COSMOPOLITAN LAW JOURNAL

VOLUME 1, NÚMERO 1, DEZEMBRO 2013

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Conselho Editorial

Profa. Dra. Andrea Pacífico
Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira
Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão

Editor Gerente

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Editor

Prof. Me. Rodrigo Bastos Raposo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)

Conselho Permanente de Revisores

Profa. Dra. Andrea Pacífico
Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Me. André Bezerra Meireles
Universidade Estadual do Maranhão

Profa. Ma. Carolina de Abreu Batista Claro
Universidade de São Paulo (doutoranda)

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira
Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Nitish Monebhurrun
Centro Universitário de Brasília

Profa. Ma. Patrícia Loureiro
Universidade Federal de Santa Catarina (doutoranda)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 5

ARTIGOS AVALIADOS 7

HUMAN TRAFFICKING AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: A BRAZILIAN PERSPECTIVE (Rafaela Steffen G. da Rosa e Tatiana de Almeida F. R. Cardoso)..... 9

REFUGIADOS ECONÔMICOS E A QUESTÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO (Mônica Teresa Costa Sousa e Leonardo Valles Bento) 25

ARTIGOS CONVIDADOS 49

DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO (Marilda Rosado de Sá Ribeiro) 51

O ESTADO, SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL (Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo) 77

O APORTE JURÍDICO DO DIREITO DOS REFUGIADOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS" (Carolina de Abreu Batista Claro) 95

A LEGITIMIDADE DE NORMAS INTERNACIONAIS NA TEORIA PURA DO DIREITO (Felipe Kern Moreira) 123

A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM REGIME AMBIENTAL INTERNACIONAL: O CASO DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS (Andrea M. C. Pacheco Pacífico).....165

RESENHAS DE DECISÕES 183

O CASO NADA VERSUS CONFEDERAÇÃO SUÍÇA: DECIDIDO PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS EM 12 DE SETEMBRO DE 2012 (Leonardo Feldman de Mattos)..... 185

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU E O CASO KADI: CONTROLE JUDICIAL DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA (Rodolfo Gomes Silva)..... 199

APRESENTAÇÃO

O Direito Internacional é um campo de férteis investigações. Seja no campo doutrinário, seja na investigação do impacto das decisões dos tribunais em sua prática, este ramo do Direito oferece inúmeras possibilidades à elaboração crítica e desafia a capacidade descritiva e preditiva das teorias jurídicas.

O trabalho do pesquisador no Direito é tentar perceber como funciona o sistema de normas que ele se propõe a estudar e como este sistema se articula com os demais, com os quais forma um todo destinado a regular - ao mesmo tempo em que reflete - a infinitude de relações humanas que se realizam sob a forma jurídica.

O Direito Internacional, em particular, é o campo em que a articulação dos sistemas assume particular relevo, seja considerando o ponto de vista dos publicistas, seja considerando o ponto de vista dos privatistas.

Se considerado a partir da visão do Direito Internacional Público, as preocupações se voltam para as relações entre os Estados, para os desafios e possibilidades inerentes ao conceito de soberania e às interações, nem sempre claras, nem sempre harmônicas, entre as normas que operam no plano chamado internacional e aquelas que se realizam dentro dos limites das fronteiras nacionais.

Se percebido do ponto de vista do Direito Internacional Privado, as questões mudam juntamente com a perspectiva. A soberania, por exemplo, deixa de ser uma esfinge e passa a ser percebida como um fato da vida. Do mesmo modo, os elementos que mais chamam a atenção passam a ser aqueles relacionados a interação entre sistemas jurídicos, envolvendo os temas clássicos da definição da competência internacional, a determinação da lei aplicável e a cooperação judiciária.

Dois modos de ver, duas perspectivas, um único fenômeno em toda a riqueza de suas manifestações, este é o objeto da presente publicação, cujo objetivo é submeter à apreciação crítica dos leitores as elaborações dos que estão procurando compreender e construir o Direito Internacional.

Sejam bem vindos e boa leitura.

ARTIGOS AVALIADOS

Esta seção é composta por artigos submetidos pelos autores à dupla revisão cega por pares.

HUMAN TRAFFICKING AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: A BRAZILIAN PERSPECTIVE

Tráfico de Seres Humanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma perspectiva Brasileira

Rafaela Steffen G. da Rosa[1]
Tatiana de Almeida F. R. Cardoso[2]

Summary: 1 Introduction. 2 The Prospects of Human Trafficking. 3 The trafficking of women: international and Brazilian anti-trafficking legislation. 4 Human trafficking as a human right violation: concept and scope. 5 Real necessities to effectively fight human trafficking. 6 Concluding Remarks. References.

Abstract: Human trafficking is one of the most problematic issues the international community has to fight against in the XXI century. It is related to the most heinous crimes against human beings, such as slavery and minors' prostitution just to name but a few, directly inflicting in violations of men's intrinsic rights. Therefore, at first, this paper aims in presenting the issue tracking the prospects both internationally and domestically, focusing in the Brazilian society reality. Subsequently, it reviews the existing laws that fight human trafficking, mainly exposing what obligations they set to nations, and also how Brazil is implementing such global prescriptions. Above and beyond, this article exposes how human trafficking and human rights relate, as a fundamental approach to understand why the fight against it is currently deemed so important. And, finally it set forth the real necessities to effectively stop it. For that matter, an expositive approach was performed, reviewing the existing literature and exploring Brazilian and international legislation on the matter.

Key-words: Human Trafficking, Human Rights, Brazil.

Resumo: O tráfico de seres humanos é um dos temas mais problemáticos que a comunidade internacional enfrenta no século XXI. O tema está relacionado à crimes de natureza hedionda, como escravidão e prostituição de menores, o que diretamente gera violações dos direitos mais intrínsecos do homem. Portanto, primeiramente, o presente artigo apresenta o problema desde uma perspectiva internacional, como também elucida o tema desde a ordem doméstica dos Estados, principalmente sob a perspectiva da sociedade brasileira. Na sequência, revisa os documentos relacionados ao tráfico humano, explicitando as obrigações que tais normas emanam aos países, bem como o modo em que o Brasil as está implementando. Não obstante, o texto também apresenta a forma em que o tráfico de pessoas e direitos humanos se relacionam, sendo este um aspecto fundamental para entender porque a luta contra este crime é considerada tão importante na atualidade. Por fim, delineia as reais necessidades para combater o tráfico. Para tanto, a forma expositiva foi adotada, revisando a literatura existente e explorando a legislação internacional e brasileira sobre o tema.

Palavras-Chave: Tráfico de Pessoas, Direitos Humanos, Brasil.

1 INTRODUCTION

Trafficking of human beings is one of the most globalized criminal businesses in the world today – one that almost no country is immune from. The people who fall victim of traffickers are treated as commodities by a transnational

[1] Master's in Laws at Tilburg University – The Netherlands. Researcher of the International Relations Center at UniRitter/RS. E-mail: rafaelasteffen@hotmail.com.
[2] Professor of Public and Private International Law at UniRitter/RS. Visiting Researcher at the University of Toronto – Canadá (2011). Ph.D Candidate and Master's in Law at Unisinos University (CAPES Scholarship); Specialist in International Law at UFRGS and in the English Language at Unilasalle/RS. E-mail: tatiana_freitas@uniritter.edu.ca.

criminal industry, whose profits have been found to be so high that are making criminals worldwide to move away from drug trafficking and turning themselves into this modern form of slavery trade. After all, human trafficking is one of the most lucrative criminal enterprises in the globe, making around 32 billion dollars a year.[3]

Its victims are subjected to different varieties of physical and mental abuse, being directly and indirectly exploited, what affects their fundamental rights and place them into one of the most vulnerable groups of human beings. Thus, taking this scenario into account, this work will work on the perception of human trafficking as a human right violation.

Not only that, in order to fight these situations, a few documents have been launched throughout the years in the international and domestic level. Hence, this paper will also try to determine the status of current anti-trafficking legislation, focusing chiefly in Brazil as it is one of the countries that is most affected by traffickers/trafficking, what leading to an investigation of the prospective and real necessities of fighting this crime in order to prevent its perpetuation in modern society.

2 THE PROSPECTS OF HUMAN TRAFFICKING

Historically, trafficking is connected to the enslavement of a human being, mainly due to human vulnerability. Traffickers normally take advantage and exploit the lack of "social access" of certain people. Its victims are subjected to some sort of physical or psychological abuse or coercion, either when they are recruited, during transport or even on while working.[4]

Human trafficking encompasses a wide variety of activities, from the usage of people as "manpower" for criminal purposes, such as smuggling or selling drugs and weapons, to the actual act of slavery, when people are used for forced labor in a home environment, construction sites or in rural areas, without ruling out one of its worst variations: prostitution.[5]

International concern for prevention of human trafficking for the purposes

---

[3] KONRAD, H. The OSCE and the Struggle against Human Trafficking: the Argument for a Comprehensive, Multi-Pronged Approach, 1 **Intercultural Hum. Rts. L. Rev.** 79, 2006, at 79.
[4] *Ibid*, at 81.
[5] PISCITELLI, A; VASCONCELOS, M. Gênero e trabalho no tráfico de pessoas - Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, 31 **Cadernos Pagu** 2, 2008, at 15-16.

of sexual exploitation has existed since the beginning of the twentieth century.[6] Despite the consensus that human trafficking is illegal and the existence of numerous international agreements and domestic laws prohibiting trafficking, a vibrant international market do exist for trafficking women and children into forced prostitution.[7] After all, these gender (women) and generation (children and adolescents) *locus* are the most emblematic and recurrent forms of sexual exploitation and violence of the modern society.[8]

According to the International Labor Organization (ILO), out of 2.4 million people that have been trafficked worldwide, approximately one million are subject of forcible sexual labor and 98% are women.[9] Thus, women emerge as one of the most exploited "class", evoking the gender aspect as one of the most relevant issues of modern society problems that need to be faced in order to protect and enforce human rights worldwide.

In Brazil, specifically, according to a national research dated of 2002, human trafficking is mainly related to prostitution, and 79% of lawsuits concern the trafficking of women, who are usually "sent" to countries like Netherlands, Spain, Italy, Switzerland, Germany and United States.[10]

Within Brazilian society, such problem is definitely related to their low social-economic development, what makes a bogus opportunity of a better life abroad made by human traffickers an attraction to women aged between 15-17 years old to be pulled into this type of transnational crime that violate the most intrinsic rights of any human being.[11]

---

[6] CHUANG, J. **Redirecting the Debate over Trafficking in Women**: Definitions, Paradigms, and Contexts, 11 HARV. HUM. RTS. J. 1998, at 65, 74-75.

[7] DANAILOVA-TRAINOR , G.; BELSER, P. Globalization and the Illicit Market for Human Trafficking: An Empirical Analysis of Supply and Demand 2 **Int'l Labor Office Working Papers** 53, 2006), available at http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_08193 1.pdf, at 3.

[8] NOGUEIRA NETO, W. **Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil:** Dimensão Jurídico-Social – Reflexões epistemológicas e questionamentos estratégicos, preliminares, CECRIA, Brasília, 2001,at 1.

[9] ILO, **Estatísticas de Trabalho Forçado**, available at www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/oit/relatorio/indicadores.pdf, at 1.

[10] LEAL, M L; LEAL, M. F. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial**: Relatório Nacional, CECRIA, Brasília, 2002, at 50-51; see also Annex I.

[11] LEAL, M L; LEAL, M. F. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial**: Relatório Nacional, CECRIA, Brasília, 2002, at 56.

3 THE TRAFFICKING OF WOMEN: INTERNATIONAL AND BRAZILIAN ANTI-TRAFFICKING LEGISLATION

The international laws that govern human trafficking emerged from the existing enslavement conventions dated from as early as 1926, where people were treated as a commodity that could be exchanged or sold for a certain amount of money or equivalent compensation.

The Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery for instance, connects the enslavement of a human being to the idea of property/possession, that is, to the notion of a person holding the rights of another that was considered nothing more than an object.[12] On the same token, to the ILO slavery is linked to the idea of forced labor, to which one did not present oneself voluntarily, being threatened or coerced to perform a specific activity that is profitable to another.[13]

Although women were not the focus of the definitions enlisted, it is imperative to note that human trafficking and enslavement are inherently related. It was only in the 1950s that slavery incorporated female human being to its core.[14] The Geneva Convention of 1956, while reaffirming such early and broad definitions, included as analogous forms of enslaving the servitude of women, forced marriage in exchange of an economic advantage to the family or third parties and even the selling of spouses by their husbands.[15]

It was only 50 years later that the international community decided to act, negotiating a treaty that would outline human trafficking as a specific category. According to the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, also known as the 'Palermo Convention', trafficking of persons is defined as

---

[12] INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORER YUGOSLAVIA, **Prosecutor *v.* Kunrac (case no. IT-96-23-T)**, merits of February 2001, available at: www.un.org/icty/foca/trialc2/judgment.

[13] ILO, **Convention on Forced or Obligatory Labor (no. 29)**, 1930 – and internationally binding since 1932.

[14] It is important to mention that the 1956 Convention treated women as one category, that is, it did not set out a framework for a specific race, as the Accord for the Repression of White Women Trafficking of 1904, or the International Convention for the Repression of White Women Trafficking of 1910, or the Convention for the Repression of Adult Women of 1933, which failed to prevent the crime (and the HR violation) as a whole. Besides, none of the above were signed by Brazil. See BIJOS, C. A Insuficiência das Ações Brasileiras no enfrentamento ao Trafico Internacional de Pessoas, **Revista do Mestrado de Direito**, Universidade Católica de Brasília, 2011, at 56.

[15] CASTILHO, E. **Tráfico de pessoas**: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, Ministério da Justiça, 2008, available at: http://www.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B41BB570D%2D356E%2D4534%2DA090%2D12F4E6F0A592%7D, at 7.

> [t]he recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.[16]

This convention is said to be the basis of human trafficking now-a-days, since it perfectly outlines the modern world as it includes sexual exploitation, a crime the victims are mostly women. In other words, it is the Palermo Convention that sets the present basis for crime prevention in the international arena. It is formed by a main treaty and two additional protocols: the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, also referred to as the 'Trafficking Protocol', and the other one being the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, the 'Smuggling Protocol'.

It is important to note that trafficking of human beings differs from smuggling. While in smuggling a person is knowingly consenting to cross national borders illegally, and the smuggler is only responsible for facilitating their transport, in trafficking in human beings it does not necessarily involves crossing internationally recognized borders. Moreover, trafficking includes an element of force, deception or coercion, and is carried out for the purpose of placing a person into involuntary servitude or an otherwise abusive situation.[17]

Thus, for the purposes of combating the trafficking of women in the international level, the Trafficking Protocol is the one to be underlined. It entered into force in 2003 and it had been signed by 117 countries (out of 147 parties).[18] The Protocol commits ratifying states to prevent and combat trafficking of persons, enacting laws and public policies in order to stop the practice of such crime, including

---

[16] UNITED NATIONS, **Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime**, 2000, art. 3 [hereinafter Protocol], available at http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final documents_2/convention_%20traffng.pdf; see also OFFICE TO MONITOR & COMBAT TRAFFICKING IN PERSONS, U.S. DEP'T OF STATE, TRAFFICKING IN PERSONS REPORT JUNE 2005, at 10, 12 (2005) (hereinafter TRAFFICKING IN PERSONS REPORT JUNE 2005], available at http://www.state.gov/documents/organization/47255.pdf

[17] KANICS, J.; REITER, G. **2000**: A Year of Significant Achievements in the Fight against Trafficking in Human Beings, Helsinki Monitor 2001, no. 2, at 114.

[18] UNITED NATIONS, **Status of The Protocol I of the Palermo Convention**, available at: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en

the promotion of cooperation among states with the aim of meeting its objectives.

