apontadas pela doutrina contemporânea⁹. No cenário arbitral, por sua vez, a distinção entre sistemas jurídicos monistas e dualistas visa identificar os Estados que adotam regime jurídico único¹⁰ aplicável às arbitragens nacionais e internacionais – denominado monista –, em contraposição aos Estados que adotam o sistema dualista, nos quais há distintos regimes jurídicos aplicáveis às arbitragens internas e às arbitragens internacionais, ainda que reunidos no mesmo instrumento legislativo¹¹.

⁷ BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9, p. 307-314, jul.-set., 2000.

⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 405.

⁹ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

¹⁰ “El monismo no presupone una coincidencia integral entre el arbitraje nacional y el internacional. Tomando en cuenta que el entorno en que se desarrollan es diverso, las mismas normas pueden disponer que ciertos aspectos del cuerpo regulador solo apliquen para el uno o para el otro. No obstante, las distinciones se han reducido considerablemente en la práctica, ya que solo algunos elementos del arbitraje internacional parecen completamente ajenos al arbitraje local; un ejemplo de ello puede ser el relativo a la posibilidad de determinar libremente las normas sustanciales aplicables al fondo de la relación contractual.” (REY VALLEJO, Pablo. Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico em Colombia y en el hemisferio. *Vniversitas*, Bogotá, n. 128, p. 245-284, jan.-jun., 2014, p. 250-251).

¹¹ O que diferencia o monismo do dualismo na arbitragem é a existência de regimes distintos, de tratamento normativo diferenciado entre arbitragens nacionais e internacionais, e não a mera formalidade de as disposições normativas estarem dispostas em veículos introdutórios normativos diferentes. Diverso do que entende Aline Henrique Dias, para quem: “Em posição intermediária, há também o sistema monista internacionalizante ou misto, qualificado como aquele em que, embora haja uma única lei, alguns dispositivos são destinados apenas à regulação da arbitragem internacional e os demais à arbitragem doméstica, como é o caso

O modelo de regulação monista, segundo descrito por Alfredo Ruy Vallejo¹², pode seguir orientação “autóctona”, estendendo às arbitragens internacionais um sistema erigido segundo as perspectivas domésticas, ou seguir inspirações internacionais, estendendo-as às arbitragens internas. Nesse sentido, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), em 1985, apresenta-se como apta também à aplicação às controvérsias surgidas no plano interno, trazendo modernização aos procedimentos nacionais¹³.

No que tange à regulação dualista, Vallejo aponta como alternativa para os Estados que visem preservar as especificidades das arbitragens domésticas, ao passo que pretendam ter lugar no cenário do comércio internacional. Para tanto, alguns países, como o Chile e a Costa Rica, adotam normativas sobre arbitragens internacionais inspiradas na Lei Modelo da UNCITRAL.

As razões que levam um país a adotar um ou outro modelo de disciplina da arbitragem podem variar, perpassando questões jurídicas e econômicas¹⁴, levando-os a serem mais rígidos ou mais liberais em

da Itália, do Peru e da Espanha.” (DIAS, Aline Henrique. Sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. RBA, n. 50, p. 92-111, abr.-jun., 2016, p. 94).

¹² REY VALLEJO, Pablo. Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico em Colombia y en el hemisferio. *Vniversitas*, Bogotá, n. 128, p. 245-284, jan.-jun., 2014, p. 250-254.

¹³ Segundo a Nota explicativa da Lei Modelo da UNCITRAL: “Muito embora a Lei Modelo tenha sido elaborada tendo em mente a arbitragem comercial internacional, ela oferece um conjunto de normas básicas que são, per se, compatíveis com qualquer outro tipo de arbitragem. Os Estados podem assim considerar alargar a adoção da Lei Modelo de forma a abranger disputas domésticas, como já foi feito por alguns Estados.” (parágrafo n.9).

¹⁴ “Existen diferencias económicas y jurídicas de fondo entre los arbitrajes que tienen un carácter internacional y aquellos que comportan una connotación eminentemente local, que derivan en que su práctica se desenvuelva en entornos y presupuestos completamente diferentes. Bajo estos presupuestos, consideran justificables, em ciertos casos, la aplicación de criterios diferenciadores para favorecer o limitar la liberalización del arbitraje y la existencia de ciertos controles jurisdiccionales en su trámite” (REY VALLEJO, Pablo. El arbitraje e los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: um estudo sobre formalización y judicialización. *Vniversitas* p. 199-237, n. 126, jan.-jun. 2013, p. 210).

relação às arbitragens internacionais¹⁵, com a finalidade de se estabelecerem como praças de negócios¹⁶, reforçar neutralidade, bem como trazer maior segurança e atrair os atores do comércio internacional.

Tendo em conta a existência dos sistemas monista e dualista no contexto das arbitragens, faz-se necessário apresentar os critérios a partir dos quais as arbitragens são distinguidas entre internas e internacionais¹⁷. Destarte, aponta a doutrina dois critérios principais¹⁸, quais sejam o jurídico e o econômico, tendo por inspiração os parâmetros doutrinários correlatos no âmbito dos contratos.

O critério jurídico, também conhecido como critério objetivo, identifica como arbitragem internacional aquela que apresente contato

¹⁵ “Assim é que as leis destinadas apenas e tão somente à arbitragem internacional costumam ser mais flexíveis do que as leis destinadas à arbitragem doméstica, notadamente em termos de dispensa de formalidades, regras relativas ao direito aplicável e, ainda exemplificativamente, regras pertinentes à interação entre arbitragem e Poder Judiciário local.” (DIAS, Aline Henrique. Sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. RBA, n. 50, p. 92-111, abr.-jun., 2016, p. 98).

¹⁶ Faz-se alusão à saudável “competição” legislativa entre os Estados, para atração de investimentos, salientada por Nadia de Araujo: “Outra repercussão importante é que escolha da lei faz com que haja uma saudável competição entre os Estados para atrair as partes, o que permite uma melhora do direito substantivo, tornando-o pouco a pouco mais adequado ao comércio internacional” (ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 379).

¹⁷ “Il s’agit de la difficulté de définir, et d’utiliser, de manière prévisible le ou les critères de l’internationalité propres à identifier avec sûreté ce que est arbitrage ‘international’, auquel va s’appliquer un régime spécifique. Or les critères varient, de lege data, même entre pays voisins comme la France et la Suisse [...]” (LALIVE, Pierre. *Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale?* In: *Mélanges en l’honneur de François Dessemontet*. Centre du droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne (Cedidac): Lausanne, 2009, p. 257-258).

¹⁸ VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 428

objetivo com mais de um ordenamento jurídico¹⁹. Essa conexão pode ser verificada pela nacionalidade ou local de domicílio das partes, o local da execução ou da conclusão do contrato – ou o desenrolar da relação contratual alcançar o território de Estados diversos²⁰. O elemento de estraneidade²¹ que liga mais de um Estado à relação jurídica levada à arbitragem pode ser subjetiva (nacionalidade ou domicílio) ou objetivamente internacional (local de conclusão, de cumprimento etc.)²².

O critério jurídico foi adotado pela Lei Modelo da UNCITRAL, com o escopo de servir de instrumento de referência para a harmonização das legislações nacionais sobre arbitragem internacional (art. 1º, n. 3)²³. Segue a inspiração legislativa da UNCITRAL o México (art. 1.416, Código Comercial)²⁴ e Hong Kong (Portaria sobre

¹⁹ LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, p. 425-440, set. 2014.

²⁰ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 28.

²¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 50.

²² ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 375-376.

²³ Artigo 1.º Âmbito de Aplicação. (3) Uma arbitragem é internacional se: a) As partes em uma convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede; (i) O local da arbitragem, se determinado na, ou de acordo com, convenção de arbitragem; (ii) Qualquer local onde deva ser cumprida uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto da disputa tenha vínculos mais estreitos; ou c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

²⁴ Artículo 1416. 3. Arbitraje internacional, aquél en el que: (1.) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o (2.) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al misma, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde

Arbitragem, Cap. 609/2011)²⁵. Ademais, adotam essa concepção de arbitragem internacional²⁶ a Suíça (art. 176, I, 1, Lei Federal Suíça sobre Direito Internacional Privado – LDIP)²⁷ e a Bélgica (art. 1.717 do Código Judiciário)²⁸.

O critério econômico, por sua vez, tem sua origem na doutrina francesa, a partir do caso *Pélissier du Besset* (1927), pelo qual a caracterização da arbitragem como internacional deve ocorrer pela identificação de “fluxo e refluxo através das fronteiras”. Em termos atualizados, conforme assentado na legislação francesa, modificada em 2011, art. 1.504 do Código de Processo Civil, “é internacional a

una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

²⁵ Section 4. UNCITRAL Model Law to have force of law in Hong Kong. The provisions of the UNCITRAL Model Law that are expressly stated in this Ordinance as having effect have the force of law in Hong Kong subject to the modifications and supplements as expressly provided for in this Ordinance.

²⁶ Até 2006 a Itália adotava o sistema dualista, explicitado no Código de Processo Civil, art. 832 (Art. 832. Arbitrato Internazionale. Qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da I a V del presente titolo si applicano all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo. Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali.). Com o decreto legislativo n. 40 de 2006, o CPC italiano adotou sistema monista de tratamento das arbitragens nacional e internacional. Registre-se, contudo, ainda estar em vigor a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção de Genebra), de 1961, ratificada pela Itália (Legge 10 maggio 1970, n. 418).

²⁷ Art. 176. I. Champ d'application; siège du tribunal arbitral. 1. Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

²⁸ Article 1717. (4.) The Belgian Court can take cognizance of an application to set aside only if at least one of the parties to the dispute decided in the arbitral award is either a physical person having Belgian nationality or residing in Belgium, or a legal person formed in Belgium or having a branch (une succursale) or some seat of operation (un siège quelconque d'opération) there.

arbitragem que envolve os interesses do comércio internacional”²⁹. Semelhante redação foi adotada por Portugal, quando da aprovação da Lei da Arbitragem Voluntária – Lei n. 63/2011, art. 49³⁰.

Em comparação ao critério jurídico, o critério econômico é mais amplo, alcançando contratos internacionais que, embora apresentem elementos de conexão com apenas um país, mantenham forte ligação com operações econômicas do comércio internacional³¹. Nos termos utilizados por Fouchard, Gaillard e Goldman, os interesses do comércio internacional englobam "toda operação econômica que envolva circulação de bens, de serviços ou de capitais através das fronteiras"³².

Pugna Luiz Olavo Baptista, por seu turno, pela reunião dos critérios jurídico e econômico para a caracterização dos contratos internacionais, refletindo, assim, na concepção da arbitragem internacional³³. Nesse mesmo sentido, a legislação da Argélia adotava os critérios de modo cumulativo – art. 458 *bis* do Código de Processo Civil³⁴ –, mas foi substituído pelo critério econômico, a partir da reforma de 2008 – art. 1.039 do Código de Processo Civil e Administrativo³⁵.

Em atenção a uma definição mais flexível da arbitragem internacional, João Bosco Lee destaca que a opção pelos critérios jurídico e econômico, de forma alternada, melhor se amolda às necessidades do comércio internacional, assim como da própria

²⁹ Article 1504. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international. Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011.

³⁰ Artigo 49 °. Conceito e regime da arbitragem internacional. 1 - Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional.

³¹ MOURA VICENTE, Dário. *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa*. Coimbra, Coimbra Ed., 1990.

³² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de L'Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996, p. 64.

³³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Lex, 1994, p. 24.

³⁴ Art. 458 bis. Est international, au sens du présent chapitre, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts du commerce international et dont l'une des parties au moins a son siège ou son domicile à l'étranger.

³⁵ Art. 1039. Est international, au sens du présent code, l'arbitrage qui connaît des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux Etats.

arbitragem comercial internacional. Nessa perspectiva, “a arbitragem será internacional quando uma das partes residir ou tiver o seu estabelecimento no estrangeiro, ou se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional”³⁶. Este método alternativo foi o adotado pelas legislações da Colômbia (art. 62 do Estatuto de Arbitragem Nacional e Internacional, Lei n. 1.563, de 2012³⁷) e do Equador (art. 41 da Lei de Arbitragem e Mediação)³⁸ – bem como pela legislação italiana de 1994.

Os sistemas monista e dualista buscam refletir a estrutura normativa das arbitragens reguladas pelos Estados nos seus respectivos ordenamentos, ainda que pelo recurso ao Direito Internacional Privado e suas técnicas de harmonização. Assim, as arbitragens domésticas e as arbitragens chamadas internacionais até este ponto do presente trabalho, ainda que passíveis de alcance por normas internacionais – como a Convenção de Nova York, 1958 –, possuem vínculos substanciais com o direito interno, sendo o mais notório a lei aplicável.

³⁶ LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, p. 425-440, set. 2014.

³⁷ Artículo 62. Ámbito de aplicación. [...] Se entiende que el arbitraje es internacional cuando: a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

³⁸ Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: (a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o, (b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, (c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

1.2. Arbitragem internacional em sentido estrito

Há, entretanto, um *tertium genus*, o das arbitragens internacionais em sentido estrito, regidas pelo Direito Internacional Público, a partir de normas convencionais ratificadas pelos Estados, em seus distintos níveis – bilateral, regional e universal. Essas arbitragens internacionais em sentido estrito desenvolvem-se em foros internacionais, tribunais ou centros de administração erigidos com o escopo de resolver controvérsias internacionais com a aplicação do próprio Direito Internacional.

Mostra-se oportuno estabelecer que, a partir da observação do processo de jurisdicionalização da sociedade internacional, identificam-se órgãos cujo escopo é precipuamente o exercício, ou a administração do exercício da jurisdição internacional. Jurisdição internacional que consiste na realização das normas internacionais, bem como na delimitação de seu conteúdo e contornos de incidência, por meio de um procedimento específico e previamente identificável, mediante atribuição convencional realizada por Estados³⁹. Fruto da jurisdição internacional, a sentença internacional em sentido estrito, que pode decorrer de competência consultiva ou contenciosa, é imperativa⁴⁰, sendo o seu descumprimento um ilícito internacional.

³⁹ Adota-se o referencial teórico de Wagner Menezes, segundo o qual: “Concretamente, para que um órgão seja considerado um tribunal internacional, deve conter certos pressupostos básicos: que lhe seja conferido previamente jurisdição, ou seja, poder para decidir o caso concreto, de julgar com base no direito – é esse poder que irá legitimar as decisões do tribunal, dando-lhe capacidade de formar um juízo, constituindo, em caso de sua não observância, um ilícito internacional, que se caracteriza justamente por ser uma violação ao direito. O poder jurisdicional deve estar vinculado a uma gama de direitos existentes ou reconhecidos como invocáveis pelos Estados. É esse corpo normativo que irá permitir uma análise jurídica do caso concreto, a partir de pressupostos normativos, de regras, princípios, costumes, normas que dão vida ao exercício jurisdicional do órgão de julgamento.” (MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 147-148).

⁴⁰ SOUZA, Neviton V. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, p. 344-356, 2019.

Nascida da I Conferência de Paz de Haia, em 1899, a Corte Permanente de Arbitragem foi estabelecida para dirimir conflitos entre Estados, de forma pacífica e com a aplicação do Direito. Sua competência é a mais ampla possível, estendendo-se sobre disputas entre Estados ou organizações internacionais, abrangendo, inclusive, questões comerciais e de investimentos⁴¹.

Ademais da Corte Permanente de Arbitragem (CPA), de caráter universal geral, outras instâncias especializadas e regionais surgiram no cenário da arbitragem internacional em sentido estrito, como o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR)⁴² e o Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos (ICSID)⁴³.

Essas três instituições têm origem em tratados internacionais, estabelecidos entre os Estados Partes, bem como apresentam Estado ou organizações internacionais como um dos polos da relação jurídica submetida à arbitragem. A CPA não era inicialmente acessível diretamente pelos particulares, pessoas físicas e jurídicas, apenas por intermédio da proteção diplomática de um Estado. Atualmente, a CPA administra também arbitragens entre particulares investidores e Estados anfitriões⁴⁴. O Tribunal Permanente de Revisão, por sua vez, apenas prevê a capacidade de intervenção e a apresentação de reclamação por particulares perante a respectiva seção nacional do Grupo Mercado Comum⁴⁵.

O ICSID, por sua vez, está assentado no propósito de conferir maior segurança jurídica às relações de investimento estrangeiro, gestado no âmbito do Grupo do Banco Mundial, sendo uma de suas

⁴¹ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158-160.

⁴² Instituído pelo Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul, assinado 18 de fevereiro de 2002. Promulgado pelo Decreto n. 4.982, de 9 de fevereiro de 2004.

⁴³ Estabelecido pela Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, de 1965. O Brasil não é Estado Parte da Convenção de Washington.

⁴⁴ Disponível em: <https://pca-cpa.org/es/cases/>. Acesso em: 08.08.2023.

⁴⁵ COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. M. Complementar do ICSID: Uma Alternativa para Investidores Brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v.3, n.2, 2007.

instituições. Destarte, é destacado por conferir foro jurisdicional às disputas entre Estado anfitrião e particular investidor estrangeiro, sem a intermediação clássica da proteção diplomática⁴⁶.

Ao serem reguladas pelo Direito Internacional Público, a partir de normas convencionais estabelecidas entre Estados, inclusive no tocante à promoção e proteção recíproca de investimentos⁴⁷, as arbitragens internacionais em sentido estrito gozam de regime jurídico próprio, distinto dos anteriormente apontados em relação às arbitragens domésticas e às arbitragens comerciais internacionais.

2. *Circulação da sentença arbitral a partir da perspectiva brasileira*

Tendo em conta o panorama acima apresentado, observam-se regimes jurídicos distintos aos quais as arbitragens podem estar submetidas. Dentre os variados aspectos da arbitragem sujeitos a tais disciplinas, a sentença arbitral é a que se destaca no presente estudo. A depender de sua natureza nacional, estrangeira ou internacional, a

⁴⁶ Segundo Christian Armando Carbajal: “El sistema de solución de controversias en materia de inversiones del CIADI sin duda es positivo y contribuye a despolitizar este tipo de conflictos internacionales, eliminando la tradicional protección diplomática que ejercían antiguamente los países exportadores de capital para proteger a sus nacionales, ofreciendo a los inversionistas y a los Estados receptores de inversión extranjera un mecanismo directo, neutral y especializado en la materia.” (CARBAJAL, Christian Armando. Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los tratados de libre comercio e inversión en América Latina. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 525 – 542, jan./dez., 2007, p. 532).

⁴⁷ “El arbitraje como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados es hoy parte del estándar internacional comprendido en los Tratados de Libre Comercio (TLCs) y también en las normas de solución de controversias de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs). Al igual que otras instituciones jurídicas, el arbitraje en inversiones evoluciona en la medida en que avanza la producción normativa y jurisprudencial especializada en la materia”. (KUNDMULLER AMINITI, Franz. El arbitraje y los tratados de libre comercio. *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, n.1, 119-178, 2005).

decisão arbitral terá regime de execução distinto⁴⁸, tendo em comum a utilização da estrutura judicial estatal para o *enforcement*⁴⁹.

2.1. Sentença arbitral nacional

Cada Estado, em sua legislação interna, tem autonomia para estabelecer os critérios segundo os quais uma arbitragem será considerada nacional, inclusive os critérios que identifiquem uma sentença arbitral como nacional, não sendo esta consequência imediata da primeira. Assim, uma arbitragem ou sentença pode ser considerada nacional por mais de um país, sendo, pois, plurinacional, na medida em que se enquadre no molde normativo de mais de um ordenamento jurídico⁵⁰.

⁴⁸ Registre-se a expectativa elevada de que a sentença arbitral seja espontaneamente cumprida, tendo em vista o postulado da boa-fé e as peculiaridades do relacionamento comercial dos litigantes. Ademais, Carmona aponta elementos de pressão que também podem incentivar o cumprimento da sentença arbitral: “O primeiro deles pode ser vislumbrado na imagem negativa formada em relação ao inadimplente; o segundo refere-se ao custo e aos riscos do processo estatal de impugnação dos laudos (considerando-se a especialização cada vez maior dos órgãos arbitrais, tende a diminuir o número de decisões estatais que anulam laudos arbitrais); o terceiro concretiza-se nas sanções corporativas (como se vê no Juízo Arbitral da Bolsa de Mercadorias e Futuros, que impede o inadimplente de continuar a atuar no mercado se deixar de cumprir a decisão, o que atinge as raias de um verdadeiro boicote).” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 281).

⁴⁹ “La protección proporcionada por los tratados solo resulta efectiva en la medida en que lo sean los mecanismos que aseguren su ejecución”. (BLACKABY, Nigel. *El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina*. *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, p. 17-63, jun./dez. 2004).

⁵⁰ “Geralmente, cada país adota na sua legislação interna os critérios para que uma arbitragem seja considerada doméstica. Assim, uma arbitragem pode ter mais de uma nacionalidade se, no caso concreto, preencher os requisitos de mais de uma legislação.” (TIBURCIO, Carmen. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria R. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002, p. 93).

Na perspectiva brasileira, como já visto, foi adotado pelo legislador nacional a opção monista internacionalizante no trato das arbitragens, não tendo a Lei Brasileira de Arbitragem feito distinção entre arbitragens nacionais e internacionais. No entanto, não se pode afirmar o mesmo em relação às sentenças arbitrais, cuja distinção entre as sentenças nacionais e internacionais foi inserida no art. 34 da Lei n. 9.307/96.

Destarte, o parágrafo único do art. 34 estabelece que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”, adotando o critério geográfico do pronunciamento da decisão como elemento caracterizador da nacionalidade brasileira.

Importa destacar, em termos doutrinários, que embora compartilhem do entendimento de Carmem Tiburcio⁵¹ e Maristela Basso⁵² em relação à adoção do critério geográfico para a caracterização da sentença arbitral como nacional brasileira, não compartilhamos de suas conclusões relativas à extensão automática dessa natureza doméstica à arbitragem da qual decorreu a sentença tida como nacional, uma vez que reitera-se o sistema monista optado pelo legislador brasileiro.

Não se confundem, portanto, a inexistência de distinção pelo ordenamento jurídico brasileiro entre arbitragens nacionais e arbitragens internacionais (sistema monista), com a existente diferenciação entre as sentenças arbitrais nacionais – proferidas dentro

⁵¹ “[...] A legislação brasileira adota o critério geográfico, da sede do tribunal arbitral. Em virtude da interpretação a contrário sensu do art. 34, parágrafo único da Lei n. 9.307/96, de determina: ‘considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional’. Portanto, se o tribunal arbitral tem sede no país, essa será uma arbitragem interna, doméstica, mesmo que envolva partes sediadas no exterior e objeto conectado ao exterior.” (TIBURCIO, Carmen. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria R. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo, LTr, 2002, p. 93).

⁵² “O legislador pátrio não diferenciou as arbitragens internas e internacionais, quanto aos seus efeitos, e sim quanto ao lugar onde foram proferidas, considerando como “internacionais” ou “estrangeiras” aquelas proferidas fora do território brasileiro.” (BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 9, p. 307-314, jul.-set., 2000).

do território nacional brasileiro – e as sentenças arbitrais estrangeiras – proferidas fora do território brasileiro⁵³. Foi adotado o critério geográfico para a identificação da sentença arbitral brasileira⁵⁴.

Como consequência de ser sentença brasileira, a sentença arbitral terá os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário (art. 31 da LBA), considerada pelo Código de Processo Civil um título executivo judicial (art. 515, VII), de modo que seu processo de cumprimento será regido por aquele diploma. Caso seja considerada estrangeira ou internacional, a sentença arbitral terá outro procedimento de execução, conforme será visto adiante.

Sendo a sentença arbitral nacional, terá seu regime jurídico regido pela Lei n. 9.307/96, cujo art. 26 apresenta requisitos obrigatórios – relatório, fundamentos, dispositivo, data e lugar –, admitindo-se sentenças parciais (art. 23, §1º) e sujeitando-se às hipóteses de nulidade do art. 32 – quando for nula a convenção de arbitragem; emanada de quem não podia ser árbitro; não apresentar os requisitos do art. 26; for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, fora do prazo estabelecido ou mediante prevaricação, concussão ou corrupção passiva; e quando desrespeitar os princípios

⁵³ “No direito brasileiro, optou-se pela adoção de um critério estritamente geográfico para a caracterização da nacionalidade da sentença arbitral. De acordo com o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996, a sentença arbitral é estrangeira se proferida fora do território nacional, independentemente da natureza das relações existentes entre as partes ou da sua nacionalidade ou, ainda, do seu domicílio. A contrário sensu, a sentença dada no Brasil é considerada nacional, mesmo se decorrente de uma operação internacional, envolvendo, por exemplo, uma ou várias partes estrangeiras ou umas transações com o exterior, que, em outros países, caracterizaria a arbitragem internacional” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 40-74, jul./set. 2005).

⁵⁴ “A esse respeito, os critérios para determinar a nacionalidade da sentença – e, consequentemente, a necessidade ou não de homologação no país em que se pretende irradiar seus efeitos – são, geralmente, o local de prolação da sentença (critério geográfico, como ocorre no Brasil, nos termos do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) ou a chamada sede da arbitragem (como ocorre nos ordenamentos da Alemanha, Itália, Suíça e França).” (DIAS, Aline Henrique. Sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. *RBA*, n. 50, p. 92-111, abr.-jun., 2016, p. 93).

do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, estampados no art. 21, §2º.

Destaca-se que no regime estabelecido pela Lei n. 9.307/96 as sentenças arbitrais nacionais não estão sujeitas a recurso ao Judiciário, tampouco necessitam de sua homologação para que produzam efeitos (art. 18). De todo modo, Carmona reitera que embora não seja prática corriqueira nos países em que a arbitragem vem florescendo, é possível que as partes possam, de comum acordo, estabelecerem procedimento recursal como parte do procedimento arbitral, mas não ao Judiciário⁵⁵.

2.2. *Sentença arbitral estrangeira*

Tendo em vista o princípio da aderência ao território⁵⁶, os pronunciamentos jurisdicionais são aptos à produção de efeitos no espaço territorial onde foram proferidos. A produção de efeitos em outros espaços jurisdicionais dependeria de tratativas estabelecidas entre os Estados, o que tem sido fomentado pelo adensamento das interações econômicas e sociais em escala global. Destarte, observa-se a existência de distintos tratados e convenções internacionais em

⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24-25; 270.

⁵⁶ Versando sobre o momento histórico do Direito Internacional Clássico e sua relação com a atividade jurisdicional, Ferreira e Morosini explicitam que: “Classifica-se o mundo vestefaliano como “estadocêntrico”, pois os Estados são os únicos atores sociais no contexto mundial. [...] No âmbito interno, considerava-se que cada estrutura estatal possui uma organização judicial, legislativa e administrativa própria, capaz de exercer o poder sobre todos os seus habitantes para manter a ordem (BROWNLIE, 1997, p. 319). Sendo assim, apenas a autoridade estatal pode pacificar os conflitos sociais e exercer coerção para que suas decisões sejam cumpridas (“monopólio da força”), vedada a interferência estrangeira” (MOROSINI, Fábio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Transgovernamentalismo e cooperação jurídica internacional no Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, p. 185-208, 2014, p. 188).

matéria de cooperação jurídica internacional, inclusive no que tange ao reconhecimento e à execução de sentenças estrangeiras⁵⁷.

As sentenças estrangeiras podem produzir certos efeitos jurídicos na ordem interna de outros Estados sem que necessitem de qualquer ato doméstico prévio, em virtude de lei, como para fins probatórios ou documentais⁵⁸. Para que possam produzir, todavia, os mesmos efeitos jurídicos que produzem na jurisdição de origem, bem como para que possam ser passíveis de execução tal como as sentenças nacionais na ordem interna, faz-se necessário que primeiro se submetam ao juízo de delibação das autoridades competentes. Esse juízo permite aferir se o título decisório contempla todos os requisitos formalmente estabelecidos pela legislação.

O juízo de delibação corresponde à análise estrita, formal e sem adentrar ao mérito da sentença estrangeira, com o intuito de somente aferir o atendimento ou não de certos requisitos previamente prescritos. A delibação é o modelo de reconhecimento que se consagrou entre os ordenamentos jurídicos, gozando de alta credibilidade doutrinária⁵⁹. Originário da Itália, o *giudizio di delibazione* contrapõe-se ao modelo revisional que vigeu por muito tempo na França e na Bélgica⁶⁰.

A técnica de delibação⁶¹ foi a adotada pela Convenção de Nova York (1958) considera um dos tratados internacionais de maior

⁵⁷ Consoante pode ser consultado no Quadro Sistemático dos Tratados e Convenções em Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Diriето processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 19-22.

⁵⁸ Em relação aos efeitos da sentença estrangeira independentes da homologação, vide texto de Marcela Pereira, que aponta, dentre outros, efeito probatório, efeito normativo, efeito de título e efeito de simples ato (PEREIRA, Marcela H. T. *Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, p. 47-54, out.-dez. 2009).

⁵⁹ BELTRAME, Adriana. *Reconhecimento de sentenças estrangeiras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)*, v. V (arts. 476 a 565). 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁶¹ Conforme Amílcar de Castro: “Delibação, que vem do latim (*delibatio-onis*), é tirar, colher um pouco de alguma coisa; tocar de leve, saborear, provar, no sentido de experimentar, examinar, verificar; e, portanto, o que pretende significar em

sucesso, tendo em vista o alto número de Estados que a ratificaram. Embora a Lei Brasileira de Arbitragem tenha entrado em vigor antes do término do processo de ratificação da Convenção pelo Brasil, foi por ela fortemente inspirada no estabelecimento dos requisitos norteadores do juízo de delibação⁶².

Da análise do ordenamento brasileiro, observam-se diferentes sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras, a saber: sistema ordinário (por meio da ação de homologação), sistema mercosulino (por meio da carta rogatória), sistema arbitral (regido essencialmente pela Convenção de Nova York) e sistema extraordinário (por meio do exame de validade) – sem prejuízo de sistemas bilaterais, adotados por tratados bilaterais de cooperação jurídica⁶³.

Em atenção ao objeto do presente trabalho, atenta-se ao sistema de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, composto pelas normas da LBA, do CPC e dos tratados internacionais em vigor e que tenham relação com a matéria. A LBA, no art. 34, estabelece a prevalência normativa das normas internacionais sobre as nacionais em matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Corroborando com a lei especial, o CPC de 2015 reforça a preferência da aplicação das normas internacionais, seguidas da lei especial e, subsidiariamente, as regras do Código (art. 960, §3º).

Da análise dos tratados internacionais aos quais o Brasil está vinculado, em matéria de arbitragem internacional, observa-se que

direto processual é que o tribunal, tomando conhecimento da sentença estrangeira, para mandar executá-la, toca de leve apenas em seus requisitos externos, examinando sua legitimidade, sem entrar no fundo, ou mérito, do julgado. É este o sistema adotado no Brasil.” (CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 555).

⁶² “[...] Driblando os trâmites ministeriais – eis que a Convenção de Nova Iorque aguardava a finalização dos trâmites burocráticos necessários à ratificação e promulgação do tratado – verifica-se que nos seis incisos do art. 38 e no art. 39 foram relacionados todos os casos de recusa de homologação previstos no art. V da Convenção novaiorquina.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 464).

⁶³ SOUZA, Nevitton V. Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 565-590, 2018.

apenas a partir da década de 1990 as primeiras promulgações ocorreram, embora importantes instrumentos já tenham sido alcançados desde a década de 1950. É o caso da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, conhecida como Convenção do Panamá, assinada em 30 de janeiro de 1975 e ratificada pelo Decreto n. 1.902, em 9 de maio de 1996.

O art. 4º da Convenção do Panamá estabelece que as sentenças arbitrais terão a mesma força de sentença judicial, bem como terão sua execução e reconhecimento equiparado aos das sentenças judiciais nacionais ou estrangeiras, “segundo as leis processuais do país onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais”.

Ainda em 1996, em 12 de novembro, o Decreto n. 2.067 promulgou o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinado em 1992, no âmbito do Mercosul, conhecido como Protocolo de *Las Leñas*. Esse modelo mercosulino abarca as sentenças arbitrais em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, assim como em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas na esfera penal (art. 18). Está previsto no art. 19 a circulação das sentenças arbitrais por meio de cartas rogatórias, intermediadas por Autoridade Central.

Em 2 de dezembro de 1997 a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluída em Montevideu, em 1979, foi promulgada pelo Decreto n. 2.411. Conforme a parte final do art. 1º, “As normas desta Convenção aplicar-se-ão, no tocante a laudos arbitrais, em tudo o que não estiver previsto na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 30 de janeiro de 1975”.

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, no âmbito do Mercosul e concluído em Buenos Aires, em 1998, foi promulgado pelo Brasil em junho de 2003, pelo Decreto n. 4.719. Em relação à execução de sentença arbitral estrangeira, o art. 23 é explícito em remeter às normativas anteriormente mencionadas.

A Convenção de Nova York (1958) assevera a regra de que as sentenças arbitrais estrangeiras provenientes dos Estados Partes devem

ser reconhecidas e executadas nos demais, apresentando no art. 5º as hipóteses que excepcionalmente podem ensejar indeferimento.

Tendo em vista que os tratados acima mencionados contêm normas direcionadas às sentenças arbitrais estrangeiras, seu reconhecimento e execução, ainda que com alcance subjetivo (Estados) distintos, faz-se necessário compatibilizá-las. Notadamente em atenção às cláusulas de manutenção das normas mais favoráveis ao desenvolvimento das arbitragens internacionais, contidas em quase todos os tratados referenciados⁶⁴, salvo a Convenção do Panamá.

Os requisitos balizadores do juízo de delibação, ao qual está sujeita a sentença arbitral objeto do pedido de reconhecimento e execução, também estão presentes na LBA, em capítulo específico. A doutrina aponta para a inspiração do diploma nacional no internacional⁶⁵, com vistas a garantir o alinhamento às tendências internacionais na matéria.

O art. 38 da LBA apresenta as hipóteses em que se admitirá, excepcionalmente, a denegação do pedido de reconhecimento, sendo

⁶⁴ Convenção de Nova York: “art. 5º. 1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.”. Acordo de Buenos Aires: “art. 25. 2 - O presente Acordo não restringirá as disposições das convenções vigentes sobre a mesma matéria entre os Estados Partes, desde que não o contradigam.”.

⁶⁵ “A Lei de Arbitragem incluiu um capítulo para dispor sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, inspirado no art. V da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque em 1958 (CNI), dispensando a homologação da sentença arbitral no país de origem e invertendo o ônus da prova. O art. 34 trata da prevalência aos tratados internacionais com vigência no ordenamento interno. Note-se que a Lei n. 9.307/96 perfilha o sistema monista, regulando apenas a arbitragem doméstica (o que, aliás, não é nenhum demérito, mas opção legislativa), não tratando da arbitragem internacional. Define a Lei que a sentença será internacional quando tenha sido proferida fora do território nacional (art. 34, § único)” (LEMES, Selma Ferreira. *O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958*. 2006. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/>. Acesso em: 08.08.2023).

sua demonstração ônus da parte contra a qual o pedido se impõe. O art. 39, por sua vez, apresenta duas hipóteses em que a denegação será determinada de ofício, pela autoridade competente – Presidente do Superior Tribunal de Justiça ou Corte Especial, caso haja impugnação do pedido homologatório. Assim, serão denegadas quando “segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem” e quando “a decisão ofende a ordem pública nacional”.

Segundo apontam os textos convencionais, o procedimento por meio do qual os pedidos de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras tramitaram em cada Estado ficará a cargo da legislação interna⁶⁶. No Brasil, a após a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão competente para a conhecimento e processamento dos pedidos de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Por essa razão, o procedimento está estabelecido no Regimento Interno do STJ, inserido por meio da Emenda Regimental n. 18/2014, nos artigos 216-A a 216-N.

Percebe-se, assim, que o caminho para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras está pavimentado no Brasil, contando com normativas próprias, de distintas espécies – normas constitucionais, convencionais, infraconstitucionais ordinárias e regimentais. Situação distinta das sentenças arbitrais internacionais em sentido estrito⁶⁷.

⁶⁶ Convenção de Nova York: art. 3º Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. [...]. Protocolo de *Las Leñas*: art. 24. Os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, para fins de reconhecimento e execução das sentenças ou dos laudos arbitrais, serão regidos pela lei do Estado requerido.

⁶⁷ SOUZA, Nevitton V. Cumprimento de sentenças não nacionais no Brasil: sentenças estrangeiras e sentenças internacionais. In: MARCOS, Henrique J. B.; OLIVEIRA, Paulo Henrique R. de; MENEGUETTI, Luciano (Org.). *A Expansão Sistemática do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023, v. 1, p. 945-963.

2.3. *Sentença arbitral internacional*

As sentenças internacionais são provenientes de órgãos internacionais que foram estabelecidos pelos Estados com a finalidade de exercerem a jurisdição internacional⁶⁸, mediante a aplicação do direito para dirimir controvérsias internacionais, mitigando o uso da força em prestígio à prevalência do direito⁶⁹. A chamada institucionalização das relações interestatais é fenômeno observado notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o que repercutiu também no âmbito jurídico, mediante o fortalecimento de foros jurisdicionais de resolução de controvérsias⁷⁰.

Nesse sentir, como importante marco histórico no processo de jurisdicionalização das relações internacionais, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA), estabelecida em Haia, na Holanda, é instituição dotada de mecanismos para resolução de disputas entre Estados, organizações intergovernamentais e Estados e investidores privados. Ademais, conforme estipulado nas Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, recomendada pela Assembleia Geral, na sua resolução 31/98, de 15 de dezembro de 1976, a CPA pode ser indicada como Entidade Nomeadora de árbitros em arbitragens *ad hoc* em matéria de investimentos, quando as partes não chegarem a um consenso.

Manifestação da amplitude da competência da CPA, seu atual regulamento de arbitragem, datado de 2012, consiste em uma consolidação de quatro conjuntos de regras procedimentais sobre diferentes tipos de composição, a saber, arbitragem de controvérsias entre (i) dois Estados; (ii) duas partes, das quais apenas uma é um Estado; (iii) Organizações Internacionais e Estados; e (iv) Organizações Internacionais e partes privadas.

⁶⁸ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136-143.

⁶⁹ SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 30-31.

⁷⁰ VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneum. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 53-68, 2014.

Conforme se buscou nas informações prestadas pela CPA⁷¹, significativos casos perante a Corte elegem a Lei Modelo da UNCITRAL como aplicável ao procedimento – dos 50 (cinquenta) procedimentos cuja divulgação das informações foi autorizada pelas partes, 42 (quarenta e dois) utilizam regras da UNCITRAL. Segundo a Lei Modelo, as sentenças arbitrais, sob sua regência proferidas, são obrigatórias, independentemente do país em que tenham sido proferidas (art. 35º). Excepcionalmente, a recusa ao reconhecimento e execução da sentença arbitral poderá ocorrer, desde que esteja diante das hipóteses apresentadas pelo art. 36º, muito semelhante ao estabelecido pela Convenção de Nova York (1958).

O Centro Internacional de Solução de Controvérsias em matéria de Investimentos (ICSID), por sua vez, é instituição administradora de arbitragens internacionais em matéria de investimentos, estabelecida no âmbito do Grupo do Banco Mundial, por meio da Convenção sobre a Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, conhecida como Convenção de Washington de 1965. Importa destacar que o ICSID abrange duas formas diferentes de resolução de controvérsias, sendo a primeira baseada na Convenção de Washington (Arbitragem CW), e a segunda criada posteriormente, na forma de um Mecanismo Complementar (Arbitragem MC), o qual ampliou subjetiva e materialmente a competência do ICSID⁷².

É importante distinguir os dois mecanismos arbitrais existentes no âmbito do ICSID. A Arbitragem CW está vinculada à Convenção de Washington, abarcando todos os Estados que a ratificaram, tendo por objeto, conforme o art. 25, as controvérsias surgidas da relação contratual de investimento estrangeiro entre um Estado Parte e um nacional de outro Estado Parte da Convenção. Pelas regras da Convenção de Washington, além de as decisões serem obrigatórias e vincularem as partes envolvidas na arbitragem (art. 53), o art. 54, §1,

⁷¹ Disponível em: <https://pca-cpa.org/es/cases/>. Acesso em: 08.08.2023.

⁷² COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. M. Complementar do ICSID: Uma Alternativa para Investidores Brasileiros? *Revista Direito GV*, São Paulo, v.3, n.2, 2007, p. 63.

estabelece equiparação da sentença arbitral proferida pelo tribunal às sentenças judiciais nacionais dos Estados Partes.

No que tange às arbitragens realizadas segundo o Mecanismo Complementar do ICSID, há uma ampliação subjetiva da competência prevista na Convenção de Washington, alcançando os Estados não contratantes da Convenção, em atenção às demandas dos próprios Estados que relutam em ratificá-la, pressionados pelas exigências de maior segurança jurídica por parte dos investidores estrangeiros. Também houve ampliação material da competência do ICSID, podendo abarcar controvérsias que não decorram diretamente de um investimento⁷³. Reitere-se que a Arbitragem MC somente pode ser acessada por Estados que não tenham ratificado a Convenção de Washington de 1965.

Diferente do que a Convenção de Washington estabelece em relação às sentenças provenientes da Arbitragem CW, o Regulamento de Arbitragem do Mecanismo Complementar, Anexo C, não indica procedimento de cumprimento da decisão. Pelo teor do art. 52, aplicam-se de modo complementar o disposto na legislação sobre arbitragem do país onde a sentença for proferida. Contudo, o art. 19 é explícito em limitar a escolha do local das arbitragens submetidas ao Mecanismo Complementar aos Estados que sejam parte da Convenção de Nova York (1958), indicando, assim, relação das sentenças arbitrais provenientes das Arbitragens MC com às sentenças estrangeiras, sujeitas a reconhecimento e execução nos termos da Convenção de Nova York (1958).

A esse respeito, Fontora Costa, Carregaro e Andrade pontuam:

O lugar da arbitragem deve ser um Estado que seja parte da Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (ACR, Artigo 19), também conhecida por Convenção de Nova Iorque de 1958, que vigora no Brasil a partir do Decreto 4.311, de 23.07.2002. Essa exigência tem como finalidade oferecer uma maior segurança para a execução do laudo,

⁷³ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210-213.

uma vez que nas arbitragens decorrentes diretamente do sistema da CW os laudos são claramente definitivos, à exceção do mecanismo de anulação da própria convenção, não sendo sujeitos a apelação ou a outros procedimentos de revisão (CW, Artigo 53). Por outro lado, no sistema da CW os laudos podem ser executados em qualquer dos Estados Contratantes (Artigo 54), excetuados os casos nos quais o direito da execução reconhece a imunidade (Artigo 55). A utilização da Convenção de Nova Iorque como garantidora dos efeitos dos laudos do MC do ICSID decorre do amplo âmbito territorial, no qual se estende sua validade, buscando reduzir incertezas a respeito de sua aplicação. O lugar da emissão do laudo será o mesmo da arbitragem (ACR, Artigo 20 (3)).⁷⁴

Em que pese no âmbito do ICSID a forma de cumprimento das sentenças arbitrais prolatadas sob suas regras pareça estar estabelecida – uma vez que a Convenção de Washington determina a equivalência com as decisões judiciais nacionais e o Regulamento do Mecanismo Complementar, Anexo C, estabelece relação com a Convenção de Nova York (1958) sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras –, no âmbito da Corte Permanente de Arbitragem esse caminho não parece tão certo. Esta incerteza advém da consideração de que as arbitragens pela CPA administradas são arbitragens internacionais em sentido estrito, das quais decorrem sentenças internacionais, que não se confundem com sentenças estrangeiras.

A sentença internacional é decorrência lógica e jurídica do exercício da jurisdição internacional e, por assim ser, deve vincular os Estados que voluntariamente se submeteram à jurisdição do órgão competente para proferi-la. Assim, quando o Estado resolve se submeter à jurisdição obrigatória de um tribunal internacional, arbitral ou judicial, ele está também resolvendo se submeter às decisões por ele emitidas. É o que decorre da expectativa de boa-fé gerada perante a

⁷⁴ COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. M. Complementar do ICSID: Uma Alternativa para Investidores Brasileiros? Revista Direito GV, São Paulo, v.3, n.2, 2007.

sociedade internacional⁷⁵, bem como do dever de cumprir as obrigações internacionalmente assumidas, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), notadamente seu artigo 26.

As sentenças internacionais estão lastreadas em normas internacionais, principalmente sobre aquela que conferiu ao respectivo tribunal a capacidade de exercer a jurisdição internacional sobre os Estados Parte⁷⁶. No caso específico da arbitragem internacional, esta vinculação normativa poderá figurar em tratados bilaterais de investimento (BITs), tratados multilaterais de investimentos, em acordos de cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs), ou mesmo nas tratativas que visem submeter a uma jurisdição internacional uma controvérsia já surgida.

As decisões provenientes de jurisdições internacionais não estão sujeitas a procedimentos internos de reconhecimento, como estão as sentenças estrangeiras, por serem vistas como a forma de aplicação indireta da lei estrangeira⁷⁷. Antes, é manifestação do Direito Internacional, configurando-se em norma individual e concreta, cujo descumprimento é considerado novo ilícito internacional, suscetível à responsabilização⁷⁸.

O entendimento de que as sentenças internacionais não são suscetíveis de homologação por parte do Estado já foi manifestado pelo

⁷⁵ MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁶ SOUZA, Nevitton V. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, p. 344-356, 2019.

⁷⁷ “As mesmas razões que justificam a aplicação extraterritorial da lei estrangeira sustentam o reconhecimento das sentenças alienígenas, ambas como formas de aplicação, direta e indireta, respectivamente, do Direito estrangeiro. No primeiro caso, de aplicação direta, invoca-se a disposição de uma lei estrangeira como devendo regular determinada relação jurídica. No segundo caso, de aplicação indireta, já não se invoca uma disposição de lei, mas a sentença que decidiu a questão noutro estado. O Direito estrangeiro, neste caso, apresenta-se não como disposição geral, mas como norma já aplicada a uma hipótese concreta pelo poder judicial” (GRECO FILHO, Vicente. *Homologação de sentença estrangeira*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 07).

⁷⁸ AZAR, Aïda. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*. Bruxelas: Bruylant: Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003.