It also stimulates the binding parties to protect and assist victims of trafficking by ensuring them denial of deportation whether there is a chance of risk to the trafficked person or its family; by considering temporary or permanent residency in exchange for testimony against alleged traffickers; and even by guaranteeing the rejection of charges of crimes such as prostitution and illegal immigration to the person.

Concerning the domestic level, Brazil has signed and ratified both the Palermo Convention (Decree no. 5.015[19]) and its Trafficking Protocol (Decree no 5.017[20]) on March 12th, 2004. However, it was only in 2009 that the domestic legislation was positively changed in order to materialize the international guidelines proposed in 2000, proscribing a specific and up-to-date criminal conduct.[21]

Law number 12.015[22] (dated of August 7th of 2009), refreshed the criminal code, giving an updated reading to articles 231 and 231-A. For instance, it was added 'sexual exploitation' to the core elements of the crime of *international* trafficking of persons. Not only that, it also broadened the crime to anyone who promotes, contributes or purchases a trafficked person, expanding the scope of application of the Brazilian criminal law.

The above-mentioned law made an important alteration on the *domestic* trafficking of individuals' area as well, since it turned a general criminal prescription of promoting and facilitating the handling of human beings to sexual exploitation into a very detailed offense, with several accumulative factors that worsen the penalties to the crime. For example, it adds that the abuse of youngsters, disabled or ill people increases the penalty in half, amounting up to 16 years of detention. Besides, it also increases the penalty to the same extent if the crime is committed by an ancestor, guardian, employer or anyone that is assumed by law to the duty of care, protection

---

[19] Brazil, **Decree no. 5.015/04**, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.

[20] Brazil, **Decree no. 5.017/04**, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm.

[21] It should be noted that in 2005 there was great change in the 1940 Brazilian Criminal Code that could be attributed to the International Conventions just ratified, outlining the human trafficking conduct and stipulating the minimum and maximum sentence kept by the 2009 reformulation. Conversely, the newest reform has brought more specific and detailed framework on sexual exploitation, being the reason why it is said that it has effectively applied domestically the international settings.

[22] Brazil, **Law No. 12.015/09**, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm

or surveillance of the person (what is rather common to this crime).

By means of the elucidated above, it seems clear that the national legislation is very restricting since it limits human trafficking to the sexual exploitation, markedly differing from what the international conventions have previously set out, as to broaden the scope of trafficking domestically in order to avoid the non-consensual *voyage* of individuals (mainly women and children).[23]

Nonetheless, since the trafficking of human being for those ends is the most committed crime within national boundaries, having a more restrictive codification does not seem very unwise. It actually works not only for punishing, but also for preventing the facilitation of sending women out of the country, when they are clearly being sent to work as prostitutes or to be forcibly abused.

Besides the legislation, it is important to mention the National Policy for Combating Human Trafficking (*Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*) and the National Plan of Combating Human Trafficking (*Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*). Although still to be fully implemented, both of these documents are public policies created by the Brazilian Executive Branch through Decrees number 5.948/2006 [24] and 6.347/2008 [25], respectively, in order to confront human trafficking in the long run, in the various plans of actions, including municipal, state and national, of the private and public sectors, bringing together governmental and civil society segments.

Despite of these public policies, a noticeable campaign that has been launched by the government's Human Rights Department, intending to prevent human trafficking and other sexual crimes, is a hotline to denounce abuses. Besides, it shall count with all sorts of campaigns intending to prevent such crime, punishing the perpetrators and creating a human trafficking victim support, following exactly what the International Treaty demanded its parties to do.

4 HUMAN TRAFFICKING AS A HUMAN RIGHT VIOLATION: CONCEPT AND SCOPE

[23] PISCITELLI, A; VASCONCELOS, M. Sobre armadilhas e cascas de banana: uma análise crítica da administração de justiça em temas associados aos Direitos Humanos - Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, 31 **Cadernos Pagu** 2, 2008, at 135.

24 Brazil, **Decreto nº. 5948/06**, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm

[25] Brazil, **Decree no. 6347/08**, available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6347.htm

It is important to regard that fighting human trafficking must not be seen only as a fight against organized crime. It is first and foremost a violation of human rights. It follows that trafficking in human beings is both a law enforcement issue and a human rights concern.[26] Both issues must be tackled together in order to have them rightly addressed.

Human trafficking violates the most essential rights of the human being, which are to be defined as the "minimum core of indispensable rights for proper life of any human being".[27] Such basic rights, as autonomy, liberty, independence, domain of ones' very own body, personality, among so many others, are intrinsic to human beings, being of an immensurable importance as they form the basis for living in community, chiefly after World War II – where the value of human life had almost no meaning.[28]

This is why it could be argued that human trafficking is a derogation of a basic human right, going through the main core of the first generation of rights that are to be inseparable of mankind: *freedom*.

Human traffickers use another human a mere mean, without permitting him/her to be the end in itself at the same time, inflicting directly in another's autonomy and choice.[29] Definitely, traffickers deprives (wo)man of using freedom, being clearly immoral and even irrational, as the respect to physical and moral integrity of a human being in his/her own life is corrupted by another, as it does not allow the person to be considered as one.[30]

On the same token, freedom also means the lack of opposition, in the sense of lacking external impediments of motion.[31] Freedom and dignity together work on the formation of fundamental rights, and should never be used as a limit to the point of opposition to another. Thus, through freedom (wo)men may achieve his/her dignity, being this the reason why it is the center of basic first generation of human rights. While violated by traffickers, the preservation of the right to freedom is

[26] KONRAD, H. The OSCE and the Struggle against Human Trafficking: the Argument for a Comprehensive, Multi-Pronged Approach, 1 **Intercultural Hum. Rts. L. Rev**. 79 2006, at 88.
[27] RAMOS, A. Direitos Humanos *in* **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2007, at 128-129.
[28] JANIS, M. **An Introduction to International Law**, New York, Aspen Publishers, 2003, at 65-66.
[29] KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**, São Paulo, Martin Claret, 2008, at 42.
[30] *Ibid*, at 124.
[31] HOBBES, T. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, Editora Martin Claret, 2002, at. 158

ignored as they simply obstruct the fulfillment of the person as a whole.[32]

Therefore, the contempt to a specific social group, such as women, is totally incompatible to the respect of human rights and the dignity of those human beings as they completely disregard the right to freedom. Many treaties recognize the connection existing among human trafficking and human rights violations in the sense explored above.

The Universal Declaration of Human Rights states that "everyone has the right to life, liberty and security of person (Article 3); no one shall be held in slavery of servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms (Article 4); no one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 5)". The fundamental individual right to life, liberty and security of person is also reflected in Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).[33]

The United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children was drafted specifically in relation to the concern that without a universal instrument trafficking victims, or those vulnerable to trafficking, will not be thoroughly protected, as their freedom would be targeted.[34] The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) explicitly prohibited "exploitation of prostitution of women" and "all forms of traffic of women" (Article 6), so that they could be free human beings.

Regionally (involving Brazil), the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women (Convention of Belém do Pará),[35] Chapter II, Article 3 provides for the right of women to be free from violence within both the public and private spheres, specifically listing "trafficking in persons" as a form of violence against women regardless of whether it involves the knowledge or acquiescence of state agents.

Domestically, the Brazilian National Policy Against Human Trafficking

---

[32] CACHAPUZ, M. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: Uma leitura orientada no Discurso Jurídico, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, at 107-108

[33] International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force on Mar. 23, 1976.

[34] ESQUIBEL, M. **Human Trafficking**: A Violation of Human Rights, A Universal Issue, The Florida State University, 2005, at 40.

[35] OAS, **Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women** ("Belem do Para"), Twenty-fourth regular session of the General Assembly to the Organization of American States, adopted at Belem do Para, Brazil, 06/09/94, entrered into force on 03/05/95.

and the Brazilian Ministry of Justice define trafficking as cause and consequence of a violation of human rights because it exploits a human being by degrading his/her dignity and by limiting the freedom to come and go.[36]

5 REAL NECESSITIES TO EFFECTIVELY FIGHT HUMAN TRAFFICKING

Recognition of trafficking in persons as a transnational crime is essential in combating human trafficking. Since trafficking is transnational in nature, combating the problem requires transnational legal responses.[37]

The status and protection of the victims in the fight against human trafficking deserve particular attention. For victims to be able to free themselves from relationships of violence and life contexts in which they are permanently threatened by violence, they need comprehensive social and economic support, but also legal assistance. Legalizing the status of a trafficked person is a crucial measure in order to effectively grant victims and witnesses' protection, and it is a prerequisite for support programs to reach them.[38]

The eradication of sex trafficking will require states, international organizations, and non-state actors to work collaboratively to address both the supply and demand factors that sustain the existence of a market for victims trafficked into forced prostitution.[39] In this sense, states could address such factors through domestic legislation, by encouraging and increasing the actions of non-state actors in the fight against sex trafficking – an action that might need the help of international organizations to succeed and to be copied to other countries.[40]

With regards to trafficking in persons as a severe violation of human rights, states should definitely implement programs that fund "comprehensive and compassionate" services for the victims of trafficking. These programs are necessary to treating victims with a minimum of dignity they deserve, but they are also helpful

---

[36] Brazil, **Plano Nacional de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas**, 8 jan 2008, at. 5. Available at: http://www.mj.gov.br/main.asp.

[37] ESQUIBEL, M. **Human Trafficking**: A Violation of Human Rights, A Universal Issue, The Florida State University, 2005, at 70.

[38] KONRAD,H. The OSCE and the Struggle against Human Trafficking: the Argument for a Comprehensive, Multi-Pronged Approach, 1 **Intercultural Hum. Rts. L. Rev**. 79 2006, at 82.

[39] DANAILOVA-TRAINOR , G.; BELSER, P. **Globalization and the Illicit Market for Human Trafficking**: An Empirical Analysis of Supply and Demand 2 (Int'l Labour Office, Working Paper No. 53, 2006), available at http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/ wcms_08193 1.pdf, at 3.

[40] FLOWE, M. The International Market for Trafficking in Persons for the Purpose of Sexual Exploitation: Analyzing Current Treatment of Supply and Demand, 35 **N.C.J. Int'l L. & Comp. Reg.** 669 2009-2010, at 682.

in establishing victim cooperation to the justice system, which is also essential for combating trafficking.

Deportation is still the norm in most parts of the world, which does nothing to diminish the traffic and instead makes the victims of trafficking less likely to report their situation and more dependent upon traffickers and pimps. This is an indispensable issue that needs to be addressed. Victims of trafficking are entitled to basic human rights, and due to that, efforts need to be made insure that these rights are no longer violated (also) by legal systems.[41] After all, there is a growing concern on the prejudice these victims suffer not only by society, but also from the judicial arena.

Another factor is the question of "invisibility of victims" who after testifying the existence of trafficking before the police or judges, are not granted any action for damages, compensation or social assistance. Only in case of a threat, protection is demanded, thus, the victims are seen as some utilitarian instruments for criminal proceedings.[42]

Prevention within the society seems to be vaguely addressed. As it is exemplified on the Appeal number 2004.81.00.001979-4, where the Federal Court stated the following:

> [w]e believe that the only possible prevention is the social one, that is, the expansion of the access to education and health, the increase of the access of women to the labor markets, greater control and surveillance on the border's regions, appliance of an immediate training of the authorities charged with the expedition of passports in order to provide clarification in personal interviews with women suspected of future prostitution. Other measures include the dissemination, through medias, of information that will help to prevent trafficking and will allow people to denounce the action; as well as the distribution of informative booklets regarding such matter, in order to advise the population.[43]

Therefore, it is important to take into account the security of the person who is involved, directly or indirectly, to the trafficking of human beings. Actions of prevention by states, international governmental organizations, and non-state actors in a conjugated work will best address the current situation of victims trafficked into

---

[41] ESQUIBEL, M. **Human Trafficking**: A Violation of Human Rights, A Universal Issue, The Florida State University, 2005, at 75.

[42] PISCITELLI, A; VASCONCELOS, M. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero - Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, 31 **Cadernos Pagu** 2, 2008, at 119.

[43] BRAZIL 5TH FEDERAL REAGIONAL TRIBUNAL (TRF5), **Apelação Criminal nº. 2004.81.00.001979-4 CE**, judgment of October 10th, 2006, 4th Chamber, Des. Ricardo Cesar M. Barreto presiding.

forced prostitution. Nonetheless, the enforcement of laws combating such practice is also included as a real necessity towards the acknowledgment of the crime, and there is a lot to do in both domestic and international arenas.

6 CONCLUDING REMARKS

It is imperative to acknowledge human trafficking as a critical human right violation worldwide. It derogated one of the core basic rights every human being has in itself and could not be separated from. Although, such crime has evolved in a way that is has become much harder to combat. According to the Ministry of Justice, there are almost 60 thousand people taken forcibly abroad every year in Brazil, and the United Nations estimates that number to reach 100 thousand. In addition, there are 241 routes acting currently within the country, making the struggle against such crime even more challenging.

There is no doubt that the problem must be addressed internationally in order for it to be effective domestically. However, even with the international treaties signed in 2000, it seems very difficult to address the problem equivalently in every country, and even in Brazil or for Brazilians that have suffered such human right violation.

Because of that we find imperative for the fight against human trafficking the stimulation of channels for victims to denounce either in their home countries or abroad the offence, and maybe even allowing to bring the traffickers to justice either in the country where they have acted or within the country where the victims are from, connecting the universal jurisdiction principle of international law to this types of violations, due to its hideous characteristics.

Universal jurisdiction is based on the view that a crime over which such jurisdiction may be exercised is of such gravity and magnitude that it warrants universal prosecution and repression[44]; or, the exercise of this jurisdiction does not amount to a breach of the principle of sovereign equality of States, nor does it lead to excessive interference in the internal affairs of the State where the crime has been perpetrated.[45] In this sense, every country where a victim of human trafficking denounce would be able to prosecute the perpetrator.

[44] Spain, Spanish National Court - **Audiencia Nacional**: Order, 4 Nov. 1988, (Legal Ground 2).
[45] Spain, Spanish National Court - **Audiencia nacional**: Order, 5 Nov. 1988, (Legal Ground 9), at 19-20.

In this sense, the transnationality of the crime of human trafficking, and more specifically, women trafficking, would get the attention it needs, in order to effectively fight this immense human right 'violator', and prevent more women to suffer from this loss of freedom.

REFERENCES

BIJOS, C. A Insuficiência das Ações Brasileiras no enfrentamento ao Trafico Internacional de Pessoas, **Revista do Mestrado de Direito**, Universidade Católica de Brasília, 2011.

BRASIL 5th FEDERAL REGIONAL TRIBUNAL (TRF5), **Apelação Criminal nº. 2004.81.00.001979-4 CE**, judgment of October 10th, 2006, 4th Chamber.

CACHAPUZ, M. **Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro**: Uma leitura orientada no Discurso Jurídico, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.

CASTILHO, E. Tráfico de pessoas – da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**, Ministério da Justiça, 2008.

CHUANG, J. Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms, and Contexts, 11 **Harvard Human Rights Journal**. 1998.

DANAILOVA-TRAINOR , G.; BELSER, P. Globalization and the Illicit Market for Human Trafficking: An Empirical Analysis of Supply and Demand, 2 **International Labor Office Working Papers** 53, 2006.

DANILENKO, G. **Law-making in the international community**, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

ESQUIBEL, M. **Human Trafficking**: A Violation of Human Rights, Florida State University, 2005.

FLOWE, M. The International Market for Trafficking in Persons for the Purpose of Sexual Exploitation: Analyzing Current Treatment of Supply and Demand, 35 **Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, 2009-2010.

HOBBES, T. **Leviatã ou Matéria**: Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil, Editora Martin Claret, 2002.

ILO, **Convention on Forced or Obligatory Labor (no. 29)**, 1930.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, **Prosecutor *v.* Kunrac** (case no. IT-96-23-T): merits, February 2001.