Superior Tribunal de Justiça, quando lhe fora apresentada sentença proveniente da Corte Permanente de Justiça Internacional por meio de ação homologatória. A Sentença Estrangeira Contestada n. 2.707⁷⁹, cuja relatoria foi do Min. Francisco Falcão, julgada pela Corte Especial do STJ, registra na ementa:

IV - De se considerar, ademais, que a Corte Internacional não profere decisão que se subsuma ao conceito de "sentença estrangeira", visto que é órgão supranacional. A propósito, relevo o documento expedido pela Corte Internacional de Justiça, em 24 de outubro de 2007, juntado pelo requerente, às fls. 323, em que se esclarece: "*a CPIJ, assim como a Corte Internacional de Justiça, não são cortes ou tribunais estrangeiros, cujos julgamentos não são decisões judiciais ou sentenças estrangeiras que requeiram qualquer tipo de exequator ou homologação*".

V - Em conclusão, não há sentença estrangeira *stricto sensu* a ser homologada e, tampouco, é legítima a empresa Gespart Comércio Participações Ltda. para solicitar tal homologação a qual, enfim, afrontaria a soberania nacional.⁸⁰

Destarte, segundo explicitado pela Corte Especial do STJ, as sentenças internacionais não se submetem ao procedimento das sentenças estrangeiras. E por assim ser, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no bojo do Regimento Interno do STJ,

⁷⁹ Segundo consta do Relatório, a requerente Gespart Comércio e Participações Ltda. "Afirma ser sucessora na propriedade de 45 (quarenta e cinco) títulos da dívida externa brasileira, relativos aos anos 1909, 910 e 1911, de que seria devedora a União, 'em face da condenação que lhe impôs a Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia, em sentença proferida em 12 de julho de 1929'".

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada (SEC) n. 2.707-NL. Ementa: Sentença estrangeira. Decisão proferida pela Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia, em 1929, tendo como partes o Governo brasileiro e o Governo francês. Ilegitimidade de empresa estranha à decisão para postular a sua homologação. Ademais, decisão que não se subsume ao conceito de sentença estrangeira e cuja homologação afrontaria a soberania nacional. Relator: Min. Francisco Falcão. Data de Julgamento: 03 dez. 2008. Data de Publicação: 19 fev. 2009-B. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 08.08.2023.

procedimento previamente estabelecido por meio do qual se possa dar cumprimento às sentenças dessa natureza⁸¹. Falta ao Brasil as chamadas “leis-ponte”⁸², leis cuja finalidade é estabelecer em abstrato os mecanismos de implementação, no âmbito interno, das sentenças provenientes de jurisdições internacionais, construindo verdadeira ponte entre a jurisdição internacional e a jurisdição interna.

Considerações finais

Tendo em vista a prática normativa dos Estados em relação ao regramento das arbitragens nacionais e internacionais, observou-se a existência de modelagens como a monista e a dualista, que são adotadas em razão das idiossincrasias de cada Estado. O sistema monista visa conferir o mesmo tratamento jurídico às arbitragens nacionais e internacionais, seja com maior apego às práticas domésticas, que acabam por serem aplicadas à resolução de controvérsias com elementos de estraneidade, seja incorporando tendências normativas internacionais, estendendo-as também às resoluções de caráter interno.

Doutro modo, o sistema dualista opta por diferenciar as arbitragens nacionais e internacionais, aplicando-lhes regimes jurídicos distintos, com tendência de maior liberalismo em direção às arbitragens internacionais, a fim de não se fechar às exigências do comércio internacional. Dois critérios tradicionalmente são utilizados para diferenciar as arbitragens nacionais das internacionais: o jurídico (presença de elementos que liguem a relação jurídica com mais de uma ordem jurídica, como a nacionalidade, o domicílio, o local da execução etc.) e o econômico (quando tiver em jogo interesses do comércio

⁸¹ SOUZA, Nevitton V. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, p. 344-356, 2019.

⁸² Numa perspectiva latino-americana, verifica-se que países como a Colômbia (Lei n. 188/1996), Costa Rica (Convênio Sede entre o Governo da República da Costa Rica e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1981) e Peru (Lei n. 23.506/1982) possuem normas ou leis específicas (leis-ponte) que versam sobre a implementação doméstica de decisões internacionais, notadamente em matéria de direitos humanos.

internacional). Podendo, todavia, serem implementados de modo cumulativo ou alternativo. Esta última opção parece ser a que mais se amolda ao cenário atual do comércio internacional.

A Lei Brasileira de Arbitragem adota o sistema monista, vez que não distingue entre arbitragens nacionais e internacionais, disciplinando-as de modo indistinto. Contudo, haja vista as peculiaridades das arbitragens comerciais internacionais, observam-se uma pluralidade de tratados internacionais que apresentam pontos de regulação específica, o que não descaracteriza o modelo monista internacionalizado. Essa opção legislativa trouxe modernização ao cenário comercial brasileiro, pois contempla normativa moderna, alinhada às expectativas e experiências internacionais.

As arbitragens internacionais em sentido estrito, por sua vez, são regidas por normas de Direito Internacional Público, administradas por centros internacionais de arbitragens, constituídos sob os auspícios dos sujeitos de Direito Internacional, particularmente os Estados. Tais arbitragens, das quais são exemplos as administradas pela Corte Permanente de Arbitragem e pelo Centro Internacional para a Solução de Disputas sobre Investimentos, apresentam regime próprio, externo às normas domésticas, erigidas por normas convencionais internacionais.

Especificamente em relação à execução das sentenças arbitrais, também o regime jurídico será distinto, dependendo de seu enquadramento como sentença nacional, estrangeira ou internacional. No Brasil, as sentenças arbitrais nacionais são títulos executivos, sujeitos ao modelo de execução das sentenças judiciais. As sentenças estrangeiras, entretanto, precisam de reconhecimento na ordem jurídica interna, a fim de que possam ser posteriormente executadas. Pela incidência de instrumentos internacionais específicos na matéria, notadamente a Convenção de Nova York (1958), o sistema de reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras é próprio, inclusive em relação às sentenças judiciais estrangeiras.

Por fim, as sentenças arbitrais internacionais, apesar de automaticamente produzirem efeitos na ordem interna, dispensando procedimento prévio de reconhecimento, não contam com norma nacional específica que lhes determine o processo de execução, a

chamada lei-ponte. Reitera-se que no âmbito do ICSID, por opção normativa, as arbitragens realizadas segundo a Convenção de Washington produzem sentenças cuja execução se dará de modo similar ao das sentenças nacionais dos Estados Partes. As arbitragens sob o regulamento do Mecanismo Complementar, por sua vez, em razão da exigência de que somente podem ter lugar em Estado Parte da Convenção de Nova York (1958), têm nesta o mecanismo de execução de suas sentenças.

Referências

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AZAR, Aïda. *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice*. Bruxelas: Bruylant: Ed. de l'Université de Bruxelles, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Lex Magister 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil: (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), v. V (arts. 476 a 565)*. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BASSO, Maristela. *As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 9, p. 307-314, jul.-set., 2000.

BELTRAME, Adriana. *Reconhecimento de sentenças estrangeiras*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

BLACKABY, Nigel. *El Arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina*. *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogota, p. 17-63, jun./dez. 2004.

CARBAJAL, Christian Armando. *Regulación del arbitraje entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de inversión en los tratados de libre comercio e inversión en América Latina*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 525 – 542, jan./dez., 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, José Augusto F.; CARREGARO, Ana Carolina C.; ANDRADE, Thiago P. M. Complementar do ICSID: Uma Alternativa para Investidores Brasileiros? Revista Direito GV, São Paulo, v.3, n.2, 2007.

CASTRO, Amílcar de. Direito Internacional Privado. 5. ed., aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIAS, Aline Henrique. Sistemas monista e dualista na arbitragem comercial. Revista Brasileira de Arbitragem – RBA, n. 50, p. 92-111, abr.-jun., 2016.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. Reflexões sobre a sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 40-74, jul./set. 2005.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Traité de L'Arbitrage Commercial International. Paris: Litec, 1996.

KUNDMULLER AMINITI, Franz. El arbitraje y los tratados de libre comercio. Revista Peruana de Arbitraje, Lima, n.1, 119-178, 2005.

LALIVE, Pierre. Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale? In: Mélanges en l'honneur de François Dessemontet. Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (Cedidac): Lausanne, 2009.

LEE, João Bosco. A lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 5, p. 425-440, set. 2014.

LEE, João Bosco. Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 93, p. 197-217, jan.-mar. 1999.

LEMES, Selma M. F. Homologação de sentença arbitral estrangeira. Lei aplicável. Convenção das Nações Unidas sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG). Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, a. 7, n. 24, p. 155-196, jan.-mar. 2010.

LEMES, Selma Ferreira. O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958. 2006. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/>. Acesso em: 08.08.2023.

MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Wagner. Ordem global e transnormatividade. Ijuí: Unijuí, 2005.

MOROSINI, Fábio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Transgovernamentalismo e cooperação jurídica internacional no Brasil. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, p. 185-208, 2014.

MOURA VICENTE, Dário. *Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa*. Coimbra, Coimbra Ed., 1990.

PEREIRA, Marcela H. T. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, p. 47-54, out.-dez. 2009.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. *Dirieto processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013.

REY VALLEJO, Pablo. Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico em Colombia y en el hemisferio. *Vniversitas*, Bogotá, n. 128, p. 245-284, jan.-jun., 2014.

REY VALLEJO, Pablo. El arbitraje e los ordenamentos juridicos en Latinoamérica: um estúdio sobre formalización y judicialización. *Vniversitas* p. 199-237, n. 126, jan.-jun. 2013.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 6. ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

SOUZA, Nevitton V. Cumprimento de sentenças não nacionais no Brasil: sentenças estrangeiras e sentenças internacionais. In: MARCOS, Henrique J. B.; OLIVEIRA, Paulo Henrique R. de; MENEGUETTI, Luciano (Org.). *A Expansão Sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes*. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 1, p. 945-963, 2023.

SOUZA, Nevitton V. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, p. 344-356, 2019.

SOUZA, Nevitton V. Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 565-590, 2018.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Internacional: conceitos básicos*. In: PUCCI, Adriana Noemí (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

TIBURCIO, Carmen. A lei aplicável às arbitragens internacionais. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria R. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo, LTr, 2002.

VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 53-68, 2014.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem interna v. arbitragem internacional: breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE TERCEIRO NAS RELAÇÕES MARÍTIMAS: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO AFRETADOR NÃO ARMADOR

Ingrid Zanella Andrade Campos

Introdução

Atualmente, paira grande preocupação com o aumento de casos de acidentes marítimos, que podem acarretar danos ao meio ambiente, inclusive diante do fomento do transporte aquaviário, o que requer uma atenção especial com vistas a possibilitar uma plena responsabilização civil, que inclui, a necessária reparação dos danos ambientais. Esse cenário foi evidenciado no incidente que atingiu o Brasil, iniciado em setembro de 2019, com inúmeras manchas de óleo, sem que se soubesse a origem, o local do vazamento ou os possíveis responsáveis.

Desta forma, os incidentes marítimos despertam inúmeros questionamentos, inclusive conexos à responsabilidade civil, seja porque não se consegue identificar a origem da poluição ou os agentes envolvidos (direta ou indiretamente); bem como, em face da multiplicidade de atores no cenário internacional, a concorrência de foros e incidência de diversas normativas sobre as complexas e diversas relações jurídicas que regem a navegação e o transporte pelo modal marítimo.

No que tange à navegação, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através da Emenda Constitucional n.º 7, de 15 de agosto de 1995 deu nova redação ao parágrafo único, do artigo 178 (cento e setenta e oito), o qual estabelece que 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. Da mesma forma, em seu parágrafo único, que na ordenação do transporte aquático, a lei deverá estabelecer 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 interior por embarcações estrangeiras foi decorrência da afirmação do Estado democrático de direito, igualmente chamado de Estado Constitucional (GOMES, VIGO, 2008, p. 20). Assim, com a introdução da navegação rompia-se a barreira da economia regional, a quantidade de mercadorias a serem transportadas por via marítima aumentou, significativamente.

Importante mencionar a Lei 14.031 de 7 de janeiro de 2022, que institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem (BR do Mar). O BR do Mar é um programa de estímulo ao transporte por cabotagem, com diversos objetivos, com destaque a ampliação da oferta e a melhoria da qualidade do transporte aquaviário, bem como aumento da competitividade das empresas brasileiras de navegação entre outros.

Desta forma, haverá o incremento da navegação de cabotagem no Brasil, navegação marítima que é a realizada entre portos ou pontos localizados no território nacional território brasileiro.

Tema sensível, pois, mesmo considerando que o transporte realizado por cabotagem já vem crescendo nos últimos anos, ainda que o Brasil seja um país maritimamente privilegiado, com quase 8 mil km de costa, a movimentação de carga nacional por este modo de transporte aquaviário representa apenas 11% de participação da matriz logística do país, segundo os dados estatísticos da ANTAQ.

Desta forma, o BR do Mar vem como grande promessa, para além de fornecer segurança jurídica, com padronização de normas e segurança regulatória, visa ampliar a navegação de cabotagem em nosso país, inclusive, através de embarcações estrangeiras.

Tal objetivo é perceptível tanto na diminuição na barreira de entrada de novos players no segmento, com a figura, por exemplo, da empresa brasileira de investimento na navegação, até então inexistente,

seja com a ampliação da possibilidade de autorização de empresas brasileiras de navegação.

Como se percebe, dentre as diversas inovações, há a possibilidade as embarcações estrangeiras participarem da navegação de cabotagem no Brasil, através de empresas brasileiras de navegação.

É comum o transporte de cargas, entre essas de óleo, ser realizada por embarcações estrangeiras afretadas por empresas brasileiras, o que pode representar um óbice quanto a responsabilidade integral por danos ambientais ocorridos em águas brasileiras.

Portanto, a problemática do presente artigo cinge-se a identificar até que ponto o afretador não armador, como terceiro, pode ser responsabilizado por danos ao meio ambiente ocasionados por embarcações estrangeiras e, ainda, em quais esferas. O objetivo principal é analisar os possíveis responsáveis pelo dano ambiental ocasionado pela poluição marinha decorrente de derramamento/vazamento de óleo.

Para o desenvolvimento deste artigo será imprescindível analisar a responsabilidade civil de terceiro, incluindo a figura do poluidor e os tipos de contrato de afretamento.

O artigo fora elaborado seguindo o método dedutivo, partindo-se das premissas até a conclusão. A constatação da veracidade das premissas permite atestar, pelos encadeamentos lógicos realizados com argumentos condicionais, a verdade da conclusão.

1. A responsabilidade civil ambiental por ato de terceiro nos acidentes marítimos

Quando se aborda a responsabilidade civil por danos ambiental, importante, inicialmente, destacar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, institui em seu art. 225, § 3º, a responsabilidade tripla em decorrência do dano ambiental, através da responsabilidade civil, administrativa e penal.

No que tange a responsabilidade administrativa subjetiva em casos de poluição por óleo, decorrente de fatos e acidentes marítimos, é indispensável a identificação da causa do acidente e possíveis responsáveis, apuração que ocorrerá no âmbito do Inquérito

Administrativos sobre Acidentes e Fatos da Navegação (IAFN), cujo tramite ocorre na Capitania dos Portos competente.

Quanto aos acidentes e fatos da navegação ainda haverá o julgamento realizado pelo Tribunal Marítimo, com jurisdição que se estende sobre todo o território nacional e alcança toda pessoa jurídica ou física envolvida, por qualquer força ou motivo, em acidentes ou fatos da navegação, envolvendo diversos personagens no direito marítimo e portuário. Nesta senda, menciona-se a Resolução no 49/2020, do referido Tribunal, que determina a competência para o julgamento em casos de poluição proveniente ou causada por embarcações.

O referido Tribunal é disciplinado, no Brasil, pela Lei no 2.180, de 05 de fevereiro de 1954, que estabelece ser o Tribunal Marítimo órgão, autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, com atribuições de julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, e com jurisdição em todo o território nacional.

Eliane Octaviano Martins explica que, apesar de se consubstanciar em um órgão administrativo, o Tribunal Marítimo não exerce exclusivamente funções administrativas, mas também, atividades judicantes (MARTINS, 2008, p. 122).

Destaca-se, igualmente, o Tribunal Marítimo Português, regido pela Lei 35/86 (Pt), com competência cível (art. 4º), para indenizações, avarias, assistência e salvamento, remoção de destroços, bem como responsabilidade civil emergente de poluição do mar e outras águas sob a sua jurisdição entre outras.

A responsabilidade civil ambiental é objetiva por risco integral, conforme disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA, Lei no 6.938/1981), em seu artigo 14, § 1º, ao estabelecer que, sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Instituído, assim, a responsabilidade objetiva, como anteriormente visto.

No que concerne à responsabilidade civil, considerando o impacto ambiental em face do acidente, é possível a identificação de danos que podem ser materiais e morais, incluindo lucros cessantes, individuais e coletivos, a depender do caso, considerando ainda o tempo necessário para a recuperação completa do meio ambiente afetado.

Na mesma senda, haverá a responsabilidade solidária entre os agentes poluidores, conforme teoria do risco profissional, prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, segundo a qual todos aqueles que se dediquem ao exercício de atividade com habitualidade que, por sua natureza, implique risco para os direitos de outrem, devem responsabilizar-se, independentemente de culpa, pelos danos causados.

Nesta senda, importante esclarecer quanto à responsabilidade civil de terceiro, que, de acordo com Enunciado n. 451, da V Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida.”.

Com base na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938/81), poluidor é a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Ainda sobre o tema, o STJ confirma a responsabilidade civil por danos ambientais como objetiva e, inclusive, solidária de todos os agentes que obtiveram proveito da atividade que resultou no dano ambiental (STJ, 2ª T., AgInt no AREsp 277.167/MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14/03/2017, DJe 20/03/2017.).

Explica Herman Benjamin que a adoção da responsabilidade civil ambiental subjetiva levaria a impunidade do poluidor, pois haveria o risco de ser transferido para a sociedade o ônus de suportar os prejuízos decorrentes do dano ambiental; e a sociedade não dispõe dos instrumentos necessários para inibir a ocorrência de uma lesão ao meio ambiente, seja em razão da dificuldade de provar o nexo causal, seja pela dificuldade de acesso à justiça (BENJAMIN, 1998).

Em acidentes marítimos surgem grupos de atuação, com diferentes responsabilidades, que, em caso de dano ambiental, podem ser caracterizados como poluidores diretos ou indiretos, como por

exemplo: órgãos ambientais, transportador, porto, terminal, proprietário da carga, afretador, fretador, proprietário do navio e seguradores, que podem estar ligados à carga, ao transporte e ao navio.

2. A Responsabilidade Civil do Afretador não Armador

Objetivo principal do artigo em comento é a figura do afretador não armador. Importante esclarecer, então, que contrato de afretamento é o acordo pelo qual o proprietário (fretador) de um navio se compromete, percebendo em contrapartida, o frete, a transportar, ou a possibilitar que o afretador transporte, mercadorias em um determinado navio. Esse contrato pode ser de três tipos: a casco nu, por tempo e por viagem.

O afretamento a casco nu é o contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. Já no afretamento por tempo, o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado. Por sua vez, no afretamento por viagem, o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens.

Por sua vez, o armador pode ser entendido como pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta.

A figura do armador da embarcação será ajustada de acordo com o tipo de contrato de afretamento, por se alterar a gestão náutica e a comercial de uma embarcação.

Com vistas a considerar a possibilidade de responsabilidade do afretador não armador por danos ambientais marítimos, há de destacar que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969 (CLC/69), regulamentada pelo Decreto 83.540/79, o qual estabelece a responsabilidade civil limitada do proprietário do navio

poluidor, bem como seguros obrigatórios para este fim e um fundo de compensação.

Conforme estabelece a CLC/69, Decreto 83.540/79:

Art.2º. O proprietário de um navio, que transporte óleo a granel como carga, é civilmente responsável pelos danos causados por poluição por óleo no Território Nacional, incluído o mar territorial, salvo nas hipóteses previstas no § 2o, do artigo III, da Convenção ora regulamentada.

Art. 7º. O proprietário de um navio registrado em um Estado e que transporte mais de 2.000 toneladas de óleo a granel como carga deverá fazer seguro ou outra garantia financeira, tal como caução bancária ou certificado emitido pelo Fundo Internacional de Indenização, num montante fixado pela aplicação dos limites de responsabilidade... para cobrir sua responsabilidade por danos por poluição.

Ainda, de acordo com o Decreto 83.540/79, a ação de responsabilidade civil será proposta contra o proprietário do navio ou seu segurador, e igualmente, quando for o caso, contra a entidade ou pessoa prestadora da necessária garantia financeira.

A CLC 69, mesmo já prevendo a limitação de responsabilidade civil, atrelava a contribuição a um fundo de compensação, o IOPC 71, que, infelizmente, deixou de existir em 2002, em decorrência da adesão do protocolo mais recente que dispõe sobre o fundo IOPC 92.

No entanto, o Brasil ainda não aderiu o protocolo atualizado da Convenção de Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1992, (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage - CLC). Fato esse que, sem dúvida, pode representar uma dificuldade maior na plena responsabilização civil. Isso, pois, a CLC 92 prevê um fundo de compensação por danos ambientais (IOPC Fund 92), além de um fundo suplementar, que poderá ser acionado em situações específicas.

De acordo com o primeiro de seus propósitos, o Fund 92 tem a obrigação de pagar uma indenização a Estados e pessoas que sofrem danos causados pela poluição, se essas pessoas não puderem obter

uma indenização do proprietário do navio do qual o petróleo escapou ou se a indenização devida por tal proprietário não é suficiente para cobrir os danos sofridos.

De mais a mais, mesmo a CLC/69, estabelecendo que a ação de responsabilidade civil será proposta contra o proprietário do navio ou seu segurador, ou seja, que ocupará a figura de fretador, em um contrato de afretamento, o STJ, no Recurso Especial, interposto pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS, no 467.212 - RJ (2002/0106671-6), que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, afastou a aplicação da mencionada convenção, reconhecendo a responsabilidade do afretador, enquanto terceiro.

O referido caso envolveu uma autuação ambiental da CECA – Comissão Estadual de Controle Ambiental lavrou auto de infração imputando à PETROBRÁS multa por infringência ao inciso 2.1 da Tabela do Decreto nº 8.974/86 cometida em 22/11/1991, consubstanciada no vazamento de 500 litros de petróleo do navio de bandeira Liberiana fretado pela PETROBRÁS.

Inconformada com a autuação ambiental a PETROBRÁS ajuizou Ação Anulatória de Débito Fiscal em face do Estado do Rio de Janeiro, objetivando ver declarada inexigível a multa ambiental, inscrita na Dívida Ativa, imposta por poluição de água e solo com substância não tóxica, conforme Decreto Estadual nº 8974/86, quando navio de bandeira Liberiana, fretado pela parte autora, transportava petróleo bruto para Angra dos Réis, entre os fundamentos, destaca-se a alegação de que a responsabilidade por danos ambientais é exclusiva do proprietário, do comandante e do armador do navio da embarcação estrangeira, conforme art. 2º, do Decreto nº 83.540, de 04 de junho de 1979.

O juízo monocrático julgou improcedente o pedido deduzido na inicial sob o fundamento de que a responsabilidade em reparação por danos ambientais é objetiva, entre outros, conforme acórdão proferido em sede de Apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. Multa ambiental aplicada pela FEEMA, sendo o auto de infração de 25.03.1993.

Competência dos órgãos estatais de defesa do meio ambiente para fiscalização, sendo que a Constituição Federal possibilita aos entes federados a competência legislativa fiscalizatória para proteção ao meio ambiente e combate a poluição. Inexistência na Lei 5357/67 e Lei 6938/81 de impedimento a órgãos estatais para atividade fiscalizadora, sendo certo que o Decreto 99274/90, ao estruturar o SISNAMA, invoca entes estaduais como integrantes deste. Legitimidade da Petrobrás para ser atuada, independentemente do navio poluidor ter bandeira estrangeira, posto que estava por ela afretado sob a sua responsabilidade, não sendo o caso de incidência de convenção internacional. Inexistência de cerceamento, visto conter o auto de infração elementos suficientes a elaboração da defesa da atuada, o que efetivamente ocorreu. Incidência da Lei 6938/81, art. 14, § 1º, tratando-se no caso de responsabilidade objetiva. Sentença que se mantém.

Assim, o Recurso Especial foi interposto, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, uma vez em que a matéria foi devidamente prequestionada, o recurso foi conhecido, cabendo ao STJ dirimir as seguintes controversas se o pagamento da multa ambiental é de responsabilidade do proprietário do navio estrangeiro ou da PETROBRÁS, que o fretou para transportar o petróleo bruto.

Como visto, a questão está diretamente ligada ao fato de art. 2º, do Decreto nº 83.540/79, que regulamenta a aplicação da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969. Todavia, como explanado supra a PNMA abraçou a responsabilidade sem culpa ou objetiva, além de prever expressamente o dever do poluidor de recuperar e/ou indenizar os danos causados.

Da mesma, no caso em glosa, restou configurado que o risco da atividade desempenhada pela PETROBRÁS em causar danos ambientais consubstancia o nexa causal de sua responsabilidade, independentemente, de o derramamento de óleo ter ocorrido por culpa da embarcação afretada.

Por fim, entendeu o STJ que merecem tratamento diverso os danos ambientais provocados por embarcação de bandeira estrangeira contratada (afretada) por empresa nacional cuja atividade, ainda que de forma indireta, seja a causadora do derramamento de óleo, daqueles danos perpetrados por navio estrangeiro a serviço de empresa estrangeira, quando então resta irretorquível a aplicação do art. 2º, do Decreto nº 83.540/79, quando a responsabilidade seria atribuída ao proprietário. No mais, ainda que, em ambos os casos haveria direito de regresso contra o culpado.¹

¹ **Confira ementa completa:** ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA CONTRATADA PELA PETROBRÁS. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. 1."(...) O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". (...) Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade." " [grifos nossos] (Sergio Cavalieri Filho, in "Programa de Responsabilidade Civil")

2. As penalidades da Lei n.º 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, caput) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A ratio do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação

3. À Capitania dos Portos, consoante o disposto no § 4º, do art. 14, da Lei n.º 6.938/81, então vigente à época do evento, competia aplicar outras penalidades, previstas na Lei n.º 5.357/67, às embarcações estrangeiras ou nacionais que ocasionassem derramamento de óleo em águas brasileiras.

Portanto, percebe-se que o entendimento exarado no caso em comento foi no sentido de ratificar a responsabilidade objetiva do afretador não armador, enquanto terceiro não proprietário, com a possibilidade de ampliação da responsabilidade civil de terceiro, no caso de contrato de afretamento, considerando a responsabilidade objetiva e solidária, a atuação enquanto poluidor indireto e atividade risco.

Nesse contexto, com vistas a justificar a responsabilização do afretador não armador pelos danos ambientais, é imprescindível que sejam analisados os princípios ambientais. Para Álvaro Luiz Valery é essencial a análise dos princípios do Direito Ambiental são os princípios que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade

4. A competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente.

5. Para fins da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3o, qualifica-se como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

6. Sob essa ótica, o fretador de embarcação que causa dano objetivo ao meio ambiente é responsável pelo mesmo, sem prejuízo de preservar o seu direito regressivo e em demanda infensa à administração, inter partes, discutir a culpa e o regresso pelo evento.

7. O poluidor (responsável direto ou indireto), por seu turno, com base na mesma legislação, art. 14 - "sem obstar a aplicação das penalidades administrativas" é obrigado, "independentemente da existência de culpa", a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, "afetados por sua atividade".

8. Merecem tratamento diverso os danos ambientais provocados por embarcação de bandeira estrangeira contratada por empresa nacional cuja atividade, ainda que de forma indireta, seja a causadora do derramamento de óleo, daqueles danos perpetrados por navio estrangeiro a serviço de empresa estrangeira, quando então resta irretorquível a aplicação do art. 2º, do Decreto n.º 83.540/79

9. De toda sorte, em ambos os casos há garantia de regresso, porquanto, mesmo na responsabilidade objetiva, o imputado, após suportar o impacto indenizatório não está inibido de regredir contra o culpado.

10. In casu, discute-se tão-somente a aplicação da multa, vedada a incursão na questão da responsabilidade fática por força da Súmula 07/STJ.

11. Recurso especial improvido.

e coerência existentes entre todas as normas jurídicas que compõem o sistema legislativo ambiental, e são desses que se extraem as diretrizes básicas que permitem compreender a forma pela qual a proteção do meio ambiente é vista na sociedade (MIRRA, 1996, p. 50).

No caso em tela, poder-se-ia mencionar o princípio da responsabilização e reparação das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, previsto no Princípio 13 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) estabelece que os Estados devem estabelecer em suas legislações a obrigação de o poluidor reparar o dano ambiental e de promover a indenização das possíveis vítimas. Que, inclusive, o Brasil adotou na Lei de Política Nacional do Ambiental a responsabilidade objetiva ambiental (arts. 3º, IV, e 14), a qual foi ratificada pela Constituição Federal (art.225, §3º).

Esse princípio preconiza a importância de se responsabilizar os agentes da degradação ambiental. Nestes termos, por um ato poluidor, há possibilidade de responsabilidade simultânea nas esferas civil, penal e administrativa da pessoa física ou jurídica, em relação a um mesmo ato danoso.

Bem como, o princípio poluidor-pagador que tem sua previsão na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4º, VII, e §1º do art. 14) e estabelece o dever do poluidor, pessoa física ou jurídica, a recuperar ou indenizar o ambiente degradado, independentemente de culpa.

Celso Antonio Pacheco FIORILLO (2011, p. 92) identifica o princípio do poluidor pagador através de duas formas, preventiva e repressiva, a saber: busca evitar a ocorrência de danos ambientais e ocorrido o dano, visa à sua reparação.

3. Extensão da responsabilidade civil do afretador não armador

Os trabalhadores marítimos constituem o conjunto de pessoas empregadas a serviço do navio e embarcadas mediante um contrato de trabalho. No Brasil de acordo com a Lei no 9.537/97, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional (LESTA), tripulante é o aquaviário ou amador que exerce funções embarcado na operação da embarcação.

O tripulante deve ser contratado através de uma relação é de emprego, conforme disciplina a LESTA, ao instituir que os aquaviários devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações, e que o embarque e desembarque do tripulante submete-se às regras do seu contrato de trabalho (art. 70, parágrafo único).

Quanto à relação de vínculo de emprego, esta ocorre com o armador da embarcação, que é pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, presta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta .

À título de exemplo, poder-se-ia mencionar o caso envolvendo relação trabalhista, onde se reconheceu a responsabilidade subsidiária do afretador não armador, considerando existiu um contrato de afretamento por tempo (TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA Ag-AIRR 549004420045020443 54900-44.2004.5.02.0443 (TST)), vide:

Ementa: AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. AFRETAMENTO NAVAL POR TEMPO (ART. 2º , II , DA LEI 9.432 /97). TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DO AFRETADOR. O afretamento naval por tempo (art. 2º , II , da Lei 9.432 /97) configura relação triangular de trabalho entre os empregados marítimos a bordo da embarcação fretada, o armador, na qualidade de empregador e prestador de serviços, e o afretador, na condição de tomador dos serviços. Nos termos da Súmula 331, IV, do TST, -o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial- (art. 896, § 4º , da CLT e Súmula 333/TST).

Desta forma, percebe-se que a responsabilidade do afretador não armador também foi ampliada no caso supra, em decorrência de um contrato de afretamento por tempo..

Conclusão

O desenvolvimento econômico em dissonância com a questão ambiental não se mostra mais possível, em face do reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do meio ambiente não poluído como direito fundamental. Dessa forma, a temática ambiental aparece como conteúdo das atividades econômicas, diante da supremacia da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito à vida.

Assim, possível concluir que:

1. depender do tipo de contrato de afretamento o afretador ou o proprietário poderá ter a gestão náutica da embarcação, constituindo-se como o armador.
2. os danos ambientais decorrentes da poluição marinha por derramamento ou vazamento de óleo podem ensejar a tripla responsabilização ambiental.
3. independente do personagem marítimo que atuará como armador, poderá haver a responsabilização ambiental por ato de terceiro, de forma solidária.
4. afretador não armador pode ser responsabilizado por danos ambientais, em decorrência do nexa causal estabelecido pelo risco da atividade, pela responsabilidade objetiva e por se configurar como poluidor indireto.
5. a responsabilidade de terceiro, afretador não armador, poderá ser reconhecida em casos de acidentes ambientais com óleo, afastando-se a responsabilidade do proprietário da embarcação, conforme estabelece art. 2º, do Decreto nº 83.540/79, quando a embarcação de bandeira estrangeira é afretada por empresa nacional cuja atividade, ainda que de forma indireta, seja a causadora do derramamento de

óleo, de acordo com o recurso Especial no 467.212 – RJ.

6. em relações trabalhistas, há casos de reconhecimento da responsabilidade subsidiária do afretador não armador, considerando existiu um contrato de afretamento por tempo.

7. considerando a Lei 14.031 de 7 de janeiro de 2022, que instituiu o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem (BR do Mar), que visa o incremento da navegação de cabotagem no Brasil, a diminuição na barreira de entrada de novos players no segmento, a possibilidade as embarcações estrangeiras participarem da navegação de cabotagem no Brasil, através de empresas brasileiras de navegação entre outros, será cada vez mais importante analisar a responsabilidade civil das partes envolvidas, objetivando uma maior segurança marítima e ambiental..

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. v. 9/1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. O princípio do poluidor-pagador, in Dano Ambiental, prevenção, Reparação e repressão, São Paulo, revista dos Tribunais, 1998.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Curso de Direito Marítimo Sistematizado. Direito Material e Processual. Curitiba: Juruá, 2017.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. Direito constitucional marítimo. Curitiba: Juruá, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 12 ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Luis Rodolfo. Do Estado de direito constitucional e transconstitucional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado e da justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2011.

GUTIÉRREZ, Norman A. Martínez. Limitation of liability in international maritime conventions: the relationship between global limitation convention and particular limitation regimes. New York: Routledge, 2012.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de direito marítimo. 3 ed. Volume I. Barueri, SP: Manole, 2008.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In Revista de Direito Ambiental nº 02, abril-junho/1996. p. 50.

A CONSOLIDAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES* NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA.

Sibele Walkiria Lopes

Introdução

Neste trabalho, serão analisadas duas controvérsias perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ): o Caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium vs. Spain), apreciado em 1961, sendo o primeiro caso a tratar das obrigações *erga omnes* e o Caso sobre a Aplicação da Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime do genocídio (Gâmbia vs. Míamar) ainda em trâmite perante a Corte desde 2019, com indicação de medidas provisionais já promovidas pela Corte. Na atualidade, a controvérsia encontra-se na fase instrutória prévia às audiências públicas.

A Corte Internacional de Justiça é instada analisar questões de alta complexidade das quais defluem obrigações internacionais que desbordam as obrigações convencionais, vinculam vários Estados, e encontram-se num patamar distinto das demais obrigações, razão pela qual a Corte desempenhará sua função de *jurisdictio* e irá se pronunciar sobre os contornos e requisitos de tais obrigações.

O artigo abordará, portanto, a contribuição da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça no delineamento deste instituto jurídico de Direito Internacional, que na atualidade encerra alguns dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, por meio dos textos normativos internacionais e da interpretação destes textos pela Corte Internacional de Justiça, notadamente sobre a Convenção sobre a prevenção e repressão do crime de genocídio.

Para isso, serão analisadas as controvérsias na Corte Internacional de Justiça sobre as obrigações erga omnes e, de modo específico, os parâmetros sobre sua possível atribuição como normas de jus cogens, que servirão de base para analisar os casos existentes perante a Corte Internacional de Justiça que tratam do tema.

O artigo será desenvolvido da seguinte maneira, contendo os seguintes capítulos : (i) a obrigação erga omnes na esfera internacional e (ii) a Corte Internacional de Justiça as obrigações erga omnes. O artigo utilizará o método dedutivo, com base no estudo da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

1. Obrigações Erga omnes na esfera internacional

1.1. Obrigações internacionais e responsabilidade internacional

Do latim *Obligatio*, o termo “obrigação”, em sentido amplo, consiste “no dever imposto a qualquer pessoa [física ou jurídica] para pautar seu comportamento em obediência à ordem jurídica [vigente]”¹. Nas *Intitutas* de Justiniano encontra-se consagrada a máxima de que “a obrigação é um vínculo de direito”².

As obrigações no Direito Internacional estão intrinsecamente enlaçadas às fontes do Direito Internacional, fontes de várias matrizes de onde provêm as normas jurídicas internacionais, que contêm em seu bojo obrigações internacionais, que vinculam os sujeitos³ de Direito Internacional.

Desde a criação da Corte Permanente de Direito Internacional, as fontes clássicas encontram-se elencadas no artigo 38 dessa Corte e, no atualmente vigente, Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

¹ SIDOU, J.M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. Ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 384.

² JUSTINIANUS, Flavous Petrus Sabbatius. **Institutiones D. Justiniani**.- *Institutas do Imperador Justiniano* [tradução e notas de Edson Bini]. Bauru/SP: EDIPRO, 2001, p.154.

³ Cf. EUSTATHIADES, Constantin Th.. **Les sujets du droit international et la responsabilité internationale : nouvelles tendances**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 84,1953, p. 397-633.

tratados; costumes; princípios gerais do Direito; Doutrina; Jurisprudência e equidade sendo que, hodiernamente, também se consagram como fontes do Direito Internacional: as Resoluções das Organizações Internacionais, as *Soft Laws e os* Atos Unilaterais dos Estados.

Destas fontes do Direito Internacional, defluem obrigações internacionais e o descumprimento ou violação destas obrigações são passíveis de responsabilização na esfera internacional.

O instituto jurídico da responsabilidade internacional do Estado foi delineado por ANZILOTTI. Para o autor italiano, *lato sensu*, “a responsabilidade nasce da violação injusta do direito de outrem e gera obrigação de reparação por parte do agente violador, a quem pode ser imputado o fato ou a omissão ilícita.”⁴ E asseverou ANZILOTTI ainda que: “uma violação injusta do Direito Internacional de um Estado, imputável a outro Estado, o torna responsável e dá origem à obrigação que advirá desta dessa violação”, constituindo “o dano, elemento necessário da responsabilidade.”⁵ Ademais, é de grande relevo para este instituto o nexo de causalidade entre o fato ilícito e o dano, que poderá embasar possível reparação.

⁴ ANZILOTTI, Dionizio. **Scritti di Diritto Internazionale Pubblico**. Tomo Primo. Padova: CEDAM, 1956, p. 83. Tradução livre. *La responsabilità nasce dall'ingiusta violazione del diritto altrui e genera l'obbligo dela riparazione in quanto si collegatta con un soggetto agente, sai cioè imputabile a questo, presa la parola imputabilità nel significato generale di termine che unisce il fato o l'omissione illecita all'autore. Violazione del diritto e imputabilità sono così due estremi della responsabilità di diritto internazionale: ogni violazione ingiusta del diritto Internazionale de uno stato, imputabile ad un altro stato, lo rende responsabile e dá vita all'obbligazione che ne deriva.*

⁵ ANZILOTTI, Dionizio. **Scritti di Diritto Internazionale Pubblico**. Tomo Primo. Padova: CEDAM, 1956, p. 83. Tradução livre. *Il danno, che una dottrina comune considera pure come elemento necessário dela responsabilità, può essere qui oportunamente lasciato da parte, sai perchè, come fu già osservato anche per il diritto interno, il danno resguarda piuttosto l'obbligo del risarcimento, che è l'effetto dela responsabilità, mentre questa trae la sua ragion d'essere dalla sola violazione del diritto sai perchè, e questa è ragione speciale al campo nostro, nelle relazioni internazionali, attesa la grande importanza che ha l'emento morale dela considerazione, dela stima, dell'onore, ogni violazione del diritto rappresenta di per sè e senz'altro un danno per lo stato che ne fu vittima e fa sentire immediatamente il bisogno dela riparazione.*

O papel dos Tribunais Internacionais, e em especial da Corte Internacional de Justiça, que detém competência material para apreciar questões relativas à responsabilização internacional e determinar a reparação *in casu* tem contribuído para o aprimoramento e a consolidação deste instituto jurídico desde a jurisprudência da lavra de sua predecessora -a Corte Permanente de Justiça Internacional-, no Caso da Usina de Chorzow, no *decisum* prolatado em 13 de setembro de 1928, que tratou da “*restitution in nature*.”⁶

Desde ANZIOTTI, buscou-se na esfera internacional, uma codificação deste instituto por meio da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas num primeiro momento liderado por Roberto AGO e, anos mais tarde, por James CRAWFORD, a responsabilidade internacional tem sido tema de debates e aperfeiçoamento contínuos.

Verifica-se, portanto, que a responsabilização internacional é a consequência advinda da violação de uma obrigação internacional por um Estado, que ao ser reconhecida por um Tribunal Internacional ou mesmo por meio da Arbitragem Internacional, tem o condão de gerar a obrigação de reparar/ indenizar o dano/ prejuízo causado a outro Estado.

1.2. Obrigações Internacionais e Obrigações Internacionais Erga Omnes

Dentre as fontes do Direito Internacional supra elencadas, considerando o escopo do presente trabalho, o Costume e os constituem as fontes normativas precípua as quais abordaremos a seguir por se relacionam estreitamente com as obrigações *erga omnes* e serem as mais longevas.

⁶ COUR PERMANENT DE JUSTICE INTERNATIONALE. Affaire de L’Usine de Chorzow. Arrêt du 13 sept. 1928 (fond), Série A, n°. 17,p.47. “ le principe essentiel que découle de la notion même d’acte illicite [...] este la réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l’acte illicite et re=établir l’état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n’avait pasé té commis. Restitution en *nature* ou, si elle n’est pas possible, paiement d’une Somme correspondant à la valeur qu’aurait la *restitution in nature*.”

O costume é a mais longeva dentre as fontes do Direito Internacional, das quais defluem as normas internacionais. Nas palavras de LE FUR, “o costume jurídico enfeixa a ideia de obrigação (*iuris necessitatis opinio*)”, seja de uma norma antiga seja de uma norma nova e “supõe uma certa reciprocidade” no que tange à aplicabilidade entre os Estados e, ademais, “um costume internacional pode ser geral e, neste caso, se impõe a todos os Estados”, sendo que “a negação de um costume reconhecido permite ao Estado lesado exigir uma reparação.”⁷

Um ponto que merece destaque repousa justamente na questão do consentimento, vez que “o costume internacional não exige para ser obrigatório, um consentimento unânime *-bien net à l’avance de tous les Etats-*”, eis que neste caso “o costume transformar-se-ia num tratado, se o consentimento se traduzisse em fórmulas escritas.”⁸ É possível depreender destes breves lineamentos que as normas consuetudinárias internacionais encerram obrigações cujo violação poderá gerar consequências na esfera internacional, ensejando, inclusive reparação.

Para TRUYOL Y SERRA, “num sentido amplo, os tratados⁹ são acordos entre os Estados [e na atualidade, também, por Organizações Internacionais], dirigidos a regular o seu comportamento recíproco” e constitui a “regulamentação contratual da vida internacional”.¹⁰ Neste caso, diferentemente do costume, o consentimento do Estado para vincular-se a estas normas internacionais convencionais - e que deflui da “vontade soberana do Estado”- constitui elemento basilar de validade das normas

⁷ LE FUR, Louis. **Précis du Droit International Public**. 2e.Édition. Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 187-188.

⁸ LE FUR, Louis. **Précis du Droit International Public**. 2e.Édition. Paris: Librairie Dalloz, 1933, p. 188.

⁹Cf. VITTA, Edoardo. **International conventions and national conflict systems**. Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye. Vol.126, 1969, 111-232.

¹⁰ TRUYOL Y SERRA, António. **Noções Fundamentais de Direito Internacional Público**. 2ª edição refundida e aumentada. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1962,p.126-127.

internacionais ali pactuadas entre os Estados -Partes, aliado ao quórum mínimo de ratificações para que o Tratado entre em vigor, torne-se, portanto, aplicável, dotado de eficácia e de obrigatoriedade.

O tratado¹¹, por sua vez, se assenta sobre dois princípios gerais de Direito: o *pacta sunt servanda*- os tratados devem ser cumpridos- e o princípio da boa-fé. Tanto as normas consuetudinárias quanto as normas convencionais insertas num tratado são dotadas de obrigatoriedade.

O Pós-Segunda Guerra Mundial proporcionou uma expansão do Direito Internacional, inclusive, na seara do instituto jurídico das obrigações internacionais, que recebeu uma qualificadora, para diferenciá-las das obrigações internacionais tradicionais.

As normas consuetudinárias de índole universal- v. g. direito de passagem inocente-, encerram obrigações internacionais *vis-à-vis* dos Estados. As normas convencionais insertas em determinados tratados, igualmente, constituem obrigações internacionais, cujos efeitos por excelência (direitos e deveres *vis-à-vis* dos Estados, v.g. Convenção de Viena sobre Relações Consulares!) são apenas *inter partes*, ou seja, somente entre os Estados ou Organizações Internacionais que são partes em determinados tratados.

As violações às obrigações internacionais desta natureza só podem ser invocadas exclusivamente por aquele Estado-Parte que sofreu a violação diretamente, que sofreu o dano, em que haja um nexo de causalidade com a conduta omissiva ou comissiva do Estado violador, deterá o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, por exemplo, para intentar a responsabilização internacional¹² perante um Tribunal Internacional.¹³

¹¹ Cf. SOHN, Louis B. **Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 150, 1976, p. 195-294.

¹² Cf. STARACE, Vincenzo. **La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 153, 1976, p. 263-317.

¹³ Cf. MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: jurisdição e competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Há, portanto, obrigações internacionais que devem ser observadas pelos Estados (que defluem do Direito Internacional Geral) e/ou pelos Estados-partes (quando oriundas de Tratados ou Convenções Internacionais), em ambos os casos, tanto o cumprimento quanto a violação, está adstrita à esfera individual do Estado ou do Estado-Parte, por isso, a suposta violação só pode ser questionada pelo Estado que sofreu o dano advindo diretamente de determinada violação de uma norma internacional, que continha em seu bojo uma obrigação internacional.

A adjetivação da obrigação como *erga omnes*¹⁴ está atrelada aos seus efeitos. A expressão latina *erga omnes*- que significa “para com todos” possui como antônimo a expressão latina *inter partes*¹⁵ – que significa “[somente] para as partes”. Ambas expressões estão umbilicalmente relacionadas aos efeitos destas obrigações em relação aos sujeitos de Direito Internacional.

O cumprimento de determinada obrigação *erga omnes* constitui obrigatoriedade para todos os Estados-partes, sem exceção, desde que o tratado não contemple a permissibilidade de reserva à obrigação dotada deste efeito. A violação de uma obrigação *erga omnes* por um Estado-Parte constitui violação em face de todos os Estados-Partes, eis que todos os Estados-Partes detêm o “interesse comum” de que as normas internacionais que enfeixam obrigações *erga omnes* sejam cumpridas por todos aqueles que a elas se vincularam por meio de um Tratado. As obrigações *erga omnes* possuem o condão de gerar efeitos para todos aqueles que estão sob o pálio de dada obrigação.

Ipsa facto, qualquer um dos Estados-partes de Tratados¹⁶ com este tipo de obrigações internacionais *erga omnes* detém interesse de agir e legitimidade *ad causam* em face do Estado-parte violador destas

¹⁴ SIDOU, J.M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. Ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 227.

¹⁵ SIDOU, J.M. Othon. **Dicionário Jurídico**. 2ª ed. Ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 303.

¹⁶ Cf. SOHN, Louis B. **Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties**. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 150, 1976, p. 195-294.

normas, ainda que não tenha sido diretamente atingido ou tenha sofrido dano, vez que há um interesse comum de todos na observância de tais obrigações internacionais.

Cumprе ressaltar que, existem (i) obrigações *erga omnes* que advêm de normas internacionais que compõem o Direito Internacional Geral e há (ii) obrigações *erga omnes partes* que provêm de normas internacionais inseridas em Tratados ou Convenções Internacionais.

Depreende-se que a diferença basilar entre as obrigações internacionais e as obrigações internacionais *erga omnes* se assenta precipuamente no direito: no caso da primeira, o direito é individual, pois o interesse também é individual no que tange à responsabilidade internacional (dano de índole individual), no segundo caso, o direito é coletivo, eis que há um interesse comum, coletivo de que a responsabilização internacional recaia sobre o Estado violador, eis que inobservância de tal obrigação gera dano de índole coletiva, a todos atingem, eis que tais obrigações enfeixam valores inestimáveis para a toda a humanidade, conforme aduziremos a seguir.

1.3. Obrigações Erga Omnes e os Direitos Humanos

Segundo ZEMANEK, a Carta das Nações Unidas consagra em seus artigos 55 e 56 , “a promoção universal do respeito e observância dos Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais como um programa das Nações Unidas.” Complementa o autor que “este programa constitui ‘propósitos’ da ONU e estão interligados aos propósitos expressos no artigo 1, mormente, no que se refere “à promoção e ao encorajamento do respeito aos Direitos Humanos¹⁷ e das Liberdades Fundamentais para todos”, sendo que “a via eleita para

¹⁷ Cf..LAUTERPACHT, Hersch. **The international protection of human rights.** Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye. Vol. 70, 1947, p. 1-108.

a implementação deste programa foram as Convenções Internacionais”.¹⁸

Neste compasso, as obrigações internacionais *erga omnes* defluem, regra geral, de normas internacionais convencionais inseridas em Tratados, em especial, de Tratados ou Convenções atinentes aos Direitos Humanos¹⁹, eis que as obrigações internacionais inseridas nestes tratados estão atreladas a um “interesse comum” de todos os Estados- partes de que aquelas obrigações sejam observadas pelas partes e não apenas do interesse unilateral de um Estado-parte àquela Convenção ou Tratado.²⁰

Constituem relevantes Convenções Internacionais que consagram obrigações *erga omnes partes*: a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (1948); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção sobre todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).²¹

¹⁸ ZEMANEK, Karl. New Trends in the enforcement of *erga omnes* obligations. In: **Max Planck Yearbook of United Nations Law Online**. 09 Feb 2000, p. 2. Disponível em: <mpunyb_zemanek_4 (1).pdf>. Acesso em: 26 Feb 2022.

¹⁹ Cf. VASAK, Karel. **Le droit international des droits de l’homme**. Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de la Haye. Vol.140, 1974, p. 333-416.

²⁰ Cf. FROWEIN, Jochen A. **Obligations erga omnes**. Max Planck Encyclopedias of International Law, 2008 ; MERON, Theodor. **International law in the age of human rights: general course on public international law**. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye. Vol. 301, 2003, p. 9-489 ; ZEMANEK, Karl. New Trends in the enforcement of *erga omnes* obligations. In: Max Planck Yearbook of United Nations Law Online. 09 Feb 2000, p. 2. Disponível em: <mpunyb_zemanek_4 (1).pdf>. Acesso em: 26 Feb 2022.

²¹ Cf. CARVALHO RAMOS, André. *The Counter- Majoritarian Essence of the International Human Rights Process: How to Achieve the Dialogue among Courts*, p. 323-348. In: **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Edição**

1.4. Obrigações *Erga Omnes* e Normas de *Jus Cogens*²².

As normas imperativas de Direito Internacional também denominadas normas *de ius cogens* são aquelas que só podem ser substituídas por normas de mesma hierarquia e valor, conforme estabelece o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tais normas de direito internacional detêm em seu bojo valores que são caríssimos a toda à sociedade internacional, por isso, tais normas imperativas constituem obrigações *erga omnes*, contudo, nem toda obrigação *erga omnes* constitui normas de *ius cogens*.

Na atualidade, os princípios contidos na Carta das Nações Unidas, em seu artigo 1 e 2, consubstanciam normas de *ius cogens*²³, que por sua vez, constituem obrigações *erga omnes*, tais como: princípio da igualdade soberana entre os Estados, princípio da boa-fé; princípio do *pacta sunt servanda*, princípio da solução pacífica de controvérsias, princípio da não-intervenção; princípio do não-uso da força, princípio do respeito aos Direitos Humanos, etc.

Cumprir frisar que os princípios insculpidos na Carta das Nações Unidas, a despeito da Carta encerrar normas convencionais, as obrigações *erga omnes* que defluem do artigo 1 e 2, “em tudo que for necessário à manutenção da paz da segurança internacionais” constituem obrigações *erga omnes* e não obrigações *erga omnes partes*, vez que a “Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios.

Impende ressaltar, ainda, que as normas de *ius cogens* constituem a moldura material com a qual as outras normas

²² Cf. KOLB, Robert. **Theorie du Jus Cogens international**. Essai de relecture du Concept. Paris: PUF, 2001.

²³ Cf. BARROSO, Helena Aranda; GEROMEL, Vitor. A Questão da Atribuição do Caráter de Jus Cogens às Normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Wagner (Coord). **Estudos de Direito Internacional**: anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2010.

internacionais a serem criadas devem estar conformadas, eis que qualquer norma internacional- independente da fonte de onde provenha- deve estar em harmonia com as normas de *ius cogens*. Ademais, há previsibilidade na própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que tais normas podem ser evidenciadas pela Corte Internacional de Justiça.

Neste tópico, serão analisadas as bases conceituais e doutrinárias acerca do tema, sua relação com os tratados, sua correlação com a responsabilidade internacional e com as normas de *ius cogens* e , por fim, com os Direitos Humanos.

2. A Corte Internacional de Justiça e as Obrigações *Erga Omnes*

A Corte Internacional de Justiça²⁴, que constitui o principal órgão judiciário das Nações Unidas, por ter competência *ratione materiae* para apreciar questões relativas à aplicação e a interpretação de tratados, tem cada vez mais sido instada a se pronunciar sobre as Convenções Internacionais²⁵ supra mencionadas, razão pela qual sua função de *juris dictio*²⁶ tem contribuído para a consolidação sobre o delineamento e o entendimento sobre as obrigações *erga omnes*.

2.1. *Caso Barcelona Traction , Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. Espanha)*

Nesta Controvérsia a Corte Internacional de Justiça se deparou com questões atinentes à proteção diplomática. A *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* era uma *holding* canadense que

²⁴ Cf. HAMBRO, Eduard. **The jurisdiction of the International Court of justice.** Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol.76 ,1950-I, p. 121-215.

²⁵ Cf. MATSCHER, Franz. **Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales.** Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol. 161, 1978, p. 127-228.

²⁶ Cf. BERMAN, Paul Schiff . **Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders,** Cambridge University Press, 2012.

operava sistemas de distribuição de energia elétrica na Espanha, sendo que a maioria de suas ações eram detidas por indivíduos e empresas belgas. Não obstante, foram constituídas outras três sociedades, “as quais possuía a totalidade de suas ações também sob a legislação canadense.” Com o fim da Guerra Civil Espanhola, foi decretado pelo juízo espanhol a falência da empresa Barcelona Traction. Isso gerou problemas diplomáticos entre a Espanha, Canadá, Bélgica, Estados Unidos e Reino Unido, sendo os três últimos representantes de seus respectivos nacionais acionistas.

A Corte Internacional de Justiça foi instada pela Bélgica com a finalidade de “reparação dos danos causados aos nacionais belgas acionistas da *Barcelona Traction* e das sociedades do mesmo grupo pelas eventuais condutas contrárias ao Direito Internacional praticadas por vários órgãos espanhóis, incluindo o judiciário, em relação às referidas empresas.”

A singularidade deste caso repousa na explicitação pela Corte sobre²⁷:

Essas obrigações, contudo, não são nem absolutas nem desqualificadas. Em particular, uma distinção essencial deve ser traçada entre as obrigações de um Estado para com a comunidade internacional como um todo, e aquelas decorrentes face a face com outro Estado no campo da proteção diplomática. Por sua própria natureza, as primeiras interessam a todos os Estados. Tendo em vista a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ter um interesse legal em sua proteção; essas são as obrigações *erga omnes*²⁸.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 126.

²⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)**. Judgment of 5 February 1970, Second Phase, Haia, 1970, §33. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>.

Acesso em 20 Feb. 2022. Tradução livre. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the

O conceito dessas obrigações apresentado pela Corte Internacional denota que tais normas expressam valores essenciais para a *toda a sociedade* internacional:

Tais obrigações derivam, por exemplo, do direito internacional contemporâneo, da proibição dos atos de agressão e de genocídio, bem como dos princípios e regras referentes aos direitos básicos da pessoa humana, incluindo a proteção contra a escravidão e a discriminação racial²⁹.

In casu, a Corte Internacional de Justiça asseverou que as obrigações dos acionistas belgas - *supostamente* violadas-, não constituíam obrigações *erga omnes*, por isso, não detinha legitimidade ad causam a Bélgica nem a nenhum outro Estado ou sujeito de Direito Internacional buscar a reparação dessas violações, mas tão somente o sujeito diretamente violado, no caso, a própria empresa representada diplomaticamente pelo Canadá.

É de todo oportuno ressaltar que a Corte Internacional de Justiça *a posteriori* igualmente se manifestou acerca das obrigações *erga omnes*, merecendo destaque o caso *Timor Leste (Portugal Vs. Austrália)*³⁰ que reconheceu-se o caráter *erga omnes* do direito à autodeterminação dos povos, o que foi reiterado nas Opiniões Consultivas da Corte *Consequências Legais da Construção de uma*

rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.

²⁹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962)**. Judgment of 5 February 1970, Second Phase, Haia, 1970, §34. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>>.

Acesso em 20 Feb 2022. **Texto original:** Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination.

³⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **East Timor (Portugal v. Australia)**. Judgment of 30 June 1995, Haia, 1996, §29. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/84/084-19950630-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 20 Feb 2022.

*Muro no Território Palestino Ocupado*³¹ e *Consequências Legais da Separação do Arquipélago de Chagos de Maurícius em 1965*³²; no caso *Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina Vs. Sérvia e Montenegro)*³³

2.2. Caso sobre a Aplicação da Convenção Internacional sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (*Gâmbia vs. Miamar*)

Nesta recente controvérsia³⁴, que encontra-se em franco trâmite perante a Corte Internacional de Justiça, pode-se dizer que estamos novamente diante de um *leading case*. Pela primeira vez, um Estado - não atingido diretamente pela conduta lesiva de outro Estado-, buscou a tutela jurisdicional desta Corte, com fulcro no interesse de agir e na legitimidade *ad causam* calcado no “interesse comum”, que deflui da obrigação *erga omnes partes* da Convenção Internacional sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.

O Estado de Gâmbia, situado no Continente africano, demandou perante a Corte Internacional de Justiça o Estado de

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ³¹. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**. Advisory Opinion of 9 July 2004, Haia, 1995, §155-160. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 20 Feb 2022.

³² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE **.Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965**. Advisory Opinion of 25 February 2022, Haia, 2019, §180. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>>. Acesso em

³³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**. Judgement of 11 July 1996, Haia, 1996, §31-33. Disponível em: < <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em 20 Feb 2022 .

³⁴ Cf. McWHINNEY, Edward. **Judicial settlement of disputes: jurisdiction and justiciability**. Recueil de Cours de l’Académie de Droit International de la Haye. Vol. 221, 1990, p. 9-194.

Myanmar, localizado na Ásia, em razão de supostas violações à Convenção Internacional supra mencionada, por suposto crime de genocídio contra o povo de Rohingya.

Destarte, ante a gravidade do caso, solicitou medidas provisionais, a fim de que a Corte indicasse à Myanmar medidas a serem adotadas em caráter emergencial de cessação à violação dos Direitos Humanos do povo Rohingya.

Já nesta fase preliminar, Corte debruçou-se sobre a questão das obrigações *erga omne*³⁵ e de seu liame com as normas internacionais relativas à tutela dos Direitos Humanos, o que constitui um passo evolutivo se comparado com a primeira apreciação da temática no caso *Barcelona Traction*.

³⁵COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Mesures Conservatoires. CIJ, 23 janvier 2020. §§ 20-31[...] *La Cour examine ensuite l'argument du défendeur selon lequel la Gambie n'aurait pas qualité pour porter une affaire devant la Cour concernant des violations de la convention sur le génocide que le Myanmar aurait commises sans avoir été spécialement affectée par ces violations. La Cour commence par observer que, au regard des fins supérieures de la convention et en raison des valeurs qu'ils partagent, tous les Etats parties à la convention sur le génocide ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de génocide et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. La Cour ajoute que cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout Etat partie à la convention à l'égard de tous les autres Etats parties. Comme la Cour l'avait indiqué, dans l'arrêt rendu en l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), au sujet des dispositions comparables de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, les dispositions pertinentes de la convention sur le génocide peuvent être qualifiées d'obligations erga omnes partes, en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées. Il s'ensuit, poursuit la Cour, que tout Etat partie à - 4 - la convention sur le génocide, et non pas seulement un Etat spécialement affecté, peut invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie en vue de faire constater le manquement allégué de celui-ci à ses obligations erga omnes partes et de mettre fin à ce manquement. La Cour conclut que la Gambie a prima facie qualité pour lui soumettre le différend qui l'oppose au Myanmar sur la base de violations alléguées d'obligations prévues par la convention sur le génocide.*

Conclusão

Na atualidade, a Corte Internacional de Justiça tem analisado questões relativas às obrigações *erga omnes*, especialmente aquelas que estão relacionadas com os Direitos Humanos no que diz respeito à Convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio e pontos correlatos, tais como *ius cogens* e responsabilidade internacional, temas estes de extrema relevância considerando que a jurisdição contenciosa desta Corte refere-se somente aos Estados.

Por tratar-se de um instituto jurídico recente, fruto da expansão do Direito Internacional na contemporaneidade, a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça denota a consolidação das obrigações *erga omnes*, ao promover uma elucidação evolutiva das obrigações *erga omnes*, buscando explicitar suas características e especificidades e, principalmente, resta evidenciada a relevância da Corte Internacional de Justiça na construção do arcabouço normativo e, principalmente, de sua valiosa função interpretativa dos tratados, para que a aplicação destes possam efetivamente resguardar os Direitos Humanos.

Referências bibliográficas

ABI-SAAB, Georges. Cours Général de Droit international Public. Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Vol.207, 1987, p. 9-463.

BARROSO, Helena Aranda; GEROMEL, Vitor. A Questão da Atribuição do Caráter de Jus Cogens às Normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Wagner (Coord). Estudos de Direito Internacional: anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2010.

BERMAN, Paul Schiff . Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders, Cambridge University Press, 2012.

CARVALHO RAMOS, André. The Counter- Majoritarian Essence of the International Human Rights Process: How to Achieve the Dialogue among Courts, p. 323-348. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Edição Comemorativa de 100 anos, Ano CIII, Julho/Dezembro 2017, n°. 125-30, V.103.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, 1408p.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. Preliminary Objections. CIJ. 21 may 1960..

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Mesures Conservatoires. CIJ, 23 janvier 2020.

EUSTATHIADES, Constantin Th.. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale : nouvelles tendances. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.* Vol. 84,1953, p. 397-633.

FROWEIN, Jochen A. Obligations erga omnes. *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2008.

HAMBRO, Eduard. The jurisdiction of the International Court of justice. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.* Vol.76 ,1950-I, p. 121-215.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutiones D. Justiniani.- Institutas do Imperador Justiniano [tradução e nota s de Edson Bini].* Bauru/SP: EDIPRO, 2001.

KOLB, Robert. *Theorie du Jus Cogens international. Essai de relecture du Concept.* Paris: PUF, 2001.

LAUTERPACHT, Hersch. *The function of law in the International Community.* London : Oxford University Press, 1933.

_____.The international protection of human rights. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.* Vol. 70, 1947, p. 1-108.

LE FUR, Louis. *Précis du Droit International Public.* 2e.Édition. Paris: Librairie Dalloz, 1933.

MATSCHER, Franz. Etude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye.* Vol. 161, 1978, p. 127-228.

McWHINNEY, Edward. Judicial settlement of disputes: jurisdiction and justiciability. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol. 221, 1990, p. 9-194.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MERON, Theodor. International law in the age of human rights: general course on public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol. 301, 2003, p. 9-489.

SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico*. 2ª ed. Ver. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991, p. 384.

SOHN, Louis B. Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol. 150, 1976, p. 195-294.

STARACE, Vincenzo. La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol. 153, 1976, p. 263-317.

STURMA, Pavel. Jus Cogens and International Law of Human Rights, p. 875-890. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Edição Comemorativa de 100 anos, Ano CIII, Julho/Dezembro 2017, n°. 125-30, V.103. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, 1408p.

TRUYOL Y SERRA, António. *Noções Fundamentais de Direito Internacional Público*. 2ª edição refundida e aumentada. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1962, p.126-127.

VASAK, Karel. Le droit international des droits de l'homme. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol.140, 1974, p. 333-416.

VITTA, Edoardo. International conventions and national conflict systems. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Vol.126, 1969, 111-232.

ZEMANEK, Karl. New Trends in the enforcement of erga omnes obligations. In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*. 09 Feb 2000, p. 2. Disponível em: <mpunyb_zemanek_4 (1).pdf>. Acesso em: 26 Feb 2022.

THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE'S OPACITY AND THE HUMAN RIGHTS FROM A UNIVERSAL PERSPECTIVE

Juliana Huang

Introduction

Various facilities are provided by computational advancement, whose progress deserves to be encouraged by society. However, it is noted that the development of technology in everyday life has enhanced the collection of information and the application of the artificial intelligence system on the big data¹, bringing numerous issues related to human rights, such as debates involving protection of privacy², the opacity of the functioning of the algorithms³, the modeling of reputations⁴ and the influence of behavior⁵.

This scenario is aggravated by the accelerated speed of the technological development, whose pace is not always accompanied by

¹PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 3: “But while powerful businesses, financial institutions, and government agencies hide their actions behind nondisclosure agreements, “proprietary methods,” and gag rules, our own lives are increasingly open books. [...]The law, so aggressively protective of secrecy in the world of commerce, is increasingly silent when it comes to the privacy of persons.”

³PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

⁴PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

⁵See the work: ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. New York: Public Affairs, 2019.

adequate legal regulation, which to some extent proves relevant, in order to prevent the legally abusive use of technology, without, however, preventing entrepreneurship and the emergence of disruptive applications.

In this way, the advance of artificial intelligence and its growing presence in everyday life cannot totally dispel questions about its regulation. If in the past the virtual environment was discerned from the real, nowadays the behavior of the first increasingly generates effects in the second⁶, so the dichotomous concept of two different worlds is outdated, when in fact there is only one integrated⁷, which bring relevant consequences that transcend States' borders, demanding a transnational legal treatment, in the so-called global administrative space⁸.

Given this mismatch between technical reality and normative treatment, the techno-regulatory framework emerges, in which non-normative technological tools dominate the regulatory environment, consisting of a deviation from the values inherent to human beings, by signaling the disappearance of their argumentative capacity and resistance, violating their rights⁹, aiming to serve exclusively commercial interests, according to Pagallo *et al.*¹⁰

⁶ NASCIMENTO, Francis Pignatti do; Alves, Fernando de Brito, O sigilo do armazenamento de informações em tempos digitais nas serventias extrajudiciais. *In: Revista de Direito Notarial*, São Paulo, vol. 8, n.1, p. 50-68, Jan./Jun. 2019. p. 61

⁷NASCIMENTO, Francis Pignatti do; Alves, Fernando de Brito, O sigilo do armazenamento de informações em tempos digitais nas serventias extrajudiciais. *In: Revista de Direito Notarial*, São Paulo, vol. 8, n.1, p. 50-68, Jan./Jun. 2019. p. 57

⁸KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012. p. 15.

⁹MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2ª ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 253-254.

¹⁰ PAGALLO, Ugo et al. New technologies and law: global insights on the legal impacts of technology, law as meta-technology and techno regulation. Jul. 2015. Disponível em: [https:// www.lawschoolsgloballeague.com/wp-](https://www.lawschoolsgloballeague.com/wp-)

In cases of collision between commercial interests and the values inherent to humanity, in order to avoid the treatment of individuals as the raw material for business profits, human rights must be applied, in its universal conception¹¹, both internationally and internally, not restricted to the fundamental constitutional rights of the Brazilian legal system.

Thus, in the first part, under a general aspect, the opacity of artificial intelligence was analyzed. In the second, in view of the supra-state effects of technology, it focused on the existence of a global administrative space. The third dealt with the protection of human rights against international trade, in order to curb the abusive business uses of the system. Finally, it is presented the viability of the perception of human rights from a universal perspective, in order to grant transnational protection to humanity.

Finally, the work will be based on the deductive and conceptual-theoretical method, having as resources of research mechanisms: international treaties, general Brazilian and specific international legislation, articles published in periodicals, legal manuals of national and foreign authors, among others.

1. Artificial intelligence's opacity

It is known that computer science confers a high degree of scientificity, however, there is no denying that the opacity of the algorithm and, thus, of the artificial intelligence system based on it, can bring risks to society.¹² The presentation of technology under the focus

content/uploads/2017/01/New-Technologies-and-Law-Research-Group-Paper-2015.pdf. Acesso em: 23 jul. 2021, p. 28.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *La Recta Ratio dans les Fondements du Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 21.

¹²RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*,

of information technology is out of scope, restricting it to legal purposes.

For this work, the “algorithm is a sequence of instructions telling a computer what to do”.¹³ Artificial intelligence, on the other hand, is built from algorithms, which logically specify how the system will find out which is the best action in a given case¹⁴, with a focus on the study and construction of agents that do “the right thing” or, in case of uncertainty, the best possible, in the understanding of Russell and Norvig¹⁵.

It is noticed that artificial intelligence plays a relevant role in the economic, social, scientific, medical, financial, military, among others, presenting inherent benefits and risks, as listed below by Russell and Norvig.¹⁶ On the positive side, they mention access to a substantially better intelligence machine, which could raise the limit of human ambition, considering that the entire civilization results from human intelligence.¹⁷

4th ed. Hoboken: Pearson, 2021, p. 31.

¹³ DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world*. New York: Basic Books, 2015, p. 1.

¹⁴See: ALMADA, Marco. Responsabilidade civil extracontratual e a inteligência artificial. *Revista Acadêmica Arcadas*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 88-100, aug. 2019, p. 89, quotes Russell and Norvig: RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 3rd Edition. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2010.

¹⁵RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. Hoboken: Pearson, 2021, p. 4: “A rational agent is one that acts only to achieve the best outcome or, when there is uncertainty, the best expected outcome. [...] In a nutshell, AI has focused on the study and construction of agents that do the right thing.”

¹⁶RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. Hoboken: Pearson, 2021, p. 31.

¹⁷RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. Hoboken: Pearson, 2021, p. 31.

However, they emphasize the existence of harmful points in this system¹⁸. Therefore, Pasquale uses the expression “the black box society” as a metaphor to describe the information tracking system and its mysterious functioning, used by powerful companies, financial institutions, and government agencies, in a way that the distinction between economy and government seems to disappear.¹⁹

Several aspects of private life are becoming more traceable, after all, a significant part of the user's online activity is registered, making it possible to question who has control of this data and the duration of such storage.²⁰ Numerous companies, such as the Internet ones, store more data as they *struggle* against regulations that allow their users to exercise control over their digital reports.²¹

Thus, opacity emerges, the misunderstanding of its operation caused by secrecy, whether real, legal, or arising from deliberate obfuscation.²² However, Pasquale States that transparency is not the

¹⁸RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. Hoboken: Pearson, 2021, p. 31. The authors mention as negative points: (i) surveillance and persuasion, (ii) biased decision making, (iii) the impact on employment, (iv) lethal autonomous weapons, (v) safety-critical applications, and (vi) cybersecurity.

¹⁹PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 3 and 10.

²⁰PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²¹PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²²PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 6-7: “*Real secrecy* establishes a barrier between hidden content and unauthorized access to it. We use real secrecy daily when we lock our doors or protect our email with passwords. *Legal secrecy* obliges those privy to certain information to keep it secret; a bank employee is required both by authority and by terms of employment not to reveal customers' balances to his buddies. *Obfuscation* involves deliberate attempts at concealment when secrecy has been compromised.”

end in itself, as it can itself bring complexity, affecting understanding, being only the intermediary step to obtain intelligibility.²³

However, the details collected from users, under the pretext of generating a more personalized virtual experience, also generate profits, which are not restricted to the sale of advertisements, since data is extracted, analyzed, sold, and even transferred from the private sphere to the public²⁴. It is even difficult to identify the flow of data in the economy, and it may occur between its initial collector, data brokers, and other companies²⁵, indeed, such transfers often take place without the knowledge of the owners of that information.

Furthermore, the opaque strategies behind the collected data²⁶ can shape people's reputations, in order to generate consequences that go beyond the mere offer of personalized advertising, such as unemployment resulting from the participation of an employee in a social network group considered undesirable by the employer²⁷, as well as the increase in the value of the health plan due to the insured's increased consumption of drugs in the pharmacy²⁸.

Thus, digital discrimination tends to grow with the absence of a society committed to the practice of fair data principles.²⁹ It is

²³PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²⁴PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7

²⁵PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²⁶PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²⁷PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7

²⁸PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

²⁹PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control*

inferred that black boxes signal an information imbalance that has already exceeded acceptable limits and may represent a danger to society, since faulty data, invalid assumptions, and defective models cannot be corrected if they are hidden.³⁰

As a counterpoint, Pasquale himself ponders cases in which data should not be confidential, as in the hypothesis of its relevance in the fight against terrorism.³¹ However, it highlights that when each individual's movement is subject to inspection by entities whose procedures are exempt from such treatment, the promise of democracy and free markets sounds hollow.³²

Furthermore, Zuboff warns about the “surveillance capitalism”, in which the products and services offered by companies are not the objects of exchange, so that users are not their customers, in fact they are targets of extraction operations, raw material of highly advanced and unavoidable technology, which may even influence their behavior, depriving individual sovereignty, violating human rights.³³

Therefore, the proper modeling of regulation can significantly contribute to clarifying and containing the situation, in order to avoid its deterioration. This is because Internet providers and similar large platforms will be the informational environment for the foreseeable future.³⁴

Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

³⁰PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

³¹PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

³²PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7.

³³See the work: ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. New York: Public Affairs, 2019.

³⁴PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 7. “We need to revive regulation, not give up on it. Internet service providers and major platforms

It appears that the opacity of artificial intelligence, to a large extent, is related to techno-regulation, a regulation carried out computationally, based on the "design" of digital platforms³⁵, without the protection of fundamental values, so it is necessary a prevalence of the legal norm, from a perspective of law as meta-technology, to guide the way that technology *shapes* behavior, to give greater protection to human rights.³⁶

In addition to the view of domestic law, under the nomenclature of fundamental rights, it is necessary to expand this protection to the global scope, as shown below.

2. The existence of a global administrative space

As information technology, from its technological point of view, does not observe borders, it is inferred that its consequences are supra-state, so its legal treatment occurs in a way in the "global administrative space", in which the distinction between law domestic and international is increasingly tenuous, as several administrative functions are implemented in a complex way, via representatives of governments and institutions at various levels, according to Krisch and Kingsbury.³⁷

The regulation of the economy is composed of legislative, administrative, conventional, material or economic, abstract or concrete measures, by which the State, in a restrictive or merely

alike will be a major part of our informational environment for the foreseeable future. The normative concerns associated with their unique position of power are here to stay. A properly designed regulatory approach may do much to clarify and contain the situation; without one, will deteriorate. ”

³⁵MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2nd ed. Porto Alegre: Editorial Archipelago, 2019, p. 249-250.

³⁶MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2nd ed. Porto Alegre: Editorial Archipelago, 2019, p. 249-250.

³⁷KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, sep./dez. 2012. p.15

inductive manner, determines, controls or influences the behavior of economic agents, in order to guide them in socially desirable directions³⁸.

The analysis of regulation from an international perspective is highlighted, given its increasing submission to supranational norms, which become part of the regulatory framework of various sectoral orders, including technical norms with globally adopted standards being edited³⁹, with the possibility of replacing the national administrative act by the international norm.⁴⁰

The relevance of regulation at the supra-state level of artificial intelligence by law is undeniable, strengthened by the universal character of technology, despite the fact that regulatory norms are traditionally related to the State⁴¹. There has been an undeniable growth in the non-state elaboration of law, particularly in the field of international commerce, indicating a renewed aspiration of western civilization of a corporative structure of society, according to Basedow⁴².

³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 212: “[...] legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos”.

³⁹SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2nd ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁰SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2nd ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.150.

⁴¹ BASEDOW, Junger. El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación público y privada. In: BASEDOW, Jürgen; ARROYO, Diego Fernández; RODRÍGUEZ, Jose Antonio Moreno (eds.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción: CEDEP – La Ley Paraguaya - Thomson Reuters, p. 5-27, 2010, p. 24: “[...] una renovada aspiración de la civilización occidental de una estructura corporativa de la sociedad”.

⁴² BASEDOW, Junger. El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación público y privada. In: BASEDOW,

With advances in information technology, globalization imposes a complex agenda on States in the New International Order - “*Novíssima Ordem Internacional*”, according to Ribeiro.⁴³ There is the notion of “Transnational Law”, which merges Public and Private International Law, and the new legal fields, as Dolinger and Tiburcio present⁴⁴, bringing new guidelines for the exercise of State power⁴⁵. Furthermore, in terms of *jus gentium*⁴⁶, there are few traces of the absolute character of State sovereignty today, whose relativization can happen voluntarily, according to Vasconcelos⁴⁷.

In fact, the perspectives of a global administrative law can be useful for the definition of legal parameters, for those relationships that

Jürgen; ARROYO, Diego Fernández; RODRÍGUEZ, Jose Antonio Moreno (eds.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción: CEDEP – La Ley Paraguaya - Thomson Reuters, p. 5-27, 2010, p. 27.

⁴³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. *In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed.). Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 133.

⁴⁴ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*, 12^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 12.

⁴⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. *In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (ed.). Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 133.

⁴⁶ In the article, there is no distinction between *jus gentium* and international law. For more information on the terminological distinction, see: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Literatura Sobre a Paternidade do Direito Internacional. *In: Seminary Capistrano de Abreu. IV Meeting of PPGH Postdoctoral Students at UFF. A Literatura sobre a Paternidade do Direito Internacional*, 2013. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 83-93, jan-jun 2008, p. 87.

⁴⁷ As in the case of membership of international organizations. Vide: VASCONCELOS, Raphael Carvalho de, *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 38.

go beyond State borders, as occurs with technological innovations facing the globalization line, dealing with the challenge of imposing standards of the rule of law outside national States, as defended by Baptista and Keller.⁴⁸

Thus, the "transnational legal order" stands out, which can be understood as a collection of associated institutions and *more or less* codified legal norms, involving different degrees of consensus and coherence, within a certain functional domain, such as regulatory and commercial law, according to Shaffer.⁴⁹

Although the existence of normative fragmentation of international law⁵⁰ is alleged, on the other hand, there are scholars who extract unitary characteristics of this disintegrated context, sustaining the existence of a universal code of legality - “*código universal da legalidade*”, the hardcore of universally accepted rules and principles, according to Vasconcelos⁵¹. Thus, from the perspective of tacit normativity, it is possible to glimpse the legal unit based on the cogent basic morality⁵², especially in technological issues, given its similar characteristics among different nations.

⁴⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, sep./dez. 2016, p. 153-154: “[...] desafio de impor os padrões do estado de direito fora dos Estados nacionais”.

⁴⁹ SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints. *Minnesota Legal Studies Research Paper Series*, no. 10-28, p. 1-53, 2010, p. 10.

⁵⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc A/CN.4/L.682. New York: International Law Commission, 2006, p. 11-14.

⁵¹ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, Fragmentação e o Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, jul./dez. 2011, p. 358.

⁵² For more information, see: HUANG, Juliana. A aquarela da regulação do comércio internacional de energia elétrica. *Revista de Direito*, [S. l.], v. 13, n. 01, p. 1-25, 2021.

Therefore, within this global administrative space, there is no way to allow the possibility of "commodification" of people, for the satisfaction of purely business interests, which can result from the use of artificial intelligence systems without considering fundamental values, so it then sets out the relevance of human rights in convergence with international trade.

3. Protection of human rights against international trade

It is well known that the Universal Declaration of Human Rights has as its preamble the "recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world" and that "disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind", for which it proclaims in its article 29.1 that " [e]veryone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible"⁵³.

It is inferred that the obligation to protect human rights is attributed to every individual and, therefore, to the body, the State, as well as the private actor, especially those who have the capacity to impact society, cannot rule out their responsibility to promote and concretely implement the fundamental rights and freedoms guaranteed in international instruments.⁵⁴

In this sense, there are authors in international law who highlight the phenomenon of convergence between the public and the private, especially in relation to the provisions for protecting individual

Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11606>. Acesso em: 31 mar. 2021, p. 7-10.

⁵³United Nations. *UN Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em 22 Jul. 21.

⁵⁴ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 436.

rights in the face of transactions and the performance of transnational companies, such as those that use artificial intelligence to mercantile purposes at the expense of human values.⁵⁵ It is known that the free market and the protection of human rights constitute a trend in the post-world war period, thus both developed separately along parallel paths and could generate situations of *inconsistency*.⁵⁶

In the case of a conflict between these two domains, the United Nations - "UN" recognizes that trade liberalization should be understood as a means, which aims at human well-being⁵⁷, mentioning the central nature of the obligations arising from human rights, recalling that 171 States declared their priority responsibility for the promotion and protection of human rights at the World Conference on Human Rights, held in Vienna in June 1993.⁵⁸

⁵⁵ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 428.

⁵⁶ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 432.

⁵⁷ United Nations. Economic and Social Council. *Statement of the UN Committee on economic, Social and Cultural rights to the third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. e/C.12/1999/9. 1999. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/C.12/1999/11>. Acesso em: Jul. 21, 2018. 2021, p. 129: “6. The Committee recognizes the wealth-generating potential of trade liberalization, but it is also aware that liberalization in trade, investment and finance does not necessarily create and lead to a favorable environment for the realization of economic, social and cultural rights. Trade liberalization must be understood as a means, not an end. The end which trade liberalization should serve is the objective of human well-being to which the international human rights instruments give legal expression.” (emphasis added)

⁵⁸ UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Statement of the UN Committee on economic, Social and Cultural rights to the third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. e/C.12/1999/9. 1999. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/C.12/1999/11>. Acesso em: Jul. 21, 2018. 2021, p. 129: “6. [...] In this regard, the Committee wishes to remind WTO members of the central and fundamental nature of human rights obligations. At the World Conference on Human Rights held in Vienna in June 1993, 171 States declared that the promotion and

Thus, the UN recommends to the members of the World Trade Organization – “WTO” the priority recognition of human rights obligations in their negotiations.⁵⁹ This is because, in the interconnected contemporaneity, business exchanges are its main gear, so its regulatory standards should not violate human rights, and the contemporary global challenge in the economic domain is how to influence the globalization process in such a way to eliminate human suffering, poverty, exploitation, exclusion and discrimination, as highlighted by Xavier Júnior and Brandão.⁶⁰

They understand that any standards, whether State, supra-state, or even private legal business, should avoid conflicts with human rights protection standards, which are *erga omnes* obligations or principles of law, whose influence should be a keynote in the interpretation and application of business forecasts.⁶¹

protection of human rights is the first responsibility of Governments.” (emphasis added)

⁵⁹ UNITED NATIONS. Economic and Social Council. *Statement of the UN Committee on economic, Social and Cultural rights to the third Ministerial Conference of the World Trade Organization*. e/C.12/1999/9. 1999. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/C.12/1999/11>. Acesso em: Jul. 21, 2018. 2021, p. 129: “8. The Committee urges WTO members to ensure that their international human rights obligations are considered as a matter of priority in their negotiations which will be an important testing ground for the commitment of States to the full range of their international obligations.” (emphasis added)

⁶⁰ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 437: “o desafio global contemporâneo no domínio econômico consiste em como influenciar o processo da globalização de tal maneira a eliminar o sofrimento humano, a pobreza, a exploração, a exclusão e a discriminação”.

⁶¹ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 437.

In fact, the UN Charter provides in its article 103⁶² that the obligations assumed therein shall prevail in case of conflict with others resulting from any other international agreement, which was enacted in the Brazilian legal system by Decree n. 19,841/45⁶³. It is noteworthy that one of the purposes of the UN is “to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of race, sex, language or religion”, according to article 1.3 of the Decree.⁶⁴

In view of this forecast, in the event of a collision between commercial commitments arising from international negotiations and the duty to safeguard human values contained in the UN Charter, such business dealings must have its interpretation linked to the obligation provided for in the Charter, for which, WTO agreements, as well as

⁶²UNITED NATIONS - UN. *United Nations Charter*, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-16>. Acesso em 22 jul. 2021. "Article 103. In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail."

⁶³ **BRAZIL. DECREE No. 19,841, OF OCTOBER 22, 1945.** It promulgates the Charter of the United Nations, of which the attached Statute of the International Court of Justice is an integral part, signed in San Francisco, on June 26, 1945, on the occasion of the Conference of the International Organization of the United Nations. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 22 jul. 2021. “**Artigo 103.** No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

⁶⁴ **BRAZIL. DECREE No. 19,841, OF OCTOBER 22, 1945.** It promulgates the Charter of the United Nations, of which the attached Statute of the International Court of Justice is an integral part, signed in San Francisco, on June 26, 1945, on the occasion of the Conference of the International Organization of the United Nations. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 22 jul. 2021. “**Artigo 1. 3.** Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;”.

private negotiations, must comply with provisions for the protection of human rights, which have *erga omnes* effects.⁶⁵

Furthermore, in view of the disparity in human protection against the obligations of transnational companies, they point out that the regulation, in the creation of corporate responsibility guidelines, may not prevent the perpetuation of the precarious situation of human protection, given the absence of mechanisms for its implementation and enforcement, which is the contemporary global challenge.⁶⁶

Thus, they understand that the supra-state transactional system and human rights must be complementary and convergent, since international trade, representing a domain that, by nature, brings together the private interests of those involved in commercial transactions, converges with the protection of human rights, a field in which the public interest directly affects.⁶⁷ There is no way to remove the duty to respect the fundamental rights of humanity on the Internet, according to the UN Human Rights Council.⁶⁸

Therefore, given the complementarity and convergence of international trade and human rights, the concept of artificial intelligence that only meets business interests is out of step with the human essence, making the role of human rights essential in the

⁶⁵ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 434.

⁶⁶ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 437.

⁶⁷ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 437: “[...] o comércio internacional, representando um domínio que, por natureza, congrega interesses privados dos envolvidos nas transações comerciais, converge com a proteção aos direitos humanos, campo em que incide diretamente o interesse público”.

⁶⁸ UNITED NATIONS. Human Rights Council. *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*. UN Doc: A/HRC/38/L.10/Rev.1. 2018. Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/38/L.10/Rev.1>. Acesso em: 28 jul. 2021.

interpretation and application of business norms, in order to enable the appropriate legal regulation of the matter.

4. *Human rights from a universal perspective*

There are authors who support the feasibility of applying international human rights in the national legal system, even if not formally provided for, given its intrinsic humanization, and its existence should be promoted under the universal perspective⁶⁹, to remove the separation of the concept of fundamental rights - “*direitos fundamentais*” – at the Brazilian domestic level – and international human rights – at the global level.

4.1. *Transnormativity*

Jessup already argued the universality of human problems⁷⁰, and therefore presents his preference for the concept of "transnational law", which includes all the law that regulates actions and events that transcend national borders, encompassing international law as well as the public and the private, in addition to other rules that do not fit exactly into these classic categories⁷¹. It emphasizes that transnational situations can involve individuals, corporations, States, organizations

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 jul., 2021, p. 21.

⁷⁰ JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 1.

⁷¹ JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 2: “Nevertheless, I shall use, instead of 'international law', the term 'transnational law' to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

of States, and other groups⁷².

Given this dynamic context, Menezes elucidates the concept of transnormativity – “*transnormatividade*”, arising from the system of legal interaction between international and domestic law.⁷³ He notes that the increase in exchange mechanisms between global and local norms establishes a transnormative relationship, in the production, application and repercussion, above all of supra-state law on the domestic, to strengthen the concept of transnormativity and the construction of transnational law.⁷⁴

In this sense, he highlights the human rights rules, which go beyond a simple resolution and increasingly adopt the character of *jus cogens*, an imperative right that must be respected and observed by all peoples; international organizations, their forums, and their *pseudo-legislative* activity, increasing the interaction of international law with domestic law.⁷⁵

Thus, globalization triggers an environment of development between the international law and the domestic, thus, many themes acquire a global and local character, so that border limits, which traditionally would represent an obstacle for the application of international standards, are made more flexible through pores that open spontaneously in the State sovereignty, by the State's own permission, and go on adding to the internal normative system, which becomes

⁷² JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 3.

⁷³ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. *Pensar*, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007, p. 140.

⁷⁴ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. *Pensar*, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007, p. 141.

⁷⁵ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. *Pensar*, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007, p. 141: “[...] que passam de uma simples resolução e adotam cada vez o caráter de um *ius cogens*, um direito imperativo que deve ser respeitado e observado por todos os povos; as organizações internacionais, seus foros e sua atividade *pseudo-legislativa*”.

increasingly internationalized, thus characterizing the phenomenon of transnormativity, according to Menezes.⁷⁶

4.2. *Universal Right of Humanity*

According to Cançado Trindade, there is the construction of the new right of the people of the 21st century, the universal right of humanity⁷⁷, based on the right reason - *recta ratio* -, which is deeply rooted in human thought, and reiterated invocations of universal legal consciousness (going well beyond legal positivism)⁷⁸.

Therefore, he mentions that the *recta ratio* was already defined from the works of the founders of the *jus gentium*, as denominated in the 16th and 17th centuries, with great inspiration in the scholastic philosophy of natural law, conceiving the human being as a social being, rational and endowed with intrinsic dignity, for which the right reason has become essential for the survival of people's own rights.⁷⁹

⁷⁶ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. Pensar, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007, p 141: “por poros que se abrem na película da soberania estatal espontaneamente, pela própria permissão do Estado, e vão se agregando ao sistema normativo interno, que se torna cada vez mais internacionalizado, caracterizando então o fenômeno da transnormatividade”.

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 21.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, de 2^a ed. rev e atual, p. 13-17. Brasília: FUNAG, 2017, p. 451: “[...] profundamente arraigada no pensamento humano, e invocações reiteradas da consciência jurídica universal (indo bem além do positivismo jurídico)”.

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *La Recta Ratio dans les Fondements du Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: Jul. 13, 2021,

He lists the principles of *recta ratio*, in which each subject must behave with evidence of justice, good faith and voluntary work, which are binding, as they emanate from human conscience, to confirm the relationship between law and ethics.⁸⁰

In his view, the dynamics of contemporary international life took precautions, in the sense of moving away from the traditional understanding that supra-state relations are governed by their own rules, separated from the will of the State.⁸¹ However, the voluntarist positivism would not have succeeded in explaining the process of formation of international norms, in relation to their foundation and their validity, if not in the universal juridical conscience, from an idea of objective justice, according to the *recta ratio*.⁸²

p. 11: “La *recta ratio* a , en effet, été définie from the œuvres de ceux qu'on a surnommés aux XVIe et XVIIe siècles les “fondateurs” du droit international, comme appartenant aux fondements mêmes du droit naturel et, pour certains, comme étant sa propre identificationintegral2. La contribution des “fondateurs” du *jus gentium* en ce sens s’est inspirée, en grande partie, de la philosophie scolastique du droit naturel et, en particulier, de la conception aristotélique-stoïque-thomiste de la *recta ratio* et de la justice, laquelle a conçu l’être humain comme un être social, rationnel et doté d’une dignité intrinsèque; la *recta ratio* étant devenue indispensable à la survie du droit international lui-même.”

⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 11: “En conformité avec les principes de la *recta ratio*, chaque sujet de droit doit se comporter en faisant preuve de justice, bonne foi et bénévolat. Ce sont là les principes contraignants qui émanent, sans nul doute, of the human conscience and confirming the ineluctable relation between le droit et l'éthique.”

⁸¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 20.

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em:

He concludes that right reason has always effectively claimed, for centuries, a truly universal human right, so the reconstruction of the *jus gentium*, as a universal right of humanity, finds support in the thought advocated by Francisco de Vitória and Francisco Suarez in the 16th century.⁸³

Therefore, within the transnormative⁸⁴ and transnational context⁸⁵, human rights are conceived under the universal perspective, with regard to the protection of humanity against the global effects of artificial intelligence systems, so that the repercussion of international rights and guarantees of human protection, as an interpretive vector of business rules, have the potential to reach the Brazilian local level, based on the universal right of humanity.⁸⁶

Conclusion

It must be agreed that the interaction of new technologies with human behavior in the most varied aspects is a path with no return, which tends to intensify over time, either by bringing several amenities or by proposing solutions to various problems, being the growth of technology companies is notorious.

The consequences arising from the application of artificial intelligence in various spheres of personality can already be seen, thus this fact cannot be ignored by the international law, in order to preserve

<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 20-21.

⁸³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 21.

⁸⁴ MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. Pensar, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007, p 140.

⁸⁵ JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 3.

⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, de 2^a ed. rev e atual, p. 13-17. Brasília: FUNAG, 2017, p. 451.

the human being, at the same time that the technological progress is encouraged.