JANIS, M. **An Introduction to International Law**, New York, Aspen Publishers,

2003.

KANICS, J.; REITER, G. **2000**: A Year of Significant Achievements in the Fight against Trafficking in Human Beings, Helsinki Monitor 2001, no. 2.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**, São Paulo, Martin Claret, 2008.

KONRAD, H. The OSCE and the Struggle against Human Trafficking: the Argument for a Comprehensive, Multi-Pronged Approach, 1 **Intercultural Human Rights Law Review**, 2006.

LEAL, M L; LEAL, M. F. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial**: Relatório Nacional, CECRIA, Brasília, 2002.

NOGUEIRA NETO, W. **Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no Brasil:** Dimensão Jurídico-Social – Reflexões epistemológicas e questionamentos estratégicos, preliminares, CECRIA, Brasília, 2001.

OBSERVATORIO DE SEGURANÇA PÚBLICA, **Trafico de Pessoas e Exploração Sexual**, São Paulo. s/d. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/relatorios/trafico>. Acesso em: 18 dez., 2012.

OEA, **Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women** (Belém do Pará), 1994.

PISCITELLI, A; VASCONCELOS, M. Gênero e trabalho no tráfico de pessoa - Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, 31 **Cadernos Pagu**, 2008.

_____. Sobre armadilhas e cascas de banana: uma análise crítica da administração de justiça em temas associados aos Direitos Humanos - Dossiê: Gênero no Tráfico de Pessoas, 31 **Cadernos Pagu**, 2008.

RAMOS, A. Direitos Humanos *in* DIMOULIS, D. (coord.), **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**, São Paulo, Saraiva, 2007.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS, **Disque Denuncia Nacional**, 2003. Disponível em: <http://www1.direitoshumanos.gov.br/spdca/exploracao__sexual/Acoes_PPCAM/disque_denuncia>. Acesso em: 18 dez., 2012.

SPAIN. Spanish National Court - **Audiencia Nacional**: Order, 4 Nov. 1988, (Legal Ground 2).

_____. Spanish National Court - **Audiencia nacional**: Order, 5 Nov. 1988, (Legal Ground 9).

UNITED NATIONS, **Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime**, 2000.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights**, 1966.

REFUGIADOS ECONÔMICOS E A QUESTÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Economic refugees and the right to development

Mônica Teresa Costa Sousa[1]
Leonardo Valles Bento[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 Refugiados econômicos e a busca pelo direito ao desenvolvimento. 3 Caracterização do direito ao desenvolvimento. 4 A questão da titularidade e efetividade do direito ao desenvolvimento. 5 Considerações Finais. Referências.

Resumo: O artigo tem como objetivo central destacar a preocupante situação da categoria de indivíduos reconhecida como "refugiados econômicos" e a busca dessas pessoas pela efetivação do direito ao desenvolvimento. O texto apresenta a descrição do que se compreendepor refugiados econômicos.A essa categoria, normalmente, não é estendida, de maneira imediata, a clássica proteção do Estatuto do Refugiado de 1951, mas nem por isso tais indivíduos devem ficar à margem da proteção internacional,principalmente junto a um cenário de proteção dos direitos humanos. Considerando tal fato, tem-se a definição do direito ao desenvolvimento, o que de fato buscam os indivíduos enquadrados como refugiados econômicos. Porém, na busca da concretização deste direito, deparam-se com os problemas relacionados à efetivação e titularidade deles. Para elaboração deste texto, optou-se pelo método dedutivo, considerando a perspectiva geral, tal seja a caracterização do status de refugiados, para a delimitação da situação dos refugiados econômicos, valendo-se para tanto de referências bibliográficas e análise documental. Conclui-se que mesmo não estando albergados pela definição clássica de refugiados, os deslocados por questões econômicas merecem a proteção destacada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Refugiados econômicos – Direito ao desenvolvimento – Direitos Humanos

Abstract: This article aims to highlight the worrying situation of the category of individuals informally known as "economic refugees" and the quest of these people for the realization of the right to development. The text presents the definitions of the right to development, problems related to the effectiveness and ownership of this right and also the description of what is understood today, especially in the international system of human rights, to be an economic refugees, to whom are not extended the classical protection of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees.

Key-words: Economic Refugees – Right to development – Human Rights

1 INTRODUÇÃO

A movimentação internacional de pessoas não é um acontecimento recente, típico da modernidade. Desde sempre as pessoas se deslocam entre as fronteiras, pelos mais variados motivos: por necessidade econômica, para fugir de conflitos armados, porque sofrem perseguições ideológicas ou simplesmente porque querem.

E essa diversidade de motivos implica também uma diversidade de

[1] Doutora em Direito (UFSC). Professora dos cursos de graduação em pós-graduação em Direito da UFMA. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito e Desenvolvimento (UFMA). Avaliadora do INEP/MEC. mtcostasousa@uol.com.br
[2] Doutor em Direito (UFSC). Analista de Finanças e Controle da Controladoria Geral da União (CGU). Professor do curso de graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). vallesbento@gmail.com

proteção e controle, vez que os Estados são soberanos e decidem quem pode e quem não podem permanecer no interior de suas fronteiras.

Mudar de país já foi bem mais fácil. Hoje em dia, em razão das crises econômicas e particularmente da crise do Estado de Bem Estar, muitos países adotam leis de imigração e entrada mais restritivas, esquecendo-se dos compromissos internacionalmente assumidos.

Hoje não buscam segurança em outros países apenas pessoas que fogem dos efeitos da guerra ou que buscam proteção em razão de perseguição política. Muitos indivíduos buscam a realização de seus direitos mais básicos, buscam proteção em razão de colapsos ambientais ou simplesmente buscam melhor qualidade de vida. Em todas essas situações tem-se o ser humano que merece proteção interna e que em nível internacional deve contar com um sistema de reconhecimento dos direitos humanos. Os refugiados, hoje, não são apenas aqueles enquadrados na Convenção sobre o Status de Refugiado de 1951. São também os denominados refugiados ambientais e os refugiados econômicos, esta última a categoria objeto de análise neste artigo.

Os refugiados econômicos, embora não sejam formalmente reconhecidos como refugiados, buscam a implementação e a garantia do direito ao desenvolvimento, que pode ser enquadrado como a síntese dos direitos econômicos e sociais. Considerando-se desenvolvimento como um processo que vai além da garantia de renda e de consumo, o direito ao desenvolvimento passa a ser enquadrado como direito humano, a partir da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, de 1986, celebrada junto à Assembleia Geral das Nações Unidas.

É certo que o mero reconhecimento internacional não é suficiente para a efetivação deste direito, e também não significa que a simples transposição de fronteiras garante ao indivíduo a concretização do direito, mas o fato é que cada vez mais pessoas estão deixando seus locais de origem simplesmente porque em tais lugares não têm oportunidades de prover os mais básicos dos direitos.

O artigo apresenta, neste contexto, a caracterização desta categoria crescente – os refugiados econômicos – e as dificuldades encontradas para sua proteção ante o sistema internacional de garantia e de reconhecimento dos direitos humanos, considerando se é ou não cabível a determinação do termo "refugiados" e se deve ou não ser aplicada a Convenção de 1951 a estes casos.

Em um segundo momento, considerando que os refugiados econômicos

partem em busca da supressão de privações básicas, o texto se volta à caraterização do direito ao desenvolvimento, enquadrando-o como um direito humano e desta forma tomando parte no sistema internacional de proteção destes direitos.

Por fim, volta-se o texto às problemáticas encontradas para efetivação e garantia do direito ao desenvolvimento, passando pela dificuldade de reconhecimento formal em âmbito interno bem como pela questão da titularidade do mesmo. Conclui-se, ao final que mesmo não estando albergados pela definição clássica de refugiados, os deslocados por questões econômicas merecem a proteção destacada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

2 REFUGIADOS ECONÔMICOS E A BUSCA PELO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Não é atual a problemática envolvendo a movimentação internacional de pessoas. Os grandes fluxos migratórios ocorrem há séculos, com momentos de maior ou menor intensidade. Em períodos marcados por conflitos armados internacionais, como as duas Grandes Guerras Mundiais, certamente há uma intensificação do fluxo de pessoas. O mesmo se pode dizer em razão dos conflitos armados que não alcançam proporções internacionais, como as guerras civis, mas que infelizmente são capazes de levar um grande número de pessoas a deixar seus países de origem em busca de segurança.

Considerando esta situação, desde a década de 1950 tem-se um documento internacional reconhecido e apto a atender, de maneira razoavelmente satisfatória, as pessoas que se encontram em situações limite de perseguição, caracterizando-se como refugiados. De acordo com o Estatuto do Refugiado, pode ser definido como tal aquele que está fora de seu país ou que não pode recorrer à proteção dele em razão do fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a um determinado grupo social ou por razões políticas (art. 1º).

Esta definição,entretanto, não é suficiente para enquadrar as diversas categorias de pessoas que atualmente deixam seus países de origem, não apenas pelo temor de perseguição política, mas também por motivos outros que se relacionam diretamente com a questão dos direitos humanos. Considerando que eles são indissociáveis, não se trata apenas da garantia dos direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos), estes perfeitamente enquadrados na definição estabelecida pela Convenção de 1951, mas também se apresentam hoje problemas

relacionados ao fluxo de pessoas sem perspectiva de garantia dos direitos de segunda dimensão, tais sejam direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos de terceira e quarta dimensão, dentre eles o direito ao desenvolvimento.

Justamente neste ponto reside a grande problemática: a identificação e o reconhecimento, ainda que não de maneira formal, de novas categorias de refugiados, tais sejam os refugiados ambientais e os refugiados econômicos, sendo que sobre esta última categoria versa especificamente este trabalho. Quanto aos refugiados ambientais, podem ser definidos nas palavras de El-Hinnawi:

> [...] pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Por "perturbação ambiental", nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana (1985, p. 04-05).

Para esta identificação, faz-se necessário em um primeiro momento estabelecer a diferença entre o migrante econômico e o refugiado, fundamental para se determinar inclusive se a Convenção de 1951 e os demais instrumentos de proteção aos refugiados podem incidir sobre a categoria dos refugiados econômicos.

Com o crescimento da população mundial e a relativa facilidade de deslocamento populacional, cada vez é maior o número de pessoas que deixam seus países de origem em busca de melhores condições de vida, principalmente a partir da divulgação de indicadores como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que faz com que pessoas originárias de países com baixo IDH migrem para países de IDH mais elevado, nos quais se espera uma melhor qualidade de serviços de saúde, educação e maiores oportunidades de obtenção de renda, considerando-se os indicadores básicos componentes do Índice de Desenvolvimento Humano, tais sejam renda, educação e longevidade.

Fatores como a crise econômica, principalmente nos países da Europa ocidental, entretanto, têm feito com que estesEstados endureçam a política migratória, tornando cada vez mais difícil a migração e a oportunidade de regularização da situação das pessoas que cada vez mais procuram esses países, vindos principalmente de países africanos. Ainda que a África esteja assolada por conflitos civis e muitas pessoas realmente deixam os países deste continente em razão destes embates, é cada vez maior o número de indivíduos que, em grupos ou isoladamente, buscam nos países da Europa a realização dos direitos humanos mais

básicos.

Para Erika Feller (2011, p.15), estas pessoas travam uma "luta diária por legitimidade, para estabelecer uma residência legal, para se mover livremente, para emprego, para ter acesso à assistência médica e educação para os filhos".

De acordo com o ACNUR hoje mais de 43 milhões de pessoas ao redor do mundo podem ser enquadrados como "deslocados forçados", sem que necessariamente o sejam em razão de conflitos armados ou perseguições políticas (ACNUR, 2013), e cada vez mais a Convenção de 1951 se torna um instrumento inadequado para lidar com todos os casos que envolvem o fluxo internacional de pessoas.

Considerando este fato, tem-se, em um primeiro momento, a distinção entre o grupo diretamente beneficiado pela Convenção de 195, tal seja o grupo representado pelos refugiados de guerra e os refugiados políticos, o grupo representado pelos migrantes econômicos e o grupo representado pelos refugiados econômicos.

Em relação ao primeiro, a definição já foi apresentada e este grupo é abrangido pela Convenção. Já os migrantes econômicos se caracterizam pela voluntariedade. Este migrante, no dizer de Casella(2001), poderia ao menos em tese, subsistir em seu país de origem. Mas diante da insatisfação com as condições locais, se desloca para outro país, em busca de melhores condições de vida. Neste caso, observa-se que outros dispositivos internacionais são cabíveis para a sua proteção, como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotadapela Resolução 45/158, de 18/12/1990, da Assembleia-Geral das Nações Unidas.

Em um outro quadro estão inseridos os "refugiados econômicos", forçados a deixar seus países de origem pela total impossibilidade de satisfazer suas necessidades vitais básicas. O refugiado econômico é, nas palavras de Cunha (2008, p. 192), movido pelo instinto de sobrevivência. Apesar de não reconhecidos como uma "categoria" oficial de refugiados, os refugiados econômicos não podem como já sinalizado, ficar à margem do sistema internacional de proteção à pessoa humana.

Keller (2011) destaca as hipóteses de cabimento ou não da Convenção de 1951 e dentre estas situa a questão das migrações com finalidade econômica. Para a autora, há quatro hipóteses para sustentar ou não a aplicabilidade da convenção. Em um primeiro momento, estão os refugiados por motivos de perseguição e violência

direcionada, enquadrados de maneira natural no art. 1º. Neste caso, a Convenção de 1951 é cabível e relevante. Logo após, Keller destaca os fluxos migratórios em larga escala, envolvendo supostos refugiados; neste caso, a Convenção é uma aspiração e pode ser aplicada.

Em outro quadro, a autora situa as pessoas que se deslocam forçosamente, mas por um motivo diferenciado da perseguição política ou violência, e destaca que a Convenção de 51 não deveria ser aplicada, cabendo aqui um modelo distinto de proteção. Podem ser enquadrados os refugiados ambientais. A fim de ilustrar esta situação, Keller (2011, p. 23) aponta que "[...] pessoas são deslocadas para além de suas fronteiras em uma combinação de fatores que as deixam muito vulneráveis ou que exacerbem vulnerabilidades a tal ponto que fugir torna-se mais viável que permanecer".

Por fim, têm-se os fluxos migratórios mistos que incluem migrantes em sentido clássico. Fluxos mistos incluem não apenas migrantes no sentido clássico, mas também pessoas com necessidades imediatas. Nesta questão, a Convenção verdadeiramente não se aplica. Nunca houve a intenção, por parte do ACNUR e da própria Convenção, de abordar essa questão por meio de mecanismos de proteção de refugiados. Sobre esta aparente lacuna da Convenção de 1951, Keller (2011, p. 27) argumenta: "Essa não é uma falha da Convenção, e esta não pode ser responsabilizada pela incapacidade dos Estados de lidar de maneira efetiva com a migração em massa".

Sobre esta não aplicabilidade, Cunha (2008) destaca que o sistema internacional de proteção aos refugiados não pode ser imediatamente aplicado aos migrantes em sentido amplo, sob pena de erosão do sistema. Além disso, a Convenção de 51 foi elaborada, como já ressaltado, em um contexto de proteção imediata aos direitos de primeira dimensão, o que não afasta, em absoluto, a necessidade de se estender todos os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos às demais categorias, como os refugiados ambientais e os refugiados econômicos, considerando principalmente a indivisibilidade que marca os direitos humanos.

Justamente em razão dessa indivisibilidade é que os direitos econômicos e sociais não podem passar ao largo do sistema internacional de proteção à pessoa humana. Pessoas que se deslocam em razão da falta grave de efetividade dos direitos econômicos e sociais precisam de proteção internacional, mas muito se questiona

sobre o alcance desta proteção, vez que envolve questões como a que segue. Até que ponto um país deve abrir suas fronteiras a pessoas fugindo de uma situação causada pela ineficiência de seus próprios Estados? Ou ainda, qual tipo de ajuda ou proteção o Estado estrangeiro deve prover?

Estas questões continuam sem resposta, e muitas vezes é mais fácil e até mesmo compreensível que o país de destino se negue a recebe-las, seja em razão da sua própria incapacidade econômica, seja por pressão de seus nacionais, afinal, como sinalam Jubilut e Apolinario (2011, p. 289), a violação de direitos econômicos e sociais ocorre mais por negligência que por meio de um ato formal ou ações específicas de um agente perseguidor. Apesar de reconhecer as dificuldades em separar a situação de um indivíduo das condições gerais de seu país, as autoras alertam para um caso em que se pode caracterizar a perseguição ou o ato formal: É quando a ausência de condições de efetivação dos direitos econômicos e/ou sociais é direcionada a um determinado grupo ou categoria, como acontece com os ciganos, como se vê:

> O dilema dos direitos econômicos, sociais e culturais encontra-se no fato de que, se um Estado falha em prover tais direitos para toda a população por meio de políticas e programas, é difícil argumentar casos individuais, alegando que tais direitos não são realizados. O que se pode argumentar é que, em razão de suas opiniões políticas, sua etnia, ou de pertencimento a algum grupo social, esses indivíduos são privados por um agente – o Estado ou outra entidade com poder suficiente – de trabalhar, de receber educação ou tratamento de saúde. O ponto crucial é que o Estado, ou outro agente atua contra o indivíduo, e isso constitui uma perseguição (2011, p. 289).

Portanto, ao se considerar a vulnerabilidade de determinados grupos ou categorias em relação aos direitos econômicos e sociais, há como enquadrá-los no sistema clássico de proteção ao refugiado, vez que há uma ação dirigida. Porém, a dificuldade se perpetua se as condições precárias de efetivação dos direitos econômicos e sociais são genéricas em determinado território.

O que se tem, quando da generalização da precariedade da efetivação dos direitos de segunda, terceira e quarta dimensões é justamente a não garantia do direito ao desenvolvimento, considerado este como um processo de expansão das capacidades e supressão de privações. E no dizer de Jubilut e Apolinário (2011, p. 290), "[...] indivíduos aos quais é negado o direito ao desenvolvimento, consoante a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) continuam sem proteção internacional".

Os refugiados econômicos se enquadram exatamente nesta situação, quadro que pode ser agravado nos casos em que há ausência de instituições

democráticas e elevado grau de pobreza, como em muitos países da África sub saariana. Estas situações podem levar a uma situação insustentável para os indivíduos, cumulando elevados índices de mortalidade infantil com alta desnutrição, fomes coletivas e analfabetismo, chegando-se a situação apontada pelo Relatório de Desenvolvimento Humano de 1990 (UNDP, 2013), ao determinar que o indivíduo estar condenado pelo lugar de nascimento.

Sobre tal situação, Jubilut e Apolinário (2011, p. 290) destacam:

> [...] pode-se buscar por meio da cooperação internacional reverter o quadro de desenvolvimento do Estado – todavia, isso demanda longo prazo -; ou se pode tentar diferenciar mesmo, entre as situações de ausência de desenvolvimento, aquelas que resultam em pessoas as quais demandam proteção internacional, visto que o futuro certo com fome e doenças configura sim fator externo que compele o indivíduo à migração, mesmo não havendo uma perseguição configurada.

O que se verifica, portanto, é que há categorias de pessoas que não se enquadram na situação típica de refugiados, mas mesmo assim precisam de proteção internacional vez que em seus países de origem não há condições de vida digna. Nestes casos, o que estas pessoas buscam nada mais é que a efetivação da síntese dos direitos humanos, tal seja o direito ao desenvolvimento. Porém, o reconhecimento e a efetivação deste direito passam por questões delicadas, como se vê a seguir.

3 CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Desde a criação das Nações Unidas que a questão do desenvolvimento e das diferenças econômicas e sociais entre os países têm sido ponto de discussão. Ainda que a temática do desenvolvimento tenha sido tratada por algum tempo em instâncias diferentes, as Nações Unidas elaboraram uma série de Resoluções a respeito, e uma delas, em especial, se volta para um componente fundamental do arcabouço normativo de proteção dos direitos humanos, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, aprovada na forma da Resolução A/RES/41/128, de 4 de dezembro de 1986, com oito abstenções (Dinamarca, Finlândia, Islândia, Israel, Japão, Reino Unido, Suécia e República Federal da Alemanha) e o voto contrário dos Estados Unidos (UN, 2007).

> O conceito de desenvolvimento tinha, até a década de 1990, um forte viés economicista. Desenvolvimento era visto tão somente como crescimento econômico. Daí algumas instâncias na ONU terem se dedicado ao tema de maneira limitada. A partir da década de 90, com a divulgação dos Relatórios de Desenvolvimento Humano e dos Índices de Desenvolvimento Humano, a ONU se

> volta, de maneira global, ao desenvolvimento não mais como crescimento econômico, mas sim como desenvolvimento humano, levando em consideração fatores como renda, educação, saúde, liberdades políticas e garantias sociais.

A Declaração sofre críticas por ser considerada pouco eficaz no sentido de apresentar compromissos internacionais gerais exigíveis, mas sem previsão de sanção em caso de descumprimento destes acertos. Porém, é importante não apenas por reconhecer definitivamente o direito ao desenvolvimento como um direito humano, ressaltando o caráter universal e indivisível desta classe de direitos, mas também por estabelecer as dimensões coletiva, individual, internacional e interna do direito ao desenvolvimento.

Embora a questão da obrigatoriedade das Resoluções das organizações internacionais seja complexa e controversa, é inegável que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 inspira a observância e a codificação do direito ao desenvolvimento em âmbito internacional e interno. Na esfera internacional, outras normas e convenções trataram do tema especificamente a partir das disposições trazidas pela Declaração de 86, como a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e o Consenso de Monterrey em 2002.

> O Consenso de Monterrey foi adotado pelos Chefes de Estado como documento final da Conferência Internacional para Financiamento do Desenvolvimento, realizada na cidade de Monterrey, México, em março de 2002. Ressaltava a preocupação global com a questão da desigualdade, reconhecendo que o financiamento para as ações de promoção do desenvolvimento deveria se dar de maneira individualizada, variando de país a país, levando-se em consideração a necessidade específica de cada Estado. As recomendações do Consenso de Monterrey se fundamentavam em três pilares principais: i) fortalecimento da democracia; ii) boa governança econômica e iii) reforço de valores morais e jurídicos (FRIED, 2004, p. 12). Sachs (2005, p. 217-218) também destaca o Consenso de Monterrey como uma das mais importantes conferências realizadas após o início da Rodada Doha para o Desenvolvimento da OMC.

Em âmbito interno, algumas Constituições se voltaram para a previsão de questões relacionadas ao direito ao desenvolvimento, como é o caso da Constituição Federal de 1988, que desde seu preâmbulo determina que o Estado democrático

instituído é destinado a assegurar o desenvolvimento da sociedade[3]; estes exemplos reforçam o entendimento acerca da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento como marco mais significativo, na ordem normativa internacional, quanto ao reconhecimento deste direito.

Disposta em um longo preâmbulo e 10 artigos, a Declaração de 1986 acomoda as preocupações dos países desenvolvidos sem deixar de lado os requerimentos dos países em desenvolvimento, e justamente por este aspecto um tanto diplomático verifica-se a opção de não enfrentar questões que permanecem complexas até os dias atuais, como a questão da efetivação do direito ao desenvolvimento. Mas nem por isso a Declaração perde importância; ao contrário, é a Declaração de 1986 que cristaliza de forma mais contundente a preocupação da sociedade internacional com a questão do desenvolvimento, deixando de lado polaridades econômicas levantadas pelas discussões quando da determinação na Nova Ordem Econômica Internacional. A Declaração determina em seu art. 1º o ser humano como essencial no processo de desenvolvimento, seu principal participante e beneficiário e para tanto é essencial a garantia e efetivação do seu conjunto de direitos humanos, inclusive do direito ao desenvolvimento, reconhecido pelo texto como um direito humano inalienável.

No extenso preâmbulo da Declaração, as Nações Unidas reconhecem que desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político que busca o bem-estar de todos os indivíduos a partir de sua participação ativa e livre no desenvolvimento e na distribuição dos benefícios alcançados neste processo.

> A Declaração de 1986 reforça o papel do indivíduo como sujeito central no processo de desenvolvimento ao mesmo tempo em que permite que o ser humano deixe de ser visto como mero fator de produção. O indivíduo é determinante no processo de desenvolvimento não por sua utilidade ao longo do processo, mas muito principalmente por ser o sujeito determinante do mesmo (DELGADO, 2001, p. 92).

Outro ponto que é destaque no preâmbulo da Declaração é o reconhecimento de obstáculos ao processo de desenvolvimento, dentre estes a negação dos direitos humanos; a Declaração de 1986 reforça o caráter indivisível e

[3]Sobre o desenvolvimento na Constituição de 1988: LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005, p. 95-118; SILVA, Guilherme Amorim Campos da.**Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

interdependente dos direitos humanos, considerando que todas as categorias destes direitos devem ser implementadas, promovidas e protegidas sem distinção, reforçando o entendimento de que o respeito e a garantia de determinados direitos humanos não podem justificar a negação de outros. As questões mais controversas previstas na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 assim o são porque o texto estabelece responsabilidades e prerrogativas, mas não esclarece como essas serão exercidas, ou seja, falta à Declaração de 1986 a previsão de um mecanismo de *enforcement*.

A Declaração de 1986 pode parecer retórica e até mesmo repetitiva, mas é importante principalmente na caracterização do direito ao desenvolvimento como um direito humano. Além disso, a Declaração deixa claro o que talvez seria um novo *leitmotiv* para as Nações Unidas: a redução das desigualdades e da pobreza, objetivos centrais também do processo de desenvolvimento.

A Declaração afasta a ideia economicista que vincula desenvolvimento a crescimento econômico e não retoma temas que foram exaustivamente tratados pelas resoluções anteriores à Declaração como relacionados ao desenvolvimento (comércio internacional, transferência de recursos econômicos, constituição de fundos econômicos internacionais para promoção do desenvolvimento). Não que tais temas devam ser afastados do processo, mas não constituem mais a única hipótese de promoção do desenvolvimento. A Declaração não apenas confirma o direito ao desenvolvimento como direito humano; estabelece que o desenvolvimento é um processo em que todos os direitos humanos devem ser garantidos e realizados.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento não afasta o caráter indissociável e interdependente dos direitos humanos. Considera o desenvolvimento um processo social, econômico, cultural e político, portanto, não há porque tratar o direito ao desenvolvimento como um direito humano diferenciado dos demais. A leitura isolada da Declaração de 1986 pode parecer suficiente para a compreensão do conteúdo e dos objetivos do direito ao desenvolvimento, mas é em conjunto com o ordenamento internacional garantidor dos direitos humanos que salta aos olhos a coerência e o cabimento deste direito juntamente com outras obrigações internacionais assumidas.

Desde a Carta das Nações Unidas, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, pelo Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela Carta de Direitos e Deveres

Econômicos dos Estados e pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 que o sistema internacional de proteção e de garantia dos direitos humanos caminha de maneira idêntica. Há necessidade de cooperação internacional a partir de Estados, organizações internacionais, indivíduos e organizações sociais a fim de promover o desenvolvimento como processo de garantia dos direitos humanos e igualdade de oportunidades.

Em verdade, o Direito Internacional vem se desenvolvendo no sentido de criar para os Estados obrigações exigíveis com o intuito de adotar políticas e programas capazes de garantir bem-estar econômico, social e cultural ainda que em níveis mínimos (TRUBEK, 1984, p. 207). De uma maneira ou de outra estes instrumentos normativos indicados se voltam para estes objetivos.

A partir de 1993, quase todos os órgãos e programas das Nações Unidas apresentam determinações específicas sobre a promoção do direito ao desenvolvimento e dos direitos humanos. Na verdade, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano é responsável pela renovação desta temática junto aos organismos das Nações Unidas, que promoveram a partir desta integração ações interdisciplinares e relacionadas.

O Banco Mundial, por exemplo, reconhece especificamente que ao promover programas relacionados ao desenvolvimento, o objetivo central é o de criar condições, principalmente a partir dos projetos financiados pela instituição, para que os indivíduos possam efetivamente dispor dos direitos humanos (WORLD BANK, 1998).

De maneira geral projetos financiados pelo Banco Mundial estão associados mesmo indiretamente, às questões relacionadas aos direitos humanos, como os que tratam especificamente de redução da pobreza, investimentos em projetos de saúde e educação, crescimento econômico e aumento de renda, iniciativas voltadas exclusivamente para os países em desenvolvimento e a redução de suas dívidas externas, ações voltadas para implementação de mecanismos de boa governança e combate à corrupção, financiamentos de programas de acesso ao crédito e à justiça, programas de capacitação para as mulheres em países com problemas de desigualdade de gênero acentuada e programas de redução de trabalho infantil (WORLD BANK, 1998, p.14).

Reconhecer o direito ao desenvolvimento como um direito humano é determinante também para o trabalho do PNUD, que alia ao seu objetivo central a

promoção e a proteção dos direitos humanos. Em relação à promoção dos direitos humanos, as principais determinações do PNUD dizem respeito: i) ao apoio institucional às políticas nacionais de desenvolvimento; ii) a efetivação de estratégias de aproximação de tais políticas com a questão dos direitos humanos (*humanrightsbased approach*); iii) a assistência institucional às iniciativas locais de promoção dos direitos humanos que envolvam a conscientização da sociedade civil para esta questão; e iv) apoio às iniciativas de criação de instituições locais voltadas para os direitos humanos (UNDP, 2007).

Não apenas o Banco Mundial e o PNUD, mas também outros organismos e programas das Nações Unidas direta ou indiretamente voltam-se para o direito ao desenvolvimento uma vez que procuram sempre afirmar o compromisso da organização com a questão dos direitos humanos, afastando a tendência de deixar este assunto para os órgãos especializados.

Há no sistema da ONU pelo menos um órgão dedicado exclusivamente aos direitos humanos: o Conselho de Direitos Humanos, presidido pelo Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos. O Conselho foi estabelecido pela A/RES/60/251, de 03 de abril de 2006 e substitui a antiga Comissão de Direitos Humanos. Há ainda seis órgãos criados em virtude dos tratados de direitos humanos que supervisionam a implementação dos tratados de direitos humanos: i)Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; ii) Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; iii) Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; iv) Comitê contra a Tortura; v) Comitê dos Direitos da Criança; vi) Comitê para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares.

Neste ponto o direito ao desenvolvimento desempenha um papel fundamental: ao se estabelecer como meta deste ou daquele programa ou agência a promoção dos direitos humanos, as Nações Unidas buscam também a garantia do direito ao desenvolvimento, vez que o reconhecimento dos direitos humanos é um primeiro passo na concretização do processo de desenvolvimento proposto pela organização.

Em sendo o direito ao desenvolvimento um direito humano, ou seja, atribuindo-lhe as mesmas garantias e valorações que são atribuídas aos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais, não há porque desconsiderar o direito ao desenvolvimento dos programas relacionados aos direitos humanos.

Em razão da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento acarreta não apenas no plano normativo, mas também no plano operacional, obrigações *erga omnes*, e, desta forma é essencial a efetivação de normas internas e internacionais voltadas para o combate de abusos econômicos vinculados "à concentração e às práticas comerciais restritivas, através de instrumentos que permitam a transparência do mercado, assim como a correção de suas deficiências" (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 56).