The feasibility of regulatory treatment in the international arena for matters that touch technology and law was verified, since the potential consequences of human "instrumentalization" that may result from the opacity of artificial intelligence systems, which aim at business interests, do not encounter border barriers.

Therefore, given the transnational and transnormative scenario, the influence of human rights in the interpretation and application of norms related to international trade was conceived, as provided for in the United Nations⁸⁷, to allow the protection of human rights, internationally and internally, being the universal right of humanity⁸⁸.

⁸⁷ XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. *Revista de Direito GV*, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009, p. 437.

⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Recta Ratio of the Foundations of Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 Jul. 2021, p. 21.

References

ALMADA, Marco. Responsabilidade civil extracontratual e a inteligência artificial. *Revista Acadêmica Arcadas*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 88-100, ago. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

BASEDOW, Junger. El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación público y privada. In: BASEDOW, Jürgen; ARROYO, Diego Fernández; RODRÍGUEZ, Jose Antonio Moreno (eds.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Asunción: CEDEP – La Ley Paraguaya - Thomson Reuters.

BRASIL. DECRETO Nº 19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La Recta Ratio dans les Fondements du Jus Gentium Comme Droit International de l'Humanité. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 10, p. 11-26, dez. 2010. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/153>. Acesso em: 13 jul. 2021

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, de 2a ed. rev e atual, p. 13-17. Brasília: FUNAG, 2017.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*, 12a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate machine learning will remake our world*. Nova York: Basic Books, 2015.

FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HUANG, Juliana. A aquarela da regulação do comércio internacional de energia elétrica. *Revista de Direito*, [S. l.], v. 13, n. 01, p. 1-25, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/11606>. Acesso em: 31 mar. 2021.

JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission. UN Doc A/CN.4/L.682. New York: International Law Commission, 2006.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 2, p. 501-549, dez. 1999. Disponível em <https://cyber.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. A Literatura Sobre a Paternidade do Direito Internacional. In: *Seminário Capistrano de Abreu. IV Encontro de Pós Doutorandos do PPGH da UFF. A Literatura sobre a Paternidade do Direito Internacional*, 2013. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 83-93, jan-jun 2008.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. 2a ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 253-254.

MARRAFON, Marco Aurelio. *Filosofia da Linguagem e limites da IA na Interpretação Jurídica*. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-22/constituicao-poder-filosofia-linguagem-limites-ia-interpretacao-juridica>. Acesso: 15 jul. 2021.

MENEZES, Wagner. *O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade*. *Pensar*, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007.

NASCIMENTO, Francis Pignatti do; Alves, Fernando de Brito, O sigilo do armazenamento de informações em tempos digitais nas serventias extrajudiciais. In: Revista de Direito Notarial, São Paulo, vol. 8, n.1, p. 50-68, jan./jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em 22 jul. 21.

PAGALLO, Ugo et al. New technologies and law: global insights on the legal impacts of technology, law as meta-technology and techno regulation. Jul. 2015. Disponível em: <https://www.lawschoolsgloballeague.com/wp-content/uploads/2017/01/New-Technologies-and-Law-Research-Group-Paper-2015.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2021.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 133.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach, 4a ed. Hoboken: Pearson, 2021.

SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Process and State Change: Opportunities and Constraints. Minnesota Legal Studies Research Paper Series, n. 10-28, p. 1-53, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Para Céticos. 2a ed. 2a. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R; BALZ, John P. Choice Architecture (2010). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583509. Acesso em: 05 nov. 2020.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Statement of the UN Committee on economic, Social and Cultural rights to the third Ministerial Conference of the World Trade Organization. e/C.12/1999/9. 1999. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/C.12/1999/11>. Acesso em 21 jul. 2021.

UNITED NATIONS. SECURITY COUNCIL. The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General S/2004/616. New York: United Nations, 2004. Disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/616. Acesso em 17 jul. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Charter, 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-16>. Acesso em: 22 jul. 2021.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de, Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional: domesticando o rinoceronte, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, Fragmentação e o Direito Internacional. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, jul./dez. 2011.

XAVIER JR., Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de convergências no direito internacional. Revista de Direito GV, São Paulo, 5121 I, pp 425-442, jul./dez. 2009.

ZUBOFF, Shoshana. The Age of Surveillance Capitalism. New York: Public Affairs, 2019.

LIST OF ABBREVIATIONS

UN – United Nations

WTO – World Trade Organization

ENTRE DIREITO DO MAR E PODER MARÍTIMO: UMA PROPOSTA DE ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR

Eduardo Navarro

Introdução

O direito do mar, por tratar sobre questões territoriais, acaba se cruzando com os mais diversos conflitos envolvendo os espaços marítimos, sejam eles submetidos aos poderes jurisdicionais de um determinado Estado, ou internacionais.

Dessa forma, o fato de o direito do mar estar diretamente ligado aos espaços marítimos torna necessário uma compreensão dos espaços marítimos, não só como objeto dos enunciados normativos, mas como parte integrante da construção de sistemas políticos e jurídicos, tanto domésticos, quanto internacionais.

Para isso, deve-se fomentar, no âmbito do direito do mar, uma compreensão do mundo através dos espaços e, mais especificamente, como os espaços contribuem na forma pela qual as nações entendem, edificam e projetam o poder.

Assim, no presente trabalho, investigar-se-á uma forma para estudar o direito do mar em sua interface com as teorias geopolíticas do poder marítimo. O que se busca fazer é discutir as questões jurídicas atinentes à gestão do espaço marítimo, delimitação de fronteiras marítimas, entre outras questões, partindo de uma concepção clara do que representa (em termos geopolíticos) os objetos da discussão, a fim de fomentar o desenvolvimento de um ponto de vista estratégico.

Diante disso, o trabalho será dividido da seguinte forma: a) em um primeiro momento serão abordados os aspectos metodológicos da geopolítica, onde será discutido o conceito de raciocínio geográfico e discutidos alguns procedimentos de pesquisa; b) em seguida, serão

estudadas as principais teorias sobre o poder marítimo, dando destaque à corrente brasileira da oceanopolítica; e c) por fim, será delimitada a proposta de análise transdisciplinar entre direito do mar e poder marítimo, que será posto à prova em um breve estudo de caso das propostas de expansão da plataforma continental brasileira além das 200MN.

1. Aspectos metodológicos da geopolítica

Tendo em vista que o principal objetivo do presente trabalho é o desenvolvimento de uma proposta interdisciplinar para o estudo do direito do mar a partir de teorias geopolíticas do poder marítimo, deve-se, em um primeiro momento, compreender o método por trás dos enunciados geopolíticos.

Para isso, partir-se-á da noção de “raciocínio geográfico” apresentada por Yves Lacoste para compreender como o mundo pode ser observado através de análises espaciais. Feito isso, será exposta a forma pela qual a geopolítica oferece as ferramentas necessárias para analisar a estruturação do poder no espaço para na sequência ser discutido o conceito e o objeto dessa ciência, juntamente do método pelo qual as análises devem ser realizadas..

1.2. O raciocínio geográfico

Lembrado por muitos como o pai da história, Heródoto também foi um dos primeiros a analisar aspectos do mundo partindo de um ponto de vista espacial (processo de análise que, mais de dois milênios depois, passou a ser conhecido como ‘geografia’). Segundo Yves Lacoste, Heródoto, ao estudar a civilização egípcia (entre outros exemplos) a partir de sua relação com o rio Nilo, inaugurou o chamado raciocínio geográfico. Vejamos:

Foi Heródoto que forjou a palavra delta (a forma triangular da quarta letra do alfabeto grego) por constatar, antes que fosse representada em mapas, a disposição dos dois braços do Nilo em relação à linha da costa. La formule “o Egito é uma dádiva do Nilo” é também de Heródoto, que também reconhece sua

importância [do Nilo] para o papel exercido pelos faraós. É ainda Heródoto quem se surpreende com o fato de o Nilo ter a sua cheia no verão, quando todos os rios dos países vizinhos secam nesta estação, e que evoca a hipótese (que só voltará a ser formulada no século XVII da nossa era) de que este grande rio vem de países distantes onde chove no verão.

Ao afirmar que “o Egito é uma dádiva do Nilo”, Heródoto afirmou que todo um sistema cultural, político e social existia, acima de tudo, dentro de um conceito geográfico. Além de possibilitar o desenvolvimento de toda uma civilização, os fatores geográficos acabavam afetando a forma pela qual todo um povo compreendia o mundo.

Contudo, conforme o tempo passava e os avanços tecnológicos surgiam, o ser humano passou a ser capaz de neutralizar, cada vez mais, as adversidades naturais, tornando-se capaz de se estabelecer até mesmo nas regiões mais inóspitas do globo. Em uma sociedade pós-industrial marcada pela globalização econômica, tende-se a menosprezar a influência dos fatores geográficos no desenvolvimento da sociedade, devido a uma falsa impressão de que estes não mais importam.

Devido a isso, estudiosos dos mais diversos campos da ciência (em especial na ciência política, relações internacionais e direito internacional) tendem a pautar suas análises cada vez mais em questões históricas, sociológicas, jurídicas e filosóficas, levando a compreensão do mundo a um patamar cada vez mais conceitual e ignorando a base física das interações humanas.

Diante desse problema, estudiosos da geopolítica, a exemplo de Braz Baracuhy, tentam reforçar a importância da compreensão dos fatores geográficos para o estudo da sociedade. In verbis:

No conjunto amplo do sistema internacional, a distribuição do poder e a competição internacional moldam os contornos do espaço geográfico. O espaço geográfico torna-se parte constitutiva da estrutura de poder internacional. É uma expressão concreta da evolução histórica do sistema internacional.

No campo das relações internacionais, a necessidade do estudo dos fatores geográficos é ainda mais evidente, já que boa parte dos conflitos enfrentados pelo sistema internacional nos dias de hoje decorre de questões, acima de tudo, espaciais. Toma-se por exemplo as pretensões estratégicas da Rússia com o domínio de parte do território Ucrâniano, ou a tentativa de Pequim de alcançar a hegemonia dos espaços marítimos do Mar do Sul da China, desafiando diretamente as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (“CNUDM”).

Conclui-se, portanto, que, apesar de atenuados pelos avanços tecnológicos, os fatores geográficos ainda interferem na forma pela qual os organismos políticos internacionais conduzem seus assuntos domésticos e externos, o que justifica a importância do emprego do raciocínio geográfico. Desse modo, seguir-se-á com uma explicação acerca da lógica por trás do raciocínio proposto por Lacoste.

1.1.1 O Raciocínio geográfico dentro da lógica de conjuntos

Lacoste afirma que o raciocínio geográfico é regido por uma lógica similar à da teoria matemática dos conjuntos. Para o geógrafo francês, ao delimitar qualquer espaço geográfico para estudo, seria possível identificar uma infinidade de fatores espaciais e humanos, que poderiam ser agrupados em conjuntos. Explica Lacoste:

Precisamente, em um mesmo país ou em uma mesma porção de espaço terrestre, os contornos cartográficos da maior parte dos diversos conjuntos de fatores espaciais (geológicos, hidrográficos, climáticos, políticos, econômicos, demográficos, etc.) são muito diferentes um dos outros.

Dessa forma, os diferentes conjuntos de fatores tendem, também, a se convergir, gerando intersecções. É comum, portanto, que fatores geológicos interfiram em um estudo climático, questões econômicas afetem as conclusões de uma pesquisa demográfica etc. Para os efeitos do presente trabalho, a pluralidade de fatores e de conjuntos deve ser compreendida como a horizontalidade do raciocínio geográfico.

Quanto à sua verticalidade, Lacoste atesta que o raciocínio geográfico se subdivide, também, em níveis espaciais de observação. Esses níveis, ou ordens de grandeza, se sobrepõem em diferentes camadas de análises, que partem de um plano local até o global. Explana o autor:

Podemos assim desenvolver uma representação do espaço terrestre como se fosse segmentado “em camadas”, devido à sobreposição por ordem de grandeza de diferentes planos onde se entrelaçam um certo número de conjuntos espaciais, correspondendo cada um destes planos a um nível de análise.

Assim, subsistindo, em cada um dos níveis de análise, os mesmos conjuntos de fatores (que, evidentemente, se materializam de formas diferentes), deve-se, por meio do raciocínio geográfico, concatenar os dados levantados de cada uma das camadas de observação, identificando como tendências globais afetam as locais e vice-versa. Elucida Lacoste:

A articulação entre diferentes níveis de análise é uma expressão cada vez mais utilizada devido ao desenvolvimento dos fenômenos da globalização. A partir da distinção segundo ordens de grandeza de diferentes níveis, cada uma delas contendo suas próprias intersecções de conjuntos espaciais, é possível observar como fenômenos de escala planetária (1ª ordem) se refletem no nível local (4ª ordem) em tal continente, em tal país.

Tomando por exemplo o caso de uma análise geopolítica do poder marítimo brasileiro, o quesito horizontal do raciocínio geográfico pode ser observado na pluralidade de fatores econômicos, políticos, militares, ambientais e até mesmo físicos que serão incorporados no estudo. O quesito vertical, por sua vez, pode ser observado na busca pela articulação de análises de níveis locais (Amazônia Azul), regionais (Área Marítima Sul-Atlântica Sul-Americana), setoriais (Atlântico Sul) e globais (influência de entidades geopolíticas externas).

Entretanto, o esquema metodológico do raciocínio geográfico serve apenas como uma base conceitual para a análise geopolítica. A forma pela qual as conclusões são extraídas da análise de conjuntos de fatores políticos e espaciais, seguido pela articulação entre níveis de observação é definida e estudada, mais especificamente, pela geopolítica em si. Nesse sentido, o tópico seguinte se ocupará da compreensão da geopolítica como uma disciplina autônoma.

1.2. Definições e objetos da geopolítica

Compreendido o raciocínio geográfico e localizado o papel da geopolítica nele, parte-se para uma discussão sobre o conceito e o objeto da geopolítica. Seguindo pelas definições de Lacoste, segue sua conceituação de geopolítica:

Por geopolítica, no sentido basilar do termo, refiro-me às rivalidades de poder sobre o território, sejam elas grandes ou pequenas, inclusive dentro das aglomerações urbanas. O território geográfico é essencial na geopolítica, mas não se trata apenas do território enquanto tal, com a sua extensão, das suas formas de relevo e dos seus recursos, mas também dos homens e mulheres que aí vivem e dos poderes que aceitam e contra quem lutam, pela história que contam a si mesmos, com ou sem razão, seus medos e as representações que têm de um passado mais ou menos distante e de um passado mais ou mais próximo.¹

Conforme se pode observar, a geopolítica, para Lacoste, compreende o estudo dos conflitos de poder no espaço. Tais conflitos seriam observados dentro de diversos níveis de análise espacial (locais, regionais etc), e não apenas a nível internacional. Mas seria essa a forma mais adequada de compreender a geopolítica?

Por ser, historicamente, um campo de estudo desenvolvido e amplamente utilizado por dirigentes estatais e autoridades militares para alcançar objetivos estratégicos de seus países, é muito comum que

¹ Lacoste. *Op. Cit.* p. 27. Tradução Nossa

a geopolítica seja compreendida como uma ciência voltada para um estudo de conflitos (sejam eles internacionais ou domésticos).²

Contudo, apesar de as questões polemológicas ocuparem um importante espaço nas análises geopolíticas, a ciência não gira unicamente em torno do estudo de conflitos de poder. Explica o sociólogo brasileiro Josué de Castro:

“[O] que chamamos de geopolítica não é uma arte de ação política na luta entre os estados”, mas sim uma disciplina que estabelece os fatores geográficos e os fenômenos de categoria política a fim de demonstrar que as diretrizes políticas não têm sentido fora dos quadros geográficos, isto é, destacados da realidade e das continências do meio natural e do meio cultural (...) é apenas uma interpretação da dinâmica dos fenômenos políticos em sua realidade espacial, com suas raízes mergulhadas no solo ambiente.”³

Desse modo, a geopolítica surge, antes de tudo, como uma ciência que estuda o importante papel de variáveis espaciais na forma pela qual uma determinada entidade política compreende e edifica o poder.

O posicionamento de Josué de Castro representa uma ruptura com a chamada “geopolítica clássica” que, além de ser reconhecida como um mecanismo de persecução de objetivos políticos de um determinado, tratava o espaço sob um ponto de vista instrumental. Nesse cenário, Correia⁴ aponta o surgimento da chamada “nova geopolítica”, que seria regida pela seguinte máxima proposta pelo filósofo alemão Herman von Keyserling: “Não é a terra que pertence ao homem, mas o homem que pertence à terra.”⁵

Nesse sentido, ao afirmar que a geopolítica não gira mais em torno da instrumentalização do espaço visando o fortalecimento do

² CORREIA, Pedro de Pezarat. **Manual de Geopolítica e Geoestratégia**. Lisboa: 70. 2018.

³ CASTRO *apud* CORREIA, Pedro de Pezarat. **Manual de Geopolítica e Geoestratégia**. Lisboa: 70. 2018. p. 48.

⁴ CORREIA, *Op. Cit.*

⁵ KEYSERLING *apud* CORREIA, *Op. Cit.* p. 241

poder estatal, abrandando-se o escopo da geopolítica que passa a se debruçar, também, sobre questões sociais, econômicas, ambientais, entre outras.

Devido a essa revolução paradigmática, o direcionamento do foco da geopolítica a outras questões fez com que a disciplina se libertasse da confusão metodológica que vinha sendo alvo durante a segunda metade do século XX. Devido à instabilidade política, o uso da geopolítica como mecanismo de gestão de conflito fez com que fosse cada vez mais confundida com a geoestratégia.

A geoestratégia é uma ciência de cunho mais pragmático, que busca a elaboração de planos de ação. Assim, busca-se, a partir da compreensão dos fatores geográficos, desenvolver uma estratégia a ser empregada por determinados organismos políticos para que atinjam seus fins.

É por meio da geoestratégia, por exemplo, que são desenvolvidos planos de gestão de conflitos internacionais, o que, talvez, representa o principal ponto de confusão com a geopolítica.

Isso ocorre porque, em períodos como a guerra fria, em que o sistema internacional enfrentava uma dinâmica voltada quase que inteiramente para a gestão da conflituosidade, a geopolítica era empregada quase que exclusivamente para fins estratégicos. Correia descreve o fenômeno da seguinte forma:

Ora, se, como vimos, a geopolítica é a análise dos fatores geográficos tendo como objetivo a política e a geoestratégica é a análise dos fatores geográficos tendo como objetivo a estratégia, quando política e estratégia se confundem também se confundirão geopolítica e geoestratégia.⁶

Diante disso, a confusão entre os fins da geopolítica, de caráter analítico, com os da geoestratégia, de caráter prático-operacional, deve ser sempre evitado no decorrer da análise.

1.3. Eixos paradigmáticos da geopolítica

⁶ *Ibid.* p. 236

Definido do que se trata a geopolítica, resta ainda discutir como ela se desenvolve como ciência, analisando seus principais eixos paradigmáticos. A partir dessa discussão, será possível estabelecer uma diretriz para guiar o raciocínio geopolítico, ou seja, definir a forma pela qual espaço e poder interagem.

Segundo Braz Baracuhy⁷, a geopolítica clássica podia ser compreendida através de duas tradições: uma com raízes no determinismo alemão de Ratzel, onde a ênfase recaía sobre os fatores geográficos em detrimento dos políticos (predomínio do “geo” sobre a “política”); e a outra partindo de um viés mais voltado à estratégia, com ênfase em questões políticas (forte influência das ciências sociais) em detrimento dos fatores geográficos (predomínio da “política” sobre o “geo”).

No caso da primeira tradição, vinculada à concepção de determinismo geográfico e tendo como principal expoente o geógrafo alemão Friedrich Ratzel, conta-se com uma forte presença do espaço físico na construção do ideal de Estado.

Ratzel, naturalista de formação, ao adentrar o campo da filosofia humana, se pauta no evolucionismo darwinista para estruturar se argumento determinista de que o ser humano é um produto direto das condições espaciais a que é exposto. Contudo, dentro do contexto histórico da unificação alemã, o geógrafo estende seu raciocínio ao conceito de Estado, tratando-o como um organismo vivo integrante da corrida evolutiva⁸. Explica Baracuhy:

A Biologia evolucionista foi o fio condutor. Para Ratzel, o Estado aparecia como organismo (“bodenständiger Organismus”). A luta do Estado por seu espaço vital (“Lebensraum”), como ente orgânico, era a luta pela sobrevivência.⁹

Diante do paradigma ratzeliano, algumas teorias que partiram da concepção de organismo biológico do Estado ganharam, durante o século XX, um importante destaque na história da geopolítica. O

⁷ BARACUHY, *Op. Cit.*

⁸ *Ibid*

⁹ *Ibid.* p. 19

principal caso é a *Geopolitik* de Karl Haushofer, que foi usada como uma das doutrinas-base da Alemanha nazista.¹⁰

Todavia, o paradigma ratzeliano também foi uma grande influência para os estudos de Isaiah Bowman, que teve uma importante função para as políticas de reestruturação do governo estadunidense de Roosevelt na década de 1930, e até mesmo no desenvolvimento da geopolítica brasileira na Escola Superior de Guerra, tendo como seu principal expoente o general Golbery do Couto e Silva.¹¹

No caso da segunda tradição, os espaços geográficos, ao invés de prescreverem os ônus e os bônus para o desenvolvimento do poder de um determinado organismo político, as hipóteses são desenvolvidas a partir de um viés estratégico, de modo a priorizar a capacidade humana de alterar o próprio ambiente. Explica Baracuhy: “A segunda [tradição] se afirmou, sobretudo, como um método de análise, um instrumento voltado ao pensamento e à ação estratégica na política internacional.”¹²

Conforme defendido por Halford John Mackinder, a geografia, para ser considerada ciência, não deve se resumir a “um corpo de dados isolados comprometidos com a memória”¹³, mas possuir um certo comprometimento com o estabelecimento de relações causais.

Assim, não faria sentido empreender, tal como boa parte dos geógrafos do século XIX, sucessivos projetos de mapeamento, descrição da fauna, relevo, clima e afins visando o acúmulo enciclopédico de descrições sobre o mundo. A proposta metodológica de Mackinder consiste, portanto, em uma análise direcionada de relações de causalidade entre conjuntos de fatores geográficos (desde físicos até humanos) para compreensão de determinados fenômenos.

É a partir desse método que Mackinder desenvolve as bases de sua “geografia política”. Diferentemente da tradição ratzeliana, o geógrafo inglês defende a existência de uma relação sinalagmática

¹⁰ LACOSTE, Yves, *Op. Cit.*; BARACUHY, Braz. *Op. Cit.*

¹¹ BARACUHY, *Op. Cit.*

¹² *Ibid.* p. 21

¹³ MACKINDER, Halford John. **Sobre o Escopo e os métodos da Geografia**. Tradução de Braz Baracuhy. In: BARACUHY, Braz. **Fundamentos da Geopolítica Clássica**: Mahan, Mackinder, Spykman. Brasília: FUNAG, 2021. p. 257

entre o ser humano e seu meio, ou seja, os fatores geográficos naturais condicionam, sim o desenvolvimento das sociedades, mas essa influência é atenuada pelos avanços tecnológicos. *In verbis*:

A importância relativa dos aspectos físicos varia de era a era de acordo com o estado de conhecimento e de civilização material. A melhora da iluminação artificial tornou possível a existência de uma grande comunidade em São Petersburgo. A descoberta da rota do Cabo para a Índia e do Novo Mundo levou à ruína de Veneza.¹⁴

Sendo o ser humano, portanto, capaz de modificar o espaço em que vive, contornando certas limitações oriundas de características espaciais, torna-se possível, por meio da análise geopolítica, identificar oportunidades, pontos sensíveis e objetivos a serem alcançados de modo a fortalecer o organismo político em estudo.

Apesar de na Nova Geopolítica apresentada por Correia¹⁵, em que a ciência deixa de ser um mecanismo subordinado ao poder estatal, passando a ser empregada, também, em prol de interesses sociais (v.g.), o raciocínio paradigmático acerca da interação entre ser-humano e espaço defendida por Mackinder ainda vigora, podendo ser aplicado sem prejuízo.

2. Compreendendo o mundo a partir do mar

Uma vez compreendidos os fundamentos da análise geopolítica, chega o momento de prosseguir para um estudo aplicado. Desse modo, serão expostas, nesse ponto, algumas hipóteses geopolíticas para a distribuição poder mundial. Em um primeiro momento, será apresentado um breve panorama da geopolítica clássica, com as teorias de Mahan e Mackinder. Em seguida, as teorias clássicas sobre o poder marítimo serão aprofundadas. Por fim, será dado destaque as abordagens brasileiras sobre o tema do poder marítimo.

2.1. Poder marítimo x poder terrestre

¹⁴ *Ibid.* p. 278

¹⁵ CORREIA, *op. cit.*

Inicia-se, portanto, com uma explanação sobre como a geopolítica clássica tratou das questões atinentes à distribuição do poder global. Serão, portanto, expostas as hipóteses mais emblemáticas da geopolítica clássica, sendo uma referente ao domínio da política mundial por meio do poder terrestre, e outra, por meio do poder marítimo.

Em seu artigo “*The geographic pivot of history*”¹⁶, de 1904, Mackinder afirma que, dado o momento histórico, em que quase todo o mundo já teria sido “descoberto” e que as nações nunca estiveram tão “próximas” umas das outras, já seria possível identificar uma série de causalidades geográficas capazes de explicar as tramas políticas entre as grandes potências ao longo da história.

Diante de tal objetivo, Mackinder percebe que o domínio sobre as estepes euroasiáticas (área pivô) fora um marco crucial para o estabelecimento do poder a níveis globais. É nesse ponto em que passa a tratar a Rússia como um “Estado Pivô”, devido, não só a sua ocupação das estepes da Eurásia, mas também como sua expressiva expansão ao leste e de seus investimentos em malha ferroviária. Explica o autor:

Quando estudamos essa rápida evolução das correntes mais amplas da história, não fica evidente uma certa persistência da questão geográfica? Não seria aquela vasta área da Eurásia inacessível aos navios a região pivô da política mundial, caracterizada na antiguidade como aberta aos nômades a cavalo, e eventualmente prestes a ser coberta com uma rede de ferrovias?¹⁷

Para o geógrafo inglês, o desenvolvimento de ferrovias na chamada “área pivô”, inacessível pelo mar, tornaria a integração na Eurásia muito mais potente do que por meios marítimos, consagrando o poder terrestre em detrimento do naval. Dessa forma, aquele que

¹⁶ MACKINDER, Halford John. **O pivô geográfico da história**. Tradução de Braz Baracuhy. In: BARACUHY, Braz. **Fundamentos da Geopolítica Clássica**: Mahan, Mackinder, Spykman. Brasília: FUNAG, 2021. p. 283 -304

¹⁷ *Ibid.* p. 300

dominasse a área pivô (“*Heartland*”), dominaria toda a Eurásia (“ilha-mundo”) e, dominada a Eurásia, surgiria um império mundial. *In verbis*:

A perturbação do equilíbrio de poder em favor do Estado pivô, resultando em sua expansão sobre as terras marinhas da Eurásia, permitiria o uso de vastos recursos continentais para a construção de navios. Um império mundial estaria então à vista. Isso poderia acontecer se a Alemanha se aliasse com a Rússia.¹⁸

Por meio de sua teoria para o poder terrestre, Mackinder influenciou boa parte das estratégias nacionais das potências europeias na primeira metade do século XX, em meio às duas guerras mundiais. Entretanto, apesar de desenvolver uma precisa caracterização da dinâmica do poder terrestre na Eurásia, seja por conta dos avanços tecnológicos, seja devido a um certo desdém perante a importância do poder marítimo, a hipótese de Mackinder não se verificou como ponto chave da política mundial.

Seguindo um caminho oposto do de Mackinder, o almirante estadunidense Alfred Thayer Mahan, defende, ao analisar a trajetória das grandes potências globais ao longo da história, que é no mar, e não na terra, que as grandes potências passam a dominar a política mundial.

Ao estudar a edificação do poder britânico nos mares, Mahan definiu, em sua obra “*The influence of seapower upon history, 1660-1783*”¹⁹, os meios pelos quais os Estados Unidos deveriam se valer para atingir uma hegemonia global. Para o almirante, a chave para a construção de poder marítimo era o domínio do comércio pelo mar, comparado a uma “grande rodovia”²⁰.

Assim, parodiando a máxima de Mackinder de que, “quem controla o *Heartland*, controla a Ilha Mundo, e quem controla a Ilha Mundo, controla o mundo”, o almirante Ilques Barbosa Júnior afirma que, no escopo da teoria do poder marítimo, “quem controla o

¹⁸ *Ibid.* p. 302

¹⁹ MAHAN, Alfred Thayer. **A influência do poder naval sobre a história**. Tradução de Braz Baracuhy. In: BARACUHY, Braz. **Fundamentos da Geopolítica Clássica**: Mahan, Mackinder, Spykman. Brasília: FUNAG, 2021. p. 283 -304

²⁰ *Ibid.* p. 55

intercâmbio, controla as riquezas, e quem controla as riquezas, controla o mundo”²¹.

Dando sequência, o estudo de Mahan serviu como pedra angular para toda uma tradição geopolítica dedicada ao estudo do poder marítimo. Essa tradição, que será mais bem detalhada a seguir, foi responsável, não só por avanços teóricos em disciplinas comumente atribuídas apenas a militares, mas pelo desenvolvimento de uma forma sistemática de compreender o mar, inclusive no âmbito jurídico.

2.2. Teoria clássica do poder marítimo

Nesse ponto, a teoria do poder marítimo introduzida anteriormente será aprofundada, dando-se destaque, não só à obra de Mahan, mas também a tendências mais adequadas à realidade atual.

Em primeiro lugar, é importante apresentar a ideia de multidimensionalidade dos mares, defendida pelo almirante Antonio Ruy de Almeida Silva. *In verbis*:

A questão dos mares é multidimensional. Passa pela exploração de recursos, segurança, comércio internacional e política externa dos países. Dessa forma, faz parte das estratégias nacionais e, historicamente, resulta em parcerias e em competição. Há, portanto, uma dinâmica onde se inserem as questões relacionadas com os mares²²

A multidimensionalidade da questão dos mares pode ser aplicada a lógica do raciocínio geográfico exposto anteriormente, já que, ao afirmar que dentro de um mesmo espaço geográfico (o mar) pode ser identificado uma ampla gama de fatores espaciais, relacionados aos mais diversos campos, podendo ser segmentados em conjuntos, tal como proposto por Lacoste.

²¹ BARBOSA JUNIOR, Ilques. *Op. Cit.* p. 210

²² AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. **Direito do mar, poder naval e relações internacionais**: os recentes casos do Ártico e do Mar do Sul da China. *In*: BARBOSA JUNIOR, Ilques; MORE, Rodrigo Fernandes. **Amazônia Azul**: Política, estratégia e direito para o Oceano do Brasil. Rio de Janeiro: FEMAR, 2002. p. 97

Nesse sentido, compreender o poder marítimo não consiste unicamente em debruçar-se sobre questões militares, políticas ou econômicas (diferente do que é pregado por doutrinas clássicas como é o caso de Mahan), mas na tentativa de compilação da maior quantidade de fatores extraídos do oceano para o melhor aproveitamento possível desses espaços.

Dessa forma, dentro dos limites do presente trabalho, o conceito de poder marítimo a ser adotado é elaborado por Silva. *In verbis*:

Poder marítimo é a capacidade de um Estado de usar o mar e/ou criar o conjunto das atividades políticas, econômicas, sociais, ambientais, da ciência e da tecnologia e da segurança e defesa relacionadas ao ambiente marítimo.²³

Percebe-se, desse modo, que, por mais que o estudo do poder marítimo nos dias de hoje englobe muito mais fatores, desprendendo-se da teoria mahania, ainda é necessário expor a visão clássica sobre o tema que, apesar de apresentar incompatibilidades com a realidade atual, ainda representa um grande marco para a compreensão do mundo a partir do mar.

Assim, o aspecto central da teoria clássica do poder marítima não é o poderio militar, mas sim o econômico. Não se trata, portanto, de possuir uma marinha de guerra imponente, mas sim de uma marinha mercante capaz de trazer riquezas à nação.

E, apesar de as atividades comerciais possuírem um papel central para o poder marítimo, dependem, ainda, de mais dois pilares de apoio: o poder naval (marinha de guerra) e a diplomacia. Trata-se, portanto, de um tripé de sustentação do poder marítimo, contando com um componente econômico (comércio), um componente militar (poder naval) e um componente político (diplomacia), que se articulam de modo a garantir um crescimento contínuo. Explica Holmes:

²³ SILVA *apud* SILVA, Antonio Rui de Almeida. Reflexos da geopolítica global no Atlântico Sul. **Revista Marítima Brasileira**. v. 142, n. 04-06, 2022. p. 37

Estratégia marítima significa aproveitar o poder Naval para apoiar a diplomacia – o que garantiria mais acesso a rotas comerciais e prosperidade econômica [...] Estratégia Marítima é sobre impulsionar e sustentar o ciclo virtuoso entre economia, diplomacia e poder naval.²⁴

Haveria, portanto, um ciclo virtuoso de manutenção e desenvolvimento do poder marítimo, uma vez que, havendo sucesso no comércio, as riquezas poderiam ser reinvestidas na marinha de guerra, que, por sua vez, reforçaria o apoio à atividade diplomática estatal, que seria responsável por trazer novas oportunidades comerciais, gerando mais renda.

Contudo, devido aos avanços tecnológicos, o cenário sofreu mudanças drásticas. A descoberta de combustíveis fósseis e minérios na plataforma continental gerou um processo de territorialização²⁵ dos oceanos, que, por sua vez, representou uma reviravolta na forma pela qual o poder marítimo é estudado. Explica José Augusto Fontoura da Costa:

Com efeito, se até o início do século XX a principal utilidade econômica dos oceanos era a de via de transporte, desde a Segunda Guerra Mundial a pesca e a extração de recursos do subsolo, especialmente petróleo e gás natural, foram se convertendo em atividades indispensáveis para o funcionamento de economias industrializadas, justificando projetos de grande escala e tecnologia avançada, o que os limita a atores, públicos ou privados, capazes de manejar volumes de capital.²⁶

Agora, o mar deixa de ser compreendido apenas como a “grande rodovia” descrita por Mahan, passando a englobar, também,

²⁴ HOLMES, James R. **A brief guide to maritime strategy**. Annapolis: Naval Institute. 2019. p. 2-3. Tradução Nossa

²⁵ Apesar de, em um sentido estrito, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental não possam ser considerados território estatal em seu sentido jurídico, a segmentação dos espaços marítimos pela CNUDM é tratada, dentro da estratégia marítima e da geopolítica, como territorialização.

²⁶ DA COSTA, José Augusto Fontoura. A Amazônia Azul e o domínio marítimo brasileiro. **Revista USP**. n° 113, 2017, p. 42

espaços de exploração exclusiva do Estado costeiro. Nesse cenário, a estratégia naval deixa de se voltar exclusivamente à proteção das rotas de comércio para se ocupar, também, de projetos de monitoramento das águas jurisdicionais, a exemplo do Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul (SisGAAZ) no Brasil.

Por fim, outro fator crucial para a edificação do poder marítimo mencionado por Mahan é a mentalidade marítima, que, apesar de não se relacionar a um fator propriamente espacial, possui uma função de extrema importância. Expõe Silva:

Segundo Mahan, além dos elementos geográficos, o poder marítimo de um Estado depende do desenvolvimento da mentalidade marítima da população e de políticas de governo que contribuam para incrementar as diversas atividades ligadas ao mar.²⁷

Ao apontar a mentalidade marítima como um dos pontos chave para o desenvolvimento de poder marítimo, Mahan ressalta a importância do fator humano na análise geopolítica. De nada adiantam as condições geográficas ideais, se não há, na população integrante do organismo político em estudo, um substrato cultural que seja compatível aos objetivos do Estado.

2.3. Oceanopolítica, ou poder marítimo à brasileira

Compreendido o conceito e as bases teóricas do poder marítimo, partir-se-á para o estudo da Oceanopolítica e analisar o paradigma desenvolvido pela geógrafa brasileira Therezinha de Castro para o estudo da geopolítica aplicada aos mares.²⁸

A elaboração de um paradigma brasileiro para a teoria do poder marítimo foi influenciada, acima de tudo, pela necessidade de um fortalecimento da mentalidade marítima no país. Ao longo da história, o desenvolvimento e estruturação do poder no Brasil sempre

²⁷ SILVA, *Op. Cit.* p. 37

²⁸ DE CASTRO, Therezinha. Oceanopolítica. *A Defesa Nacional*. v. 70, n. 709. p. 107-126. 1983.

foi voltado ao continente, com fortes raízes nas teorias geopolíticas de poder terrestre. Explica o almirante Ilques Barbosa Júnior:

No Brasil, pode-se apontar que os conceitos geopolíticos de Mackinder influenciaram a formulação de Políticas e Estratégias relacionadas com a ocupação do nosso interior, o *Hinterland*. Decorre desses conceitos, a atribuição de prioridade para a construção de sistemas de transportes, onde temos o predomínio dos modais rodoviários e, em menor dimensão os ferroviários. Pouco foi destinado a sistemas modais hidroviários.²⁹

Porém, com o advento da segmentação dos espaços marítimos pela CNUDM e a possibilidade da extensão do alcance da jurisdição estatal para além das 200 milhas náuticas, tem início o processo de “expansão ao leste”³⁰, o que voltou as atenções brasileiras de volta ao mar, tornando o cenário propício para a implementação dos modelos teóricos da Oceanopolítica, desenvolvidos por Therezinha de Castro décadas antes.

Em seu artigo publicado em 1984³¹, a geógrafa brasileira, ao elaborar uma representação cartográfica de um mundo dividido entre um hemisfério oceânico e um hemisfério continental, atribui à solidariedade entre as noções geopolíticas de continentalidade e maritimidade o termo “Oceanopolítica”.

Assim, o primeiro indício dessa solidariedade a ser reconhecido pela autora é a expansão marítima de Espanha e Portugal, que teve início ainda no século XV. Segundo a autora, a nova dinâmica instaurada pelos navegadores portugueses e espanhóis afetou a forma pela qual toda a Europa compreendia o mar.

Com a revolução causada pela Oceanopolítica, tiveram os Estados europeus que se adaptar às redes de

²⁹ BARBOSA JUNIOR, Ilques. **Oceanopolítica**: conceitos fundamentais Amazônia Azul. In: BARBOSA JUNIOR, Ilques; MORE, Rodrigo Fernandes. **Amazônia Azul**: Política, estratégia e direito para o Oceano do Brasil. Rio de Janeiro: FEMAR, 2002. p. 209-10

³⁰ *Ibid.*

³¹ DE CASTRO, *Op. Cit.*

comunicação preexistentes e mesmo criar outras, firmadas numa diretriz que os levasse ao litoral, dentro da geoestratégia da defesa e da conservação³²

A partir desse ponto de ruptura, o ser humano foi, ao longo do tempo, ganhando cada vez mais liberdade para se locomover do hemisfério continental ao oceânico, sendo a solidariedade entre os dois polos paulatinamente intensificada.

No século XXI, com o alto grau de avanço tecnológico, com o estreitamento das fronteiras causado pela globalização econômica, e a estabilização de um sistema jurídico internacional voltado ao direito do mar, a “ocupação” do hemisfério oceânico atingiu um patamar nunca antes presenciado, possibilitando uma nova compreensão dos oceanos.

Dentro da Oceanopolítica, os mares não são analisados apenas no limite das rotas de comércio – as “grandes rodovias” mahanianas – ou pela extensão das fronteiras marítimas, tal como prescritas na CNUDM, mas de forma holística.

A partir disso, Barbosa Junior defende a existência dos chamados “espaços oceanopolíticos”³³, que consistem na setorização do oceano em macrorregiões estratégicas que englobam desde as fronteiras marítimas dos Estados litorâneos, como também as áreas de alto mar. No caso brasileiro, o país está inserido no espaço oceanopolítico do Atlântico Sul.

Dentro do escopo da Oceanopolítica, as fronteiras marítimas também se tornam objeto de análise, sendo usadas para a construção de conceitos político-estratégicos que reforcem a necessidade de gestão dos espaços marítimos. É o caso da elaboração da definição de “Território Oceânico Nacional” pelo Chile³⁴ e a de “Amazônia Azul”, no Brasil.

O caso da Amazônia Azul, além de representar um conceito oceanopolítico voltado a questões política e estratégica de Estado, também exerce um importante papel no desenvolvimento da mentalidade marítima no Brasil.

³² *Ibid.* p. 114

³³ BARBOSA JUNIOR, *Op. Cit.*

³⁴ *Ibid.* p. 218

A seguir, os conceitos de Atlântico Sul e Amazônia Azul, importantes para a compreensão do poder marítimo brasileiro, serão aprofundados.

2.2.1. *Atlântico Sul*

Conforme exposto anteriormente, o Brasil está inserido dentro de um espaço oceanopolítico que vai muito além das fronteiras marítimas impostas pela CNUDM. Esse espaço oceanopolítico é o Atlântico Sul. Contudo, não se trata do Atlântico Sul geográfico, que corresponde à porção do Oceano Atlântico localizada abaixo da linha do Equador, mas de um conceito político estratégico elaborado para nortear a Política e a Estratégia Nacional de Defesa do Brasil. Explica Silva:

A Estratégia Nacional de Defesa brasileira estabelece que o Atlântico Sul é definido, geoestrategicamente, pelo continente Antártico, litoral africano, litoral da América do Sul e paralelo 16º Norte. Embora essa enorme área marítima seja normalmente caracterizada como uma única área, pode-se, muito simplificada, para efeito de análise acadêmica, dividi-la em quatro regiões.³⁵

As quatro regiões mencionadas por Silva correspondem a: a) Área Marítima Sul-Atlântica Sul-Americana (AMSASA), que compreende as águas jurisdicionais Brasileiras e a dos países vizinhos na América do Sul, b) a Área Marítima Sul-Atlântica Africana (AMSAAF), referente ao litoral dos países da África Ocidental banhados pelo Atlântico Sul; c) O Corredor do Tratado da Organização do Atlântico Norte (COTAN), representado pelos Territórios Ultramarinos Britânicos no Atlântico, juntamente da ilha Bouvet, da Noruega; e d) a Área de Alto Mar, regida, em sua maior parte, por convenções internacionais.

2.2.2 *Amazônia Azul*

³⁵ SILVA, *Op. Cit.*, p. 43

Conforme exposto anteriormente, a elaboração de um conceito oceanopolítico para se referir às águas jurisdicionais brasileiras se pauta não só na estipulação de objetivos políticos e estratégicos, mas também no desenvolvimento de uma mentalidade marítima no Brasil.

A mentalidade marítima vem sendo, no Brasil, um dos maiores desafios para a edificação do poder marítimo. Apesar de o país contar com 8,5 mil quilômetros de costa e cerca de 4,5 milhões de quilômetros quadrados de Zona Econômica Exclusiva³⁶, não há, entre os brasileiros, a percepção do mar como um dos recursos estratégicos mais importantes para o futuro da nação.

Em decorrência disso, durante a formulação do pleito de ampliação da plataforma continental brasileira junto a International Seabed Authority (ISBA), o então comandante da Marinha do Brasil, almirante Roberto de Guimarães Carvalho inaugurou, em 2004, o termo “Amazônia Azul”, em artigo publicado na *Folha de São Paulo*, para incentivar o desenvolvimento da mentalidade marítima brasileira.

O termo foi desenvolvido para denominar o espaço geopolítico que compreende não somente os espaços marítimos garantidos ao Brasil pela CNUDM, mas também as águas interiores, como é o caso das rotas fluviais navegáveis do Rio Amazonas. Sobre sua importância para a edificação do poder marítimo brasileiro, expõe o almirante Armando Vidigal:

O conceito de “Amazônia Azul” é, portanto, um código nacional, um movimento atual de retorno efetivo ao inexorável destino marítimo brasileiro. Temos a robustez necessária para absorver os vieses da história, sem perder o rumo certo do mar, e precisamos dinamizar a mobilização política nacional para os seus objetivos.³⁷

Dando sequência, Barbosa Junior afirma que, sob um ponto de vista analítico, aplica-se à Amazônia Azul o conceito de

³⁶ HAZIN, Fábio Hissa Vieira. Apresentação: a amazônia azul e a sua herança para o futuro do Brasil. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 22, 2010.

³⁷ VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira (org.). **Amazônia azul**: o mar que nos pertence. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 30

multidimensionalidade dos oceanos exposto anteriormente, podendo o espaço oceanopolítico brasileiro ser estudado sob um ponto de vista econômico, ambiental, científico, político e diplomático.³⁸

3. Direito do mar e oceanopolítica

Chega, por fim, o momento de aplicar o que foi exposto acerca da geopolítica e das teorias do poder marítimo dentro da perspectiva do direito do mar. Pretende-se, aqui, demonstrar como as diversas interfaces entre as disciplinas podem agregar à uma melhor compreensão das questões jurídicas relativas ao direito do mar.

Em primeiro lugar, é importante estabelecer que a defesa da transdisciplinaridade no estudo do direito do mar deve ser vista, não como um “abrandamento” das fronteiras da disciplina, mas sim como uma defesa da delimitação da ciência a partir da resolução de problemas (e não de um acúmulo enciclopédico e setorizado).

Dessa forma, tal como defende Mackinder: “[a] verdade é que os limites de todas as ciências precisam ser naturalmente compromissos. O conhecimento, como nós dissemos antes, é um só. Sua divisão em disciplinas é uma concessão à fraqueza humana”.³⁹

Aplica-se, portanto a proposta de Karl Popper⁴⁰ para uma ciência voltada, acima de tudo, à resolução de problemas reais, que costumam envolver questões atinentes a diversos campos de estudo simultaneamente. Assim, uma proposta de análise transdisciplinar não consiste em uma amálgama entre raciocínio jurídico e geopolítico, mas na expansão da “caixa de ferramentas” analíticas empregadas pelo jurista ao se deparar com um problema relativo ao território marítimo.

Trata-se, portanto, de um desprendimento de uma análise puramente normativa e uma conseqüente sensibilização à dimensão fática das questões analisadas, que, dentro do presente trabalho, assumem um caráter político-espacial. Além disso, deve-se

³⁸ BARBOSA JUNIOR, *Op. Cit.*

³⁹ MACKINDER. **Sobre o escopo e os métodos da Geografia**, *Op. Cit.* p. 274

⁴⁰ POPPER, Karl. **Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge**. Nova York: Basic Books, 1962

compreender que as interações entre o domínio jurídico e o geopolítico são sinalagmáticas, uma vez que, do mesmo modo que o direito interfere na forma pela qual o poder no espaço é compreendido, as questões geopolíticas podem vir a influenciar nas conclusões jurídicas.