Reconhecido como inalienável e integrante de toda a sistemática internacional relacionada aos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento é um direito do indivíduo e dos Estados, de caráter global e multidimensional, de acordo com o Preâmbulo e o art. 1º da Declaração de 1986, o que significa dizer que há mais de um componente na definição do objeto do direito ao desenvolvimento, considerando-se as dimensões civil, política, econômica e social dos direitos humanos.

A principal consequência do reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito humano é a desvinculação do conceito de desenvolvimento de seu viés exclusivamente economicista, na medida em que ações e programas internacionais aproximam o conceito de desenvolvimento de dimensões sociais mais próximas da temática dos direitos humanos que das relações econômicas internacionais.

No entender de Perrone-Moisés (1998, p. 57), deve-se buscar uma visão humanista de desenvolvimento, afastando-se a sociedade internacional de uma perspectiva exclusivamente econômica. Certamente a ideia que melhor atende a esta proposta é a que determina o desenvolvimento como componente do conjunto dos direitos humanos, levando-se em consideração todas as garantias (e dificuldades) que a tais direitos estão associadas.

Confirmar o direito ao desenvolvimento como um direito humano é fazer com que este último se torne, ao lado do primeiro, um paradigma e um referencial ético capaz de orientar a ordem internacional, o que já é previsível a partir do intenso positivismo universal relacionado aos direitos humanos, vez que há um grande número de tratados sobre a matéria. Estes elementos normativos não deixam portanto, de ser consequência deste referencial ético compartilhado pelos Estados e pelas organizações internacionais.

4 A QUESTÃO DA TITULARIDADE E EFETIVIDADE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

O direito ao desenvolvimento tende a ser considerado como um direito de titularidade mista, mas não pode ser implementadosomente a partir do consenso de vontades individuais (GARCIA-AMADOR, 1997). O que se espera na efetivação do direito ao desenvolvimento é que haja um acordo de vontades individuais e coletivas.

Avaliando-se que desenvolvimento implica ações decorrentes dos Estados, organizações internacionais e sociedade civil, atribuir ao direito ao desenvolvimento titularidade essencialmente individual, na tentativa de preservar a essência teórica dos direitos humanos, é determinar que pode haver a partir de então, apenas melhoria da condição individual, mas não desenvolvimento como um processo.

O direito ao desenvolvimento pode ser considerado um direito individual em sua origem e em seu fim, mas um direito coletivo em sua implementação, o que ratifica a determinação da Declaração de 1986 ao dispor sobre a pessoa humana como sujeito central e principal destinatário do processo de desenvolvimento e atribuir aos Estados a responsabilidade de formulação de políticas adequadas para o desenvolvimento.

O artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 determina que o direito ao desenvolvimento é um direito de todo ser humano e de todos os povos, refletindo assim uma faceta individual e coletiva deste direito, ao estabelecer que o direito ao desenvolvimento é um direito de todo ser humano, dos povos e das nações (Preâmbulo).

É certo que não há identificação específica dos Estados como titulares deste direito, porém no artigo 2º, § 3º, a Declaração estende aos Estados o papel de protagonista no processo de promoção do desenvolvimento. Em nenhum momento a Declaração se afasta da ideia de tomar o indivíduo como sujeito principal e destinatário direito do processo de desenvolvimento. Portanto, a discussão sobre a titularidade acaba por ser superada quando se vinculam os interesses do Estado com os dos indivíduos, e de fato é quase impossível encontrar Estados que deliberadamente não tomem a promoção do desenvolvimento como um de seus objetivos principais, pelo menos do ponto de vista formal.

Quando da formulação e da definição do conceito de direito ao desenvolvimento na esfera internacional, nas décadas de 1970 e 1980, este foi visto pelos representantes dos países em desenvolvimento como um direito

exclusivamente coletivo, de titularidade atribuída aos povos e aos Estados. Mas este posicionamento se mostrou contrário à própria dinâmica dos direitos humanos, que não são exclusivamente direitos individuais ou direitos coletivos; podem ser os dois, ao mesmo tempo.

No caso do direito ao desenvolvimento, aquele que detém o direito pode ser uma coletividade, como o Estado, mas o beneficiário direto deve ser o indivíduo; há um relacionamento estreito entre a coletividade e o indivíduo, tanto é que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas admite, na Resolução 5, de 02 de março de 1979, e na Resolução 43, de 14 de março de 1985, que o desenvolvimento é uma prerrogativa tanto dos Estados como dos indivíduos.

A opção que leva a considerar o direito ao desenvolvimento como direito de titularidade mista (individual e coletiva) é a que parece mais coerente, já que a igualdade de oportunidades deve ser considerada prerrogativa tanto dos Estados como dos indivíduos (A/RES/70/2626, § 12). Considerar que o direito ao desenvolvimento pode serum direito exclusivamente individual ou exclusivamente coletivo pode ser um equívoco, uma vez que não há porque determinar que os interesses dos indivíduos sejam contrários ou estejam sempre em conflito com os interesses dos Estados.

Sendo assim, pode-se classificar o direito ao desenvolvimento como um direito e interesse difuso, vez que não há determinação dos titulares desse direito de maneira individualizada. Direitos e interesses difusos são caracterizados como direitos que se relacionam a um número indeterminado de pessoas; são direitos de natureza indivisível, vez que não se pode determinar exatamente o titular da prestação jurisdicional devida (MARQUES, 2006, p. 975).

Leite (1996) aposta na indeterminabilidade dos sujeitos como elemento central para atribuir a determinada pretensão a qualificação de interesse difuso, e agrega a essa determinação algumas outras características que são perceptíveis quando se trata da exigibilidade do direito ao desenvolvimento.

Para o autor, os direitos ou interesses difusos, além de serem indivisíveis, admitem pluralidade de sujeitos vinculados por uma circunstância de fato tamanha que chega a se confundir com a comunidade. Outra característica apontada pelo autor que serve para a caracterização do direito ao desenvolvimento como direito difuso é a indivisibilidade ampla, ou seja, "a satisfação de um só implica a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui a lesão da inteira coletividade" (LEITE, 1996,

p.33).

O entendimento de Macedo (1996, p. 204) confirma sobremaneira a determinação do direito ao desenvolvimento como direito de terceira dimensão e portanto, como direito difuso:

> E por fim, surgiram os direitos difusos ou metaindividuais, chamados de direitos de terceira geração. Podem ser facilmente confundidos com os anteriores por serem também sociais, mas ocorrem algumas distinções. Nasceram em decorrência de determinadas situações, que acabam por prejudicar o ser humano, mas da referida relação não se pode inferir uma ligação imediata entre o interesse e o bem a ser tutelado. Este bem é indivisível. Isto significa que a sua esfera de atuação permeia o campo de liceidade de um só indivíduo (transindividualidade). Disto decorre que o objeto é indisponível, pois satisfaz uma coletividade. Mas não é uma coletividade certa e sim, indeterminada, ligada por uma união de fato. Daí dizer-se que o sujeito é indeterminado.

Desta forma, é estendendo ao indivíduo a possibilidade de buscar o direito ao desenvolvimento por meio de procedimentos de alcance coletivo que se favorece o interesse da própria coletividade, portanto dos Estados, que a partir de então são capazes de realizar efetivamente este direito, uma vez que o direito individual implica necessariamente o direito de todos, como expresso no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em síntese, o direito ao desenvolvimento é um direito dos indivíduos, de toda a humanidade e dos Estados; seu caráter multidimensional em relação à titularidade é reforçado pela Declaração de 1986, quando considera que os aspectos civis, econômicos, sociais, culturais e políticos do desenvolvimento são indivisíveis e complementares. Faz-se, portanto, necessária a revisão das disposições relativas àsrelações internacionais, principalmente de caráter econômico, a fim de considerar o direito ao desenvolvimento como um direito que apenas se efetiva se houver a participação dos Estados, dos indivíduos e da comunidade internacional como um todo.

Além da titularidade, outra questão que diz respeito às pretensões relacionadas com o direito ao desenvolvimento é a problemática da efetivação. Não somente quanto ao direito ao desenvolvimento, mas aos direitos humanos como um todo. Estes direitos podem coexistir como um padrão moral que apesar de não prever sanção legal ou contraprestação imediata, cristaliza-se em um sistema eficiente para o convencimento dos responsáveis em implementá-los (Estados, por exemplo) quanto à necessidade de concessão e previsão destes direitos (SENGUPTA, 1999, p. 77). Reconhecer um direito como direito humano confere à implementação do

mesmo prioridade ante às instituições nacionais e internacionais, obrigando os Estados e a comunidade internacional.

Com fundamento nestas razões é que se pode admitir que o direito ao desenvolvimento é um direito humano, vez que adotado pela sociedade internacional através por meio consenso, sendo identificados neste processo os responsáveis pela implementação deste direito (os Estados, as agências e instituições nacionais e internacionais, a sociedade civil).

Sengupta (1999, p. 77) não prevê outra classificação para o direito ao desenvolvimento que não como direito humano, e indica ser necessário apenas que programas e procedimentos para a implementação deste direito sejam seguidos pelos responsáveis; afirma que se faz necessária uma base legislativa formal para que o "padrão moral" associado aos direitos humanos e ao direito ao desenvolvimento se torne legalmente obrigatório:

> A crítica confunde direitos humanos com direitos legais. Direitos humanos baseiam-se em padrões morais com vistas à dignidade humana, possuindo diversas maneiras de consecução, dependendo da aceitabilidade da base ética das demandas. Isso, é claro, não ofusca a importância da utilidade desses direitos humanos traduzidos em direitos legais sob a legislação. Na verdade, toda tentativa deveria ser feita no sentido de formular e adotar instrumentos legislativos apropriados para assegurar a realização das demandas de um direito humano, uma vez que seja aceito através do consenso (SENGUPTA, 1999, p 77).

Silva (2004, p. 50) sustenta opinião semelhante à de Sengupta. Para o autor brasileiro, as determinações relativas ao direito ao desenvolvimento em âmbito internacional devem servir como base interpretativa, uma vez que os Estados são os destinatários das normas internacionais. Mesmo que o viés positivo destas normas seja programático, a exigência e a promoção delas se tornam essenciais e indispensáveis.

Na tentativa de efetivar e garantir o exercício dos direitos humanos e do direito ao desenvolvimento, há ações de âmbito interno capazes de promover o desenvolvimento, principalmente por meio de mudanças institucionais, mas esta tarefa pode tornar-se impossível sem cooperação internacional.

O Centro para o Desenvolvimento e Direitos Humanos, instituição de pesquisa situada em Nova Déli e liderada pelo professor e pesquisador indiano Sengupta, propõe duas maneiras de concretizar ações capazes de promover o desenvolvimento que acabariam por favorecer a coletividade reconhecida como refugiados econômicos (2004, p. 64): por meio de processos multilaterais de cooperação, em que os países desenvolvidos, as organizações internacionais e as

instituições de caráter privado podem promover em conjunto ações que favoreçam a qualificação institucional dos países em desenvolvimento ou por meio de ações bilaterais específicas, de país a país, que também promovem a qualificação institucional ou colaboram para a realização do direito ao desenvolvimento a partir de ações direcionadas aos componentes desse direito.

Em caráter internacional, algumas questões apontadas por Perrone-Moisés (1999, p. 191) devem ser consideradas: i) o desenvolvimento dos Estados depende sobremaneira da sociedade internacional; ii) a interdependência leva não somente a aproximação de vantagens econômicas como à aproximação dos problemas ligados ao desenvolvimento; eiii) o desenvolvimento em escala internacional enfrenta problemas ligados às relações econômicas desvantajosas e exclusivistas.

Uma vez que não há uma definição direta sobre o papel das organizações da iniciativa privada na promoção do desenvolvimento, Perrone-Moisés (1999, p. 181-194) entende ser necessário estabelecer normas tanto no plano interno como no plano internacional a fim de se combater excessos econômicos vinculados à concentração de riqueza e quanto à restrição do acesso ao mercado internacional. As regras deveriam ser propostas no sentido de corrigir deficiências e falhas de mercado, considerando-se essencial também a transparência nas relações econômicas internacionais.

A cooperação internacional necessária para enfrentar a questão do desenvolvimento pode ser considerada por meio da formulação de um contrato internacional pactuado entre Estados e demais atores da sociedade internacional, que toma forma a partir de um modelo jurídico derivado do direito anglo-saxão denominado *partnership*. Seria um contrato flexível, a partir do qual se estabelece uma parceria não apenas entre Estados e organizações internacionais intergovernamentais, mas também com organizações não governamentais, sociedades privadas nacionais, associações de classe e outros grupos (GARCIA-AMADOR, 1997).

Internamente, a primeira questão que se pode levantar é a das políticas nacionais de desenvolvimento que via de regrasão estabelecidas pelas instituições financeiras internacionais e pelos países desenvolvidos. Porém, tais estratégias podem incorrer em erro ao desconsiderar particularidades locais e regionais. Ao aproximar políticas de desenvolvimento da perspectiva dos direitos humanos, há que

se considerar o direito à autodeterminação dos povos, considerando-se que não há um único modelo de sucesso a ser seguido (PERRONE-MOISÉS, 1999, p. 190). Cada país é soberano para determinar o seu modo de produção e regime econômico, como estabelece o art. 1º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A relação entre direito ao desenvolvimento e os refugiados econômicos é clara. Estas pessoas deixam seus países em busca da garantia e efetivação de direitos humanos essenciais. Não se trata apenas da busca por melhor qualidade de vida.

Os refugiados econômicos não têm escolha no país de origem. Daí a procura por um lugar onde condições mínimas de sobrevivência lhe sejam asseguradas, vez que em suas localidades de origem não têm sequer direito à alimentação, trabalho e moradia dignos. Sendo assim o direito ao desenvolvimento é uma necessidade a ser efetivada e que merece proteção internacional. Considerando estas questões é que se associa a busca dos refugiados econômicos à busca pela efetivação do direito ao desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De há muito se sabe que a grande questão junto aos sistemas nacionais e internacionais de direitos humanos não é a positivação deles ou mesmo o seu reconhecimento, mas sim a sua garantia e efetivação. E é neste cenário de busca pela concretização dos direitos humanos que se encontram os refugiados econômicos e sua relação com o direito ao desenvolvimento.

Embora não reconhecidos como categoria formal de refugiados, e desta forma desprotegidos pelas determinações da Convenção de 1951, os chamados refugiados econômicos – pessoas que deixam seus países de origem não apenas em busca de melhores condições de vida, mas sim em busca da efetivação de suas necessidades mais básicas como ser humano – não podem nem ser deixados à margem do arcabouço de proteção garantido à pessoa humana, ainda que a primeira responsabilidade seja de seus Estados de origem, tal seja estabelecer políticas públicas e ações positivas no intuito de garantir aos seus cidadãos condições de sobrevivência digna.

Definir o alcance da expressão refugiados econômicos é por si só uma questão delicada, vez que não são considerados refugiados em sentido clássico e nem migrantes comuns, pois lhes falta o elemento volitivo que caracteriza as migrações em sentido amplo. Enquanto o migrante deixa seu país de origem apenas em busca

de melhores condições de vida, o refugiado deixa seu Estado por uma questão de sobrevivência.

Considerando este fato, há meios de estender aos refugiados econômicos proteção internacional diferenciada da destinada aos refugiados em sentido clássico. Mesmo não havendo o bem fundado temor de perseguição ou as obrigações formalmente assumidas pelos Estados signatários da Convenção de 51, os Estados assumiram junto ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos obrigações outras que dizem respeito a todos que estejam sob seus territórios.

O que buscam, pois, os refugiados econômicos é, em síntese, representado pelo direito ao desenvolvimento. Considerado direito humano desde a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, o direito ao desenvolvimento faz parte de um conjunto de obrigações e deveres assumidos pelos Estados junto à sociedade internacional.