De um lado, questões jurídicas devem surgir dentro da análise geopolítica como verdadeiros fatores geográficos a serem incorporados ao espaço estudado. A exemplo disso, a CNUDM deve ser levada em conta ao analisar uma contenda sobre delimitação de fronteiras marítimas (a exemplo do mar do sul da China), juntamente com os demais fatores geográficos.

Da mesma forma, o jurista que se depara com uma situação como a da regulamentação da navegação e direitos jurisdicionais nos espaços marítimos nas recém-abertas rotas do círculo ártico, deve se debruçar, também, sobre um estudo dos fatores políticos e espaciais que permeiam a situação.

Nesse sentido, é importante dar destaque ao exemplo da CNUDM. A Convenção de Montego Bay, que determina as normas base para a segmentação dos espaços marítimos e dispõe sobre seus respectivos estatutos jurídicos, foi responsável por uma verdadeira revolução no estudo geopolítico dos oceanos, uma vez que solidificou os padrões para a definição das fronteiras marítimas tratadas anteriormente.

A partir desse marco legal, o mar deixa de ser compreendido sob a perspectiva das linhas de comunicação marítima (rotas comerciais) e passa a assumir uma roupagem de espaço propriamente dito, se distribuindo por uma determinada área, abrigando todo um sistema ecológico e sendo fonte de extração de riquezas.

Ocorre que, apesar de a “ocupação” dos mares ser motivada por avanços tecnológicos e interesses econômicos, é a estruturação de um sistema jurídico capaz organizar as pretensões políticas dos Estados que serve de base para a constituição de uma nova percepção dos oceanos. Argumenta Aguilar:

O interesse econômico por essas regiões resulta em reivindicações e conflitos, que inicialmente são tratados nos planos políticos e jurídicos. Novos interesses e conflitos em relação a áreas marítimas resultam na

utilização, alteração ou surgimento de novos mecanismos jurídicos para lidar com as questões.⁴¹

Nesse cenário, a importância dos mecanismos jurídicos de segmentação dos espaços marítimos, juntamente da possibilidade de uma “ocupação dos oceanos”, foi responsável pelo surgimento de uma nova tendência para a análise da geopolítica voltada aos oceanos. Explica Silva:

O século XXI tem reafirmado três tendências relacionadas com o espaço marítimos: a crescente importância dos oceanos na globalização econômica e na política internacional; *o incremento das tensões derivadas do processo de demarcação das fronteiras marítimas estabelecidas pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)*; e, a partir de 2017, o retorno oficial da competição entre as grandes potências anunciado na Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América (EUA), publicada naquele ano.⁴² (Grifo Nosso)

Dando sequência, vale ressaltar que, nem o direito do mar, nem a geopolítica, devem ser compreendidos somente dentro dos limites da projeção de soberania estatal, girando unicamente ao entorno da salvaguarda de interesses políticos e estratégicos. Tal como a Nova Geopolítica, apresentada anteriormente, o direito do mar vem, também, se desprendendo cada vez mais de questões ligadas à soberania estatal e se voltando a questões de interesse da humanidade como um todo.

Há, portanto, uma tendência no direito do mar (em clara interface com o direito internacional ambiental) representada pelo estudo da aplicação da CNUDM e dos demais mecanismos jurídicos internacionais relacionados ao uso do mar na proteção do meio ambiente marítimo.

A Convenção estabelece a obrigação geral dos Estados com o meio marítimo, seja de forma individual, seja no quadro regional ou mundial, ou mesmo no contexto das

⁴¹ AGUILAR. *Op. Cit.* p. 98

⁴² SILVA, *Op. Cit.* p. 35

organizações internacionais, de protegê-lo a partir de medidas preventivas, do estabelecimento de regras e medidas administrativas, e preservá-lo com ações objetivas e adoção de políticas.⁴³

Na CNUDM, os deveres de proteção do meio marítimo encontram-se delimitados na Parte XII, artigos 192 em diante. Expõe Mossop:

O artigo 192 da CNUDM impõe uma obrigação geral de proteção e preservação do meio ambiente marinho aos Estados. Isso tem sido interpretado como uma obrigação positiva de tomar medidas ativas para proteger e preservar o meio ambiente marinho e uma obrigação negativa de não o degradar. O artigo 194, por sua vez, obriga os estados a prevenir, reduzir e controlar quaisquer fontes de poluição do meio ambiente marinho.⁴⁴

Diante disso, cria-se, para os Estados, o constante dever da implementação de políticas de fiscalização e proteção ambiental em seus espaços marítimos (além das questões relacionadas aos navios que arvoram sua bandeira e das recentes discussões sobre a proteção de áreas marítimas além da jurisdição estatal).

Dessa forma, recai sobre o Estado costeiro o dever de *due diligence* sobre as atividades realizadas em seus espaços marítimos. Isso significa que, havendo acidente ambiental que gere danos transfronteiriços (*v.g.*), o Estado deve comprovar que empregou seus melhores esforços (*best efforts*) para impedir a ocorrência do sinistro⁴⁵. E é justamente nesses casos em que o conhecimento geopolítico agrega à análise jurídica.

⁴³ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2015. p. 179

⁴⁴ MOSSOP, Joanna. The relationship between continental shelf regime and a new international instrument for protecting marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction. **ICES Journal of Marine Science** v. 75, n. 1 2017. p. 446. Tradução Nossa

⁴⁵ DOMINGOS, Isabela Moreira do Nascimento; NAVARRO, Eduardo. **Uma reinterpretção do dever de exercício de jurisdição de um Estado de bandeira sob o prisma dos casos consultivos do TIDM**. In: **Direito Internacional em Expansão**, v. 22. Belo Horizonte: Arraes, 2022, p. 459-472

Para cumprir com seus deveres de preservação do meio ambiente marítimo, o Estado costeiro deve implementar uma série de políticas que envolvem conscientização, fiscalização e gestão de suas águas jurisdicionais, ou seja, definir um plano de projeção de poder em um determinado espaço.

Para que isso seja possível, faz-se necessária uma profunda compreensão do espaço marítimo tutelado para, então, compreender como fatores políticos irão se relacionar com os fatores ambientais. Trata-se de uma abordagem “ecopolítica”, paradigma denominado por Correia, cuja principal referência é o trabalho *De l’écologie à l’écologie politique*⁴⁶, de Béatrice Giblin.

Assim, o jurista, ao se deparar com um caso concreto envolvendo os deveres estatais de proteção do meio ambiente marítimo, além de contar com os dispositivos jurídicos da CNUDM e do entendimento doutrinário, valer-se-ia do raciocínio geopolítico para compreender como o poder estatal se comporta nos espaços marítimos estudados.

Em suma, a partir de um estudo conjunto entre direito do mar e geopolítica, torna-se possível analisar como os direitos territoriais sobre espaços marítimos concedidos pela CNUDM se materializam no plano fático, possibilitando a assimilação entre norma jurídica e prática estatal.

Conclusão

Diante do objetivo inicial de formular uma proposta de análise transdisciplinar que envolvesse o estudo do direito do mar em paralelo à geopolítica, ou às teorias do poder marítimo, buscou-se, por meio da presente pesquisa, identificar os principais pontos de convergência entre os dois campos de estudo.

Em um primeiro momento, foram expostas as diretrizes do pensamento geopolítico. Partiu-se da lógica do raciocínio geográfico proposto por Lacoste para contextualizar o método geográfico. Solucionada essa questão a geopolítica foi compreendida quanto suas

⁴⁶ GIBLIN, Béatrice. De l’écologie à l’écologie politique: l’eneju du pouvoir de la necessite de savoir penser l’espace. **Hérodote**. v. 100. p. 13-31. 2001.

definições e objetos, para que fosse possível compreender as principais tradições paradigmáticas da geopolítica clássica.

Em seguida, o trabalho se voltou ao estudo das principais hipóteses de distribuição do poder global, dando prioridade à teoria do poder marítimo de Alfred Mahan em detrimento da teoria do poder terrestre, de Mackinder. Dando sequência, a tradição do poder marítimo foi aprofundada, dando espaço para o estudo das tendências contemporâneas do estudo da projeção de poder no mar. Além disso, deu-se destaque à noção de Oceanopolítica, paradigma brasileiro para compreensão do poder marítimo.

Por fim, a pesquisa se voltou ao objetivo geral do trabalho: o desenvolvimento de uma proposta de análise transdisciplinar entre direito do mar e as teorias de poder marítimo. Nesse ponto, conclui-se que, no estudo do direito do mar, o raciocínio geopolítico deve ser empregado paralelamente para que seja possível visualizar como a norma jurídica se materializa e se adequa ao campo fático.

Demonstrada a possibilidade da análise transdisciplinar, buscar-se-á, em uma próxima pesquisa, a aplicação do método proposto no estudo sobre como noções oceanopolíticas como a de “Amazônia Azul” influência na compreensão e aplicação do direito do mar pelo Brasil.

Referências

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. Direito do mar, poder naval e relações internacionais: os recentes casos do Ártico e do Mar do Sul da China. In: BARBOSA JUNIOR, Ilques; MORE, Rodrigo Fernandes. Amazônia Azul: Política, estratégia e direito para o Oceano do Brasil. Rio de Janeiro: FEMAR, 2002. p. 78-99

BARACUHY, Braz. Uma introdução aos fundamentos da geopolítica clássica: Mahan, Mackinder, Spykman. In: BARACUHY, Braz (org.). Os fundamentos da geopolítica clássica: Mahan, Mackinder, Skpykamm. Brasília: FUNAG, 2021. p. 11-54

BARBOSA JUNIOR, Ilques. Oceanopolítica: conceitos fundamentais Amazônia Azul. In: BARBOSA JUNIOR, Ilques; MORE, Rodrigo Fernandes. Amazônia Azul: Política, estratégia e direito para o Oceano do Brasil. Rio de Janeiro: FEMAR, 2002. p. 205-231

DE CASTRO, Therezinha. Oceanopolítica. A Defesa Nacional. v. 70, n. 709. p. 107-126. 1983.

CORREIA. Pedro de Pezarat. Manual de Geopolítica e Geoestratégia. Lisboa: 70, 2018. 831 p.

DA COSTA, José Augusto Fontoura. A Amazônia Azul e o domínio marítimo brasileiro. Revista USP. n° 113, p.27-44, 2017.

DOMINGOS, Isabela Moreira do Nascimento; NAVARRO, Eduardo. Uma reinterpretação do dever de exercício de jurisdição de um Estado de bandeira sob o prisma dos casos consultivos do TIDM. In: MENEZES, Wagner (org.). Direito Internacional em Expansão, v. 22. Belo Horizonte: Arraes, 2022, p. 459-472

GIBLIN, Béatrice. De l'écologie à l'écologie politique: l'eneju du pouvoir de la necessite de savoir penser l'espace. Hérodote. v. 100. p. 13-31. 2001.

HAZIN, Fábio Hissa Vieira. Apresentação: a amazônia azul e a sua herança para o futuro do Brasil. Ciência e Cultura., São Paulo , v. 62, n. 3, p. 22, 2010 .

HOLMES, James R. A brief guide to maritime strategy. Annapolis: Naval Institute. 2019. 183 p.

LACOSTE, Yves. La géographie, la géopolitique et le rassionament géographique. Hérodote. v° 146-147 n°3, pp. 14-43, 2012.

MACKINDER, Halford John. Sobre o Escopo e os métodos da Geografia. Tradução de Braz Baracuhy. In: BARACUHY, Braz. Fundamentos da Geopolítica Clássica: Mahan, Mackinder, Spykman. Brasília: FUNAG, 2021. p. 253-282

_____. O pivô geográfico da história. Tradução de Braz Baracuhy. In: BARACUHY, Braz. Fundamentos da Geopolítica Clássica: Mahan, Mackinder, Spykman. Brasília: FUNAG, 2021. p. 283 -304

MENEZES, Wagner. O Direito do Mar. Brasília: FUNAG. 2015. p. 238

MOSSOP, Joanna. The relationship between continental shelf regime and a new international instrument for protecting marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction. ICES Journal of Marine Science. v. 75, n. 1 2017. p. 444-450

POPPER, Karl. Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge. Nova York: Basic Books, 1962

SILVA, Antonio Rui de Almeida. Reflexos da geopolítica global no Atlântico Sul. *Revista Marítima Brasileira*. v. 142, n. 04-06, p.34-61. 2022

VERDUZCO. Alonzo Gomez-Robledo. Delimitación en derecho internacional del mar. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. n° 125-130, v. 103. jul/dez 2017. p. 465-504

VIDIGAL, Armando Amorim Ferreira (org.). *Amazônia azul: o mar que nos pertence*. Rio de Janeiro: Record, 2006. 305 p.

O FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DAS OBRIGAÇÕES ERGA OMNES NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Ygor Pierry Piemonte Ditão

Introdução

Grandes argumentos para que detenham essa grandeza pretendida precisam, inicialmente, de grandes fundamentos de onde se possa extrair adequadamente a verificação de sua fundação e, por isso, se impõe a análise a partir de uma perspectiva epistemológica que permita, de fato e de direito, demonstrar que a obrigação erga omnes é um sustentáculo ao Direito Internacional.

Para isso o presente trabalho propõe realizar uma análise das obrigações erga omnes no Direito Internacional que fuja da simples análise de que como decidem as Cortes Internacionais, para, assim, mediante uma investigação epistemológica mediante reducionismo através do individualismo metodológico demonstrar, por fim, que a obrigação erga omnes é uma questão fundamental para que a própria ciência jurídica seja possível.

Portanto, no primeiro capítulo apresentou um esboço necessário para a compreensão da epistemologia, para, em seguida, averiguar o cruzamento da natureza humana com o direito e, com esses resultados, finalmente, averiguar o nascimento do Direito Interno e o desenvolvimento do Direito Internacional e como em cada uma dessas fases existe um pilar fundamental no qual a existência das obrigações erga omnes se apoia para demonstrar que, sem isso, o Direito

Internacional deixaria de existir seguindo os caprichos da luta de poder das Relações Internacionais.

1. *Esforço sobre epistemologia:*

É complexa a missão de categorizar o *locus* da epistemologia, sobretudo sua origem, mas em devida lição se vê uma síntese replicável:

A Epistemologia, como disciplina, é um ramo da Filosofia surgido a partir do século XIX em função do próprio triunfo da Ciência como conhecimento de sucesso. Além disso, por um lado, ela afastou-se cada vez mais da Filosofia, desde Galileu em 1640 e, por outro, complexificou-se de modo crescente, principalmente a partir do final século XIX, mas acentuadamente nas últimas décadas do século XX até nossos dias. Etimologicamente, o vocábulo **epistemologia**, cuja criação é tão recente quanto a disciplina que designa, significa **teoria da ciência** (do grego *epistêmé* – ciência; e *logos* – que estuda; cf. Ferreira, 2009). Segundo Blanché (1988, p. 9), a palavra epistemologia "não figura nem no *Litttré*, nem no *Novo Larousse ilustrado* [...]" e "o seu aparecimento nos dicionários franceses data de 1906 [...]." A palavra em português deriva do francês *epistemologie* e tem seu surgimento nos dicionários brasileiros pelo menos desde o início da década de 40 [ver *Para Saber mais: A palavra epistemologia* nos dicionários].¹

A epistemologia apreende, portanto, a missão de avaliar o conhecimento averiguado, persegue a dimensão de “ao estudar o Direito, considera, de maneira prevalecte, o problema da *vigência*, mas sempre em função da *eficácia* e do *fundamento*”² e “avalia a integração de uma estratégia e de uma tática de pesquisa, ao mesmo tempo em que verifica, em função delas, a consistência dos vários procedimentos possíveis e dos resultados obtidos e obteníveis”³.

¹ MENEGAT, Rualdo. **Introdução à Epistemologia**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Instituto de Geociências Programa de Pós-Graduação em Geociências. Porto Alegre, 2014. P. 09.

² REALZE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002. P. 300.

³ MENEGAT, Rualdo. **Introdução à Epistemologia... op. Cit.** P. 19.

A cadeia fundamental de avaliação da epistemologia é a tríade “Justified True Belief”⁴ onde, em apertadíssima síntese, permite avaliar o conhecimento como:

There are three components to the traditional (“tripartite”) analysis of knowledge. According to this analysis, justified, true belief is necessary and sufficient for knowledge.

The Tripartite Analysis of Knowledge:

S knows that *p* iff

- i. *p* is true;
- ii. *S* believes that *p*;
- iii. *S* is justified in believing that *p*.⁵

Mesmo que a tríade supramencionada implique frequentemente em conclusões equivocadas, permite, todavia, a margem mínima de análise do conhecimento, pois “Although most agree that each element of the tripartite theory is necessary for knowledge, they do not seem collectively to be sufficient”⁶ e, com isso, mais do que uma estrutura perfeita de investigação – pretensão impraticável à própria capacidade humana de conhecimento muito bem explanada por Hayek⁷ - fornece

⁴ ICHIKAWA, Jonathan Jenkins; STEUP, Matthias. The Analysis of Knowledge. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Califórnia: U.S.A, 2017. – Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/knowledge-analysis/#KnowJustTrueBeli> – Acesso em: 09/10/2021.

⁵ ICHIKAWA, Jonathan Jenkins; STEUP, Matthias. The Analysis of Knowledge. **Stanford Encyclopedia of Philosophy... op. Cit.** Idem.

⁶ ICHIKAWA, Jonathan Jenkins; STEUP, Matthias. The Analysis of Knowledge. **Stanford Encyclopedia of Philosophy... op. Cit.** Idem.

⁷ “Agir na crença de que possuímos o conhecimento e a capacidade que nos permitem moldar ao nosso gosto, completamente, os processos da sociedade, conhecimento que, de fato, não possuímos, é algo capaz de nos causar dano. Nas ciências físicas pode haver pouca objeção a tentar fazer o impossível; podem até achar que não devemos desencorajar a pessoa superconfiante porque, afinal, seus experimentos podem trazer novas perspectivas. No campo social, no entanto, a crença errônea de que o exercício de algum poder teria consequências benéficas, provavelmente, leva a conferir um novo poder para coagir homens para alguma autoridade [...] O reconhecimento dos limites insuperáveis do conhecimento deve, de fato, ensinar ao estudioso uma lição de humildade” (HAYEK, F. A. 1899-1992. **A pretensão de**

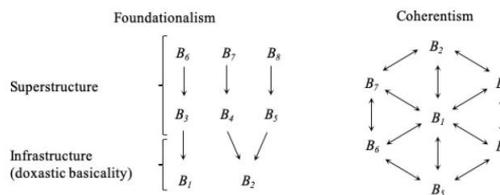
uma estrutura capaz de permitir o rastreamento do conhecimento apresentado sem que, com isso, dogmas se convertam em ciência e fundamentalismo em argumento, preconizando, assim, a primazia da autoridade do argumento sobre o argumento de autoridade.

Para isso, socorre-se de duas cadeias principais de análise que são *fundacionalismo* e *coerentismo*, isto é, o **fundacionalismo** se marca pela compreensão de que as justificações se encontram “According to foundationalism, our justified beliefs are structured like a building: they are divided into a foundation and a superstructure, the latter resting upon the former”⁸, enquanto o **coerentismo**, por sua vez, apresenta uma teia de avaliações onde “According to coherentism, this metaphor gets things wrong. Knowledge and justification are structured like a web where the strength of any given area depends on the strength of the surrounding areas.”⁹.

Sua ilustração mais clara demonstra duas formas de ver o mundo sobre os métodos de avaliar o sucesso cognitivo (conhecimento) apresentado:

2. Conhecimento

Figure 6: Structure of Justification in Foundationalism and Coherentism



Source: Henrique Marcos, 2021

conhecimento. Prefácio Murray N. Rothbard, trad. Leandro Augusto Gomes Roque. – São Paulo, SP: LVM Editora, 2019. p. 48/49)

⁸ STEUP, Matthias; NETA, Ram. Epistemology. **Stanford Encyclopedia of Philosophy.** Califórnia: U.S.A., 2020. – Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/epistemology/#Foun> – Acesso em: 09/10/2021.

⁹ STEUP, Matthias; NETA, Ram. Epistemology. **Stanford Encyclopedia of Philosophy... op. Cit. Idem.**

IMAGEM 1: MARCOS, Henrique. **Epistemologia(s) em Direito Internacional**. Maastricht, 2021. – Disponível em: https://www.academia.edu/51140764/Epistemologia_s_em_Direito_Internacional -- Acesso em: 22/12/2021.

Dessa forma e tendo ilustrado a essência mínima para a compreensão da epistemologia como “epistemology seeks to understand one or another kind of cognitive success (or, correspondingly, cognitive failure)”¹⁰, impõem-se, sinteticamente, compreender que o presente trabalho se apoiará na compreensão fundacionalista mediante o reducionismo¹¹ metodológico para demonstrar, enfim, que as obrigações *erga omnes* existem e são o fundamento essencial do Direito Internacional.

2. Da natureza humana à natureza do direito:

Superadas as introduções necessárias para a dimensão epistemológica, bem como o elo fundamental deste trabalho pelo seu marco reducionista sob os umbrais do individualismo metodológico, isto é, a tomada de ponto de partida no ser humano em sua unidade máxima, é preciso entender quem é, então, o ser humano para que, a partir daí, tenha condições de avaliar que *categoria* de direito emerge do convívio de pessoas, pois basta lembrar a lição de Rousseau¹² de que se a natureza humana fosse diferente da que é outro tipo de governo lhe aprouvera.

¹⁰ STEUP, Matthias; NETA, Ram. Epistemology. **Stanford Encyclopedia of Philosophy...** *op. Cit. Idem*.

¹¹ “O reducionismo leva à primeira unidade da sociedade, da política, ao indivíduo. O **individualismo metodológico** é a única e real unidade de análise; são os indivíduos, só eles têm interesses, vontades, e só eles agem. Entes coletivos, como estados, partidos, grupos, movimentos, sociedades, países, não agem, não têm interesses, nem vontades. Levando isso às extremas consequências, os entes coletivos não existem mesmo. São sempre e só aglomeração de indivíduos diferentes; quando os membros de um determinado grupo mudam, os interesses e as ações podem mudar.” (GIANTURCO, Adriano. **A ciência política: uma introdução**. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020. p. 3).

¹² “Se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nassetti, 3ª Ed. – São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 66).

O regresso até a natureza humana é algo fundamental não apenas porque ele invoca, frequentemente, sua relação com o contrato social (não à toa dos contratualistas emergem os maiores nomes relacionados ao tema), mas pela razão de nela se compreender o papel fundamental do Direito na sociedade, superando a prática comum dos filósofos de parar estritamente na relação do estado com a família¹³ e compreendendo, assim, que é no indivíduo que se encontra o ponto de partida de todas as análises como bem lembrou Aristóteles “Pois a Cidade é por natureza uma pluralidade, e se se aspira à unidade máxima, de Cidade passará à família, e de família ao indivíduo”¹⁴.

Nesse ponto, então, três correntes estão em destaque: (i) Hobbes e o *homo hominis lupus*; (ii) Rousseau e a sociedade corrompe; e (iii) Locke e as duas potências. As sínteses das ideias podem ser marcadas pelo pessimista a ver a natureza humana como essencialmente má, o otimista vendo-a como essencialmente boa e o realista vendo-a como neutra guardando em si ambas as potências de vida e morte.

Assim, Hobbes consignará:

[...] tudo que é válido para os homens em tempo de guerra, quando uns são inimigos dos outros, o é, também, durante o tempo em que os homens vivem sem outra segurança a não ser a da própria força e da própria criatividade. [...] *Quem não pondera sobre essas coisas poderá estranhar que a Natureza dissocie os homens e os*

¹³ Nesse sentido, repetidas são as lições: “A família é a mais antiga das sociedades, e também a única natural [...] a família é pois, se assim o quereis, a norma primitiva das sociedades políticas” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social...** *Op. Cit.* P. 18). “Fica, pois, patente que uma grande família, se não fizer parte de nenhum estado, é em si mesma, quanto aos direitos de soberania, uma pequena monarquia, quer seja essa família formada por um homem e seus filhos, quer por um homem e seus servos, quer, enfim, por um homem, seus filhos e seus servos, sendo soberano o pai ou o senhor” (HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Trad. Rosina D’angina. 2. Ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 165). “A segunda parte da definição de República que postulamos diz respeito à família, que é a verdadeira fonte e origem de toda República e o principal membro desta” (BODIN, Jean, 1530-1596. **Os seis livros da república: livro primeiro.** Trad. Carlos Orsi Morel. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2011. p. 81).

¹⁴ ARISTÓTELES. **Política.** Trad. Pedro Constantin Tolens. – São Paulo: Martin Claret, 2010. P. 79.

torne propensos a se atacarem e destruírem. Pode ocorrer que, não confiando nessa inferência, baseada nas paixões, o homem deseje ver a mesma confirmada pela experiência. Cuide ele, então, de considerar consigo mesmo: quando empreende uma viagem, ele se arma e procura ir acompanhado; ao recolher-se, fecha as portas de sua casa e, mesmo estando dentro dela, tranca bem as portas de sua casa e, mesmo estando dentro dela, tranca arcas e armários; isso tudo mesmo diante do conhecimento de que existem leis e funcionários públicos armados para defendê-lo e revidar a qualquer injúria que lhe venha ser feita.¹⁵

Rousseau defenderá:

O primeiro que, ao cercar um terreno, teve a audácia de dizer isto é meu e encontrou gente bastante simples para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil [...] A medida que as ideias e os sentimentos se sucedem, que o espírito e o coração se exercitam, o gênero humano continua a se domesticar, as ligações se estendem e os laços se estreitam. Os homens passam a se reunir diante das cabanas ou em volta de uma grande árvore: o canto, a dança, verdadeiros filhos do amor e do lazer, tornam-se o divertimento, ou melhor, a ocupação dos homens e das mulheres ociosos e agrupados. ***Cada um começa a olhar os outros e a querer ser olhado ele próprio, e a estima pública teve um preço.*** Quem cantava ou dançava melhor, o mais belo, o mais forte, o mais habilidoso ou o mais eloquente tornou-se o mais considerado, esse foi o primeiro passo tanto para a desigualdade quanto para o vício: dessas primeiras preferências nasceram, por um lado, a vaidade e o

¹⁵ HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil...** *op. Cit.* P. 105.

Ao lado de Hobbes estará a primeira fase de Freud: “[...] o ser humano não é uma criatura afável e carente de amor que, no máximo, é capaz de se defender quando atacada, mas que ele pode contar com uma cota considerável de tendência agressiva no seu dote de impulsos. Por esse motivo, o próximo não é apenas um possível ajudante e um possível objeto sexual, mas também uma tentação para se satisfazer nele a agressão, explorar sua força de trabalho sem recompensá-lo, usá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apropriar-se de seus bens, humilhá-lo, causar-lhe dor, torturá-lo e matá-lo. *Homo hominis lupus*; quem, a partir de todas as experiências da vida e da história, terá a coragem de contestar essa máxima?” (FREUD, Sigmund, 1856-1939. **O mal-estar na cultura.** Tradução Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva. – 2ª ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2015. P. 124/125).

desprezo; por outro, a vergonha e a inveja. A fermentação causada por esses novos germes produziu finalmente compostos funestos para a felicidade e a inocência.¹⁶

E no meio do caminho, Locke entenderá:

[...] devemos levar em conta o estado natural em que os homens se encontram, sendo este um estado de total liberdade para ordenar-lhes o agir e regular-lhes as posses e as pessoas *de acordo com sua conveniência, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem*. [...] Todavia, mesmo em se tratando de um estado de liberdade, não implica em licenciosidade: apesar de ter o homem naquele estado de liberdade incoercível para dispor da própria pessoa e posses, não tem para destruir a si mesmo ou a qualquer criatura de sua posse, a não ser quando um fim mais nobre do que a mera conservação o exija. O estado natural tem uma lei da natureza para governá-lo, que a todos obriga [...] Por fim, concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que devem certamente ser grandes, se os homens têm de ser juízes em causa própria.¹⁷

As três percepções da natureza humana são reciprocamente excludentes: é possível defender apenas uma e como já tive a oportunidade de defender noutro momento,¹⁸ é-se inviável a aderência

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Paulo Neves. – Por Alegre: L&PM, 2014. P. 161.

¹⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Marins. – São Paulo: Martin Claret, 2011. P. 15,16 e 20.

Ao lado de Locke está a segunda fase de Freud: “os instintos humanos são apenas dois tipos: aqueles que tendem a preservar e a unir [...]; e aqueles que tendem a destruir e matar” e, corretamente, complementar: “se o desejo de aderir à guerra é um efeito do instinto destrutivo, a recomendação mais evidente será contrapor-lhe o seu antagonista, Eros. Tudo o que favorece o estreitamento dos vínculos emocionais entre os homens deve atuar contra a guerra” (FREUD, Sigmund; EINSTEIN, Albert. **Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?** Apresentação de Deisy de Freitas Lima Ventura, Ricardo Antônio Silva Seitenfus. Santa Maria: FADISMA, 2005. P. 38 e 42).

¹⁸ DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Homo Hominis Lupus*: uma reinterpretação do dano moral. **Comissão de Filosofia do Direito da 125ª Subseção da OAB/SP**. 2021.

das dimensões lockeana e rousseauana uma vez que elas implicariam na absoluta desnecessidade do caráter coercitivo do direito e, ainda, marcariam a própria situação de obsoleto do ordenamento jurídico a regular anjos.

A tese da sociedade corromper a natureza humana é desfeita pela simples observação da lógica propedêutica, uma vez que sendo boa a natureza humana, suas forças internas de existência imporiam o nascimento de uma sociedade também boa e, assim, apenas a existência de elementos narcísicos – maldade – como os descritos pelo próprio Rousseau (e, ademais, evidenciados em sua própria contradição quando salienta que a democracia não compete aos homens, mas aos deuses).

Em Locke maior sorte não há, quando, na verdade, o que Locke chama de controle pelo Direito Natural, nada mais é do que a razão humana que, contudo, vive em eterno conflito com os apetites primários da natureza (fome, libido, sede etc.) que por serem mais intensos que a racionalidade sempre a vencem e, portanto, existe apenas uma potência má e uma resistência boa oriunda da racionalidade e do desenvolvimento social que existe – sobretudo quando formada a sociedade – para controlar a potência e não para existir duas potências que aparecem em um jogo de loterias.

Por tais razões, o que se depreende é que a posição hobbesiana é a única capaz de primeiro explicar corretamente a natureza humana que vê seus instintos mais viscerais sobreporem-se aos limites da razão e, segundo, de explicar a natureza do Direito como ciência e instituição social¹⁹ de controle dessas forças viscerais de acordo com os limites que a razão aplica ao convívio na sua perpetua luta pelo convívio pacífico e harmonioso no equilíbrio delicado dos recursos existentes.

Nesse estágio do debate se apresenta outra querela que, coincidentemente, marca-se também pela existência de três correntes que marcarão a existência de uma ligação inextrincável com as três

¹⁹ “O Direito é, pois, um conjunto de estudos discriminados; abrange um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem o nome de disciplina”. (REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – São Paulo: Saraiva, 2002. P. 04).

correntes sobre a natureza humana que Miguel Reale perfeitamente resumiu:

Há três posições diferentes em face da relação entre o Direito e a força: uma teoria imbuída de eticismo absoluto, que sustenta que o Direito nada tem a ver com a força, não surgindo, nem se realizando graças à intervenção do poder público. Haveria, segundo os adeptos dessa doutrina, no tocante ao Direito, a mesma incompatibilidade que há com a Moral. Essa teoria, como se vê, idealiza o mundo jurídico, perdendo de vista o que efetivamente acontece na sociedade.

Em campo diametralmente oposto, temos a teoria que vê no Direito uma efetiva expressão da força. Para Jhering, um dos maiores juristas do passado milênio, o Direito se reduz a “norma + coação”, no que era seguido, com entusiasmo, por Tobias Barreto, ao defini-lo como “organização da força”. Ficou famoso o seu temerário confronto do direito à “bucha do canhão”, o que se deve atribuir aos ímpetus polêmicos que arrebatavam aquele grande espírito.

Segundo essa concepção, poderíamos definir o Direito como sendo a *ordenação coercitiva da conduta humana*. Esta é definição incisiva do Direito dada pelo grande mestre contemporâneo, Hans Kelsen, que, com mais de noventa anos, sempre se manteve fiel aos seus princípios do normativismo estrito. [...] O que há, porém, de verdade na doutrina da coação é a verificação da compatibilidade do Direito com a força, o que deu lugar ao aparecimento de uma teoria que põe o problema em termos mais rigorosos: é a teoria da *coercibilidade*, segundo a qual o *Direito é a ordenação coercível da conduta humana*.

A diferença está apenas em um adjetivo, mas é fundamental. Para uns, a força está sempre presente no mundo jurídico, é imanente a ele, e, portanto, inseparável dele. Para outros, a coação no Direito *não é efetiva, mas potencial*, representando como que uma segunda linha de garantia da execução da norma, quando se revelam insuficientes os motivos que, comumente, levam os interessados a cumpri-la.²⁰

Em suma ter-se-á: (i) o direito como coercitivo; (ii) o direito como eticismo; (iii) o direito como coercível. As ligações são evidentes: Hobbes se alinhará à primeira corrente do Direito como

²⁰ REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito...** op. Cit. P. 47/48.

coercitivo, enquanto Rousseau estará de mãos dadas com o eticismo e Locke, por exclusão, com o Direito como coercível, pois, em apertadíssima síntese, a dimensão coercível só pode existir onde a base humana comportamental permita a existência das duas potências de Locke (ou da segunda fase de Freud) boa e má e, assim, tem sua força potencial, mas não imediata; na segunda teoria do eticismo apenas a posição otimista de Rousseau poderá se justificar desligando a força do direito e, por fim, a terceira verá em Hobbes seu aliado, uma vez que a força se torna obrigatória e permanente onde permanente é a inclinação humana à sua recíproca destruição pela busca de seus apetites primários, apresentando-se, assim, os elementos fundamentais para entender a justificação das obrigações *erga omnes* no Direito Internacional.

3. Os pilares da obrigações erga omnes no Direito Internacional: a fundação do Direito

Entendidos, portanto, a natureza humana e a natureza do Direito é preciso prosseguir no edifício do Direito e demonstrar que as obrigações *erga omnes* encontram-se na fundação do Direito, sem o qual, o próprio Direito seria uma ficção tão linda quanto Homero, mas tão eficaz quanto suas epopeias e, por isso, impõem-se seguir alguns estágios dos seus pilares fundacionais que apresentarão, enfim, a conexão e a justificação do sucesso cognitivo obtido.

O **primeiro pilar** da fundação está, portanto, em compreender que a natureza humana não perseguirá a paz social sem a existência de força coercitiva, ou seja, ao aderir a tese hobbesiana da *homo hominis lupus*, e, conseqüentemente, refutando às demais posições, percebe-se que a teoria eticista ligada à percepção Rousseauiana da natureza humana boa, enquanto a teoria da coercibilidade à percepção Lockeana da natureza de caráter neutro são incapazes de explicar a sociedade como se apresenta e, por isso, marca o reconhecimento da teoria Hobbesiana em que o direito só pode ser compreendido como um conjunto de normas que regula a sociedade com força coercitiva (latente e potente, ou seja, o cumprimento espontâneo pelo risco da sanção e o cumprimento forçado pela coação).

Considerando, portanto, o primeiro pilar da fundação de que o homem é mau por natureza e seus apetites sobrepõem-se, em regra, aos limites racionais, torna-se claro que o **segundo pilar** da teoria das obrigações *erga omnes* se apoia na essência do direito cuja síntese depreende-se que o Direito *é um conjunto normativo com força coercitiva*. A partir desse momento temos uma ruptura dos fenômenos, tendo, de um lado, a ciência política e, de outro lado, o direito. A primeira, isto é, a ciência política é marcada por significar “aspiração à participação no poder ou a exercer influência sobre a distribuição do poder, seja entre Estados, seja no interior de um Estado, entre os diversos grupos humanos que o Estado abarca”²¹ e, por isso, “o objetivo comum a todas as atividades políticas é a posse e manutenção do poder político”²², ou seja, a ciência política tem por objeto o uso do poder, enquanto, na segunda dimensão, “o direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais”²³.

Neste ponto não é preciso nem mesmo investigar teorias contratualista ou naturalistas da formação da sociedade e do estado, pois compreendida a dimensão finalística do direito (regular a sociedade com força coercitiva) e seu distanciamento da ciência política²⁴ (luta pelo poder e regulação social) e partindo-se da premissa individual da natureza humana até o máximo coletivo da sociedade internacional, é possível partir para o próximo pilar do direito (**terceiro pilar**) que é observado no segundo grau de regulação que é o direito interno²⁵ responsável pela regulação de um determinado território.

²¹ WEBER, Max, 1864-1920. **Ciência e política: duas vocações** / Max Weber, trad. Marco Antônio Casanova. – São Paulo: Martin Claret, 2015. P. 63.

²² GIANTURCO, Adriano. **A ciência política: uma introdução** / Adriano Gianturco. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020. P. 87.

²³ REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito...** *op. Cit.* P. 05.

²⁴ Nesse sentido, sobre a diferença de política e direito “artes que promovem a longo prazo um certo bem-estar, único objetivo de toda a político” (VOLTAIRE, **Dicionário filosófico** / Voltaire; trad. Pietro Nassetti. – Porto Alegre: Martin Claret, 2012. p. 423) e, também, os ácidos comentários do filósofo sobre seu pessimismo ao Direito Natural e sua indagação sobre a questão da força.

²⁵ “Direito nacional, direito positivo de um determinado Estado” (MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Dicionários jurídico.** /

Nesse ponto, enfim, o que se depreende é que o encontro entre a natureza humana em seu convívio intersocial e da natureza jurídica que emerge da regulação dessa natureza humana leva ao desenvolvimento de regras que progridem desde o núcleo mínimo da sociedade até ao seu formato de consolidação do Estado, como bem lembrará Bodin:

Toda república, todo corpo e colégio e todo lar se governa por comando e obediência, quando a liberdade natural que cada um possui de viver ao seu prazer está posta sob o poder de outrem. E todo poder de comandar a outrem é público ou particular. O poder público reside no soberano que dá a lei ou na pessoa dos magistrados, que vergam sob a lei e comandam os outros magistrados e os particulares. O comando particular cabe aos chefes das famílias e aos corpos e colégios em geral e, em cada um deles em particular, à menor parte de todo o corpo, em nome coletivo.²⁶

Aqui aparece uma divisão natural entre normas derogáveis que as partes, e todos podem, dispor de acordo com sua vontade e situação, bem como um grupo de normas cuja disponibilidade não se conhece, sendo imperativo à todos (que se divide em vários grupos como normas cogentes e não cogentes ou norma imperativa e dispositiva), compreendendo, em apertadíssima síntese, que “A norma é imperativa porque recebe do sistema jurídico a que pertence uma valoração especial”,²⁷ enquanto as demais normas marca um caráter muito mais flexível muito próximo à dimensão público/privado necessárias à articulação dos demais segmentos sociais como família, associações, partidos, sindicatos etc.

Humberto Piragibe Magalhães e Chrstóvão Piragibe Tostes Malta. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1999. P. 343)

²⁶ BODIN, Jean, 1530-1596. **Os seis livros da república: livro primeiro...** *op. Cit.* P. 91.

²⁷ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado** / Tatyana Scheila Friedrich. – (Tese) Doutorado Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2005. – Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3045/tese%20Tatyana%20Friedrich.pdf;jsessionid=5DC421A1EDE556D287DD3C70802965A9?sequence=1> – Acesso em: 05.10.2021. P. 250.

Sua prova se materializa no início do Estado-nação com a destreza de seu fundador teórico (ao desvendar a soberania) Bodin:

Mas isso não deve ter lugar nas outras casas particulares, para que as leis públicas sejam comuns o quanto for possível. E não se deve tolerar facilmente que os tratados de família derroguem os costumes do país e menos ainda as leis e ordenanças gerais. E se algum tratado se fizer contra os costumes e ordenanças, os sucessores não estão vinculados nem obrigados a eles [...] é preciso que os tratados das famílias estejam sujeitos às leis, assim como os chefes de família estão sujeitos aos Príncipes soberanos.²⁸

A natureza das normas cogentes ou imperativas, isto é, normas inderrogáveis tanto entre particulares como perante os detentores do poder, não é resultado do direito interno e sua força coercitiva centralizada, mas da própria essência do direito que detém um caráter de conjuntos de normas com força coercitiva, pois sem esse núcleo fundamental inderrogável e imperativo à todos, o direito não seria um conjunto de normas com caráter coercitivo, mas apenas coercível ou meramente ético, uma vez que sua derogabilidade plena e total permitiria a mutabilidade ao anseio social, pessoal ou específico e, por isso, a própria evolução da natureza humana, da sociedade e do estado levam à concretização de uma estrutura interna formada por um núcleo intocável às vocações particulares apresentando-se como obrigações erga omnes.

Passada a fase das normas imperativas/cogentes internas chega-se à compreensão da natureza do direito internacional em **seu quarto pilar** fundamental que é um conjunto de normas que regula a sociedade internacional, dispondo, por sua própria consequência, de um conjunto de regras que abrangem normas derogáveis convencionais fixadas no seio da sociedade internacional, bem como normas que não são derogáveis, inerente da relação de estado/sociedades diferentes em um novo cenário de alteridade até então desconhecido aos estados/sociedades vistos por si só apenas.

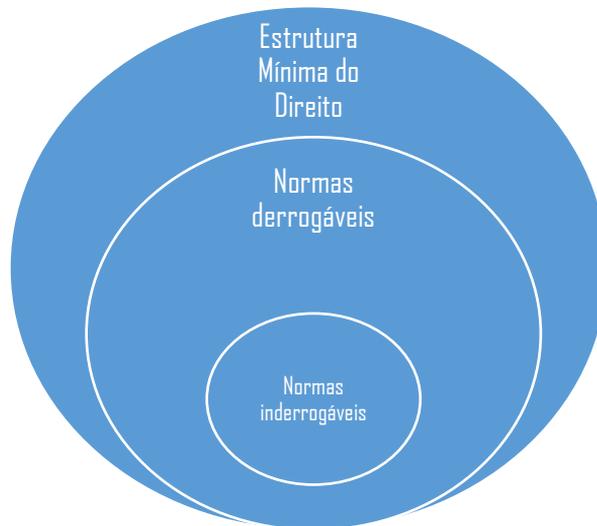
Basta lembrar de que:

²⁸ BODIN, Jean, 1530-1596. **Os seis livros da república: livro primeiro...** *op. Cit.* P. 89.

O baixo nível da tecnologia dos !Kung é compensado com a extrema habilidade que possuem para as tarefas vinculadas à sua sobrevivência e à sua profunda ligação e adequação ao meio ambiente. Sua forma de vida permite muito lazer, levando a uma profunda socialização: visitas entre membros de acampamentos vizinhos são frequentes e realizados com ruidosas manifestações de prazer.²⁹

²⁹ PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. 25ª ed. – São Paulo: Contexto, 2018. No mesmo sentido, ademais, lembrará outro trabalho: “For a vivid indication of how persons from even the most diverse cultures can relate to one another in a peaceful, predictable, and mutually beneficial fashion, it is difficult to top Herodotus’s description of ‘silent trading’ between the Carthaginians and an unnamed North African tribe in about the sixth century BC. When the Carthaginians arrived in the tribe’s area by ship, they would unload a pile of goods from their vessels, leave them on the beach and then return to their boats and send a smoke signal. The natives would then come and inspect the goods on their own, leave a pile of gold, and retire. Then the Carthaginians would return; and, if satisfied that the gold represented a fair price, they would take it and depart. If not satisfied, they would again retire to their ships; and the natives would return to leave more gold. The process would continue until both sides were content, at which point the Carthaginians would sail away with their gold, without a word exchanged between the two groups. ‘There is perfect honesty on both sides’, Herodotus assures us, with no problems of theB or con. ict (Herodotus, Histories, p 336).” (NEFF, Stephen C. **A Short History of international law**. The European Journal of International Law Vol. 29 no. 1. 2018. Published by Oxford University Press), até que se desenvolvesse a escrita e, então, “O primeiro documento escrito que se tem notícia na História foi celebrado 3.200 anos antes de Cristo, entre as cidades de Caldeas de Lagash e Umma, quando, após uma guerra, os grupos estabeleceram solenemente as fronteiras entre as duas cidades (MENEZES, Wagner. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 32) e, em sentido semelhante, “O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Vale observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípcio-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIXª dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia

Isso se fundamenta porque o direito é formado pela composição de círculos concêntricos marcados pela existência do núcleo inderrogável e imperativo de caráter erga omnes e de uma externalidade maleável livre à codificação posterior dos demais agentes sociais de acordo com suas preferências particulares, mas limitadas pelas diretrizes fundacionais erga omnes sem o qual o Direito seria uma ficção, como bem ilustra a imagem abaixo:

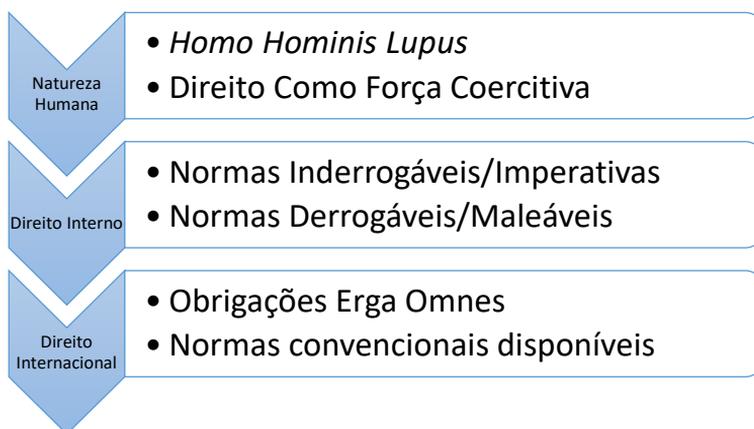


Nesses círculos concêntricos o Direito Internacional especificamente, e o direito como um todo, conta com um campo normativo flexível que a mutação normativa realizada pelas partes envolvidas (direito interno e internacional) não leva à erosão da ciência jurídica, enquanto conta com um núcleo interno rígido (que não se confunde com norma fundamental como no Direito Constitucional) que pode ter grupos distintos de valores e bens jurídicos no tempo, *mas*

de alguma quebra do compromisso”. (REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23).

sempre contará com algum núcleo rígido mínimo, cuja inexistência deste núcleo significará a erosão do direito e sua conversão de uma análise exclusivamente fenomenológica e converterá o direito em ciência política a analisar as estruturas e lutas de poder e não mais o caráter normativo do direito regulador das relações sociais na sociedade internacional.