É fato que a garantia e a efetivação do direito ao desenvolvimento perpassa por uma série de questões delicadas e mesmo difíceis, desde o simples reconhecimento deste direito até as medidas necessárias para a efetivação do mesmo. De início, pode-se questionar como se pleiteia este direito, ou quem pode fazê-lo, vez que a titularidade do direito ao desenvolvimento não é simplesmente resolvida e parece estranho que o indivíduo vá até uma corte internacional litigar em busca de "seu" direito ao desenvolvimento. Considerando este fato é que se estabelece a titularidade coletiva deste direito, podendo ser enquadrado como um dever e uma obrigação do Estado, por meio de prestações positivas, bem como um compromisso internacional assumido quando o ente estatal reconhece a indissociabilidade dos direitos humanos.

Sabe-se que a problemática da efetivação dos direitos humanos é tema de longas discussões e que se está longe da garantia deles de maneira satisfatória, mas nem por isso os estados podem ignorar as pretensões neste sentido, seja de seus nacionais seja de estrangeiros.

REFERÊNCIAS

APOLINARIO, Silvia MenicucciO.S.;JUBILUT, Liliana Lyra. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**. n. 11, jan-jun. 2010. p. 275-294

BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005

CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-27

CUNHA, Ana Paula. O Direito Internacional dos Refugiados em cheque: refugiados ambientais e econômicos. **Revista Brasileira de Direito Internacional**. v. 8, n. 8, jul-dez, 2008. p. 177-201

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FELLER, Erika. A Convenção para Refugiados, aos 60 anos: ainda adequada a seu propósito? **Cadernos de Debates**: refúgio, migrações e cidadania. v.6, n. 6, 2011. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. p. 13-32

FRIED, Jonathan T. **International economic law and financing development**: The Monterrey Consensus and beyond. XXXI Session of the Summer Course on International Law of the Inter-American Juridical Commmittee.Rio de Janeiro, Brazil, August 2004

GARCIA-AMADOR, F. V..**Elderecho internacional del desarrollo**: uma nueva dimension del Derecho Internacional Económico. Madrid: Civitas, 1987

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 95-118

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O papel das associações civis na defesa dos interesses difusos. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de;

MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 201-214

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MORATO LEITE, José Rubens. Interesses meta-individuais: conceitos, fundamentações e possibilidade de tutela. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 27-44

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito ao desenvolvimento e investimentos estrangeiros**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

SACHS, Jeffrey D..**The end of poverty**: how we can make it happen in our lifetime. London: Penguin Books, 2005.

SENGUPTA, Arjun. **The right to development as a human right**. François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard School of Public Health, 1999. Disponível em: <http://www.hsph.harvard.edu/fxbcenter/FXBC_WP7--Sengupta.pdf>. Acesso em: dez. 2004

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004

TRUBEK, David. Economic, social and cultural rights in the Third World: human rights law and human needs programms. In: MERON, Theodor (Ed.). **Human rights in International Law**: legal and policy issues. Oxford: Claredon Press, 1984

UNDP.**Protecting and promoting the universal values of human rights and the rule of law**. Disponível em: <http://www.undp.org/democraticgovernance>. Acesso em: jul. 2007

WORLD BANK. **Development and human rights**: the role of the World Bank. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 1998.

ARTIGOS CONVIDADOS

Esta seção é composta por artigos enviados por seus autores à convite da Revista de Direito Cosmopolita.

Quando os artigos não forem inéditos, os dados de sua publicação anterior encontram-se em nota de rodapé junto ao título.

DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO[1]

Marilda Rosado de Sá Ribeiro[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Ambiental e Direito Ambiental Internacional: O legado de Guido Soares. 3 Perspectiva de valor: Novos princípios e Paradigmas: A cooperação e Direito ao desenvolvimento. 4 Novos e velhos atores: O papel das ONG´s e as empresas transnacionais. 5 Direito Ambiental Internacional na área do petróleo. 5.1 Descomissionamento de Instalações. 5.2 Case Texaco Equador. 6 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional do meio ambiente como área nova e dinâmica do Direito Internacional, tem seu nascimento identificado a partir da emergência das preocupações ambientais com os grandes acidentes ocorridos nos anos sessenta. [3]

Ainda não há considerável diferenciação, nem tampouco uma utilização precisa dos termos Direito Internacional Ambiental e Direito Ambiental Internacional, podendo-se utilizar um ou outro com o mesmo propósito. No atual momento, não se trata de uma disciplina autônoma do Direito, mas de um ramo do Direito Internacional focado na instituição de regras ambientais internacionais com fins de conservação e uso racional do meio ambiente.

A regulação internacional do meio ambiente sofre as conseqüências do fenômeno denominado "mundialização", ou "globalização"[4], em primeiro lugar pela

---

[1] Artigo publicado na obra DIREITO INTERNACIONAL , HUMANISMO E GLOBALIDADE : Guido Fernando Silva Soares *Amicorum Discipulorum Liber,*Coord. Paulo Borba Casella, Umberto Celli Junior, Elizabeth de Almeida Meirelles e Fabricio Bertini Pasquot Polido , Sâo Paulo, Atlas, 2008, pp. 503 a 526. O ARTIGO NÃO FOI REVISTO PARA ESTA REPUBLICAÇÃO E HÁ RELEVANTES EVENTOS E INOVAÇÕES EM CURSO NESSE INTERREGNO. Entretanto, permanecem válidas muitos dos princípios e tendências aqui apontadas. Colaboraram na versão original deste artigo Luiz Gustavo Escorcio Bezerra, especialista em Direito do Petróleo pela UERJ (PRH-33) e Mestrando (LL.M. in Environmental Law) pela University College London , Simone Anhaia Melo, doutoranda em meio ambiente pela UERJ e Maria Angélica Araújo de Medeiros, graduanda em Direito pela UERJ e Bolsista do PRH-33.

[2] Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo – USP e Professora de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

[3] REI, Fernando, A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente in *Direito Internacional do Meio Ambiente* Ensaios em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares São Paulo, Atlas, 2006, p. 5

[4] No plano econômico, a mundialização ou globalização é muito bem descrita pelo relatório da OCDE: "Mundialização (...) um processo pelo qual os mercados, as tecnologias e os modos de comunicações se internacionalizam com o tempo. Em geral, a mundialização deveria favorecer o crescimento da produção econômica mundial [efeitos de escala]. De igual forma, causaria modificações na composição da localização das atividades de produção e de consumo [efeito estruturais]. Tal fato significa, dentre outros, que trajetórias tecnológicas diferentes [efeitos sobre a tecnologia] se imporão e que estoques

própria natureza dos fenômenos físicos, que não conhecem fronteiras entre Estados. Guido Soares nos lembra que a poluição, gerada num território bem definido, pode ultrapassar suas fronteiras e causar danos ao território de outros Estados, ou aos espaços internacionais comuns, como o alto-mar, o espaço sideral e a Antártida.[5]

Guido Soares ensina que já estávamos no século XX quando emergiram nas legislações internas iniciais as primeiras preocupações com o meio ambiente, baseadas em situações emergenciais ou catastróficas, e não previstas e constitutivas de graves danos e ameaças à saúde pública. Somente no pós-guerra, com os efeitos nocivos advindos da acumulação de dejetos perigosos, as autoridades começaram a elaborar uma regulamentação sobre saúde pública, no âmbito ambiental.[6]

Historicamente, no Brasil, como em muitos outros países, as normas relacionadas ao meio ambiente eram mais normas de Direito Administrativo do que propriamente normas de Direito Ambiental. Cuidavam precipuamente de questões urbanísticas como a qualidade da água, condições de higiene e saneamento das cidades, exploração de riquezas minerais e medidas a serem tomadas em determinados eventos naturais, como secas e inundações. Guido Soares elucida que na medicina vem de longa data a relação entre meio ambiente e saúde, embora para as relações internacionais esse tema pudesse ser novo, quando surgiram as primeiras discussões no cenário internacional.

A posição do Brasil acompanhava o restante da América Latina, já que os países da região não a priorizavam, preferindo matérias que pudessem trazer maior desenvolvimento econômico.[7]

Em contrapartida o Brasil não podia ficar alheio às discussões sobre meio ambiente e desenvolvimento que ocorriam pelo mundo, principalmente na década de 60, pois a pressão para uma regulamentação sobre o tema aumentava exponencialmente. Datam dessa época diversas convenções e acordos celebrados[8].

---

novos de produtos serão fabricados e consumidos [efeitos sobre os produtos]" *(OCDE Mondialisation Économique et Environment),* Paris: OCDE, 1997, p. 7, *Apud* SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente*: *Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, São Paulo: Atlas, 2001 p. 140 (tradução livre do autor).

[5] Idem., p. 139.

[6] Idem p. 40.

[7] URRITIA R., José Antonio. The Beginning and the End: Liability for Pre-existing Conditions and Reclamation Obligations in Latin América, [S.n.t.]

[8] Para maior referência sobre o tema consultar SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente*: *Emergência, Obrigações e Responsabilidades,* . Cit, p. 50-52 e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, *Direito Ambiental Internacional:Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e os Novos Desafios da Nova ordem Mundial. . Cit.,p. 27-30.*

Um marco nesse processo foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972, na qual o Brasil posicionou-se na liderança dos países em desenvolvimento, na polarização que antecedeu a Resolução 2.057 (XXV) da Assembléia da ONU. Na Declaração firmada ao final da conferência consagrou-se o programa de cooperação internacional para conservação, recuperação e melhoria de qualidade ambiental em 26 princípios[9], dos quais diversos dedicados à emancipação econômica dos países subdesenvolvidos.[10] Considera-se que Estocolmo contribuiu para a conscientização de que as questões relativas à proteção do meio ambiente devem ser focalizadas no próprio ser humano (antropocentrismo), e na instauração de uma Nova Ordem Ambiental Internacional.[11]

Embora, os princípios enunciados em Estocolmo não tenham sido tão radicais, pode-se afirmar que foram muito importantes para a evolução do Direito Ambiental Internacional. Nos fóruns internacionais sobre o meio ambiente realizados nas últimas décadas do século XX, alguns trabalhos de pesquisa desenvolvidos em centros universitários e financiados por entidades internacionais, como o Clube de Roma, deram o lastro necessário aos debates promovidos pelo movimento ambientalista. Um dos documentos que ilustra tal paradigma é o Relatório Meadows – "Limits to Growth", elaborado por especialistas do Massachussets Institute of Technology - MIT.[12] Segundo o referido relatório, publicado sob a orientação de Donella Meadows, em 1974, se as condições à época permanecessem inalteradas a Terra entraria em um colapso ambiental na segunda metade do século XXI.[13]

Passaram-se alguns anos e as Convenções e Tratados em matéria ambiental não estavam alcançando a efetividade necessária. As normas ali contidas, denominadas *soft law,* não impediam que os danos ao meio ambiente assumissem proporções cada vez maiores.

Nesse contexto os organismos internacionais não podiam postergar um assunto de suma importância, para o Direito Internacional. Como decorrência, a

---

[9] Princípios disponíveis em http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_Estocolmo_1972.pdf, acesso em 22.03.07.

[10] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente*: *Emergência, Obrigações e Responsabilidades*,Cit., p. 20-21.

[11] REI, Fernando, *A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente* Cit., p.7

[12] MASSOCATO, Carolina Assano. *Responsabilidade Civil em Matéria Ambiental.* Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2002, p. 19 (cópia cedida por gentileza da autora).

[13] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, *Direito Ambiental Internacional:Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e os Novos Desafios da Nova ordem Mundial. Cit., 2002. p. 47.*

Assembléia Geral da ONU, decidiu convocar outra conferência sobre meio ambiente.[14]

Trata-se da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, a ECO 92, que viabilizou a emergência de novos paradigmas nas relações entre os diversos atores internacionais, revitalizando o tema do desenvolvimento econômico sob a aura da sustentabilidade, universalizando e humanizando o conceito.[15] Na conferência o relatório supra referido foi analisado, gerando ao final a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente, em que os novos princípios foram solidificados.

2 DIREITO AMBIENTAL E DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL: O LEGADO DE GUIDO SOARES

Na identificação da gênese do Direito do Meio Ambiente é apontada a necessidade de restabelecimento do equilíbrio entre o homem e o seu meio circundante, a partir da conscientização de indivíduos, Estados e Associações, algumas poderosas entidades ambientalistas da necessidade de atuação de mecanismos jurídicos.[16]

Guido Soares aponta o bom caminho da relação entre o Direito Ambiental e a área internacional, não somente por sua abordagem epistemológica, centrada na visão interdisciplinar, entre os ramos da ciência jurídica, notadamente a visão integrada do Direito Internacional, mas também de ciências exatas.[17]

Além da enciclopédica análise do tema, seu foco nas obrigações e responsabilidades no contexto do Direito Internacional do Meio Ambiente e sua perspectiva filosófica mais ampla, são um marco na literatura internacionalista sobre o tema.

---

[14] No ano de 1983, como forma de dar prosseguimento aos trabalhos desenvolvidos na conferência de Estocolmo, foi criada a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, cuja a presidência foi ocupada pela senhora Gro Harlem Brundtland, da Noruega. Essa comissão era formada por dez membros de paises desenvolvidos e dez em desenvolvimento, e realizou os seus trabalhos até 1987. Quando foi entregue o relatório à Assembléia Geral das Nações Unidas. Tratava-se do *Brundtland Report* (*Our Common Future*) que cunhou o conceito de desenvolvimento sustentável como "aquele que atende às necessidades das presentes geracoes sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades".

[14] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, *Direito Ambiental Internacional:Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e os Novos Desafios da Nova ordem Mundial. . Cit., p. 34.*

[15] REI, Fernando, *A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente* Cit., pp. 7 e 8

[16] [16] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*. Cit., p. 21.

[17] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*. Cit., p. 23

A crescente regulamentação nessa área, acompanhada do movimento de conscientização da sociedade civil,[18] causa um impacto não somente jurídico, mas também econômico, para agentes econômicos em escala global.[19] Esta é uma seara em que a interpenetração dos diversos níveis normativos, do plano interno e do plano internacional, apresenta desafios do ponto de vista dos conflitos de fontes[20].

Os investidores internacionais em grandes projetos de infra-estrutura precisam estar atentos às convenções internacionais, às disposições legais aplicáveis no âmbito do direito interno dos países de atuação e às cobranças sempre crescentes da sociedade civil.

A responsabilidade envolvendo danos ao meio ambiente e a possibilidade de vultosas indenizações tornou os parceiros mais ciosos na negociação dos documentos contratuais, na análise da lei de regência dos contratos e na responsabilidade extracontratual nesse particular

3 PERSPECTIVA DE VALOR: NOVOS PRINCÍPIOS E PARADIGMAS: A COOPERAÇÃO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

Dentre os inúmeros conceitos realçados por Guido Soares a questão da cooperação internacional encontra-se no limiar de viabilidade da novíssima ordem internacional. Assim lemos sua afirmação de que *qualquer tentativa normativa de proteção ao meio ambiente, tomando como referencial o ser humano, só poderá ser eficaz, seja no plano interno dos Estados, seja no âmbito internacional, se basear-se em uma cooperação internacional entre pessoas submetidas à jurisdição dos Estados e entre os próprios Estados.*

Para Guido Soares a cooperação Internacional em matéria ambiental resultou da evolução das normas ambientais, que evoluíram de um enunciado

---

[18] MORIN, Edgar. *As Duas Globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. 2a. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002, pp 41-42 - A área ambiental acrescenta mais um dado ao fenômeno das ONG's, descrito por Morim quanto a outras atividades: "Em todos estes fenômenos, do final do século XX até hoje, há uma coisa nova: são as manifestações da cidadania planetária, que aparecem nas várias associações de médicos sem fronteiras, que vão curar gente de todas as religiões, de todas as opiniões, nas associações como a Anistia Internacional, que em todos os países denunciam as torturas e o descumprimento dos direitos humanos."