A cadeia fundacional, portanto, do Direito e da existência das obrigações erga omnes prossegue da seguinte maneira:



A conclusão (*quinto pilar*), portanto, é de que a hipótese de um Direito Internacional sem normas de caráter *erga omnes*, isto é, normas inderrogáveis, é uma situação *nonsense*, uma vez que a ausência de um núcleo mínimo fundamental de força obrigatória é a aniquilação do próprio conceito de direito que predispõe de uma parte fundamental que é a força coercitiva e outra regulatória das condutas humanas e sem isso terminaria convertida em ciência política na análise das questões de poder ou sociologia na observação factual dos eventos sociais.

Assim, torna-se correta a conclusão de que:

This approach has made it possible to highlight the novelty introduced (or, at least, confirmed and further strengthened) by the concept of obligations erga omnes, namely the idea that today international law does not only govern the reciprocai relations

between States, but also involves considerations going beyond the mere sum of their individual interests.³⁰

Sem essa investigação desde a natureza humana, era-se inviável explicar a razão de uma norma ser derogável e outra não, de modo que no Direito Interno pensar-se-ia existe um grupo normativo de livre manipulação pelo detentor do poder soberano, bem como no Direito Internacional pensar-se-ia que a convencionalidade dos países daria a eles a liberdade normativa absoluta para, inclusive, atentar contra fundamentos essenciais da convivência pacífica.

No direito Internacional, por sua vez, as obrigações emergem de diversos ambientes como (i) normas convencionais;³¹ (ii) normas consuetudinárias;³² (iii) normas bilaterais,³³ e, finalmente, (iv) normas de eficácia erga omnes,³⁴ sendo esta última subdividida em: (iv.1) universais³⁵ e (iv.4) não universais,³⁶ conforme estruturação de Felipe

³⁰ RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations erga omnes**. UK: Oxford University Press, 1997. P. 218.

³¹ “as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos estados litigantes” (ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público** / Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva, Paulo Borba Casella. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 143).

³² “Costume internacional é o conjunto de normas consagradas pelo longo uso e observadas na ordem internacional como obrigatórias” (SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público** / Roberto Luiz Silva. – 4. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 132).

³³ “Nas normas bilaterais o Estado tem uma obrigação para com outro Estado, estabelecendo vínculo tão somente entre estes, não havendo qualquer relação de um Estado terceiro.” (MIRANDA, Felipe Arady. *A universalidade das normas internacionais sobre direitos humanos... op. Cit.* P. 981).

³⁴ “as regras fundamentais do direito internacional público.” (FROWEIN, Jochen A. *Obligations erga omnes.* / Jochen A. Frowein. – Max Planck Encyclopedias of International Law, 2008.p. 4)

³⁵ “As normas de caráter universal são aquelas que vinculam todos os Estados da Comunidade Internacional” (MIRANDA, Felipe Arady. *A universalidade das normas internacionais sobre direitos humanos... op. Cit.* P. 983).

³⁶ “As normas de eficácia erga omnes não universais são normas estabelecidas por convenção das partes ou estabelecidas por um costume regional. Assim sendo, vinculam somente aqueles que convencionaram sobre o assunto, ou os que se vinculam em razão de uma norma de costume de determinada região¹³. É uma

Arady Miranda,³⁷ referendado, inclusive pelo projeto da CDI de responsabilidade dos estados no Direito Internacional que estabelece uma gradação das violações em seu art. 40:

VIOLAÇÕES GRAVES DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES
DE NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO
INTERNACIONAL GERAL

Art. 40. Aplicação deste Capítulo:

1. Este Capítulo se aplica à responsabilidade que é acarretada por uma violação grave por um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional geral.

eficácia erga omnes relativa, pois a norma só tem validade entre determinado grupo de Estados, ao contrário da universal, que abrange todos os Estados existentes.” (MIRANDA, Felipe Arady. A universalidade das normas internacionais sobre direitos humanos... *op. Cit.* P. 984). – Um claro exemplo é a tese do da Solidariedade na América Latina de Wagner Menezes: “Em suma, diante de um conjunto de informações trazidas objetivamente pela pesquisa e pelo próprio reconhecimento da sociedade internacional, é possível concluir que o Direito Internacional contemporâneo possui elementos e foi construído, em parte, por influência do modelo das relações internacionais desenvolvidos na América Latina. Nesse propósito, oferece à sociedade internacional um conjunto de princípios, doutrinas e institutos que foram incorporados ao estudo doutrinário do Direito Internacional e de forma prática nos esquemas regionais de representação estatal que seguiram o modelo criado na América Latina, como foi o Princípio da Solidariedade que remoldou as relações internacionais e a sociedade como um todo a partir de sua positivação no continente americano, tendo inicialmente um sentido de fraternidade defensiva com base em laços de igualdade entre Estados. Uma série de fatores econômicos, sociais e políticos, no entanto, fez com que fosse mudado o sentido inicial do Princípio da solidariedade principalmente nas relações interamericanas. Contemporaneamente o princípio tem sido resgatado, no seu sentido inicial, para fundamentar as relações internacionais entre os Estados principalmente no processo de integração regional, por outro lado contribui para o redimensionamento dessas relações à medida que a sociedade internacional se universaliza, conforme visto no último capítulo” (MENEZES, Wagner. **A contribuição da América Latina para o Direito Internacional: o Princípio da Solidariedade** / Wagner Menezes. – Tese (Doutorado) – Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP) – São Paulo, 2007. p. 239).

³⁷ MIRANDA, Felipe Arady. A universalidade das normas internacionais sobre direitos humanos. / Felipe Arady Miranda. – **RIDB, Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1 (2012), n° 2.

2. Uma violação de tal obrigação é grave se envolve o descumprimento flagrante ou sistemático da obrigação pelo Estado responsável.³⁸

Ao seu lado, ademais, a jurisprudência internacional também caminha – mesmo que entre os percalços e sustos naturais da ausência de uma análise epistemológica e profunda feita pelos juízes – a fixar uma dimensão fundamental de obrigações erga omnes incapazes de serem derogadas pela convencionalidade bi ou multilateral, mapeando, hoje, uma estrutura mínima formada pelos seguintes elementos:

The separate analysis of the four examples of obligations erga omnes given by the International Court in its dictum, and their comparison with one another, led to the identification of five common elements which were summarized as follows:

- (1) all four examples relate to narrowly defined obligations;
- (2) all four examples are essentially those of prohibitions rather than positive obligations;
- (3) all four examples are those of ‘obligations’ in the strict sense of the term, to the exclusion of other fundamental legal conceptions;
- (4) all four examples are those of obligations deriving from rules of general international law belonging to jus cogens and codified by international treaties to which a large number of States have become parties, and
- (5) all four examples are those of obligations instrumental to the main political objectives of the present time, which in turn reflect basic moral values.³⁹

³⁸ Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. – Tradução: Aziz Tuffi Saliba. – Disponível em: <https://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf> -- Acesso em: 05.10.2021.

³⁹ RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations erga omnes...** *op. Cit.* P. 215. Nesse sentido, importante trazer à baila alguns exemplos jurisprudenciais para iluminar sem enfadar: “In the Barcelona Traction Case for instance the ICJ described obligations erga omnes in the following terms: Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination (para. 34; see also → Aggression; → Genocide; → Slavery;

O que, por fim, se entende é que a existência de normas cogentes no Direito Internacional não apenas é compatível com sua estrutura própria, como é *sine qua non* para que o Direito Internacional não se converta em Relações Internacionais, pois a norma cogente em si pode variar no tempo inerente à estrutura que lhe precede, já que “o espaço de atuação da norma muda no contexto internacional; aumenta a dispersão de sua criação e de sua aplicação, mas sem atingir sua natureza”⁴⁰, mas sua existência não pode ser afastada, uma vez que a estrutura própria da categoria normativa do Direito Internacional não pode se afastar por completo da estrutura mínima do Direito em si de conjunto de normas que regula a sociedade com força coercitiva e, portanto, goza de um núcleo fundamental impositivo e obrigatório para todos: eis aí o DNA das obrigações erga omnes do Direito Internacional, o próprio Direito como ciência jurídica.

Considerações finais

→ Racial and Religious Discrimination). [...] In the East Timor Case and in the Israeli Wall Advisory Opinion (paras 155–159) the ICJ qualified as obligations erga omnes the obligation to respect the right of self-determination as well as certain obligations under → international humanitarian law. [...] In the Israeli Wall Advisory Opinion the ICJ circumscribed the obligations of third States as follows: Given the character and the importance of the rights and obligations involved, the Court is of the view that all States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem. They are also under an obligation not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction. It is also for all States, while respecting the United Nations, Charter and international law, to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end. In addition, all the States parties to the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 are under an obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention (para. 159; See also → Jerusalem; → United Nations Charter; → Self-Determination”. (FROWEIN, Jochen A. **Obligations erga omnes**. Max Planck Encyclopedias of International Law, 2008, p. 02/03).

⁴⁰ FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 121.

Com o intento de superar a simples consideração opinativa – como inclusive alguns Tribunais Internacionais fazem – de considerar obrigação erga omnes grupos normativos de apreço pessoal, o presente trabalho socorreu-se de um mergulho epistemológico até à natureza humana para, então, a partir daí compreender a verdadeira função e conceito de Direito para a sociedade, entendendo, finalmente, que a natureza humana essencialmente má (hobbesiana) requer a existência de uma estrutura normativa de caráter coercitivo (e não apenas coercível ou ético).

Com isso, a sociedade amplia e o ser humano integra uma família, um clã até tornar-se um Estado e, assim, o Direito Interno aparece como um conjunto de normas de caráter coercitivo que regula aquele território fixando um grupo de normas soberanas inderrogáveis e deixando o restante para um grupo normativo disponível pelos diversos segmentos sociais que integram aquele novo fenômeno chamado estado: família, associações, partidos, ligas, sindicatos etc.

Esse Estado encontra, após sua definição *interna corporis*, a alteridade e na relação com outros estados passa a investigar e a vivenciar a necessidade de regulação de sua atividade institucional com os demais países emergindo, assim, o Direito Internacional que, tal qual o Direito Interno, passa a experimentar a existência de campos normativos maleáveis acessíveis à livra regulação e convenção dos países, mas, em contrapartida, depara-se com a existência de outro grupo de normas inderrogáveis que se tornarão as obrigações erga omnes cuja ofensa implica na necessidade imediata de reparação sob pena de tornar inviável e impossível a continuidade do convívio pacífico entre nações: a grande missão do Direito Internacional.

Dessa maneira, mediante uma investigação epistemológica fundacional é possível partir da natureza humana até a relação dos países e demonstrar que as obrigações erga omnes: (i) existem; (ii) são inderrogáveis; (iii) sem elas o próprio Direito Internacional deixa de existir e converte-se em Relações Internacionais e, (iv) sua violação impede a manutenção pacífica da sociedade enquanto não reparada, sendo, por isso, a argamassa fundamental da existência da humanidade e do Direito Internacional.

Referências bibliográficas:

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público** / Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva, Paulo Borba Casella. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. – São Paulo: Martin Claret, 2010.

BODIN, Jean, 1530-1596. **Os seis livros da república: livro primeiro**. Trad. Carlos Orsi Morel. – 1. Ed. – São Paulo: Ícone, 2011.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Homo Hominis Lupus: uma reinterpretação do dano moral*. **Comissão de Filosofia do Direito da 125ª Subseção da OAB/SP**. 2021.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo** / Cláudio Finleçstein. – São Paulo: Saraiva, 2013.

FREUD, Sigmund, 1856-1939. **O mal-estar na cultura**. / Sigmund Freud; tradução Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva. – 2ª ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2015.

FREUD, Sigmund; EINSTEIN, Albert. **Um diálogo entre Einstein e Freud: por que a guerra?** Apresentação de Deisy de Freitas Lima Ventura, Ricardo Antônio Silva Seitenfus. Santa Maria: FADISMA, 2005

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Norma imperativa: a conexão dos direitos humanos com o direito internacional privado** / Tatyana Scheila Friedrich. – (Tese) Doutorado Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2005. – Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/3045/tese%20Tatyana%20Friedrich.pdf;jsessionid=5DC421A1E556D287DD3C70802965A9?sequence=1> – Acesso em: 05.10.2021.

FRWEIN, Jochen A. **Obligations erga omnes**. / Jochen A. Frowein. – Max Planck Encyclopedias of International Law, 2008.

GIANTURCO, Adriano. **A ciência política: uma introdução** / Adriano Gianturco. – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

HAYEK, F. A. 1899-1992. **A pretensão de conhecimento**. Prefácio Murray N. Rothbard, trad. Leandro Augusto Gomes Roque. – São Paulo, SP: LVM Editora, 2019.

HOBBS, Thomas, 1588-1679. **Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil** / Thomas Hobbes; tradução Rosina D'Angina; consultor jurídico Thélío de Magalhães. – 2. Ed. – São Paulo: Martin Claret, 2012.

CHIKAWA, Jonathan Jenkins; STEUP, Matthias. The Analysis of Knowledge. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Califórnia: U.S.A, 2017. – Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/knowledge-analysis/#KnowJustTrueBeli> – Acesso em: 09/10/2021.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas** / Thomas S. Kuhn; trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. – São Paulo: Perspectiva, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. / John Locke; Tradução Alex Marins. – São Paulo: Martin Claret, 2011.

MARCOS, Henrique. **Epistemologia(s) em Direito Internacional**. Maastricht, 2021. – Disponível em: https://www.academia.edu/51140764/Epistemologia_s_em_Direito_Internacional -- Acesso em: 22/12/2021.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe; MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Dicionários jurídico**. / Humberto Piragibe Magalhães e Christóvão Piragibe Tostes Malta. – 3ª ed. – Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1999.

MENEGAT, Rualdo. **Introdução à Epistemologia**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Instituto de Geociências Programa de Pós-Graduação em Geociências. Porto Alegre, 2014.

MENEZES, Wagner. **A contribuição da América Latina para o Direito Internacional: o Princípio da Solidariedade** / Wagner Menezes. – Tese (Doutorado) – Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP) – São Paulo, 2007.

_____. **Ordem Global e Transnormatividade**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

MIRANDA, Felipe Arady. A universalidade das normas internacionais sobre direitos humanos. / Felipe Arady Miranda. – **RIDB, Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1 (2012), nº 2.

NEFF, Stephen C. **A Short History of international law.** The European Journal of International Law Vol. 29 no. 1. 2018. Published by Oxford University Press.

RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations erga omnes.** UK: Oxford University Press, 1997.

REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia do direito.** 20. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens** / Jean-Jacques Rousseau; [introdução de João Carlos Brum Torres]; tradução Paulo Neves. – Por Alegre: L&PM, 2014.

_____. **Do contrato social.** Trad. Pietro Nassetti, 3ª Ed. – São Paulo: Martin Claret, 2010.

SALIBA, Aziz Tuffi. Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. / Aziz Tuffi Saliba. - - Disponível em: <https://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf> -- Acesso em: 05.10.2021.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público** / Roberto Luiz Silva. – 4. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STEUP, Matthias; NETA, Ram. Epistemology. **Stanford Encyclopedia of Philosophy.** Califórnia: U.S.A, 2020. – Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/epistemology/#Foun> – Acesso em: 09/10/2021.

VOLTAIRE, **Dicionário filosófico** / Voltaire; trad. Pietro Nassetti. – Porto Alegre: Martin Claret, 2012.

WEBER, Max, 1864-1920. **Ciência e política: duas vocações** / Max Weber, trad. Marco Antônio Casanova. – São Paulo: Martin Claret, 2015.

O JUS COGENS NATURAL: UMA ABORDAGEM PARA ALÉM DO POSITIVISMO DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS

Luciano Meneguetti Pereira

Introdução

A figura do jus cogens ou norma imperativa de direito internacional geral (peremptory norm) é atualmente onipresente na sociedade internacional, tanto no meio acadêmico como na prática internacional dos Estados, organizações internacionais, cortes e tribunais internacionais e ONGs, dentre outros sujeitos e atores internacionais. No âmbito doutrinário é difícil encontrar um livro ou manual de Direito Internacional que não trate desse importante instituto jurídico cujas ideias embrionárias datam de séculos atrás, mas que nasceu e tem se desenvolvido como teoria desse ramo do Direito a partir de meados do séc. XX, especialmente após a adoção da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT), de 1969, que introduziu o jus cogens no Direito Internacional positivo.

Na academia internacional, o jus cogens começou a atrair maior atenção com a publicação do influente artigo de Alfred von Verdross, em 1937, intitulado *Forbidden Treaties in International Law*. Nele o autor argumentou que certos costumes internacionais passaram a ser reconhecidos como tendo um caráter obrigatório, não obstante acordos estatais contrários, afirmando que as normas imperativas constituem “o mínimo ético reconhecido por todos os Estados da comunidade internacional” (1937, p. 574).

Hoje é de fato inesgotável a literatura jurídica sobre o jus cogens. E não sem razão, pois a sua importância na atualidade é difícil de ser superestimada. À estas normas imperativas tem sido atribuído nada menos do que o papel de reorganizar profunda e significativamente o Direito Internacional contemporâneo, especialmente por proporcionar o surgimento de um Direito Internacional pautado na solidariedade e no interesse global comum,

em substituição de Direito Internacional garantidor do exercício de poderes particularistas e egoístas (KOLB, 2015, n.p.)

De fato, na atualidade a noção de jus cogens tem atuado no sentido de derrubar por terra toda e qualquer pretensão dos Estados em manter o Direito Internacional restrito àquilo que eles próprios previamente acordaram pela via convencional enquanto conteúdo normativo de caráter vinculante. Por isso, nessa linha “ofensiva”, o jus cogens tem colocado em xeque conceitos e teorias tradicionais arraigados no âmbito do Direito Internacional como a soberania, o domínio reservado, o voluntarismo e o positivismo, fazendo emergir na contemporaneidade um Direito Internacional mais amplo e bem estruturado do que pensam e querem os Estados (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2019, p. 154).

Por isso, apesar de muito já se ter escrito sobre o tema, refletir e escrever sobre o jus cogens é sempre um desafio que pode revelar novos caminhos que conduzem a resultados surpreendentes a partir do viés epistêmico adotado. Desse modo, o presente artigo pretende demonstrar a existência de um jus cogens natural, para além daquele positivado na CVDT (jus cogens positivo), sendo o primeiro o fundamento ético e filosófico deste último. Com isso, busca-se lançar novas luzes sobre a importância do instituto na quadra atual de evolução histórica da sociedade e do Direito Internacional.

Para o alcance dos objetivos propostos, num primeiro momento são abordados os aspectos conceituais do jus cogens, assim como suas características ou elementos constitutivos; na sequência é feita uma análise histórico-evolutiva do instituto desde as suas origens remotas, no intuito de demonstrar a existência de um jus cogens não apenas positivo, mas também natural, sendo ambas as categorias de importância impar para o contínuo desenvolvimento de um Direito Internacional cada vez mais consistente e efetivo.

O método empregado na presente pesquisa é o dedutivo. A metodologia utilizada está consubstanciada em pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, análise de artigos científicos, de opinião e documentais, lançando-se mão de sólida e autorizada doutrina nacional e estrangeira.

1. Jus cogens: aspectos conceituais e elementos constitutivos

Neste primeiro tópico pretende-se primeiramente desenvolver um estudo analítico do conceito de jus cogens e, posteriormente, de suas características ou elementos constitutivos, aspectos que são importantes para a compreensão do texto como um todo.

1.1. Aspectos conceituais. O que é o *jus cogens*?

É comum que a análise de um instituto jurídico, seja qual for o seu viés epistemológico, tenha início com a sua definição. O exame teórico-doutrinário permite identificar que as tentativas de se definir o *jus cogens* na história recente têm ocorrido a partir dos dispositivos convencionais (arts. 53 e 64) trazidos pela CVDT, razão pela qual se torna importante transcrevê-los aqui:

Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). *É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.*

Artigo 64. Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). *Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.* (BRASIL, 2021)

As definições de *jus cogens* encontradas na doutrina nacional e estrangeira invariavelmente se utilizam de um critério *formal*, ou *material* ou de *ambos*. Aquelas formuladas pelo *critério formal* estão fundamentadas na *inderrogabilidade* da norma assim considerada, embora as razões para a não derrogabilidade sejam ligeiramente diferentes entre os autores. Por sua vez, as definições estabelecidas a partir do *critério material* estão fundadas no *conteúdo* da norma considerada *jus cogens*, que deve ser essencial ou fundamental.

Jean Toussez (1994, p. 58 e 211) afirma que o *jus cogens* constitui um “direito imperativo que não admite derrogação por

tratado”, compondo uma categoria de normas “que seria proibido não respeitar”. No mesmo sentido João Grandino Rodas (1974, p. 127) ressalta que o *jus cogens* enquanto norma “imperativa não significa simplesmente ‘norma obrigatória’, pois as normas de direito internacional são, em princípio, obrigatórias para os Estados. O caráter proibitivo do ‘jus cogens’ é no sentido de interdizer toda derrogação às suas disposições”. Nestes dois autores é possível identificar a presença do critério formal. Por outro lado, adotando um critério material, André de Carvalho Ramos (2011, p. 445, *grifos originais*) define a norma *jus cogens* como “aquela que contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, o que lhe acarreta superioridade normativa no choque com outras normas de Direito Internacional”.

A doutrina destaca que o termo *imperativo*, encontrado em várias definições do instituto, “não equivale a obrigatório, característica intrínseca às normas jurídicas, mas é uma obrigatoriedade mais elevada, mais constringente” (NASSER, 2005, p. 162). De fato, todas as normas do Direito Internacional são obrigatórias (*jus dispositivum*), mas nem todas são inderrogáveis e imperativas. Para Jorge Miranda (2016, p. 125),

o que se pretende inculcar é que são princípios que estão para além da vontade ou do acordo de vontades dos sujeitos de Direito Internacional; que desempenham uma função eminente no confronto de todos os outros princípios e regras; e que têm uma força jurídica própria, com os inerentes efeitos na subsistência de normas e atos contrários.

Destacando uma diversidade de expressões que têm sido utilizados tanto pela doutrina como por organismos internacionais, especialmente pelos tribunais internacionais, Salem Hikmat Nasser (2005, p. 162) afirma que

direito internacional geral, ou mesmo universal, obrigações *erga omnes*, crimes de direito internacional, ou graves violações de obrigações essenciais, uma constituição para a sociedade internacional, a ordem pública internacional e, de modo mais geral, a questão

da hierarquia normativa – encontram-se de algum modo conectadas a um conceito central do direito internacional contemporâneo: o *jus cogens*.

Um dos pontos mais importantes a serem destacados em relação aos dispositivos convencionais que consagraram o *jus cogens* (positivo) na CVDT é que eles estabeleceram uma verdadeira *hierarquia* entre as chamadas *normas imperativas* e as *outras normas* componentes do sistema jurídico internacional. Isso é indiscutível. No art. 53 o *jus cogens* é parâmetro de validade dos tratados internacionais no momento de sua feitura (conclusão); já no art. 64 atua como parâmetro aferidor da validade desses instrumentos depois de terem sido feitos e já estarem em vigor. Portanto, não há dúvida de que o *jus cogens* (positivo) pressupõe uma hierarquia de normas no Direito Internacional (MIRANDA, 2016, p. 127).

Ocorre que, conforme se verá no próximo tópico deste artigo, a noção de normas imperativas, imutáveis ou inderrogáveis por vontade daqueles que se encontram no poder, decorrentes do direito natural eterno e imutável, já estava presente na formação embrionária do Direito das Gentes, séculos antes de o *jus cogens* passar a integrar o Direito Internacional positivo.

1.2. Os elementos ou características do *jus cogens*

Das definições elencadas acima é possível extrair três características ou elementos conformadores das normas qualificadas como *jus cogens*: (i) consagram *valores essenciais* ou *fundamentais* da sociedade internacional (elemento objetivo); (ii) são aceitas e “reconhecidas”¹ pela *sociedade internacional como um todo* (elemento

¹ O reconhecimento de uma norma como *jus cogens* nas origens do Direito das Gentes era derivado diretamente de um direito natural *necessário* e *imutável* para todos os povos. Na contemporaneidade esse reconhecimento tem se dado em grande escala por obra de tribunais internacionais e outros organismos, que invocam como fundamento para tal reconhecimento justamente aqueles valores essenciais de origem jusnaturalista. Nessa prática verifica-se o eterno retorno ao jusnaturalismo, especialmente diante da derrocada do positivismo. De certo modo, trata-se do reconhecimento de algo que sempre esteve presente.

subjetivo), sendo por isso pretensamente universalmente aplicáveis; e, (iii) são dotadas de *hierarquia normativa* no plano jurídico-normativo internacional, razão pela qual não podem se derogadas pela vontade dos Estados e outros sujeitos do Direito Internacional.

O *jus cogens* denota que a sociedade internacional está historicamente assentada em *valores essenciais, princípios fundamentais* ou *regras básicas* sem os quais seria impossível a sua própria existência. Daí a ideia de origem bastante remota na história da humanidade, de normas que obrigam a todos os povos e que, desde a formação dos Estados modernos, vinculam os atores e sujeitos da sociedade internacional, independentemente de sua vontade, limitando a liberdade dos Estados tanto em nível convencional como em sede de atos unilaterais. Segundo Christos L. Rozakis (1976, p. 2, *tradução nossa*), “a *ratio legis* do *jus cogens* é proteger os interesses comuns dos sujeitos de direito, os valores e interesses considerados indispensáveis por uma sociedade em um determinado momento”.

Mas o que seriam esses valores internacionais *essenciais* ou *fundamentais*? André de Carvalho Ramos (2011, p. 452) afirma que “a existência de *valores essenciais* indica a adoção de um paradigma objetivista nas relações internacionais, voltado ao bem comum de uma *civitas máxima*”, o que conseqüentemente abala as correntes voluntaristas do Direito Internacional. Esther D. Reed (2013, p. 74 e ss.) também se filia à corrente de que um dos valores essenciais integrantes do *jus cogens* é o *bem comum* da sociedade internacional.

Em pleno séc. XXI, num momento da história marcado por uma evolução tecnológica sem precedentes, que permite o uso da energia nuclear por meio de dispositivos não tripulados, seria a *preservação da paz* um valor essencial para o futuro de toda a comunidade internacional? Em meio a tantos alertas das autoridades internacionais sobre a degradação do planeta Terra e de uma eventual insustentabilidade da vida humana, seria a *proteção do meio ambiente* um valor essencial? Como se percebe, é a noção de valores essenciais ou fundamentais que vai servir de base para que se possa não apenas espetacular, mas gradativamente fixar a extensão do *jus cogens* no âmbito internacional (KOLB, 2003, p. 7). Neste ponto vale destacar que tais valores têm sido demarcados ao longo da história pelo

reconhecimento e interpretação dos costumes internacionais (fonte de qualidade do *jus cogens*).

Parece ser evidente que a imperatividade das normas *jus cogens* decorre diretamente dos valores essenciais para a sociedade internacional nela contidos. Daí a necessidade de que a aceitação e o “reconhecimento” de uma norma *jus cogens* representativa de tais valores ocorra pela sociedade internacional como um todo. Nesse ponto, a doutrina tem ressaltado que tal fato não implica em uma unanimidade. No “que respeita ao *ius cogens* geral ou para-universal, não é necessário que ele seja aceite por todos os Estados da Comunidade Internacional (...) basta que a regra em causa tenha aceitação generalizada da parte desses Estados” (PEREIRA; QUADROS, 2015, p. 277).

A doutrina destaca ainda que o consenso (que não precisa ser unânime), pode ser aquele obtido entre *os representantes essenciais da comunidade internacional*, que estariam aptos a demonstrar a *existência de uma significativa maioria entre os Estados* e, portanto, capaz de forjar a imperatividade. E esses Estados “*são aqueles que abarcam os países representativos das grandes correntes econômicas, políticas e geográficas do planeta*, de modo a não excluir nenhum tipo de cultura ou de sistema político-econômico vigente” (RAMOS, 2011, p. 454).

O último elemento-chave do *jus cogens* é justamente a sua hierarquia normativa superior. De fato, um “dos traços mais marcantes da evolução do Direito Internacional contemporâneo foi, sem dúvida, a consagração definitiva do *ius cogens* no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional” (PEREIRA; QUADROS, 2015, p. 277). Essa hierarquia é inerente à própria noção de *jus cogens*, tendo ficado caracterizada pela CVDT por meio de previsão de inderrogabilidade de uma norma *jus cogens*, que só pode ser modificada por outra norma da mesma natureza. Os arts. 53 e 64 da CVDT anteriormente citados “estabelecem uma verdadeira *hierarquia entre as normas imperativas e as outras*” existentes no sistema normativo internacional (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 206).

Nessa mesma linha, Cláudio Finkelstein (2013, p. 199) ressalta que as normas imperativas do Direito Internacional são normas de

qualidade superior e Dominique Carreau (2016, p. 106 e ss.) fala no *jus cogens* como normas que estabelecem uma “supralegalidade internacional”. Vale destacar ainda que para o autor, o “reconhecimento da existência de regras constitutivas de um *jus cogens* representa um retorno acentuado e notável à ideia de direito natural.” (2016, p. 114)

Abordados os aspectos conceituais e os elementos constitutivos do *jus cogens* é possível concluir que no núcleo do instituto está a noção de normas *imperativas* e *inderrogáveis* exatamente em razão do *conteúdo essencial* que protegem (em grande parte, aqueles direitos naturais há muito apreendidos pela razão humana). E embora resida neste ponto uma das maiores dificuldades em relação ao *jus cogens*, isto é, no estabelecimento do seu conteúdo essencial universal, a doutrina e a jurisprudência têm se encarregado de fixar os parâmetros para tanto.

Na doutrina, dentre as normas *jus cogens* mais citadas estão: (i) o princípio *pacta sunt servanda* e boa-fé (MIRANDA, 2016, p. 125 e 131)²; (ii) a proibição da ameaça ou do uso da força, a proibição da

² O autor arrola um amplo catálogo do que ele denomina “princípios *jus cogens*” nos seguintes termos: a) Princípios atinentes à comunidade internacional como um todo: - Princípio da cooperação; - Princípio da resolução pacífica dos conflitos; - Princípio do acesso aos benefícios do patrimônio comum da humanidade; - Princípio da liberdade dos mares. b) Princípios atinentes às obrigações dos sujeitos de Direito Internacional: - Princípio do livre consentimento; - Princípio da reciprocidade de interesses e da equivalência das relações contratuais; - Princípio da publicidade dos tratados; - Princípio de *pacta sunt servanda*; - Princípio da boa-fé; - Princípio da responsabilidade por atos ilícitos; - Princípio do não reconhecimento de situações criadas com violação de princípios de *jus cogens*. c) Princípios atinentes às relações entre os Estados: - Princípio da igualdade jurídica dos Estados; - Princípio do respeito da integridade territorial¹⁷; - Princípio da não-interferência nos assuntos internos dos outros Estados; - Princípio da legítima defesa contra a agressão; - Princípio da continuidade do Estado. d) Princípios atinentes à pessoa humana: - Princípio da igual dignidade de todos os homens e mulheres; - Princípio da proibição da escravatura, do tráfico de seres humanos e de práticas semelhantes; - Princípio da proibição do racismo; - Princípio da proteção das vítimas de guerras e conflitos; - Princípio da garantia dos direitos “inderrogáveis” enunciados no art. 4.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (direito à vida, integridade física e moral de pessoas, reconhecimento da personalidade jurídica, liberdade de pensamento, consciência e

agressão e a solução pacífica de conflitos; (iii) a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; (iv) a proibição do tráfico de seres humanos; (v) a proibição da pirataria³; (vi) o princípio da soberania sobre os recursos naturais (NASSER, 2005, p. 165); (vii) a proibição do genocídio (WOUTERS; VERHOEVEN, 2005); (viii) a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade (AGO, 1971, p. 324); (ix) os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra; (x) o costume internacional geral ou comum, v.g., os princípios da liberdade dos mares e da coexistência pacífica; (xi) as normas convencionais pertencentes ao Direito Internacional geral, v.g., os princípios constitucionais constantes da Carta das Nações Unidas – preservação da paz, da segurança e da justiça internacionais, a legítima defesa; o Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional, sobre Direitos do Homem, v.g., a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos Internacionais de Direitos de 1966 (PEREIRA; QUADROS, 2015, p. 283).

No âmbito da Organização das Nações Unidas, há mais de três décadas a Comissão de Direito Internacional (CDI) tem se debruçado sobre o tema relativo ao *jus cogens* e por meio de diversas tentativas tem buscado definir um regime jurídico para as normas imperativas de Direito Internacional geral, especialmente por meio de *Projetos de Artigos*, como parte de seus esforços para codificar e desenvolver progressivamente o Direito Internacional.

Em seu 71º período de sessões, ocorrido entre 29 de abril a 7 de junho e 8 de julho a 9 de agosto de 2019, em seu Relatório (A/74/10)⁴ a CDI aprovou, em primeira leitura, o texto do *Projeto de Conclusões sobre as Normas Imperativas de Direito Internacional Geral (Jus Cogens)*, de autoria do Relator Especial Dire Tladi, e cujo anexo contempla uma *lista não exaustiva* de normas *jus cogens*: (i) proibição da agressão, (ii) proibição do genocídio, (iii) proibição dos crimes de

de religião, não-retroatividade de lei penal, proibição da prisão perpétua), sem embargo das dificuldades e contradições que ainda subsistem” (2016, p. 131-132).

³ Vide art. 101 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982).

⁴ Disponível na íntegra em: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/74/10>. Acesso em 18 jan. 2022.

lesa humanidade, (iv) normas básicas de direito internacional humanitário, (v) proibição da discriminação racial e do *apartheid*, (vi) proibição da escravidão, (vii) proibição da tortura e o (vii) direito à autodeterminação (2019, p. 160-161).

A voz da jurisprudência internacional tem sido fundamental para a determinação do conteúdo do *jus cogens* ao longo das últimas décadas.⁵ Conforme constatam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2015, p. 279), os tribunais internacionais têm aceitado a existência das normas imperativas, ainda que nem sempre tenham se utilizado da expressão em suas decisões.

⁵ Vide, por exemplo: Caso S.S. Wimbledon (CPJI/1923); Caso Oscar Chinn – Bélgica v. Grã-Bretanha (CPJI/1934); Caso Estados Unidos v. Alfried Krupp e outros (Tribunal de Nuremberg/1947-1948); Parecer Consultivo sobre as Reservas à Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (CIJ/1951); Casos do Sudoeste Africano – Etiópia v. África do Sul e Libéria v. África do Sul (CIJ/1966); Caso Barcelona Traction (CIJ/1970); Caso Saara Ocidental (CIJ/1975); Caso do Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerão (CIJ/1980); Caso Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua – Nicarágua v. Estados Unidos (1986); Parecer Consultivo sobre Licitude da Ameaça ou de Emprego de Armas Nucleares (CIJ/1996); Caso da Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio – Bósnia-Herzegovina v. Iugoslávia (Sérvia e Montenegro) (CIJ/1997); Caso relativo ao Projeto Gabcíkovo-Nagymaros – Hungria/Eslováquia (CIJ/1997); • Caso Le Procureur v. Anto Furundzija (TPI/1998); Casos n. 3 e 4: Caso do atum de barbatana azul (Nova Zelândia v. Japão; Austrália v. Japão, medidas provisórias (ITLOS/1999); Caso Al-Adsani v. Reino Unido (CEDH/2001); Pareceres da Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia para a Paz na Iugoslávia: Parecer da Comissão de Arbitragem, 29 novembro 1991; Parecer n. 2, 11 janeiro 1992; Parecer n. 10, 4 julho 1992; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (Corte IDH/1993); Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala (Corte IDH/2000); Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago (Corte IDH/2002); Opinião Consultiva n. 18/03 sobre os Direitos dos Migrantes Indocumentados (Corte IDH/2003); Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia (Corte IDH/2007); Caso Perozo y otros v. Venezuela (Corte IDH/2009); Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil (Corte IDH/2010); Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (Corte IDH/2012), dentre muitos outros, especialmente julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. A evolução histórica do *Jus cogens* e seu fundamento no direito natural

Analisados os aspectos conceituais e estruturais do *jus cogens*, o objetivo deste tópico é analisar o seu desenvolvimento ao longo da história, buscando-se demonstrar que embora se trate de uma terminologia cujo uso foi intensificado em um período relativamente recente na história do Direito Internacional (a partir da década de 30)⁶, cuida-se de uma noção revisitada e revestida a partir de ideias bastante remotas que demonstram a existência de um *jus cogens natural* com séculos de existência. Conforme afirma Levan Alexidze (1982, p. 228), “uma ideia de regras de direito absolutamente obrigatórias que servem como critérios de validade dos tratados internacionais existe na doutrina do direito internacional há séculos”.⁷

Assim, o principal intuito é evidenciar que a concepção da existência de *normas imperativas* no âmbito da *comunidade internacional*,⁸ que se sobrepõem à vontade dos soberanos e que não podem ser derogadas por uma simples manifestação de vontade daqueles que estão no poder, não é uma particularidade do Direito Internacional moderno ou contemporâneo, em grande parte construído e fundamentado em concepções positivistas a partir da adoção da CVDT, mas já estava presente na formação embrionária do *Direito das Gentes* (séc. XV e XVI) e até mesmo antes disso⁹, momentos históricos

⁶ Neste momento o *jus cogens* surge e vai se desenvolver como teoria do Direito Internacional, notadamente de viés positivista, em especial após a adoção da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

⁷ Vide Dinah Shelton, *Jus Cogens* (2021, p. 4 e ss.) e International Law Commission, First Report on *Jus Cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur, UNGA, 68th Sess, UN Doc A/CN.4/693 (2016). Disponível em: <https://bit.ly/3hpmrgg>. Acesso em 02 fev. 2022.

⁸ A *comunidade internacional* deve ser compreendida neste ponto como o conjunto formado por *todos os povos*, que era a noção norteadora do pensamento na antiguidade e no período greco-romano, uma vez que ainda não havia sido concebida a figura do Estado e, consequentemente, de uma *sociedade internacional* como ocorre a partir da modernidade.

⁹ Vide Levan Alexidze, Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law. In: *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 172 (1981-III).

fortemente marcados pelo direito natural. Por isso Esther D. Reed (2013, p. 78, *tradução nossa*) afirma acertadamente não haver “uma linha ininterrupta de desenvolvimento de normas de *jus cogens* no direito internacional de Cícero ou Grotius até os dias atuais”.

Para o alcance desse objetivo será feita a seguir uma breve análise do pensamento de alguns dos principais juristas, filósofos e teólogos do Direito ao longo da história, mais precisamente daqueles considerados como os fundadores do *Direito das Gentes*, dentre eles Francisco de Vitória, Francisco Suarez, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Wolff e Emer de Vattel.

Parte da doutrina sustenta que, apesar da terminologia recente, a noção do *jus cogens* já estava presente no Direito Romano (v.g., no *Digesto* do Imperador Justiniano), correspondendo ao *ius strictum* (*jus publicum*) como parte daquele Direito, “que se contrapunha ao *ius dispositivum*, isto é, o Direito que nascia da vontade das partes” (PEREIRA; QUADROS, 2015, p. 277). Parece ter razão Robert Kolb (2003, p. 8, *tradução nossa*) quando afirma de modo preciso que “entre o *ius cogens* desenvolvido pela teoria geral do direito da era romana e retomado pelas leis internas, e o *ius cogens* internacional, não há diferença essencial, mas apenas um ajuste às especificidades de cada sociedade (poder centralizado/descentralizado)”.

Ao longo da história o que se verifica é que a noção de normas contendo valores essenciais e hierarquicamente superiores a outras sempre esteve de algum modo presente na vida e nas relações sociais, seja por meio de menções esparsas ou através da formulação de teorias altamente sofisticadas. E isso se deve, sobretudo, à influência do direito natural sobre os fundadores do Direito Internacional, para quem, de um modo geral, o “*jus cogens* é claramente um atributo do direito natural” (PARKER; NEYLON, 1989, 419, *tradução nossa*), mais precisamente um *direito natural imutável e imperativo*.

Considerado um dos pais fundadores do Direito Internacional, Francisco de Vitória (148?-1546), teólogo espanhol neoescolástico, integrante da Ordem dos Pregadores Dominicana e um dos fundadores da tradição filosófica da chamada Escola de Salamanca, uma geração de teólogos e pensadores que lecionaram na Universidade de Salamanca e retomaram a herança cultural escolástica europeia, em

uma de suas mais importantes obras, a *Relectio De Potestate Civili* (1528), afirmou que

o direito das gentes não apenas tem a força pelo pacto e pelo acordo entre os homens, mas tem verdadeiramente força de lei. E o orbe todo [todo o mundo], que de certa maneira forma uma República, tem poder de dar leis justas e convenientes a todos, como são as do direito das gentes. Disso se depreende que pecam mortalmente os que violam os direitos das gentes, sejam os da paz ou os da guerra, em assuntos graves como da inviolabilidade dos legados. *Nenhuma nação pode dar-se por não obrigada ante o direito das gentes porque ele é outorgado pela autoridade de todo o orbe* (VITÓRIA, 2016, p. 218, grifo nosso).

Como se nota, para Vitória nenhum país poderia afirmar não estar obrigado por certas normas consideradas essenciais e, por isso mesmo, imperativas (o Direito das Gentes), uma vez que elas são postas pela da autoridade do “mundo todo”. Além disso, destaca-se que para esse autor o Direito das Gentes ou é direito natural ou é derivado do direito natural¹⁰ (VITÓRIA, 1917, p. 151). Por isso, embora não tenha afirmado expressamente o Direito das Gentes como *jus cogens* (tal como são é conhecido), o frade dominicano lançou as bases teóricas para tanto, especialmente ao vinculá-lo ao direito natural, que é imutável, obrigatório e imperativo para todas as pessoas em qualquer parte do mundo.

Domingo de Soto (1494-1560), frade dominicano, teólogo e também professor na Universidade de Salamanca, afirmou que “a lei natural está escrita na mente, e o direito das gentes está nela reunida. (...) É assim que o direito das gentes parece pertencer mais ao direito natural do que ao direito civil, pois é uma conclusão do direito natural” (1922, p. 42, 129, *tradução nossa*). Como decorrência do seu raciocínio, afirma que “algumas coisas do direito das gentes são tão propícias às relações humanas que não é de modo algum honesto dispensá-las; antes, talvez a renúncia fosse nula” (1926, p. 209,

¹⁰ “*Ex iure gentium, quod vel est ius naturale, vel derivatur ex iure naturali*” (ROBLEDO, 2003, p. 8-9).

tradução nossa). Com base nesse entendimento também é possível se extrair deste autor a existência de normas imperativas (positivas) que integram o Direito das Gentes, tais como o *pacta sunt servanda*, o direito de propriedade e a proibição da escravização de não cristãos como resultado da guerra.

Jean Bodin (1530-1596), filósofo político francês cuja exposição dos princípios do governo estável foi amplamente influente na Europa ocidental numa época em que os sistemas medievais estavam cedendo lugar a Estados centralizados, em sua principal obra, *Six Books of The Commonwealth* (1576), afirmou que todo príncipe da terra está sujeito às leis divinas e naturais, não estando em seu poder contrariá-las, de modo que o poder absoluto dos príncipes e de outros senhorios soberanos (*seigneuries souverains*) não se estende de forma alguma às leis de Deus e da natureza (1992, p. 13). Desse entendimento se extrai a existência de normas universais, imutáveis e imperativas, integrantes do Direito das Gentes, que não estão sujeitas à disposição dos poderes terrenos constituídos, uma vez que para Bodin “todo príncipe terreno está sujeito às leis de Deus e da natureza e a várias leis humanas que são *comum a todos os povos*” (1992, p. 10, *tradução e grifo nosso*).¹¹

O autor também defendeu que nas relações existentes entre os príncipes, os acordos devem ser invioláveis em todo e qualquer caso em que nenhuma injustiça for praticada. Com base nessa premissa, para o autor haveria a possibilidade de descumprimento de acordos que viessem a proibir condutas permitidas pelo direito natural ou que permitissem aquelas que fossem vedadas (2009, p. 215).

Francisco Suárez (1548-1617), teólogo jesuíta, filósofo, professor, um dos pensadores mais importantes da segunda escolástica, que marca o renascimento da teologia da escola católica centrada nos estudos de Tomás de Aquino, e também considerado como um dos fundadores do Direito Internacional, em uma de suas principais obras, *De Legibus* ou *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (1612), afirma

¹¹ A expressão *comum a todos os povos* refere-se ao *ius gentium*, pois na época de Bodin (e antes dele), esse era o seu significado primário, ou seja, além das leis de Deus e da natureza, havia o Direito das Gentes, isto é, uma lei comum a todos os povos, ou como o próprio autor coloca em latim, *lex omnium gentium communis*.

a *imutabilidade absoluta* de certas disposições de direito natural (1967, p. 169) e que, portanto, não poderiam ser derogadas pela vontade humana. Para Suárez, parte do Direito das Gentes (positivo) é inderrogável, seja de maneira indireta pelo direito natural ou por força dos interesses da *comunidade das nações*, uma vez que para ele, o *ius gentium* é sensivelmente natural e positivo, aparentando ser uma espécie intermediária entre o direito natural e civil, razão pela qual não pode derogar aquele e nem ser derogado sem a existência de um consentimento geral (1967, p. 182-193).

Alberico Gentili (1552-1608), jurista italiano notadamente conhecido por ser a primeira pessoa na Europa ocidental a separar o direito secular da teologia católica romana e do direito canônico e também considerado um dos fundadores do Direito Internacional, em sua mais importante obra, *De Iure Belli Libri Tres* (1598), afirmou que o Direito das Gentes é composto por “leis universais não escritas nem dispostas pelos homens porque nem todos puderam se reunir nem falar a mesma língua, mas sim por Deus” (2006, p. 58), decorrendo deste fato a inderrogabilidade e imperatividade de suas disposições, uma vez que para ele o direito natural estava intimamente ligado ao Direito das Gentes.

Hugo Grotius (1582-1645), jurista cristão holandês e um dos principais e mais importantes nomes no quadro da paternidade do Direito Internacional, na obra *De Iure Praedae Commentarius* (1608), abordou a liberdade do uso do mar como um *preceito universal* que estaria acima da vontade dos Estados (2006, p. 302 e 338).