[19] Observe-se que, curiosamente, na Convenção de Mudanças Climáticas (1992) os países produtores de petróleo pediram uma compensação financeira, uma vez que a menor utilização do petróleo e seus derivados para controlar a emissão de gases nocivos ao meio ambiente irá prejudicar as suas economias (SMITH, Ernest E.; et al. *International Petroleum Transactions*, Denver, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000, p. 745).

[20] As freqüentes situações em que se chocam as fontes internas e internacionais . Ver DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio, Renovar, 2003 , pp.91 e segs.

proibitivo. Para o sentido de prevenção do dano, assunção de responsabilidades e assistência recíproca em caso de emergências e acidentes. Gradativamente passaram a prevalecer no cenário internacional as regras mandatórias, que ensejam a cooperação entre os agentes.[21]

A preocupação com o meio ambiente pode ser mais um fator de aglutinação de forças, se considerarmos a atuação dos indivíduos, das empresas e dos Estados, em articulação com os interesses da sociedade internacional. Não é sem razão que Norberto Bobbio inclui o direito de viver em um ambiente não poluído como um direito humano, historicamente situado, por ele considerado o mais importante dos direitos de terceira geração.[22] Esses direitos, segundo Bobbio, podem ser ainda uma categoria heterogênea e vaga que sequer poderia ter sido imaginada quando foram propostos os direitos de segunda geração (os denominados Direitos Sociais), mas que deve ser entendida com aquela visão crítica que percebe a ambigüidade que pode ocultar a linguagem jurídica: de um lado está o direito reivindicado e de outro o direito reconhecido e protegido. A proclamação dos direitos pode ter, no primeiro caso, não somente a expressão de uma aspiração, mas uma grande função prática, que é dar uma força particular a essas aspirações.[23]

A análise dos Direitos do Homem feita por Norberto Bobbio assume, em determinado momento, a perspectiva de uma filosofia da história. Trata-se de colocar o *sentido* diante de um evento ou série de eventos, segundo uma concepção finalística e teológica da história, como algo orientado para um fim, para um *telos*.[24] Se o homem é considerado um animal teleológico, que atua em função de finalidades projetadas para o futuro, há uma problemática transposição do nível do indivíduo para o da humanidade, como um todo, permitindo que se plasme uma história que é, na formulação kantiana, não uma história cognoscitiva, mas uma história cuja função é aconselhadora, exortativa ou sugestiva.[25]

Outra questão kantiana retomada por Bobbio, a da possibilidade de haver um contínuo progresso do gênero humano para melhor, procura distinguir não somente o progresso material, ou conjunto de esforços para tornar o mundo menos

[21] SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*. Cit., p. 164-165.
[22] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.
[23] Idem, pp 7-10.
[24] Idem, p. 50.
[25] Idem, p. 51.

hostil, mas também o progresso moral, relativo às regras de conduta.[26] Embora admitindo que a parte obscura da história do homem é mais ampla que a parte clara, há zonas de luz inquestionáveis, e entre elas estão incluídos os movimentos ecológicos e pacifistas.[27]

No mesmo sentido, alguns autores chegam a afirmar que a própria lei da coexistência entre os Estados foi substituída por uma *lei internacional da cooperação*.[28] Devemos, entretanto, ter presente a noção de que a cooperação internacional de certa forma pode encerrar uma antinomia com o conceito de soberania, por exigir restrições a esta.[29] Os novos estudos sobre a soberania levam em conta o impacto do novo nível de interdependência, como um princípio ativo do jogo internacional, que pode ser considerado contraditório com o conceito de soberania.[30] Constata-se uma tensão dialética entre soberania e cooperação. Pretende-se evitar, de toda forma, a imposição de uma nova forma de imperialismo de princípios. Trata-se de apoiar, no exercício dos diversos níveis da atividade jurídica internacional, o ideal de contribuir para uma sociedade internacional mais solidária, em contraponto a um ideal de "*sacrifício da soberania no altar do desenvolvimento"* ou de *"desenvolvimento pelo direito"* em substituição ao lema do pós-guerra *"paz pelo direito"*.[31]

Segundo Celso Amorim[32], os primeiros pressupostos da cooperação internacional estão concentrados na idéia de autoridade estatal, distanciados, entretanto, da idéia hobbesiana da vida internacional como guerra de todos contra todos, moderada, apenas, pela razão e o auto-interesse, já que este pensamento inviabilizaria qualquer iniciativa de cooperação internacional.

Como desdobramentos do princípio da cooperação podemos identificar, de forma genérica, o dever de assistência e o direito ao desenvolvimento. As premissas

---

[26] Idem, pp 51-55.
[27] Idem, pp 54-55.
[28]GARCIA-AMADOR, F.V. *The Emerging International Law of Development: a New Dimension of International Economic Law.* New York: Oceana, 1990, p. 3.
[29] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 52.
[30] BADIE, Bertrand, *Um Monde sans Souveraineté . Les États entre ruse et responsibilité* Paris, Fayard, 1999, p. 10 *apud* ARAÚJO, Valter Shuenquener de, *Novas Dimensões do Princípio da Soberania*, dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UERJ como requisito para obtenção do título de mestre em direito público. 2003. Orientador: professor doutor Paulo Braga Galvão.
[31] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico. Cit.,* pp 310-311.
[32] AMORIM, Celso L. N. *Perspectivas da cooperação internacional"apud* MARCOVITCH, Jacques, *Competição, cooperação e competitividade. Cit.* p. 52.

do dever de assistência encontram fundamento em perspectivas filosóficas diversas, podendo ser incluídas na visão sobre a justiça internacional.[33]

Quanto ao, assim denominado, Direito do Desenvolvimento, essencialmente ligado à questão da soberania permanente sobre os recursos naturais, sua conexão com o princípio da cooperação é explícita, porque o próprio desenvolvimento passou a ser um objetivo declarado da cooperação.[34] Segundo o conceito de desenvolvimento sustentável, consagrado na Conferência do Rio sobre o Meio Ambiente em 1992, em um prisma endossado por Celso Lafer, não só a aspiração pela eficiência na produção de riqueza, mas também a noção de "sustentabilidade" ambiental, devem servir como uma força motriz da nova ordem internacional, mais justa do ponto de vista político-econômico e ético.[35]

Jacques Marcovitch[36], na obra coletiva sobre cooperação internacional, propõe que através da cooperação é possível enfrentar a intensa turbulência pela qual a economia mundial tem passado, possibilitando a consecução de objetivos comuns dos parceiros. Contudo, ressalta que as alianças formadas para reconciliar o rigor econômico com a consciência ambiental e a redução do desemprego, isto sem olvidar a competitividade, não têm garantido o êxito,[37] mas que essas iniciativas amenizam o vulto das ameaças. Embora o passado tenha demonstrado oportunidades em que a cooperação contribuiu para aprimorar os fatores de competitividade[38], a constatação

---

33 John Rawls, em suas obras Uma teoria da Justiça (1971), O Liberalismo Político (1993), e O Direito dos Povos (1999) busca traçar um paralelo entre a visão liberal e a visão cosmopolita de sociedade no que tange, entre outros aspectos, ao dever de assistência que uns povos têm para com outros. Rawls, cujo pensamento segue a linha liberal, acredita que os povos podem ser divididos em (i) os que são "bem ordenados" e, (ii) os que são "onerados". Bem ordenados seriam aqueles considerados, por Rawls, como decentes, liberais, detentores de uma cultura moral e religiosa, bem como de tradições políticas e legais, em consonância com os princípios de igualdade e liberdade. BRAGA, Leonardo Carvalho, *A Justiça Internacional e o Dever de Assistência no Direito dos Povos de John Rawls.* dissertação de mestrado apresentada na PUC-Rio, Rio de Janeiro, maio de 2003, pp. 149.

34 AMORIM, Celso Luiz Nunes. *Perspectivas da Cooperação Internacional.* Cit., p. 152.

35 LAFER, Celso. *Política Externa Brasileira: Reflexão e Ação. In*: MARCOVITCH, Jacques, org. *Cooperação Internacional Estratégica e Gestão*. . Cit., pp 23-46.

36 TARP, Finn, *Foreign Aid and Development – Lessons learnt and Directions for the Future*, London, Routledge, 2000, p.6.

37 MARCOVITCH lembra que no final do século XX, a melhor distribuição de recursos materiais é uma realidade ainda muito distante. O Relatório sobre Desenvolvimento Humano na ONU de 1992 concluiu que 1/5 da população mundial constitui o segmento mais rico, detendo 83% do PIB mundial, 81% dos investimentos, 95% dos empréstimos comerciais, 81% da poupança interna e 81% dos investimentos. Esta realidade resulta em fluxos migratórios indesejados para os países mais desenvolvidos, além de, internamente, dar origem à corrupção, violência, comércio de recém-nascidos, narcotráfico, assim como, à endemias erradicadas e que voltam a ter novos casos registrados.

38 MARCOVITCH, Jacques, Competição, cooperação e competitividade. In: MARCOVITCH, Jaques (Coord.).*Cooperação Internacional: estratégia e gestão*. Cit., p. 47. MARCOVITCH também acredita que novas tecnologias, especialmente aplicadas aos meios de comunicação, quando bem utilizadas, permitem grandes avanços no aprimoramento da infra-estrutura social, bem como, dos fatores de

de que a solidariedade internacional tem produzido retórica maior que resultados, tem sido uma constante[39]. Entretanto, os estudos que têm abordado a evolução do conceito de assistência estrangeira, no contexto da doutrina do desenvolvimento, incluem a cooperação e assistência técnica como uma das vertentes do tema maior, que abrange, não somente, o alívio da pobreza, bem como a desigualdade, o emprego, a proteção ambiental, a estabilidade e outros.

O debate atual sobre a Nova Ordem Internacional vem impregnado da assim denominada globalização. Na análise econômica, uma parcela do mundo, efetivamente, somente colhe os aspectos negativos da globalização, o que estaria desvinculando alguns países dessa economia global. São vistos sob forma crítica, pelos próprios representantes da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento - *Organisation for Economic Cooperation and Development***)**, os atuais mecanismos de assistência que, se de um lado, propiciam bilhões de dólares em assistência ao desenvolvimento, de outro, drenam o que se dá em assistência ao desenvolvimento, em grande parte esvaziados pela incoerência nas políticas econômicas internacionais.[40]

Apesar das grandes expectativas criadas pelas perspectivas da cooperação internacional, os resultados têm sido modestos, e dentre as causas dos fracos resultados os especialistas enumeram a fragilidade dos projetos, bem como a dificuldade da articulação entre o Estado, o setor acadêmico e o setor produtivo. Deste ponto decorre outra dificuldade que é a da adoção de tecnologia necessária para o desenvolvimento sustentável.[41]

Todavia, um grande avanço[42] que já se pode notar é a cristalização do principio da cooperação e sua consagração como principio de Direito Ambiental

---

competitividade tornando mais acessível o conhecimento, além de mitigar as diferenças entre os países. Porém, propiciam a formação de um fosso entre parcelas da sociedade. Isto ocorre à medida que uma parcela tem acesso a essas tecnologias, e a outra, marginalizada, permanece afastada do desenvolvimento, tendo como resultado um irreconciliável conflito de valores.

[39] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Cit., p. 69.

[40] EMMERIJ, Louis *Governabilidade Nacional e Internacional: Discrepâncias in* MARTINS , Luciano e *VELLOSO*, João Paulo dos Reis (coords) , *a Nova Ordem Mundial em Questão* , J. Olympio, Rio de Janeiro , 2ª Ed. , 1994, p.69.

[41] MARCOVITCH, Jacques, *Competição, cooperação e competitividade.* In: MARCOVITCH, Jaques (Coord.).*Cooperação Internacional: estratégia e gestão.* . Cit., p. 47.

[42] Merece referência o princípio da precaução, que adquiriu nova formulação a partir da ECO 92, que tem sua origem nas ansiedades geradas pelas mudanças globais e pelo risco que caracteriza a sociedade contemporânea. MOTA, Maurício , Princípio da Precaução: Uma construção a partir da razoabilidade , Revista Brasileira do Direito do Petróleo e Gás, RBDP, vol.2. UERJ, 2207(no prelo)

Internacional pelos principais expoentes do Direito Ambiental Internacional[43]. Os princípios 24 da Declaração de Estocolmo de 1972 e os princípios 19 e 27 da Declaração do Rio de 1992 são diretamente relacionados a esta consagração e seu reconhecimento é notório em diversos Tratados de Direito Ambiental Internacional. Podemos citar alguns casos internacionais que relevam e reconhecem este principio, tais como *Lac Lanoux*, *Gabcikovo-Nagymaros* e *MOX Plant*. Finalmente, a ILC (*International Law Commission*)[44] estabeleceu alguns parâmetros para que se assegure o cumprimento do principio da cooperação, tais como: obrigação de uma notificação prévia sobre projetos que impactarão o meio ambiente de outras nações, realização de avaliação de impactos ambientais e obrigação de negociar e consultar com boa-fé.

4 NOVOS E VELHOS ATORES: O PAPEL DAS ONG´S E AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Não há que se falar em atividade econômica poluidora sem lembrar o tema das empresas transnacionais, especialmente as responsáveis por grandes projetos de mineração e exploração e produção de petróleo, historicamente consideradas as grandes vilãs, em matéria de poluição ambiental. No último século estas passaram a ser cobradas pela contínua melhoria de sua performance. A análise do quadro jurídico que afeta as atividades desses agentes envolve não somente a regulação internacional, nacional, regional/estadual, mas também a assim denominada "soft law". Esta pode ser considerada um conjunto de instrumentos não vinculantes, tais como declarações de conferências e diretrizes de governos e companhias . Este conjunto pode vir a constituir um *standard* de performance cobrado das empresas.[45]

Para que se vislumbre o papel da sociedade civil nessa cobrança de performance ambiental por parte das transnacionais há que se dedicar algum esforço à compreensão do papel das Organizações Não-Governamentais na articulação e representação dos interesses das comunidades locais e seu crescente papel no cenário

[43] SANDS, Philippe, *Principles of International Environmental Law,* Cambridge, 2nd edition, 2003, p. 249-251.
Patricia W. Birnie e Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, OUP, 2nd edition, 2002, p.126.
[44] ILC Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm (2001). Ver especialmente artigos 6 a 12, disponível em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_7_2001.pdf
[45] ARMSTRONG, Kitty, *The Green Challenge- Managing Environmental Issues inNatural Resources projects in Developing Countries in* Mineral Law Institute, pp. 3-5 3-7

internacional. O melhor exemplo do alcance desse poder é o episódio envolvendo a remoção da plataforma petrolífera Brent Spar no mar do norte, como resultado de uma campanha promovida por grupos ambientalistas alemães e pelo Green Peace. [46]

Muito se fala das Organizações Não-Governamentais, ou simplesmente ONGs, especialmente na seara ambiental. No entanto, considerando o amplo espectro de atuação dessas entidades, suas atividades na política mundial não chamam a devida atenção com exceção de alguns grupos que sabem gerenciar seu marketing. As primeiras ONGs surgiram no cenário internacional a partir do século XIX[47].

A ONU e suas agências especializadas trabalham junto com as ONGs em diversas áreas que vão desde a economia internacional e desenvolvimento social, promoção e manutenção da paz até o estabelecimento do direito internacional e assistência humanitária[48].

Nas conferências da ONU do meio ambiente humano (Estocolmo, 1972) e a do meio ambiente e desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), as ONGs demonstraram habilidade em influir nas agendas das referidas conferências[49]. Em uma fase mais recente as ONG´s passaram a pressionar a Assembléia Geral da ONU, para atuação no período pós-conferências do meio ambiente. [50]

---

[46] ARMSTRONG, Kitty, *The Green Challenge- Managing Environmental Issues inNatural Resources projects in Developing Countries*, Cit., pp.3-57 e 3-58; cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá *Direito do Petróleo* , Rio, renovar, 2003, pp.46 a 51.