No Livro I de sua monumental obra *De Iure Belli Ac Pacis* (1625), Grotius se referiu ao *jus cogens* (no sentido de direito natural necessário e imutável) por mais de 15 vezes sob a designação de *ius strictum*, conferindo-lhe fundamento no *ius divinum* (GROTIUS, 2004, p. 67-271).¹² Em sua *magnum opus* ele identifica não apenas um Direito das Gentes pautado em um direito natural de natureza imutável, mas também que é “justo” e “universal”.

Vale ressaltar que para Grotius o Direito das Gentes era composto pelo (i) direito divino revelado (comando divino), (ii) pelo direito natural e (iii) pelo costume, sendo que os últimos representam

¹² Vide, em especial, os parágrafos 48 a 51.

o reconhecimento de dois tipos de Direito das Gentes: o *necessário* (que incorpora o natural) e o *positivo* (GRÓCIO, 2004, p. 33 e ss.).¹³ A importância do direito natural no pensamento de Grotius é resumida por Hersch Lauterpacht (1946, p. 21-22, *tradução nossa*):

O significado do direito natural no tratado [de Grotius] é que ele é a fonte sempre presente para complementar o direito voluntário das nações, para julgar sua adequação à luz da ética e da razão, e para tornar o leitor ciente do fato de que a vontade dos Estados não pode ser a fonte exclusiva ou mesmo, em última instância, a fonte decisiva do direito das nações.

Samuel Pufendorf (1632-1694), jurista, filósofo e historiador alemão, muito conhecido por sua defesa da ideia de *lei natural*, em seus escritos adotou uma abordagem secular, não metafísica e antiautoritária, evitando apelos religiosos, dogmas escolásticos, teleologia e essencialismo, bem como a frequente mistura que se fazia entre eles, e que era responsável por atrair muitos pensadores católicos e protestantes.

Em sua mais importante obra, *Of the Law of Nature and Nations* (1672), demonstrando estar bem familiarizado com os escritos de Hugo Grotius, John Selden, Thomas Hobbes e Alberico Gentili, Pufendorf identifica o direito natural com o Direito das Gentes e defende a tese da existência de uma *ordem moral* e de *regras de justiça universais* (*leis da natureza*) que independem das leis civis e que são anteriores às convenções humanas, não podendo ser por estas afastadas. Tais leis da natureza comandam as ações recíprocas dos homens, pois se encontram radicadas na sua natureza racional, sendo eternas e imutáveis, de modo que quem não as respeita, acaba por ofender a sua própria dignidade (PUFENDORF, 1998, p. 112-163).¹⁴

¹³ Vide, em especial: Proleg., I, 26, 40, 46; II, 16, 31; II, 18, 4, 2; III, 2, 2; III, 19, II, I.

¹⁴ Vide, em especial, Livro II, Capítulos I a III (§ 23).

Christian Wolff (1679-1754), filósofo, matemático e cientista que durante a sua vida se lançou ao estudo de muitos assuntos¹⁵, sendo mais conhecido como o porta-voz alemão do Iluminismo, e que foi considerado pelo eminente jurista e diplomata italiano Dionisio Anzilotti como o mais fiel intérprete e continuador da doutrina de Hugo Grotius¹⁶

parte da ideia de que todos os povos constituem uma grande sociedade, a *civitas gentium maxima*, que os obriga a observar certas regras de conduta, que resultam sobretudo de uma lei de caráter absoluto e imutável e, além disso, de um direito voluntário, formado pelo consentimento de todos ou apenas alguns Estados; consentimento que pode ser explícito (tratado) ou tácito (costume, *tacitum pactum*). (ANZILOTTI, 1929, p. 11, tradução nossa)

Seguindo o entendimento de Grotius, Wolff também concebeu a existência de um Direito das Gentes *necessário*, que seria o direito natural aplicável às nações (Proleg. § 4º), de natureza imutável (Proleg. § 5º) e cujas obrigações que dele advém também são necessárias e imutáveis (Proleg. § 6º), de modo que nenhuma nação pode delas se libertar ou mesmo libertar outra nação (WOLFF, 2017, p. 14-15).

Emmerich de Vattel (1714-1767), jurista suíço especialmente conhecido por aplicar uma teoria do direito natural às relações internacionais e também considerado um dos fundadores do Direito Internacional, em sua obra magna, *Le Droit des Gens* ou *The Law of Nations* (1758), também concebeu a existência de um Direito das Gentes *necessário e imutável*, conforme os princípios do direito natural e que, portanto, se sobrepõe à vontade dos Estados.

Para Vattel (2004, p. 2-4), “o direito das gentes não é originariamente senão o *direito da natureza aplicado às Nações*” (§

¹⁵ Wolff escreveu inúmeras obras em filosofia, teologia, psicologia, botânica e física. Sua série de ensaios todos começando sob o título *Vernünfftige Gedanken* (“Ideias Racionais”) cobriu realmente uma vária gama de assuntos.

¹⁶ Hildebrando Accioly tinha um pensamento diverso, uma vez que pare ele, a posição de mais fiel continuador do pensamento de Grotius foi Samuel Pufendorf (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA; CASELLA, 2019, p. 68).

6º). O autor entende que o Direito das Gentes *necessário* é aquele “que consiste na aplicação do direito natural às Nações”, sendo assim chamado “porque as Nações são absolutamente obrigadas a respeitá-lo” (§ 7º). Pela lógica, trata-se de um direito *imutável*, pois se o Direito das Gentes é o direito natural aplicável às nações, em sendo este imutável, logo aquele também o é (§ 8º). Como decorrência, Vattel entende que por se tratar de um direito imutável, cujas obrigações que impõe são necessárias e indispensáveis, “as Nações não podem alterá-lo por acordo, nem dele se eximir por elas próprias ou por via de reciprocidade” (§ 9º).¹⁷ De maneira enfática o autor destaca que

existem cousas justas e permitidas pelo direito das gentes necessário, que as Nações podem convencionar mutuamente ou que podem consagrar e fortificar pelos usos e costumes. Existem cousas indiferentes sobre as quais os povos podem entender-se como quiserem, por meio de tratados ou pela introdução de costumes ou usos que considerem adequados. Mas todos os tratados e costumes contrários aos prescritos pelo direito das gentes necessário são ilegítimos (VATTEL, 2004, p. 4).¹⁸

Diante do exposto até aqui, verifica-se que os grandes nomes tidos como fundadores do Direito das Gentes, grandes responsáveis por dar início à formação da ciência do Direito Internacional, sublinharam o caráter peremptório de certas regras de direito natural, colocando-as acima do direito positivo, especialmente em razão da sua essencialidade para todos os povos, originando assim aquilo que tranquilamente poderia ser denominado como *jus cogens natural*.

Vale destacar que mesmo depois que o Direito Internacional passou a deixar de lado as concepções e postulados do direito natural

¹⁷ Para Vattel (2004, p. 4), esse é “o princípio pelo qual pode-se distinguir os tratados ou convenções legítimos daqueles que o não são, e os costumes inocentes e razoáveis daqueles que são injustos ou passíveis de condenação”.

¹⁸ Importante assinalar que para este autor, para além do direito das *gentes natural necessário*, existem ainda três espécies de direito das gentes: *voluntário* (consentimento presumido), *convencional* (consentimento expreso) e *costumeiro* (consentimento tácito), que conformam o *direito das gentes positivo*, uma vez que todas essas modalidades procedem da vontade das Nações (2004, p. 12, § 27).

em razão da ascensão do positivismo jurídico no séc. XIX, renomados internacionalistas, como Lassa Oppenheim¹⁹ e William Hall²⁰ afirmaram com segurança que os Estados não podiam revogar certos princípios universalmente reconhecidos por acordo mútuo.

Conclusão

Em face das abordagens feitas no decorrer deste texto é possível concluir primeiramente que a existência de normas imperativas, que não podem ser derogadas pela vontade dos Estados ou quaisquer outros atores e sujeitos internacionais, hoje amplamente conhecidas como *jus cogens*, não constitui um desenvolvimento do Direito Internacional moderno ou contemporâneo, mas se trata de uma terminologia que tem sido revisitada e revestida a partir de ideias bastante remotas, algo que começou a ocorrer notadamente a partir da adoção da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT), em 1969.

Pela análise do pensamento dos fundadores do Direito das Gentes (e mesmo daqueles que os precederam) é possível verificar a existência de três níveis de leis, isto é, as componentes do *jus dispositivum* ou direito voluntário, as que consubstanciam o direito divino e o *jus naturale necessarium* (direito natural necessário), sendo este último mencionado como uma categoria mais alta. Especialmente em Grotius, Wolff e Vattel se verifica a defesa intransigente desse direito natural *necessário* (leia-se, *imperativo*), por meio do qual tais autores quiseram demonstrar a existência de normas de direito natural que são imutáveis, obrigatórias e, mais do que isso, imperativas, capazes de anular o consentimento e a vontade dos Estados.

¹⁹ “É uma regra consuetudinária reconhecida por unanimidade que as obrigações que estão em desacordo com os princípios universalmente reconhecidos do Direito Internacional não podem ser objeto de um tratado” (1905, p. 528).

²⁰ “A exigência de que os contratos estejam em conformidade com a lei invalida, ou pelo menos torna anulável, todos os acordos que estão em desacordo com os princípios fundamentais do direito internacional e suas aplicações incontestáveis” (1917, p. 337).

É possível afirmar que os autores abordados viam o *Direito (Natural) das Gentes* como uma ciência particular consistente na aplicação justa e racional do direito natural aos negócios e conduta das nações ou soberanos. Portanto, embora a expressão *jus cogens* não seja de fato encontrada em nenhum texto anterior ao século XIX, a ideia de um direito vinculante independentemente da vontade das partes individuais é comum em toda a teoria e filosofia do direito anterior a esse período, dando conta da existência de um *jus cogens* natural que hoje sem dúvida constitui o fundamento ético e filosófico do *jus cogens* positivo.

O que se afere é que a CVDT, adotada num momento em que o positivismo ainda gozava de uma posição elevada no âmbito da teoria do direito, apenas constatou a existência de normas há muito tidas como imperativas e inderrogáveis, componentes de um direito natural necessário, positivando-as convencionalmente. E isso é um fator importante para o desenvolvimento futuro do Direito Internacional, especialmente porque denota um retorno àqueles direitos inerentes e inalienáveis de qualquer ser humano, desde há muito consagrados, independente das convenções humanas.

A *necessidade* daquele direito natural defendido pelos fundadores do Direito das Gentes ao longo dos tempos foi assumindo outros significados, notadamente a partir do momento em que os estudiosos do Direito Internacional passaram a centrar suas atenções na postulação de novas (e antigas) necessidades fundamentais de todo e qualquer sistema jurídico e na própria definição do Direito, uma decorrência lógica da própria evolução social ao redor do globo.

O desenvolvimento histórico dos diversos sistemas jurídicos hoje existentes demonstra que qualquer sociedade (inclusive a internacional) que opera sob o primado do Direito deve ter normas fundamentais que não permitam discordância e derrogação por vontades particularistas, especialmente quando se trata de tutelar e defender a própria sociedade e o Direito nela vigente. É por isso que as sociedades se organizam e criam sistemas normativos, sendo certo, contudo, que somente quando há um grau mínimo de sentimento comunitário é que elas elevam certos valores como necessários e que terão primazia sobre outros.

Assim sendo, o movimento que se nota no plano internacional é que o *jus cogens* natural começa a aparecer como direito positivo internacional à medida que a sociedade internacional se desenvolve de forma relativamente desorganizada rumo a uma sociedade cada vez mais organizada e, consciente de suas mazelas e dificuldades, passa a constatar a existência de muitos interesses e valores comuns que, ao cabo de contas, acaba por remeter ao *jus cogens* natural.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AGO, Roberto. Droit des Traités a la Lumière de la Convention de Vienne. In: **Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, t. 134, p. 297-331. Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971.

ALEXIDZE, Levan. Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law. In: **Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, t. 172 (1981-III), p. 219-270. Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

ANZILOTI, Dionisio. **Cours de Droit International**. Paris: Recueil Sirey, 1929.

BODIN, Jean. **On Sovereignty**: Four chapters from The Six Books of the Commonwealth. Edit. Julian H. Franklin. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

BODIN, Jean. **On Sovereignty**: Six Books of the Commonwealth. Trad. M. J. Tooley, Massachusetts: Seven Treasures Publications, 2009 (1ª ed. de 1576).

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <https://bit.ly/3o0yflr>. Acesso em 05 jan. 2022.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das Normas no Direito Internacional: *Jus cogens* e metaconstitucionalismo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GENTILI, Alberico. **O Direito de Guerra.** 2. ed. Trad.: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2006.

GROTIUS, Hugo. **Commentary on the Law of Prize and Booty.** Trad. Gladys L. Williams. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis).** Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004. Vol. I.

HALL, William Edward. **A Treatise on International Law.** 7. ed. Oxford: Clarendon Press, 1917.

KOLB, Robert. Théorie du *Jus Cogens* International. In: **Revue Belge de Droit International**, vol. 36, n. 1, pp. 5-55, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3hIXgLD>. Acesso em 11 jan. 2022.

KOLB, Robert. **Théorie du *ius cogens* international:** Essai de relecture du concept. Nouvelle édition. Genève: Graduate Institute Publications; OpenEdition Books, 2015.

LAUTERPACHT, Hersch. The Grotian Tradition in International Law. In: **British Yearbook of International Law**, vol. 23, pp. 1-53, 1946.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público.** 6. ed. Parede: Príncipeia, 2016.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. In: Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun.-dez. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2YEq9fM>. Acesso em 11 jan. 2022.

OPPENHEIM, Lassa. **International Law: a treatise.** Vol. I. Peace. New York, Bombay: Longmans, Green, and Co., 1905.

PARKER, Karen; NEYLON, Lyn Beth. *Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights. In: **Hastings International and Comparative Law Review**, vol. 12, n. 2, pp. 411-463, 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3IEo10G>. Acesso em 11 jan. 2022.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

PUFENDORF, Samuel. **Gesammelte Werke. Band 4.1: De Jure Naturae et Gentium (Liber primus – Liber quartus)**. Herausgegeben von Frank Böhling. Berlin: Akademie Verlag, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. Comentários ao Artigo 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos Tratados**. Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

REED, Esther D. **Theology for International Law**. London, New York: Bloomsbury T&T Clark, 2013.

ROBLEDO, Antonio Gómez. **El Jus Cogens Internacional**: Estudio histórico-crítico. México: UNAM, 2003.

RODAS, João Grandino. Jus Cogens em Direito Internacional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 2, 1974, p. 125-136. Disponível em: <https://bit.ly/3HvAmMI>. Acesso em 08 jan. 2022.

ROZAKIS, Christos L. **The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties**. Amsterdam: North Holland Publishing Co., 1976.

SHELTON, Dinah. **Jus Cogens**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

SOTO, Domingo de. **Tratado de la Justicia y el Derecho**. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1922. Tomo I.

SOTO, Domingo de. **Tratado de la Justicia y el Derecho**. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1926. Tomo II.

SUÁREZ, Francisco. **Selections from Three Works**. A Treatise on Laws and God the Lawgiver. A Defence of the Catholic and Apostolic Faith. A Work on the Three Theological Virtues: Faith, Hope, and Charity. Edit. Thomas Pink. Indianapolis: Liberty Fund, 2014.

SUAREZ, Francisco. **Tratado de las Leyes y de Dios Legislador**. Vol. I. La ley en general: su naturaleza, causas y efectos (Libros I); Ley eterna, ley natural y derecho de gentes (Libro II) Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Portugal: Publicações Europa-América, 1994.

UNITED NATIONS. **Report of the International Law Commission**. Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019). Disponível em: <https://bit.ly/3vwlJGp>. Acesso em 20 jan. 2022.

VATTEL, Emer de. **O Direito das Gentes**. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VERDROSS, Alfred von. Forbidden Treaties in International Law: Comments on professor Garner's report on "the law of treaties". In: **The American Journal of International Law**, vol. 31, n. 4 (Oct., 1937), pp. 571-577. Disponível em: <https://bit.ly/3pkOxxu>. Acesso em 15 jan. 2022.

VICTORIA, Franciscus de. **De Indis et de Ivre Belli Relectiones: Being Parts of Relectiones Theologicae XII**. Edit. Ernest Nys. Washington: Carnegie Institution of Washington, 1917.

VITÓRIA, Francisco de. **Relectiones Sobre os Índios e sobre o Poder Civil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Fundação Alexandre de Gusmão, 2016.

WOLFF, Christian. **The Law of Nations Treated According to the Scientific Method**. Indiana: Liberty Fund, 2017.

WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. The prohibition of genocide as a norm of *ius cogens* and its implications for the enforcement of the Law of Genocide. In: **International Criminal Law Review**, vol. 5, n. 3, p. 401-416, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3K6s7Z0>. Acesso em 17 jan. 2022.

A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM MATÉRIA AMBIENTAL PARA A SISTEMATIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E A NOÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO SOCIAL

Barbara Mourão Sachett

Introdução

O estudo da proteção e conservação do meio ambiente, e o surgimento do Direito Ambiental Internacional se deram a partir dos anos 70 do século XX, com as Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

A evolução do Direito Internacional Ambiental está relacionada ao desenvolvimento dos seus princípios, que foram mencionados nas Conferências das Nações Unidas sobre o tema, nesse sentido, princípios tais como: da prevenção; da precaução; poluidor-pagador; do desenvolvimento sustentável, entre outros, passaram a ser incorporados à jurisprudência internacional sobre questões ambientais.

Em termos de acesso aos tribunais internacionais, é sabido que várias instâncias possuem jurisdição para analisar casos de Direito Internacional, o que não contribui para a fragmentação do Direito Internacional, ou para um potencial conflito de competência.

A jurisprudência internacional é rica em casos que analisaram, direta ou indiretamente, a temática da conservação e preservação do meio ambiente, e na sua maioria, observa-se a aplicação dos princípios de Direito Internacional Ambiental

1. O Direito Internacional Ambiental nas conferências das Nações Unidas sobre o meio ambiente

A conscientização da sociedade internacional a respeito das questões ambientais no final dos anos 60 do século XX¹, levou a Assembleia Geral da ONU a convocar uma conferência internacional para tratar do assunto, nesse sentido, a Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano², ocorreu em junho de 1972, conhecida como Conferência de Estocolmo, resultou na Declaração de Estocolmo, que, mesmo sem força vinculativa, influenciou a negociação de outros acordos sobre a temática nos anos subsequentes.

A oposição entre países desenvolvidos e em desenvolvimento ficou clara já durante as reuniões preparatórias da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, aqueles eram favoráveis à uma agenda que enfatizasse aspectos da poluição da água, do solo e da atmosfera, derivados da industrialização, enquanto os países em desenvolvimento se opuseram a essa agenda, pelo receio que fosse utilizada como instrumento de interferência em assuntos domésticos, também foi apontado o alto custo das medidas conservacionistas que

¹ Nesse sentido, KISS e SHELTON asseveram: “The present ecological era can be said to have begun at the end of the 1960s, after post-World War II reconstruction led to unprecedented global economic development. This development was unequal, accentuating differences in wealth between countries of the Northern and Southern hemispheres as well as within countries. It required expanded use of exhaustible natural resources such as clean water, air, flora, fauna, and minerals. It also produced high levels of waste. Further problems arose from the “green revolution” in agriculture, which relied heavily on DDT and other pesticides whose dangers were not at first recognized”. KISS, Alexandre, SHELTON, Dinah. **Guide to International Environmental Law**. Leiden: Brill, 2007, p. 33.

² Os resultados da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano, foram muito além dos aspectos de Direito Internacional Ambiental: “Nesta Conferência também foram discutidos temas como os efeitos no comércio internacional da regulamentação ambiental da produção e os efeitos no comércio internacional do padrão de qualidade dos produtos relacionados com o meio ambiente, chegando-se à conclusão que os produtos que não fossem ecologicamente corretos poderiam se transformar em barreiras não tarifárias ao comércio internacional”. GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 99.

seriam imputados não somente aos países desenvolvidos, bem como aos países em desenvolvimento³.

Em que pesem esses antagonismos, a Conferência das Nações sobre o Meio Ambiente, resultou na Declaração de Estocolmo (Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, de 1972), contendo um preâmbulo e 26 Princípios⁴, que foram incorporados à Carta de Terra, de 1992⁵, e que foi decisiva para a convocação de uma segunda conferência sobre meio ambiente, a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, na cidade do Rio de Janeiro.

A conciliação do desenvolvimento socioeconômico com a utilização sustentável dos recursos naturais, foi a tônica da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, ademais, houve consenso quanto à necessidade dos países em desenvolvimento no sentido de receberem apoio financeiro e tecnológico a fim de atingirem o desenvolvimento sustentável, o que, até então, não tinha feito parte da agenda de negociações sobre a temática⁶.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultou na edição da Agenda 21⁷, um acordo ainda

³ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 53

⁴ ONU. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

⁵ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Carta de Terra. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/educacao-ambiental/documentos-referenciais/item/8071-carta-da-terra.html>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

⁶ Outro aspecto inovador da Conferência foi a participação de demais atores da sociedade internacional, nesse sentido, LAGO afirma: “Um fator que daria à Conferência caráter particular foi a atribuição, desde a sua convocação, de importante papel às organizações não-governamentais, em reconhecimento ao crescimento exponencial da influência das ONGs na área ambiental, desde Estocolmo, junto a governos, a organismos multilaterais, à mídia e, principalmente, junto à opinião pública”. LAGO, André Corrêa do. **Estocolmo, Rio, Joanesburgo. O Brasil e as três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Brasília: FUNAG, 2006, p.67.

⁷ ONU. United Nations Sustainable Development. United Nations Conference on Environment & Development. Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. AGENDA 21. Disponível em:

que não vinculativo, buscou conciliar o desenvolvimento econômico e a cooperação ambiental e social; no estabelecimento do Programa de Ação para o Desenvolvimento sustentável (PNUMA)⁸, e na ratificação da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), de 1994.

A partir de 1992, foram realizadas várias conferências sobre o tema, nas quais foram negociados acordos com e sem força vinculativa, e que contribuíram para o desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental, principalmente por meio dos seus princípios.

3. Princípios de Direito Internacional Ambiental e o meio ambiente como direito social

O termo Direito Internacional Ambiental foi reconhecido pela Resolução de 22 de dezembro de 1989, que convocou a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento⁹. O Direito Internacional Ambiental é formado pelo conjunto de normas e princípios, cogentes ou não, que criam obrigações relativas à proteção do meio ambiente¹⁰.

As Conferências tiveram um grande impacto nos ordenamentos jurídicos internos, dessa forma, e em grande parte, foram incorporados por meio de direitos sociais inseridos nas Constituições. No Brasil, é o caso da Constituição Federal de 1988, na qual a proteção ao meio ambiente é prevista no artigo 225.

Nesse sentido, as normas constitucionais exprimem o pressuposto de que o direito à vida, fonte de todos os direitos fundamentais, deve orientar todas as formas de atuação na esfera da tutela do meio ambiente, considerando, inclusive, a primazia em

<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

⁸ ONU. PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.unep.org/pt-br/sobre-onu-meio-ambiente/> Acesso em 13 de ago. de 2021.

⁹ CASELLA, Paulo Borba, VASCONCELOS, Raphael de Carvalho, XAVIER, Ely Caetano Junior (Orgs). **Direito Ambiental. O legado de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva**. Brasília: FUNAG, 2017, p. 29.

¹⁰ “Em verdade, a utilização do termo ‘meio ambiente’ caracteriza-se um vício de linguagem, pois se trata de um pleonasma, haja vista que ‘meio’ é aquilo que está no centro de algo e ‘ambiente’ é o local que se encontra os seres vivos”. GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p.27

relação às normas sobre direito de propriedade, sendo instrumental, na medida em que, por meio dessa tutela, o que se protege é um valor maior, qual seja, a qualidade da vida humana¹¹.

Em sede de Direito Internacional Ambiental, a preservação e conservação do meio ambiente é correlacionado aos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Os princípios desempenham papel essencial na sistematização e fundamentação do Direito Internacional Ambiental. Nesse sentido, é possível analisar a evolução dos princípios por meio de gerações, assim, a primeira geração é formada pelos princípios da prevenção e do poluidor-pagador, entre outros; já a segunda, foi marcada pelo desenvolvimento dos princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável. Os princípios são importantes porquanto não é possível dissociá-los da elaboração normativa, dessa forma, normas incompatíveis com os princípios poderiam não ser aplicadas¹².

2.1 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção é previsto no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo¹³, e, posteriormente, incorporado no Princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁴.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 719.

¹² HECK, Mariana. **A Efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em Face da Poluição Marítima por Óleo Causada por Navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 237.

¹³ “Princípio 21

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levam a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional”.

¹⁴ “Princípio 2: Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob

Nesse sentido, o princípio da prevenção relaciona-se à constatação que uma vez ocorrido o dano ambiental, sua reparação resta extremamente difícil, ou seja, está fundamentado no pressuposto que a melhor medida para contribuir para a preservação do meio ambiente é justamente evitar que ele ocorra¹⁵.

3.2 Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador relaciona-se à obrigação do poluidor de indenizar, de responder pelo prejuízo que cause ao meio ambiente¹⁶.

O princípio em questão está previsto no Preâmbulo da Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, nos seguintes termos:

“Para se chegar a esta meta será necessário que cidadãos e comunidades, empresas e instituições, em todos os planos, aceitem as responsabilidades que possuem e que todos eles participem equitativamente, nesse esforço comum. Homens de toda condição e organizações de diferentes tipos plasmarão o meio ambiente do futuro, integrando seus próprios valores e a soma de suas atividades. As administrações locais e nacionais, e suas respectivas jurisdições, são as responsáveis pela maior parte do estabelecimento de normas e aplicações de medidas em grande escala sobre o meio ambiente. Também se requer a cooperação internacional com o fim de conseguir recursos que ajudem aos países em desenvolvimento a cumprir sua parte nesta esfera. Há um número cada vez maior de problemas relativos ao

seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional”.

¹⁵ HECK, Mariana. **A Efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em Face da Poluição Marítima por Óleo Causada por Navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 238.

¹⁶ Na legislação brasileira, o princípio está previsto no artigo 4º, VII, da Lei 6.938/81, nos seguintes termos: “Artigo 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

meio ambiente que, por ser de alcance regional ou mundial ou por repercutir no âmbito internacional comum, exigem uma ampla colaboração entre as nações e a adoção de medidas para as organizações internacionais, no interesse de todos. A Conferência encarece aos governos e aos povos que unam esforços para preservar e melhorar o meio ambiente humano em benefício do homem e de sua posteridade”.

Dessa forma, a essência do princípio do poluidor pagador está ligada mais a aspectos econômicos, do que ambientais, não obstante, essa constatação não exclui ou diminui sua grande influência na normatização do Direito Internacional Ambiental.

2.3. Princípio da precaução

O princípio da precaução e o da prevenção estão relacionados na medida em que ambos estão vinculados à proteção e à prevenção do meio ambiente, entretanto, possuem algumas diferenças quanto a sua aplicação¹⁷.

Assim, o princípio da precaução estabelece que o Estado deve aplicar medidas ambientais que, num primeiro momento, impeçam o início da ocorrência de atividades potencialmente lesivas e danosas ao meio ambiente.

O princípio é mencionado na Agenda 21, de 1992 (no Princípio 15); na Convenção sobre a Diversidade Biológica, no parágrafo 9 do seu Preâmbulo; no Acordo sobre a Implementação dos Dispositivos da Convenção do Mar de 1992 concernentes à Conservação e Exploração de População de Peixes Transzonais e Peixes Altamente Migradores, de 1995 (no artigo 6); e no Protocolo de Cartagena sobre Biosegurança, do ano de 2000 (nos artigos 1, 10 e 11).

¹⁷ Nesse sentido, aduz GUERRA: “O princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente, ao passo que o da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informação sobre eles, isto é, enquanto o primeiro se aplica a impactos que são desconhecidos o segundo corresponde a aplicabilidade de impactos que já são conhecidos”. GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 82.

2.4 Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável está previsto nos Princípios 2, 3 e 4 da Declaração de Estocolmo.

Já o Princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, prevê o princípio do desenvolvimento sustentável, na medida em que coloca o ser humano no centro das preocupações relacionadas àquele, nesse sentido, o ser humano tem direito a uma vida produtiva em harmonia com a natureza¹⁸. À vista disso, o desenvolvimento econômico não deve ser considerado antagônico ao desenvolvimento sustentável.

No direito interno brasileiro, o princípio do desenvolvimento sustentável é considerado princípio jurídico e de natureza constitucional, de acordo com o disposto nos artigos 170, VI e 225 da Constituição Federal de 1988.

3. A multiplicação dos tribunais internacionais e a evolução do Direito Ambiental Internacional

Em relação à litigância em sede de Direito Internacional Ambiental, e o acesso aos tribunais internacionais de pessoas físicas e jurídicas, é fato que vários tribunais internacionais têm jurisdição sobre as questões ambientais, o que, em princípio, poderia contribuir para a fragmentação do Direito Internacional.

Todavia, a multiplicação dos tribunais internacionais é um fator positivo para o Direito Internacional, a possibilidade de ter acesso

¹⁸ Nesse sentido, aduz HECK que o princípio do desenvolvimento sustentável está previsto no Relatório Brundtland, ou “Nosso Futuro Comum”, e significa que o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem colocar em risco as necessidades das gerações futuras. HECK, Mariana. **A Efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em Face da Poluição Marítima por Óleo Causada por Navios**. São Paulo/Rio de Janeiro, 2015, p. 244.

a várias instâncias judiciais, e ao mesmo tempo, sua a especialização, aumentam as chances de decisões mais técnicas¹⁹.

Por outro lado, a criação de novos tribunais especializados não contribui para a fragmentação do Direito Internacional.

Por exemplo, no Direito do Mar, a Corte Internacional de Justiça e a Corte Permanente de Arbitragem, eram os foros nos quais os casos de Direito do Mar eram decididos até o advento de um novo tribunal, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), em 1996, que comprovadamente, não contribuiu para a fragmentação do Direito Internacional, tampouco ocorreram conflitos de competência, pelo contrário, verificou-se uma maior sistematização das decisões, por exemplo, em sede de delimitação de fronteiras marítimas.

Não obstante, essa sistemática parece não se aplicar a casos envolvendo Direito Internacional Ambiental.

Ademais, normalmente, os Estados envolvidos nessas controvérsias não assumem que o caso se trata efetivamente de uma questão de Direito Ambiental, que muitas vezes passam ao largo, ou seja, tornam-se secundárias, tendo em vista questões de direitos humanos, de investimento etc., que são discutidas na Corte Internacional de Justiça, na Corte Permanente de Arbitragem, no órgão de solução de controvérsias da OMC²⁰.

Dessa forma, por exemplo, a Câmara de assuntos ambientais da Corte Internacional de Justiça, criada em 1993, foi destituída em 2006, sem ter analisado um caso sequer, sendo que casos de Direito Ambiental foram discutidos pela Corte Internacional de Justiça no período em questão.

4. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL: ANÁLISE DE CASOS

¹⁹ MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.153.

²⁰ SANDS, Phillipe. *Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law*, 2007. *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: liber amicorum judge Thomas A. Mensah*, p.1-4.

Os casos que serão mencionados a seguir enfatizam que a jurisprudência dos tribunais internacionais desempenha um importante papel na proteção do meio ambiente, notadamente a partir da sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Os seguintes recortes jurisprudenciais foram utilizados para a delimitação do tema na análise dos julgados: institucional; temático; temporal e processual. No primeiro, institucional, há a definição da instituição que será objeto da pesquisa; já o temático, se refere à própria delimitação do tema; o recorte temporal corresponde ao período das decisões analisadas; e por fim, o processual, alude ao tipo de recurso por meio do qual à questão analisada foi levada ao tribunal respectivo²¹.

Quanto ao recorte institucional, decidiu-se pela análise de decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ), do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), e de alguns tribunais arbitrais constituídos especialmente para os casos mencionados.

O recorte temático adotado na pesquisa aqui apresentada, está relacionado à confirmação ou não da seguinte hipótese: que a jurisprudência dos tribunais internacionais analisados contribuiu para a sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental.

Quanto ao recorte temporal, optou-se por analisar decisões de 1880 a 2010. O início do período de análise foi ano de 1880, pois nesse ano foi publicada a decisão do caso da arbitragem do Mar de Bering, paradigmático por ter sido o primeiro a enfrentar a questão da preservação do meio ambiente marinho.

Já em relação ao recorte processual, decidiu-se pela análise das sentenças internacionais de mérito.

²¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de et al. **Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?** In, QUEIROZ, Rafael Mafei, FEFERBAUM, Marina. **Metodologia de Pesquisa em Direito**. 2.a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 109-110.

4.1 O caso da arbitragem do Mar de Bering

O caso em questão relaciona-se à uma disputa sobre pesca, entre Reino Unido e Irlanda contra os Estados Unidos. Em 1880, a guarda costeira norte-americana capturou barcos de pesca canadenses, não houve acordo, e a questão somente foi decidida por meio de uma arbitragem, que foi favorável ao Reino Unido.

O que estava em jogo, nesse caso, foi a reivindicação pelos EUA, da jurisdição e propriedade do Mar de Bering, com a finalidade de proteção e conservação dos lobos-marinhos na região. O laudo rechaçou o pedido dos Estados Unidos, na medida em que houve o entendimento no sentido de não atribuir a um Estado, isoladamente, o direito à exploração de recursos marinhos nos limites da sua jurisdição.

4.2 O caso da fundição trail

O caso da fundição trail, entre Estados Unidos e Canadá, em 1941, teve uma decisão favorável aos EUA. Nesse caso, discutiu-se, pela primeira vez, o dano transfronteiriço, e estabeleceu os valores a título compensatórios, que deveriam ser suportados pelo governo do Canadá.

Nos dois casos mencionados anteriormente, frise-se, houve a discussão de questões ambientais muito antes do termo ecologia ser criado e da conscientização da sociedade internacional a respeito das questões ambientais.

4.3 Caso da hidrelétrica no Rio Danúbio, entre Hungria e Eslováquia, pela Corte Internacional de Justiça

Tratou-se de uma disputa entre os países sobre um tratado de 1977, entre Hungria e Eslováquia, para a construção de um hidrelétrica, em 1978. A Hungria decide abandonar o projeto em 1989, nesse sentido, o caso foi submetido à Corte Internacional de Justiça, que deveria decidir se o acordo entre os dois países estava em vigor.

A sentença da Corte estabeleceu que o tratado estava em vigor, não obstante, enfatizou alguns princípios de Direito Ambiental,

na medida em que os países deveriam considerar os impactos ambientais do projeto, e contrabalancear o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente, dessa forma, mencionado, diretamente, o princípio do desenvolvimento sustentável.

4.4 Casos do atum da barbatana azul do Sul

Nos casos do atum da barbatana azul do Sul, de 1999 (casos 3 e 4, Nova Zelândia c. Japão e Austrália c. Japão), julgados pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), Austrália e Nova Zelândia solicitaram medidas provisórias, de acordo com o artigo 290 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS), para a contenção da pesca experimental do atum azul do Sul em quantidades incompatíveis com a manutenção e conservação das populações do peixe em questão, realizada pelo Japão, enquanto não fosse constituído o tribunal arbitral de acordo com o anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS).

O Japão alegou que Austrália e Nova Zelândia falharam em não cooperar com a Comissão da Convenção para a Conservação do atum da barbatana azul do Sul, que seria o foro correto, de acordo com o governo japonês, e que o tema não dizia respeito à interpretação ou aplicação da UNCLOS, mas sim à Convenção sobre a Conservação do atum da barbatana azul, de 1993.

O ITLOS decidiu que a Convenção de 1993 não exclui a aplicação da UNCLOS na proteção do atum da barbatana azul do Sul, pois sua preservação está prevista nos artigos 64, 116 e 119 daquela.

Já o Tribunal arbitral decidiu que não tinha competência para analisar o mérito da controvérsia e que as medidas provisórias emitidas pelo ITLOS estavam revogadas.

4.5 Caso sobre a conservação e exploração das populações de peixe-espada no sudeste do Oceano Pacífico

Esse caso também foi analisado pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS). O Chile solicitou a formação de uma

Câmara especial para analisar a conservação e exploração sustentável de peixes-espada no Oceano Pacífico.

Apesar de ter sido descontinuado, esse caso é importante por ter discutido questões sobre a competência do tribunal, inclusive um potencial conflito de jurisdição com o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).

O caso foi efetivamente levado à OMC, em virtude da violação, pelo Chile, dos artigos V e XI do GATT 1994, que se referem à liberdade de trânsito de bens e eliminação geral de restrições quantitativas, face a adoção de medida proibitiva de descarregar a peixe pescado em águas adjacentes à Zona Econômica Exclusiva do Chile.

4.6 Caso da Pesca de Baleia na Antártica

Em 31 de maio de 2010, a Austrália inicia um procedimento na Corte Internacional de Justiça contra o Japão, que foi acusado de descumprir suas obrigações na Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia (ICRW) na implementação do JARPA II (Programa Japonês de Pesquisa sobre Baleias).

O Japão argumenta que não descumpriu as obrigações do Regulamento. Alega, ainda, que a segunda fase do Programa Japonês de Pesquisa sobre Baleias (JARPA II) se trata caça científica às baleias, enquanto que a Austrália caracteriza as atividades a ele relacionadas como comerciais.

Em sua decisão, de 2014, A Corte ordenou, em relação ao Japão, a revogação de qualquer autorização existente, permissão ou licença para matar, capturar ou tratar baleias em relação à JARPA II e abster-se de conceder quaisquer outras autorizações conforme o Artigo VIII, parágrafo 1 do Convenção, em cumprimento desse programa.

Considerações Finais

A hipótese da presente pesquisa relaciona-se na verificação da jurisprudência internacional em matéria de Direito Internacional Ambiental, respondendo a seguinte questão: em que medida as decisões sobre questões ambientais impactam a evolução do Direito

Internacional Ambiental e o conceito de meio ambiente como direito social?

Os casos analisados parecem confirmar a tese que a jurisprudência dos tribunais internacionais contribuiu para a sistematização dos princípios de Direito Internacional Ambiental elencados nas Conferências das Nações Unidas sobre o tema, na medida em que aplicam, e fazem referência a eles, além de impor às partes envolvidas, obrigações de conservação e preservação do meio ambiente, restando clara a sistematização dos princípios como direito sociais.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. v.2. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASELLA, Paulo Borba, VASCONCELOS, Raphael de Carvalho, XAVIER, Ely Caetano Junior. **Direito Ambiental. O legado de Geraldo Eulalio do Nascimento e Silva**. Brasília: FUNAG, 2017.

BARROS, José Fernando Cedeño de. **Direito do Mar e do Meio Ambiente**. Aduaneiras: São Paulo, 2007.

CRAWFORD, James. **Browlie's Principles of Public International Law**. 9th edition. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 156.

BOSCHIERO, Nerina. **International. International courts and the development of international law: essays in honour of Tullio Treves**. Berlin: Springer, 2013.

DUPUY, Piere-Marie. **International environmental law**. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2018.

FITZMAURICE, Malgosia. **International Law and Governance**. Leiden: Brill, 2015.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional Ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

HERNÁNDEZ, Gleider. **The International Court of Justice and the judicial function.** Oxford: Oxford University Press, 2014.

HECK, Mariana. **A Efetividade das Convenções da Organização Marítima Internacional (OMI) em Face da Poluição Marítima por Óleo Causada por Navios.** São Paulo/Rio de Janeiro, 2015.

KARAMAN, Igor. **Dispute Resolution in the Law of the Sea.** v.72. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012

KISS, Alexandre, SHELTON, Dinah. **Guide to International Environmental Law.** Leiden: Brill, 2007.

_____ **Droit international de l'environnement.** Paris: Perdone, 2000.

KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the the Law of the Sea.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LAGO, André Corrêa do. Estocolmo, Rio, Joanesburgo. **O Brasil e as três Conferências Ambientais das Nações Unidas.** Brasília: FUNAG, 2006.

MACKENZIE, R.; ROMANO, C; SHANY, Y. **The Manual on International Courts and Tribunals.** 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARTIN, Paul, KENNEDY, Amanda. **Implementing environmental law.** Cheltenham: Elgar Publishing, 2015.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e competência.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ **Direito do Mar: desafios e perspectivas.** Belo Horizonte: Arraes, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Carta de Terra. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/educacao-ambiental/documentos-referenciais/item/8071-carta-da-terra.html>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

MERRILS, J.G. **International Dispute Settlement.** 5.th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ONU. Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

ONU. PNUMA. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/> Acesso em 13 de ago. de 2021.

ONU. United Nations Sustainable Development. United Nations Conference on Environment & Development. Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. AGENDA 21. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em 13 de ago. de 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de et al. **Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?** In, QUEIROZ, Rafael Mafei, FEFERBAUM, Marina. **Metodologia de Pesquisa em Direito**. 2.a ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 109-110.

ROSENNE, Shabtai. **The Law and Practice of The International Court**. v.1. Leiden: A.W.Sijhoff, 1965.

SANDS, Phillippe. *Litigating Environmental Disputes: Courts, Tribunals and the Progressive Development of International Environmental Law*, 2007. Law of the sea, environmental law and settlement of disputes: liber amicorum judge Thomas A. Mensah, pp. 313-325.

_____. **Principles of International Environmental Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHAW, Malcolm. **International Law**. Cambridge: Cambridge, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 719.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

TAMS, Christian, SLOAN, James. **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2013.

THIRLWAY, H.W.A. **The International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

NOVA POLÍTICA MARÍTIMA NACIONAL: PODER MARÍTIMO, JURISDIÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL¹

*Caio Leal Messias
Mariana Piauilino Caldeira
Pablo Ruan Siqueira Lopes*

Introdução

Foi instituído em 22 de janeiro de 2021, por meio do Decreto nº 10.607², de iniciativa do poder executivo federal, Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) com a finalidade de elaborar proposta de reformulação da Política Marítima Nacional (PMN). Ao GTI, grupo coordenado pelo Comando Marinha e no qual está inserido o Ministério do Meio Ambiente, assim como o Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Defesa, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia, Ministério da Infraestrutura, Ministério da Agricultura, Agropecuária e Desenvolvimento, Ministério da Saúde, Ministério da Cidadania, Ministério de Minas e Energia, Ministério da Ciência, Tecnologias e Informação, Ministério

¹ O debate iniciado neste artigo foi posteriormente continuado no artigo: A Participação da Sociedade Civil na Formulação da Nova Política Marítima Nacional e a Sustentabilidade. Caio Leal Messias; Mariana Piauilino Caldeira; Publicado em: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Janeiro-Junho de 2021 - Nº 161-165. Ano CVII - Volume 110

² BRASIL. DECRETO Nº 10.607, DE 22 DE JANEIRO DE 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10607.htm>. Consultado em 06/03/2021.

do Turismo, Ministério do Desenvolvimento Regional e Advocacia-Geral da União, compete: (i) integrar as políticas relacionadas ao uso do mar; (ii) propor procedimentos para a implementação da nova Política Marítima Nacional integrada; (iii) avaliar formas de financiamento para a implementação da nova Política Marítima Nacional; (iv) definir objetivo e prioridade para cada segmento integrante da nova Política Marítima Nacional; e (v) elaborar as propostas de atos e os instrumentos normativos necessários à implementação da nova Política Marítima Nacional.

O GTI reuniu-se pela primeira vez em 26 de maio de 2021. O Decreto nº 10.607/2021 determina que as reuniões sejam mensais, o quórum de reunião e aprovação seja de maioria simples e que cabe ao coordenador do grupo, o Comando da Marinha, voto de qualidade em caso de empate. A Secretaria-Executiva do GTI é exercida pela Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar do Comando da Marinha do Ministério da Defesa. O relatório final das atividades do GTI, que tem duração prevista de um ano, prorrogável por igual período, contado da data de designação dos seus membros, será encaminhado ao Ministério da Defesa. Todas essas determinações do Decreto deixam clara a centralidade da Marinha e do Ministério da Defesa no processo de reformulação da nova PMN.

A nova PMN, assim como as anteriores, liga-se à gestão e ao exercício efetivo da soberania brasileira sobre os espaços marítimos sob sua jurisdição, assim como definidos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A Jurisdição pode ser entendida como limites e poderes da jurisdição dos Estados nas zonas marítimas. O exercício da jurisdição, organizando de forma integrada e harmônica o poder marítimo (do qual o poder naval é um dos elementos), tem a possibilidade de promover o desenvolvimento sustentável. A centralidade da sustentabilidade é um ponto inescapável na atualidade. Para além do enfoque econômico e de defesa, pode a nova PMN ser também um instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável. Busca-se, por isso, na presente pesquisa sobre os rumos do debate acerca da atualização da PMN brasileira, verificar se a sustentabilidade está recebendo a atenção devida nos debates em curso no GTI. Uma vez que não é possível na atualidade, diante dos diversos

compromissos assumidos pelo Brasil na esfera internacional em favor da defesa do meio ambiente, pensar uma proposta de desenvolvimento, via exercício efetivo da jurisdição, plasmada em uma nova PMN, que não seja sustentável.

O enfoque das PMNs anteriores, de 1984 e 1994, é claramente de defesa e desenvolvimento. A proteção do meio ambiente, reflexo do debate inaugurado pela Conferência de Estocolmo de 1972, já aparece de forma tímida nesses textos, mas não se fala ainda em desenvolvimento sustentável. Surpreende, no entanto, que a PMN de 1994 limite-se apenas, em grande parte, a repetir o texto da PMN de 1984, momento em que o debate sobre desenvolvimento sustentável ainda não estava totalmente amadurecido. Tendo em vista que o relatório Brundtland é de 1987 e que a ECO 92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento) já pensa em termos de desenvolvimento sustentável, causa espanto perceber que esse discurso não tenha sido devidamente inserido e atualizado na PMN de 1994.

É compreensível que a proteção do meio ambiente não estivesse entre as prioridades do regime militar, governo que defendia um modelo autoritário de desenvolvimentismo, mas surpreende que após a democratização, a constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e os avanços da ECO-92, sintetizados na Carta da Terra e na Agenda 21, pudesse a PMN de 1994 seguir praticamente alheia a todo o debate ambiental e repetir os mesmos termos e enfoque da PMN do período ditatorial. Hoje, décadas depois, o vocabulário e os objetivos do desenvolvimento sustentável são inescapáveis. Na atual PMN, que está sendo gestada pelo GTI, essa atualização, que deve dar absoluta centralidade ao desenvolvimento sustentável, é fundamental. Para tanto, é muito importante a participação das organizações da sociedade civil nesse debate.

A nova PMN foi proposta pelo atual governo como uma política duradoura, que pode perdurar por até 30 anos e ser inclusive transformada em lei. Trata-se, portanto, de proposta que se coloca como política de Estado, muito mais do que política de um governo específico. Com a possível prorrogação, é possível inclusive que o

relatório final do GTI seja apresentado apenas no início de 2023, após as eleições presidenciais de 2022, que podem inclusive mudar completamente a correlação de forças políticas no país. Para atingir estatura de política de Estado, a nova PMN deve, portanto, passar pelo crivo do debate público, ser amplamente aceita e responder aos diversos anseios da sociedade, inclusive no que concerne à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

Causa preocupação, portanto, a forma como o debate vem sendo centralizado pelo GTI. O artigo 3º, § 3º, do Decreto nº 10.607/2021 prevê que o coordenador do GTI, no caso o Comando da Marinha, poderá convidar representantes de outros órgãos e entidades públicos e de instituições privadas e especialistas, para participar de suas reuniões, sem direito a voto. Ora, é evidente que o controle da participação da sociedade civil nos debates do GTI pelo Comando da Marinha pode não ser o mais adequado para garantir a participação social ampla e adequada que essa política merece, podendo levar inclusive a uma repetição do enfoque em defesa e desenvolvimento das PMNs anteriores. Seja qual for a posição do governo atual sobre questões ambientais, é importante em uma sociedade democrática a maior participação possível da sociedade civil no debate sobre a nova PMN, de modo a garantir e promover a atualização do texto também nesse nível, inserindo com a centralidade devida o conceito de desenvolvimento sustentável no texto legal em gestação. Apenas como participação da sociedade civil a nova PMN poderá elevar-se à estatura de política de Estado.

O objetivo deste artigo será, portanto, acompanhar os debates sobre a nova Política Marítima Nacional em curso no Grupo de Trabalho Interministerial instituído pelo Decreto 10.607/2021. Buscar-se-á verificar, valendo-se dos métodos analítico e empírico, a importância dada ao conceito de desenvolvimento sustentável nos debates em curso sobre o processo de reformulação da PMN. Para tanto, partir-se-á de um breve histórico do conceito, passa-se em seguida a uma análise da presença da temática ambiental nos PMNs anteriores de 1984 e 1994 e finalmente à análise desse debate nas atas do GTI.

Levanta-se a hipótese de que o controle da participação de representantes da sociedade civil nos debates do Grupo de Trabalho Interministerial pelo Comando da Marinha pode não ser o expediente mais adequado a garantir a ampla participação da sociedade civil no debate em curso. Nota-se, por isso mesmo, que há um risco real de que o relatório do Grupo de Trabalho Interministerial produza um texto muito centrado em um enfoque de defesa e desenvolvimento, deixando de lado o conceito de desenvolvimento sustentável, o que iria contra os anseios da sociedade como um todo. Espera-se que este artigo chame a atenção para a importância da inclusão do conceito de desenvolvimento sustentável nos debates da nova PMN, que devem ser abertos aos diversos setores da sociedade civil para refletir as legítimas preocupações da sociedade na atualidade.

1 - A política marítima nacional e a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), assinada em 1982 e, posteriormente ratificada seis anos depois em 1988, disserta e especifica conceitos de mar territorial, zona econômica exclusiva e plataforma continental (De Souza, 1999). Está definido pela CNUDM que a soberania do estado costeiro se estende além do seu território e das suas águas interiores a uma zona de mar adjacente definida como mar territorial, onde está incluído o espaço aéreo sobrejacente, o leito e o subsolo do mar.

O Brasil faz parte da convenção e firmou seu compromisso através do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990 (Oliveira & Leão, 2021), o país exerce dessa forma sua soberania de acordo com as normas internacionais estabelecidas pelo tratado e gere 5,7 milhões de km² de área oceânica, denominada Amazônia Azul. Nesse sentido, a Política Marítima Nacional representa a política do governo brasileiro para administrar o uso do espaço marítimo. Uma vez que a nova Política Marítima Nacional busca explorar recursos naturais e a vasta biodiversidade encontrada sob jurisdição brasileira e tendo em consideração a criação pelas Nações Unidas da década das ciências do

oceano para o desenvolvimento sustentável (2021 – 2030), queremos avaliar de que forma o desenvolvimento sustentável estará presente na reformulação da nova Política Marítima Nacional.

2 - O conceito de desenvolvimento sustentável

Com o aumento da frota de navegação, o ecossistema marinho vem passando por uma série de ameaças, no que seja ao tocante da grande quantidade de dejetos advindos dos navios, da introdução de espécies invasoras, poluição sonora, entre outras (Merrie et al., 2014). Tendo em consideração que as frotas de navegação representam uma atividade de extrema relevância a nível global, é necessário que esta atividade seja sustentável. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável é peça fundamental para as navegações internacionais, uma vez que o impacto desta é mundial. Nesse sentido, com o intuito de instaurar o desenvolvimento sustentável foi definida em 2015 pela ONU a Agenda de Desenvolvimento “Transformando o nosso Mundo: A Agenda de 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”. A Agenda 2030 é constituída por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) (Sciberras & Silva, 2018). A Agenda 2030 é um programa amplo e ambicioso que refere-se a vários aspectos do desenvolvimento sustentável (social, econômico, ambiental) e promove a paz, a justiça e instituições eficazes³. Apesar de os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável não se referirem explicitamente ao transporte marítimo, especialistas da ONU consideram o transporte marítimo um fator crítico para o para o sucesso de 8 objetivos e 11 metas, quer de forma direta ou indireta⁴. Sendo assim o desenvolvimento sustentável é um desafio global, mas que para melhores resultados, precisa ser administrado nacional ou regionalmente, o que aponta para a necessidade de uma PMN ecologicamente sustentável.

³ Objetivos de Desenvolvimento Sustentável - ONU Portugal. (n.d.). Retrieved March 3, 2022, from <https://unric.org/pt/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel/>

⁴ Novo relatório da ONU destaca ligação entre transporte marítimo e sustentabilidade - Nações Unidas - ONU Portugal. (n.d.). Retrieved March 6, 2022, from <https://unric.org/pt/novo-relatorio-da-onu-destaca-ligacao-entre-transporte-maritimo-e-sustentabilidade/>

A preocupação com o meio ambiente é algo que vem sendo difundido ao longo dos anos. Durante as últimas décadas a ONU tem promovido debates a respeito do clima e do meio ambiente tornando estas questões em pauta mundialmente. Primeiramente pode-se destacar a realização da conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento e Meio Ambiente Humano, ou Conferência de Estocolmo, realizada na Suécia em 1972. A Conferência foi um marco por se tratar de um primeiro encontro Internacional com representantes de 113 países para discutir os problemas ambientais (Ribeiro, 2001). A elaboração da Declaração de Estocolmo, com 26 princípios, e o início do diálogo entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos a respeito de ameaças advindas do crescimento econômico, tal como a poluição do ar, da água, dos oceanos e o bem-estar das pessoas no mundo foram resultados desta Conferência. O Plano de Ação realizado na Conferência continha três categorias: i) Avaliação Ambiental Global; ii) Atividades de gestão ambiental; iii) Medidas internacionais para apoio de as atividades de avaliação e gestão, sendo estas realizadas tanto a nível nacional quanto Internacional⁵. Contudo, um dos maiores resultados da conferência de Estocolmo foi a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

Após uma avaliação dos 10 anos da conferência de Estocolmo e com intuito de promover conferências a nível mundial para discutir o que havia sido proposto, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland, primeira-ministra da Noruega e Mansour Khalid. Em 1987, o relatório desta Comissão resultou no documento *Nosso Futuro Comum* (Our Common Future), também conhecido como Relatório Brundtland. Neste relatório foi apresentado um conceito que satisfizesse a necessidade de crescimento (ponto importante para os países em desenvolvimento), mas também considerasse a preocupação com o meio ambiente (agenda impulsionada principalmente pelos países desenvolvidos). Durante esta comissão, foi então apresentada pela

⁵ Carlisle, A. (1972). The United Nations Conference on The Human Environment Stockholm 1972. *The Forestry Chronicle*, 48(3), 118–118. <https://doi.org/10.5558/tfc48118-3>

primeira vez o conceito de desenvolvimento sustentável (Brundtland, 1987):

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades; significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

O conceito, portanto, baseia-se em uma ideia simples, porém difícil de alcançar: uni governos parceiros sociais e sociedade civil em prol de um meio ambiente saudável que garanta a qualidade de vida e ao mesmo tempo mantenha o nível de crescimento econômico (Beaudin, 1992).

Em 1992, 20 anos após a realização da conferência de Estocolmo, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio 92. Esta conferência global uniu líderes políticos diplomatas cientistas representantes da mídia e de organizações não governamentais de 179 países com o intuito de focar no impacto das atividades socioeconômicas no meio ambiente. A Rio 92 serviu para mostrar que o desenvolvimento sustentável era um objetivo possível para todos, independentemente de serem a nível local, nacional, regional ou internacional, além de abordar sobre a importância do equilíbrio entre as necessidades sociais econômicas e ambientais a fim de salvaguardar as necessidades da vida humana no planeta. Também resultado desta Conferência foi a Agenda 21, um plano de ação de novas estratégias para investir no futuro objetivando alcançar o Desenvolvimento Sustentável no Século 21, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre as Florestas, as Convenção sobre Mudanças Climáticas, a Convenção da Diversidade Biológica (Beaudin, 1992).

Dez anos depois foi realizado em Johannesburgo, a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, também chamada de Rio +10. Este evento contou com representantes de 189 países e com

representantes de organizações não governamentais (NGOs). Ao contrário das outras Comissões, a Rio +10 não se limitou a falar apenas sobre a preservação do ambiente, mas também abordou aspectos sociais como por exemplo a redução de 50% do número de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza até 2015. Em termos ambientais os resultados não foram tão significativos, mas a Rio +10 distinguiu-se por tocar no que tange a problemas de globalização e detalhar um plano de implementação de forma a conduzir uma atitude global rumo a proteção ambiental e ao desenvolvimento sustentável (Diniz, 2002).

A conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável realizada em 2012, a Rio+20, marcou os 20 anos da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento Rio 92. As pautas principais abordadas pela conferência foram em relação ao compromisso dos Estados membros no que tange à: i) economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza e ii) estrutura institucional para o desenvolvimento sustentável⁶. Pela primeira vez foi redigido um documento político no qual continha medidas práticas e claras para implementação do desenvolvimento sustentável (Silva, 2012). Foi durante a Rio+20 que os estados membros iniciaram o processo para definir os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS).

Em setembro de 2015, durante a assembleia geral das Nações Unidas que ocorreu em Nova Iorque, foi elaborada a Agenda para o Desenvolvimento Sustentável 2030 e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Esta Agenda é um plano de ação para “pessoas, o planeta e a prosperidade” (ONU -Assembleia Geral das Nações Unidas, 2016). Neste documento contém 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas que abarcam as 3 dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e ambiental (PNUD, 2016). Esta agenda contou com a participação de 193 Estados-membros da Assembleia Geral da ONU na elaboração do documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, onde se comprometeram a tomar medidas e criar metas a nível nacional para a promoção do

⁶ Acompanhe-nos, A., Sustent, D., Ambiente, M., & Reuni, I. I. I. (2012). Sobre a Rio + 20. 19–21. http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20.html

desenvolvimento sustentável a serem atingidas nos próximos 15 anos(United Nations, 2018).

No Brasil a adequação da agenda de 2030 de desenvolvimento sustentável é tida como um aspecto desafiante a ser enfrentado nos próximos anos. Para tal, é necessária a adequação das metas globais as metas nacionais através de políticas públicas e das ações dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nos diferentes órgãos competentes, sejam eles ministérios, secretarias ou agências e monitoramento periódico. Para realizar articulação entre os índices federativos e a sociedade civil, foi criada em outubro de 2016 Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (Art. 1º, Decreto nº 8.892/2016):

Fica criada a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, subscrita pela República Federativa do Brasil.

Deste modo à Comissão teve a incumbência de elaborar um plano de ação para a implementação da Agenda 2030, procure estratégias instrumentos ações e programas para a implementação dos objetivos do desenvolvimento sustentável promover a articulação entre os órgãos e entidades competentes e acompanhar o desenvolvimento dos objetivos propostos (Decreto nº 8.892/2016). Contudo em abril de 2019, apenas 3 anos depois de sua criação, a comissão nacional para fomentar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil, foi extinta pelo Decreto nº 9.759. Este decreto revogou o Decreto nº 8.243/2014, quando foi instituída a Política Nacional de Participação Social, afetando a participação cidadã na elaboração e implementação de políticas públicas no país⁷.

É de se destacar que antes da sua IX extinção, a Comissão Nacional para os ODS , Elaborou um plano de ação a ser executado

⁷ 2030, g. De t. Da s. Ci. Para a a. (2019). Nota de repúdio ao desmonte do sistema de governança dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ods) no brasil. <https://gtagenda2030.Org.Br/relatorio-luz/relatorio-luz-2019/>.

entre 2017 a 2019 no qual previa a disseminação da Agenda 2030, através da comunicação e mobilização; a internalização, com a Agenda 2030 Brasil e territorialização, Além do acompanhamento e monitoramento deste plano. ao final do período também foi publicado um relatório de atividades no qual apresentavam desafios, oportunidades e ameaças para a implementação da Agenda 2030 no Brasil. Infelizmente devido à falta de coordenação nacional pelo governo federal um relatório manifestado pela sociedade civil: V Relatório Luz da Sociedade Civil Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, publicado em 2021, retrata o distanciamento do país em relação aos objetivos propostos pela Agenda 2030. Este relatório foi elaborado com o auxílio de 106 especialistas de diferentes áreas e que analisaram os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e as suas 169 metas, onde apontam (Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para Agenda 2030, 2020)

A destruição de direitos sociais, ambientais e econômicos, além de direitos civis e políticos, arduamente construídos nas últimas décadas, fica patente nas 92 metas (54,4%) em retrocesso; 27 (16%) estagnadas; 21 (12,4%) ameaçadas; 13 (7,7%) em progresso insuficiente; e 15 (8,9%) que não dispõem de informação.

Nota-se que o acordo estabelecido pelo Brasil, juntamente com outras nas ações na Agenda 2030, bem como as preocupações com o meio ambiente e neste caso, especificamente, com o desenvolvimento sustentável não são prioridades do atual governo. Diante desse quadro desolador, o presente artigo busca compreender de que forma esse conceito tão importante, nomeadamente o de desenvolvimento sustentável, será tratado no processo de reformulação da nova Política Marítima Nacional. Espera-se que eventuais desconfianças do governo atual em relação à temática ambiental não o impeçam de inserir o desenvolvimento sustentável no centro da nova PMN.

3 - As PMNS de 1984 e 1994 e a sustentabilidade

Em 25 de janeiro de 1984, já no final da ditadura militar, o general Figueiredo institui a Política Marítima Nacional brasileira

através do Decreto nº 89.331⁸. A introdução do decreto traz como finalidade orientar o desenvolvimento das atividades marítimas do país, de forma integrada e harmônica, visando à utilização efetiva, racional e plena dos mares e hidrovias interiores. Para efeitos do decreto, atividades marítimas incluem também, para além das realizadas no mar, aquelas desenvolvidas em rios e lagos navegáveis. Foi criada a CoMaNa - Comissão Marítima Nacional, extinta em 1993 pelo Decreto 867 - que deveria apreciar as políticas dos diversos ministérios regidas pela PMN. A PMN, por sua vez, deveria estar em harmonia com os atos internacionais, as diretrizes da presidência e as Políticas Nacionais de Desenvolvimento e de Segurança, devendo ter suas atualizações anuais aprovadas pelo Presidente da República.

Após uma breve introdução, o decreto trazia de forma sucinta os fatores condicionantes da PMN, seus objetivos e as ações a realizar - separadas estas últimas em diversos campos de atuação: relações internacionais; transportes aquaviários; construção naval; pesquisa e desenvolvimento; recursos do mar; pessoal; segurança; diversos. Por fim, a parte mais extensa do decreto era a tabela ao final que relacionava as ações a realizar aos diversos objetivos e ministérios responsáveis por sua consecução.

Entre os objetivos listados, em um total de 14, dois chamam nossa atenção. O objetivo “8 - Proteção do meio ambiente, nas áreas em que se desenvolvem atividades marítimas” e o objetivo “10 - Privatização de atividades marítimas, sempre que a iniciativa privada demonstrar capacidade para assumi-las e sua manutenção pelo Estado não for imperativo de Segurança Nacional ou obrigação decorrente de ato internacional”. Notamos que já aparece nesse primeira PMN uma primeira preocupação com a temática do meio ambiente, mas não se fala ainda em desenvolvimento sustentável - até porque esse conceito estava ainda em vias de conformação. Apesar da referência aos atos internacionais, fica claro que a PMN estava subordinada ao Executivo e deveria estar em harmonia com as Políticas Nacionais de Desenvolvimento e Segurança. Embora se fale em proteção do meio

⁸ BRASIL. DECRETO Nº 89.331, DE 25 DE JANEIRO DE 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d89331.htm>. Consultado em 06/03/2021.

ambiente, fica esse objetivo claramente submetido aos imperativos do desenvolvimentismo autoritário e dos imperativos de segurança nacional. Por outro lado, embora a tônica econômica do regime seja intervencionista, abre-se espaço para privatização de atividades marítimas, o que se tornará uma tendência no período posterior à democratização.

Observando-se a tabela com as diversas ações e respectivos ministérios envolvidos ao final do decreto, fica bastante claro que a proteção do meio ambiente não é um objetivo principal da PMN de 1984. Apenas uma ação listada se relaciona ao objetivo “8 - Proteção do meio ambiente, nas áreas em que se desenvolvem atividades marítimas”. Trata-se de uma ação relacionada ao campo de atuação “pesquisa e desenvolvimento”, assim descrita: “Promover a elaboração e o estabelecimento de normas e padrões relativos ao restabelecimento ou à preservação do meio ambiente nas áreas em que se desenvolvam as atividades marítimas”. Outro objetivo bastante esquecido e que tem também apenas uma ação a ele relacionada é o objetivo “13 - Projeção de imagem favorável do País no exterior, em apoio à ação diplomática brasileira”. O que reflete a desconfiança do regime militar em relação a diversos campos do debate internacional, sobretudo no que se referia à proteção de direitos humanos, não proliferação de armas nucleares e discussão ambiental.

Os objetivos mais privilegiados em termos de quantidade de ações a eles relacionados na PMN de 1984 são os objetivos: “3 - Pesquisa e desenvolvimento de tecnologia nacional, no campo das atividades marítimas” (18 ações); “1 - Desenvolvimento de uma mentalidade marítima nacional” (12); “5 - Produção, no País, de navios, embarcações, equipamentos e material específico, relacionados com o desenvolvimento das atividades marítimas e com a defesa dos interesses marítimos do País” (10); “9 - Formação, valorização e aproveitamento racional dos recursos humanos necessários às atividades marítimas” (10); e “7 Otimização do transporte hidroviário no comércio interno e externo” (9). Nota-se que o grande destaque cabe à pesquisa e desenvolvimento de tecnologia nacional, um imperativo que remete às duas grandes preocupações do regime: desenvolvimento

via substituição de importações e defesa da soberania - segurança nacional.

Em 1994, no governo Itamar Franco, quando da publicação do Decreto 1.265⁹, que aprovava uma nova Política Marítima Nacional, a situação do país e o debate sobre meio ambiente já tinham progredido bastante. O Brasil havia passado por um processo de democratização e produzido uma nova Constituição em 1988 que dava atenção inédita à temática ambiental. No plano internacional, o conceito de desenvolvimento sustentável estava completamente estabelecido, tendo sido um dos conceitos norteadores do debate da ECO 92 realizada no Rio de Janeiro. Seria legítimo esperar que esse progresso acumulado se traduzisse também na promulgação de uma PMN sintonizada com o desenvolvimento sustentável. A PMN de 1994, ainda em vigor, surpreende justamente por não trazer em seu bojo essa preocupação ambiental tão característica da época. O novo texto, embora um pouco mais extenso, limita-se em grande parte a reproduzir o texto de 1984, como se fosse uma mera versão estendida da versão anterior.

A PMN de 1994 tem uma estrutura idêntica a do decreto de 1984. Após uma breve introdução, temos a apresentação sucinta dos fatores condicionantes da PMN, relação dos objetivos a alcançar e a lista de ações a realizar, por fim a tabela relacionando ações e ministérios responsáveis. As ações são associadas a "assuntos principais": relações internacionais; transporte aquaviário; construção naval; pesquisa e desenvolvimento; recursos do mar; pessoal; e segurança. Esses assuntos principais correspondem quase exatamente aos "campos de atuação" da política anterior. As similaridades não param por aí, a nova política tem, descontado algumas alterações mínimas de redação, os mesmo objetivos da anterior. A única novidade se relaciona à inclusão ao final de um anexo com uma lista de encargos específicos de cada Ministério. Ou seja, 10 anos depois se tem ainda os mesmos problemas e objetivos.

⁹BRASIL. DECRETO Nº 1.265, DE 11 DE OUTUBRO DE 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1265.htm#:~:text=D1265&text=DECRETO%20N%C2%BA%201.265%2C%20DE%2011,IV%20e%20VI%20do%20art.>. Consultado em 06/03/2021.

Como se pode imaginar, outro ponto que não avançou muito nesse processo de atualização foi a preocupação com a proteção do meio ambiente. O texto é reformulado sem levar em conta os avanços do debate em torno da discussão em torno do conceito de desenvolvimento sustentável. Essa falta de atualização fica bem clara no “capítulo 3 - ações a realizar”, que traz a tabela que relaciona ações, objetivos e ministério responsável. Mais uma vez o objetivo com maior número de ações a ele relacionadas é o objetivo “3 - Independência tecnológica nacional, no campo das atividades marítimas” (16 ações). O objetivo “8 - Proteção do meio ambiente, nas áreas em que se desenvolvem atividades marítimas” segue entre os menos privilegiados, tendo apenas duas ações a ele relacionadas: “Desenvolver atividades de conservação dos recursos hídricos e fiscalização contra a degradação ou o uso predatório desses recursos” - em transporte aquaviário; e “Promover a elaboração e o estabelecimento de normas e padrões relativos ao restabelecimento ou à preservação do meio ambiente nas áreas em que se desenvolvem as atividades marítimas” - em pesquisa e desenvolvimento. Sendo que a segunda ação é apenas uma reprodução idêntica do documento anterior.

Perdendo para o objetivo 8, nessa métrica, temos apenas os objetivos “10 - Privatização de atividades marítimas, sempre que a sua manutenção pelo Estado não constituir em imperativo estratégico ou se Segurança Nacional” e “13 - Imagem favorável do País no exterior, em apoio à ação diplomática brasileira”, com apenas uma ação relacionada a cada um deles. Tem-se a impressão de que o texto da nova PMN de 1994, basicamente uma cópia do texto de 1984, sequer correspondia à realidade política brasileira dos anos 1990. Levando-se em conta o profundo processo de privatizações vivido nesse período, que tem como um de seus marcos a Lei 8630¹⁰, a famosa Lei de Modernização dos Portos de 1993, e o imenso esforço do governo brasileiro para integrar-se aos regimes internacionais de proteção de direitos humanos, proteção do meio ambiente e de não proliferação de armas nucleares, revertendo posturas soberanistas do regime anterior, percebe-se,

¹⁰BRASIL. LEI Nº 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm>. Consultado em 06/03/2021.

portanto, que o texto da PMN 1994 não estava defasado apenas com o que seria a realidade brasileira presente e futura em termos de política para meio ambiente, mas também com outras políticas importantes como a econômica e exterior. É como se a PMN de 1994 já nascesse desatualizada e descompassada com a realidade dos anos 1990.

Fazendo essa comparação entre os textos de 1984 e 1994 e levando-se em conta as mudanças em curso no país, fica evidente que a simples reformulação superficial do texto de 1984, escrito sobre os auspícios de um governo preocupado apenas com desenvolvimentismo e segurança nacional - no caso, o regime militar -, não correspondia mais às necessidades e à realidade do setor marítimo nacional nos anos 1990, após o processo de redemocratização. A PMN de 1994 não perdeu apenas a oportunidade de atualizar-se em termos da evolução do debate em torno do conceito de desenvolvimento sustentável, mas ignorou também mudanças importantes em curso em domínios como o da economia e da política externa. Esse texto, que já nasce desatualizado em sua estrutura, terminologia e objetivos, sobreviveu até o presente. Uma nova reformulação da PMN na atualidade, como se nota, não pode se limitar a repetir pontos de vistas e objetivos do passado, sob risco de nascer também caduca.

4 - As expectativas da sociedade e o GTI - análise das atas das reuniões

A proposta de reformulação da PMN levanta uma série de expectativas da sociedade. Espera-se que a nova política tenha um olhar sistêmico e integrado e que possa promover o desenvolvimento da atividade marítima nacional, ajudando a modernizar a infraestrutura portuária, gerar empregos e atrair investimentos. O desenvolvimento econômico deve, em todo caso, se dar por meio da exploração sustentável dos Oceanos, de onde a importância de se incluir de forma central o conceito de desenvolvimento sustentável no interior da nova PMN, garantindo-se sustentabilidade econômica, social e ambiental.

Entende-se que a participação da sociedade na elaboração da nova PMN é importante para garantir um texto comprometido com a proteção do meio ambiente. As universidades, sobretudo aquelas que

já desenvolvem pesquisas em Direito Marítimo e Portuário, podem ter uma participação decisiva nessa reformulação. Poder-se-ia citar ainda uma série de outras temáticas, mais ou menos polêmicas, que se ligam direta ou indiretamente ao processo de reformulação da PMN e que exigem participação da sociedade civil para devido debate, tais como: a Década dos Oceanos; o Projeto BR do Mar; as propostas de desestatização das Companhias Docas; o Plano de Levantamento da Plataforma Continental; a Convenção do Trabalho Marítimo da Organização Internacional do Trabalho; a Discussão de um Código Marítimo Nacional; entre outras. A ampla participação de pesquisadores, advogados, empresários e trabalhadores do setor marítimo nesse processo em curso é fundamental para produção de uma PMN que possa responder a todas as expectativas e necessidades da sociedade brasileira.

São diversas as questões ligadas a PMN, optou-se nesse trabalho pelo debate específico em torno da questão da sustentabilidade em sua nova redação. Para melhor compreender esse tópico e o modo como vem sendo enfrentado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, passa-se a seguir ao estudo das atas das reuniões realizadas até o momento.

Como se sabe, a reformulação da PMN brasileira passa na atualidade principalmente pelos debates no interior do Grupo de Trabalho Interministerial criado pelo Decreto 10.607/2021. Esse fórum não é totalmente transparente¹¹, pode-se acompanhar, em linhas muito gerais, os caminhos seguidos nesse processo através das atas muito sucintas liberadas pelo GTI mensalmente no site da Marinha¹². Até o mês de fevereiro de 2022 tinham sido liberadas 8 atas de reuniões do GTI, cobrindo o período de maio a dezembro de 2021. A participação

¹¹Um exemplo dessa falta de transparência: quando iniciada essa pesquisa em junho de 2021, as atas de reuniões do GTI não estavam ainda disponíveis no site da marinha. Foi preciso fazer um pedido em agosto, valendo-se dos direitos garantidos pela Lei de Acesso à Informação, para conseguir a disponibilização das atas no site da Marinha (<https://www.marinha.mil.br/politica-maritima-nacional>). As atas têm sido publicadas regularmente desde então.

¹²Todas as atas de reuniões do GTI estão disponíveis no site da Marinha. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/politica-maritima-nacional>>. Consultado em 06/03/2021.

da sociedade civil nesse fórum é, infelizmente, bastante regulada e limitada. O controle da participação de representantes da sociedade civil nos debates do Grupo de Trabalho Interministerial pelo Comando da Marinha pode não ser o expediente mais adequado a garantir a ampla participação da sociedade civil no debate em curso

Como dito anteriormente, o GTI é composto por representantes de diversos ministérios, sendo coordenado pelo Comando da Marinha. Sua primeira reunião ocorreu em 26 de maio de 2021, o grupo tem o prazo de um ano, prorrogável por igual período para encaminhar seu relatório final ao Ministério da Defesa. A própria coordenação e organização do grupo, coordenado pelo Comando da Marinha, aponta para a centralidade de temas como defesa e desenvolvimento. Nosso objetivo nesse tópico é buscar compreender como a temática do desenvolvimento sustentável, dimensão importante e conceito fundamental na atualidade, aparece e insere-se nos debates do GTI-faremos para tanto a análise das atas de suas reuniões disponíveis no site da Marinha.

Na primeira reunião em maio de 2021 o GTI se colocou o desafio de reformular a PMN de 1994 e de escrever um texto que apresentasse uma visão de futuro para as próximas três décadas. Dado muito positivo, desde a primeira reunião, os membros do GTI destacaram o contexto em que a nova PMN é escrita, citando-se a Década dos Oceanos. Decide-se também pela comparação de nossa PMN com PMNs de outros países e pela criação e manutenção de página na internet para divulgar as atividades do grupo¹³. Desde a primeira reunião é apresentada “demanda por participação das reuniões por outros entes públicos e privados como convidados pelo Coordenador desse GTI e a participação social do público em geral”. O que demonstra certo grau de abertura dos membros do grupo a um diálogo mais significativo com a sociedade civil, embora mediante o filtro do “convite” pelo Comando da Marinha. Deixa-se, no entanto, para a segunda reunião, o importante debate sobre a “melhor ‘forma’, melhor ‘instrumento’, melhor momento e forma de inclusão da ‘participação social’”.

¹³ Idem.

A segunda reunião do GTI ocorre em 29 de junho de 2021. Continua-se o estudo comparativo de políticas vigentes ao redor do mundo e decide-se pela apresentação do texto à presidência na forma de decreto, afirmando-se que caso a política formulada tenha conteúdo próprio de lei, bastariam pequenos ajustes do texto. Essa observação é bastante importante, pois mostra que o GTI tem ambições de escrever uma política que poderia inclusive extrapolar o âmbito administrativo e tornar-se uma proposta de lei para o setor marítimo. Fica decidida redação de uma minuta e sumário para o texto, além da diretiva no sentido de disponibilizar as principais informações sobre o trabalho do GTI no site da Matinha – citado anteriormente.

Na terceira reunião em 28 de julho de 2021 são estabelecidos os campos macros da minuta da nova PMN, que seriam: Objetivos; definições; princípios; diretrizes e coordenação. Nota-se que essa estrutura difere daquela da PMN de 1984 e copiada pela PMN de 1994 (introdução; fatores condicionantes; objetivos; ações a realizar), o que é talvez um sinal positivo e que aponta no sentido de uma verdadeira reformulação. Chama a atenção o abandono do bloco “ações a realizar”, presente nas PMNs anteriores. A nova PMN se quer principiológica e perene, não se satisfazendo mais com ser apenas uma lista de ações a realizar. Em vez de ações específicas, têm-se diretrizes - o que pode garantir uma maior sobrevida e adaptabilidade do texto aos desafios futuros. Outro ponto positivo, o GTI propõe que sejam fixados indicadores de avaliação de desempenho, de modo a avaliar o cumprimento dos objetivos, algo que parece ter faltado na PMN de 1994, após a extinção da CoMaNa. Ficou decidido que os três primeiros capítulos do texto seriam: Contexto; Objeto; e Definições.

A quarta reunião ocorre em 25 de agosto de 2021, estabelece-se o sumário, decide-se que o texto reformulado não deverá conter a expressão “Nova Política Marítima Nacional”. Os fatores condicionantes que originaram a necessidade de reformulação aparecerão na Exposição de Motivos e os compromissos internacionais do Brasil na parte de princípios. Não se especifica quais são esses compromissos, não se faz nenhuma referência direta à questão ambiental. É bastante preocupante notar que a única menção direta à questão ambiental até a quarta reunião se resume à

contextualização da reformulação no interior da Década dos Oceanos na primeira reunião. A ata se encerra com a menção de tratar nos capítulos IV e V de Princípios e Objetivos. Pedese ainda que o Ministério da Economia e Ministério do Trabalho e Previdência Social apresentem novos representantes para o GTI.

A quinta reunião é realizada na data de 21 de setembro de 2021. Consta na ata que foi aprovada a minuta 001 por unanimidade. Explica-se que o artigo 5º, das Definições, tinha também sido aprovado por unanimidade, mas que se deixou em aberto a definição do inciso X, justamente o artigo que trata do conceito de “sustentabilidade”, “o GTI entendeu que deveria permanecer em aberto por carecer de estudo mais aprofundado”. O que soa bastante preocupante, posto que o debate sobre o conceito de sustentabilidade é bastante antigo e o conceito bastante consolidado. Que tipo de estudo mais aprofundado seria necessário para estabelecer um conceito que já está profundamente consolidado? Bastaria, para tanto, retomar, por exemplo, a definição clássica de desenvolvimento sustentável do relatório Brundtland de 1987 - Nosso Futuro Comum (já citada anteriormente): “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades” e dialogar com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda estabelecida pela ONU para 2030. A ata, bastante lacônica, não deixa, no entanto, entrever quais seriam as dificuldades encontradas na definição de “sustentabilidade”. Dentro de uma lógica de interdição do retrocesso, imagina-se que o único caminho aberto aqui seria o de expandir o alcance e efeitos do conceito definido, jamais diminuí-lo.

Na quinta reunião ficou decidido também o texto do artigo 6, dos Princípios.

“Art. 6º São princípios que orientam a Política Marítima Nacional:

I – a soberania do Estado sobre seus espaços marítimos e meios marítimos;

II – os compromissos assumidos pelo Brasil em atos internacionais e a cooperação internacional, especialmente a regional, para uso pacífico das águas do Atlântico Sul;

- III – os direitos exclusivos do Brasil sobre os recursos de sua Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental;
- IV – o aproveitamento econômico racional dos recursos do mar visando à sustentabilidade;
- V – a cooperação entre entidades públicas e privadas para a consecução dos objetivos marítimos nacionais; e
- VI – a ordem e a segurança do mar.”

A soberania aparece como princípio número 1. Cita-se em seguida os compromissos internacionais assumidos pelo país. A palavra sustentabilidade aparece apenas no IV princípio, mas como não foi definido ainda seu conteúdo no artigo 5º, fica difícil compreender qual seria seu alcance.

Na sexta reunião, em 15 de outubro de 2021, definem-se os objetivos da PMN através de comparação com outras políticas de países que teriam realidade semelhante à brasileira. Fixa-se um total de 10 Objetivos Marítimos Nacionais, uma redução considerável, tendo-se em conta que as PMNs anteriores tiveram sempre 14 objetivos. A ata não traz quais seriam esses objetivos. Cita-se que, por uma sugestão do Ministério da Infraestrutura, o GTI aprovou, por unanimidade, a seguinte definição para o conceito de sustentabilidade (art. 5º, X): “X – Desenvolvimento sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade da vida da presente geração, **buscando garantir** as mesmas possibilidades às gerações futuras”. A definição, como era de se esperar, é bastante próxima daquela proposta no relatório Brundtland de 1987, citada há pouco. O texto sugerido parece retomar diretamente a definição presente no Decreto 6040/2007¹⁴, art. 3º, III, do governo Lula, que “Institui[u] a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”, que citamos a seguir: “Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, **garantindo** as

¹⁴BRASIL. DECRETO Nº 6.040, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Consultado em 06/03/2021.

mesmas possibilidades para as gerações futuras”. Note que a diferença entre os dois textos, de 2007 e 2021, é sutil, mas pode significar um menor compromisso com a questão ambiental, posto que se substituiu “garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras” por “buscando garantir”, o que pode dar margem a uma interpretação menos protetiva do meio ambiente.

A sétima reunião ocorre em 10 de novembro de 2021. Começa-se a debater o capítulo VI: “das Diretrizes para Implementação dos OMN”, a ata, de apenas uma página, não traz ainda quais seriam os 10 objetivos, já definidos, entretanto. Relata-se a sugestão por escrito de uma sugestão para alteração da definição de “Economia Azul”, não são dados maiores detalhes sobre o texto existente e sobre a possível alteração. Explica-se apenas que o conceito estaria sendo debatido pelo Grupo de Trabalho sobre o PIB do Mar.

A última ata resume a oitava reunião ocorrida em 8 de dezembro de 2021, não ainda atas reuniões realizadas em janeiro ou fevereiro de 2022, momento em que este artigo é finalizado. Na última ata disponível informa-se ao público sobre a confecção de nova portaria do Ministério da Defesa alterando a composição do GTI com a inclusão de novos representantes do Ministério do Trabalho e Previdência, Ministério da Economia, Ministério da Infraestrutura e Ministério das Relações Exteriores. A ata traz também, em uma tabela, que lembra muito a lógica das tabelas de ações a realizar das PMNs anteriores, a lista de objetivos e os principais órgãos diretamente ou indiretamente responsáveis pelas diretrizes.

OMN	PRINCIPAIS ÓRGÃOS DIRETAMENTE E INDIRETAMENTE RESPONSÁVEIS PELAS DIRETRIZES
Modal aquaviário na matriz de transporte.	MINFRA , MDR, MTP
Aproveitamento econômico de recursos vivos e não-vivos.	CIRM , MME, MAPA (SAP), MMA, ME
Parque industrial marítimo /desenvolvimento social e empregabilidade.	MINFRA , MDR, MCid, MTP, MMA, ME
Pesquisa científica marinha e marítima.	MCTI , MMA, SAP
Conservação da biodiversidade marinha e o uso racional.	MMA , SAP, MTP
Garantir a soberania no mar, defender a Amazônia Azul.	MB , MD
Segurança da navegação e das atividades desenvolvidas no mar e águas interiores.	MB , MINFRA
Difundir a mentalidade marítima.	CIRM , MCTI, <i>SecCom</i> , <i>MEC</i> , MCid
Atividades turísticas, sociais, esportivas, recreativas e culturais.	MTUR , MS, <i>SecCul</i> , <i>Esportes</i> , <i>SeCom</i>
Ator marítimo relevante nas relações exteriores.	MRE , MD, MINFRA, MTP

Nota-se que não há um objetivo específico que cite explicitamente meio ambiente ou sustentabilidade, fala-se apenas em "Conservação da biodiversidade marinha e o uso racional". Temas como desenvolvimento social, pesquisa científica, soberania e segurança estão entre os objetivos, que não se afastam muito dos antigos objetivos das PMNs anteriores.

Por fim, importante passo é dado no sentido de aumentar o diálogo com a sociedade, via proposição do evento: "Simpósio e Oficinas para a reformulação da PMN", com possibilidade de participação presencial e por videoconferência. Não há, por enquanto, nenhuma divulgação ou informações sobre esse evento na página do site da Marinha dedicado a informar sobre o processo de reformulação da PMN brasileira.

Conclusão

Neste artigo buscou-se acompanhar os primeiros meses de debate sobre a reformulação da Política Marítima Nacional conduzido pelo Grupo de Trabalho Interministerial coordenado pelo Comando da Marinha. A iniciativa de reformular a PMN brasileira é louvável, tendo em vista que o texto em vigor data de 1994, não correspondendo mais

à realidade do país. Como se percebe na pesquisa desenvolvida, o texto de 1994 limita-se em grande medida a reiterar a redação anterior de 1984. Embora a PMN de 1994 tenha sido escrita após o processo de redemocratização e enorme avanço no debate ambiental, seu texto ainda tem a mesma estrutura e preocupações do texto dos anos 1980: enorme concentração em temas como desenvolvimento e defesa, mas pouca atenção com a temática ambiental. Perdeu-se, na reformulação dos anos 1990, a possibilidade de inserir o debate em torno do conceito de desenvolvimento sustentável no texto ainda em vigor.

A inserção da sustentabilidade em posição de destaque dentro da nova PMN é uma necessidade urgente e inadiável, buscou-se por isso, no presente artigo, compreender de que forma a questão vem sendo abordada nas reuniões do GTI criado pelo Decreto 10.607/2021. Nota-se que a participação da sociedade civil nos debates é bastante limitada e controlada, a divulgação de informações sobre o andamento da redação da proposta de PMN também não é totalmente satisfatória. Conclui-se que o controle da participação de representantes da sociedade civil nos debates do Grupo de Trabalho Interministerial pelo Comando da Marinha pode não ser o expediente mais adequado a garantir a ampla participação da sociedade civil no debate em curso, havendo um risco real de que o relatório do Grupo de Trabalho Interministerial produza novamente um texto muito centrado em um enfoque de defesa e desenvolvimento, deixando de lado o conceito de desenvolvimento sustentável, o que iria contra os anseios da sociedade como um todo. Isso fica claro quando de lê as atas do GTI. Verifica-se que um dos temas que mais levantou discussão no grupo foi justamente o definição de sustentabilidade. Essa definição, que se encontra no artigo 5º, X, do texto em redação, não pode ser encerrada na quinta reunião por conta de divergências entre os membros do GTI sobre sua definição e alcance. Tendo em vista a desconfiança do Executivo com a temática ambiental, essa discussão em torno de um conceito tão consolidado não levanta surpresa, mas sim preocupação.

Após "estudo mais aprofundado", por iniciativa do Ministério da Infraestrutura, chega-se a uma definição para sustentabilidade. A Definição sugerida é uma cópia do artigo 3º, III, do Decreto 6040/2007, mas o texto foi ligeiramente alterado. Em vez de definir

Desenvolvimento Sustentável como "o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras", trocou-se o "garantindo" por "buscando garantir". Alteração sutil, mas preocupante, pois sinaliza para um menor compromisso com a questão ambiental e dá margem a uma interpretação menos protetiva do meio ambiente.

O melhor remédio contra o enfraquecimento do conceito de sustentabilidade no novo texto da PMN, que se quer uma política pública para os próximos 30 anos, é certamente a maior participação da sociedade civil no debate do GTI. Pesquisadores, advogados, empresários e trabalhadores do setor marítimo têm uma grande contribuição a dar nesse processo. Aumentar o diálogo com a sociedade parece ser o melhor caminho para garantir um PMN economicamente eficiente e ecologicamente sustentável. A criação do evento "Simpósio e Oficinas para a reformulação da PMN", com possibilidade de participação presencial e por videoconferência do público em geral, é um primeiro passo nesse sentido, mas é preciso ir além. A sociedade precisa participar ativamente do processo e não ser apenas informada de seus resultados.

Referências

- Beaudin, I. (1992). O Desenvolvimento Sustentável na Geração Brundtland: Um Conceito Mediado por Sentidos Compartilhados. *TrajEthos*, 3(2), 51–63.
- Brundtland, G. H. (1987). Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future towards Sustainable Development. *World Commission and Development*, 1–300. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>
- De Souza, J. M. (1999). Mar territorial, zona econômica exclusiva ou plataforma continental? *Revista Brasileira de Geofísica*, 17(1), 66–82. <https://doi.org/10.1590/s0102-261x1999000100007>
- Diniz, E. M. (2002). Os resultados da Rio +10. *Geography Department, University of Sao Paulo*, 31–35. <https://doi.org/10.7154/rdg.2002.0015.0003>

- Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para Agenda 2030. (2020). *IV Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável*. www.gtagenda2030.org.br
- Merrie, A., Dunn, D. C., Metian, M., Boustany, A. M., Takei, Y., Elferink, A. O., Ota, Y., Christensen, V., Halpin, P. N., & Österblom, H. (2014). An ocean of surprises – Trends in human use, unexpected dynamics and governance challenges in areas beyond national jurisdiction. *Global Environmental Change*, 27(1), 19–31. <https://doi.org/10.1016/J.GLOENVCHA.2014.04.012>
- Oliveira, I. K., & leão, m. B. C. (2021). Mar sem fim: diversidade biológica e a proteção nacional e internacional dos oceanos / endless sea: biological diversity and the national and international protection of the oceans. *Brazilian journal of development*, 7(2), 16570–16590. <https://doi.org/10.34117/bjdv7n2-333>
- PNUD. (2016). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável / PNUD Brasil*. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>
- Ribeiro, W. C. (2001). A Ordem Ambiental Internacional. *Ed. Contexto*, 11, 176. [http://www.livrariacultura.com.br/scripts/resenha/resenha.asp?nitem=3069885&idlink=8787%5Chttp://books.google.com.br/books?id=FVz7k4TkEtYC&dq=Ribeiro Patrimonio Brasileiro&hl=pt-BR&source=gbs_similarbooks](http://www.livrariacultura.com.br/scripts/resenha/resenha.asp?nitem=3069885&idlink=8787%5Chttp://books.google.com.br/books?id=FVz7k4TkEtYC&dq=Ribeiro+Patrimonio+Brasileiro&hl=pt-BR&source=gbs_similarbooks)
- Sciberras, L., & Silva, J. R. (2018). The UN’s 2030 Agenda for sustainable development and the maritime transport domain: the role and challenges of IMO and its stakeholders through a grounded theory perspective. *WMU Journal of Maritime Affairs*, 17(3), 435–459. <https://doi.org/10.1007/s13437-018-0147-2>
- Silva, c. H. R. T. (2012). Rio+20: avaliação preliminar de resultados e perspectivas da conferência das nações unidas sobre desenvolvimento sustentável. In temas e agendas para o desenvolvimento sustentável - 2012 (p. 6). [Www.Senado.Gov.Br/senado/conleg/boletim_do_legislativo.html](http://www.senado.gov.br/senado/conleg/boletim_do_legislativo.html)
- United Nations. (2018). Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development. In *A New Era in Global Health*. <https://doi.org/10.1891/9780826190123.ap02>

Legislação:

BRASIL. DECRETO Nº 10.607, DE 22 DE JANEIRO DE 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/decreto/D10607.htm>. Consultado em 06/03/2021.

BRASIL. DECRETO Nº 89.331, DE 25 DE JANEIRO DE 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d89331.htm>. Consultado em 06/03/2021.

BRASIL. DECRETO Nº 1.265, DE 11 DE OUTUBRO DE 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1265.htm#:~:text=D1265&text=DECRETO%20N%C2%BA%201.265%2C%20DE%2011,IV%20e%20VI%20do%20art.>. Consultado em 06/03/2021.

BRASIL. LEI Nº 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm>. Consultado em 06/03/2021.

BRASIL. DECRETO Nº 6.040, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Consultado em 06/03/2021.

Página do Site da Marinha dedicado à reformulação da PMN: <<https://www.marinha.mil.br/politica-maritima-nacional>>. Consultado em 06/03/2021.