[47] Sakai, E. *Relacionamento Entre a ONU e as Organizações Não-Governamentais (ONGs)*, in BASSO, M., Zaitz, D. e PRADO, M. (orgs). *Direito do Comércio Internacional - Pragmática, Diversidade e Inovação*. Curitiba: Jurua, 2005. p. 127.

[48]Em outras palavras, a ONU – com o suporte das ONGs – ajuda a minimizar os problemas que afligem a sociedade internacional por meio da comunicação e troca de informações e promoção da ajuda mútua às atividades entre diversos grupos de Estados e atores não estatais. E é por isso que a ONU mantém uma relação estreita com milhares de ONGs internacionais porquanto as mesmas exercem um importante papel de interação entre a sociedade civil e os governos. Dentro desse contexto, ONGs são uma fonte inesgotável de recursos a vários órgãos da ONU pois: a)providenciam análise feita por peritos e especialistas na área em questão; b)servem como agentes que alertam perigos iminentes; c) ajudam a monitorar e implementar acordos internacionais; d)contribuem para conscientizara sociedade a respeito de temas sociais; e)defendem muitas das mesmas causas da ONU; f) voluntariam recursos e executam projetos de desenvolvimento; e g)auxiliam a disseminar informações. Há várias formas de cooperação entre a ONU e as ONGs. (Sakai, E. *Relacionamento Entre a ONU e as Organizações Não-Governamentais (ONGs)*, in BASSO, M., Zaitz, D. e PRADO, M. (orgs). *Direito do Comércio Internacional - Pragmática, Diversidade e Inovação*. Cit.,. p. 136.)

[49] Após estas conferências, a Assembléia Geral da ONU decidiu aprovar uma moção permitindo a participação das ONGs em outras conferências tais como as de direitos humanos (Viena, 1993), sobre população e desenvolvimento (Cairo, 1994), sobre desenvolvimento social (Copenhagen, 1995), e sobre mulher (Beijing, 1995), entre outros.

[50] Finalmente, em setembro de 1997, a Assembléia Geral da ONU aprovou a recomendação de seu secretário geral Kofi Annan em nomear um comitê para estudar o acesso das ONGs no sistema da ONU. Em julho de 1998, um relatório com sete propostas foi apresentado à Assembléia Geral recomendando o aumento do acesso das organizações não- governamentais em todas as áreas da ONU. Em breves palavras, neste relatório Kofi Annan propôs fortalecer as competências do

Segundo o Comitê de ONGs do ECOSOC, em 2004 encontramos 2.418 ONGs possuidoras do privilégio de ter *status* consultivo junto ao ECOSOC, o qual comporta três diferentes *status* consultivos: geral, especial e *roster*. As ONGs que se enquadram dentro da categoria geral são aquelas que estão ligadas a quase todas as atividades do ECOSOC, seus órgãos subsidiários, e estão destarte mais envolvidas com a vida social e econômica da população. ONGs nesta categoria são poderosas e representam grandes segmentos da sociedade em diversos países[51].

O poder dessas ONG´s em relação às diretrizes internacionais e locais exige que as empresas transnacionais estejam sintonizadas com a pauta de reivindicações dessas entidades. A gestão do risco ambiental passou a incluir todas as formas de prevenção e mitigação do risco , alternativas de cooperação e , sobretudo, uma tendência à auto-regulação pela própria indústria.

É nesse contexto que visualizamos a evolução das discussões em torno da elaboração de um código de conduta, que de certa forma começa a plasmar-se pelas referidas cobranças da sociedade civil internacional e pelo imediatismo das transmissões pelos meios de comunicação. O debate mais amplo em torno do tema iniciou-se com a criação do Código de Conduta da ONU[52]. Há registro, entretanto, de

---

secretariado para que o mesmo pudesse atender às necessidades das ONGs e permitir o acesso rápido das mesmas às informações documentadas. Indicando a necessidade de uma maior participação das mesmas na Assembléia Geralde liberou no sentido de obtenção de novas consultas e geração de novos relatórios, em dezembro de 1998, a Assembléia Geral ao considerar o relatório do secretário geral, deliberou o seguinte: a) que o secretário geral procure opiniões a respeito de suas propostas junto aos Estados-Membros, membros de agências especializadas, observadores de outras organizações intergovernamentais assim como de ONGs de todas as regiões do mundo, e b) que o secretário geral submeta portanto, um outro relatório – a partir destas opiniões – à Assembléia Geral. Sakai, E. *Relacionamento Entre a ONU e as Organizações Não-Governamentais (ONGs)*, in BASSO, M., Zaitz, D. e PRADO, M. (orgs). *Direito do Comércio Internacional - Pragmática, Diversidade e Inovação*. Cit., p. 138.

[51] Dentro das atividades do ECOSOC, elas podem enviar representantes, atender reuniões, têm o poder de manifestar-se oralmente em suas reuniões, circular declarações, submeter relatórios quadrienais a respeito de suas atividades no mundo e o direito de incluir itens nas agendas de suas reuniões. Exemplos de ONGs nesta categoria: "CARE International" (admitida em 1991), "Greenpeace International" (admitida em 1998) e Rotary International (admitida em 1993). Em 2004 encontramos 131 ONGs nesta categoria. As ONGs incluídas na categoria especial são aquelas que têm uma competência especial e limitada a algumas das atividades do ECOSOC Sakai, E. *Relacionamento Entre a ONU e as Organizações Não-Governamentais (ONGs)*, in BASSO, M., Zaitz, D. e PRADO, M. (orgs). *Direito do Comércio Internacional - Pragmática, Diversidade e Inovação*. . Cit. p. 137.)

[52] Define-se como a tentativa de determinação de padrões de conduta que ajudam Estados e organizações internacionais a escolher seus parceiros dentre os que obedecem a suas normas (ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais nos Planos Interno e internacional*.Dissertação (mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Uerj, Rio de Janeiro, 2003., p. 39). A natureza jurídica do "código de conduta" seria a de *soft law*, composta somente de recomendações[52]. Mas o problema, na concepção de Michel Virally não é somente teórico, quanto à sua natureza jurídica, mas também prático, que é a sua eficácia (VIRALLY, Michel, *Les Cods de Conduite, Pour Quoi faire*? In TOUSCOZ, Jean, *Transferts de*

iniciativas que espelhavam o anseio das empresas por regras mais estáveis, refletido nos trabalhos pioneiros de organizações internacionais, como a Câmara Internacional de Comércio e outras[53]. A criação de uma Comissão sobre as empresas transnacionais foi decidida em 1972, através de decisão do Conselho Econômico e Social da ONU, constituindo um primeiro passo no sentido apontado[54].

Dentre os pontos de convergência avultava o direito dos Estados de controlarem a entrada e o estabelecimento de transnacionais em seus territórios, inclusive sobre a proibição ou limitação de sua presença em determinados setores da economia[55].

Outro exemplo importante é o das "Recomendações da OCDE para Empresas Multinacionais" ("Recomendações"), que foram aprovadas pelos governos dos países-membros e adotadas como anexo da "Declaração da OCDE sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais" ("Declaração"). [56] [57].

As recomendações constituem o mais amplo instrumento equivalente a um código geral de conduta para a as transnacionais[58]. Sua abrangência é considerável, envolvendo todos os aspectos relevantes das operações de uma empresa transnacional: divulgação de informações, competição, financiamento, tributação, relações de trabalho, proteção ambiental e tecnologia[59]. Houve revisões com inclusão de temas controvertidos[60] como as disposições relativas à eliminação do trabalho

---

tecnologie, Societés Transnactionaleset Nouvel Ordre International, 1978, pp.210 e segs, *apud* MELLO, Celso*, Direito Internacional Econômico*, Cit.,p.117.).

[53] COSTA, Carlos Jorge Sampaio, *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 63.

[54] Idem., p. 64

[55] ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*,. Cit., p. 47.

[56] Dessa Declaração constam quatro instrumentos: as Recomendações Gerais; o Instrumento de Tratamento Nacional, que estabelece o compromisso dos governos de tratar as empresas controladas por estrangeiros instaladas em seu território de maneira não menos favorável que as empresas domésticas na mesma situação; um instrumento sobre Requerimentos Conflitantes, para que os países minimizem as diferenças entre os requerimentos estabelecidos pelos diferentes países para as transnacionais; e um instrumento sobre Incentivos e Desincentivos ao Investimento Internacional, para promover a cooperação entre países sobre as medidas tomadas em relação ao investimento internacional direto. Pretende-se que as Recomendações se estendam para Estados que não fazem parte da OCDE (ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, Cit., p. 56).Para uma discussão mais ampla do tema ver RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional* in Alves Pereira, Antonio Celso , livro em homenagem ao prof. Celso Mello, no prelo.

[57] ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, Cit., p. 57.

[58] HUNER, Jan. The multilateral agreement on investment and the review of the OCDE guidelines for multinational enterprises, *in* KAMMINGA, Menno T. e ZIA-ZARIFI, Saman,. Liability of Multinational Corporations under International Law, Haia, Kluwer Law International, 2000, p. 200.

[59] ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais*, Cit., p. 60.

[60] Idem., p. 60.

infantil e do trabalho forçado; a recomendação de que as empresas melhorem sua performance ambiental através da implantação de gerenciamento ambiental interno, divulgação de informação ambiental e melhores planos de contingência para impactos ambientais; e a introdução de recomendações relativas aos direitos humanos, ao combate à corrupção e aos direitos do consumidor[61].

Novas tendências também têm sido detectadas quanto à adoção pelas empresas de ética nas organizações. As pesquisas recentes apontam que de 15% a 20% das empresas norte-americanas e de 30% das empresas britânicas adotam códigos de ética e contratam dirigentes encarregados de gerir o processo. Também o processo de conscientização em relação às conseqüências da conduta antiética sobre os empregados, os acionistas e os clientes se tornou mais presente, sobretudo nas empresas européias[62]. Fala-se, de forma mais ampla, em responsabilidade sócio-ambiental.

Merece menção também a Governança Corporativa, hoje muito difundida entre as transnacionais, consistente em uma série de princípios e regras utilizados na gestão da companhia.[63] Busca-se, por meio dela, uma ponderação de interesses de forma a atender o acionista majoritário e o minoritário.[64] Para Diogo de Figueiredo, o fenômeno da governança decorre da lógica da eficiência, sendo verificável não apenas no âmbito das corporações, mas também em outros setores sociais.[65]

---

[61] Idem., p. 64.

[62] NAISBITT, John *Paradoxo Global* Rio, Editora Campus, 1994, pp. 190 a 191

[63] Aline de Menezes Santos elucida Governança Corporativa como sendo "um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação, numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de uma empresa, de um lado, e aqueles que nela investem recursos, de outro" ([63] Santos, Aline de Menezes. *Reflexões sobre a Governança Corporativa no Brasil.* In: Revista de Direito Mercantil nº 130, pp. 180/206. *Apud:* Rosman, Luiz Alberto Colonna. *Governança Corporativa*. In:Revista de Direito Renovar-nº 31/2005. Rio de Janeiro: Renovar. P.131)

[64] Luiz Alberto Colonna Rosman indica que o Movimento de Governança Corporativa teve início nos EUA, como um meio de separação entre interesses preponderantes dos executivos e donos e acionistas da sociedade (Idem, p.131/132.)

[65] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito* in Revista de Direito Administrativo, vol. 243, set./dez. 2006, São Paulo, Atlas, p. 45. De acordo com este autor, "parece haver consenso entre os autores contemporâneos que tratam do fenômeno da globalização que com ela se impôs a lógica da eficiência. Trata-se de uma cadeia causal, em que as sociedades, cada vez mais informadas, tornam-se cada vez mais exigentes e, por isso, cada vez mais demandantes de soluções eficientes para seus problemas. Com efeito, nas sociedades mais politizadas torna-se irrelevante quem seja o executor das políticas públicas – se o próprio Estado, se os entes de sua criação, se os entes privados, ou mesmo se serão nacionais ou estrangeiros: o importante para seus usuários é que o conceito de política pública (que é estatal) tenha viabilidade e a sua execução (estatal ou não) seja eficiente. (...) Assim é que o conceito antigo de ação pública – tradicionalmente burocrático, monolítico, centralizado e conduzido pela 'fè' na imperatividade à *outrance* – tende a ceder com o despontar de uma nova concepção de ação pública – criativa, flexível, descentralizada e negociada, orientada pela consensualidade. Com el,

Note-se que, no plano corporativo, esse movimento só se tornou viável por pressão dos minoritários acerca de seus direitos e principalmente pela participação de grupos de investimentos e pensão nas ações. Essa nova forma de gerir a sociedade maximiza o valor da companhia[66], aumentando a confiabilidade da companhia e o conseqüente incremento do número de investidores. Seus princípios basilares são o senso de justiça e equidade (*fairness*), transparência (*disclosure*), prestação de contas (*accountability*) e obediência às leis (*compliance*).[67]

Trata-se agora de uma visão da responsabilidade corporativa como prática consentânea com uma empresa cidadã, que se preocupa não somente com os acionistas, (*stockholders*), mas com todos aqueles da comunidade envolvidos em seu raio de ação (*stakeholders*). O debate ainda comporta a visão de um capitalismo mais ético. [68]

5 IMPORTÂNCIA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

A importância da cooperação e das novas agências internacionais, as lições da história da contratação petrolífera, o respeito ao meio ambiente, a conscientização por parte dos investidores internacionais da importância do diálogo com as comunidades locais dos países hospedeiros, os novos marcos éticos introduzidos pela legislação internacional e as práticas anti-corrupção e de governança são itens obrigatórios da pauta de discussões sobre a área ambiental na indústria do petróleo. Dentre eles o reconhecimento da importância da cooperação internacional no combate ao subdesenvolvimento, acompanhada, entretanto, da percepção de que se

---

o diálogo político e o diálogo administrativo se expandem e se processualizam para ganhar segurança, precisão e visibilidade, o que transforma, aos poucos, a decisão imposta em decisão composta ou, como hoje já se convencionou identificar: o governo – a única solução imperativa, como método exclusivo de decisão política nas sociedades fechadas, cada vez mais se torna governança – a alternativa de solução dialogada e negociada, como método optativo de decisão política nas sociedades abertas" (idem, pp. 45-46).

[66] Para Natália Mizrahi Lamas a governança corporativa é o veículo utilizado na tentativa de tornar mais simétricas as posições dos acionistas, sem olvidar os aludidos interesses externos à companhia. Este "conceito de gestão" diferenciado pretende equilibrar tais interesses e, a partir deste resultado, ser uma mola propulsora ao mercado de capitais (LAMAS, Natália Mizrahi. *A Cláusula Compromissória Estatutária como Regra De Governança Corporativa: Uma Análise de seu Alcance Subjetivo*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito; Agência Nacional do Petróleo, 2004. 94 f. Monografia (Bacharel em Direito). Orientadora professora Doutora Carmen Tiburcio e professores avaliadores Dr. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Pedro Batista Martins. p.24).

[67] LAMAS, Natália Mizrahi. Ob. Cit., p.24.

[68] Leaders: The Good Company; Capitalism and Ethics (TheEconomist, 22nd January, 2005); Leaders: Bad Arguments against the Good Company? (EC Newsweek, 31 Jan. 2005)

trata de uma obrigação difícil de ser exigida no plano jurídico internacional, "*onde ainda predomina a idéia de soberania e o egoísmo dos Estados"*[69]. O dever de cooperação está consagrado na Carta da ONU [70], encontrando-se, da mesma forma, esculpido na carta da OEA[71], que exerce importante papel no sentido da obtenção da cooperação internacional no nível das Américas, ao propor abordagem conjunta para "participar e solucionar os grandes problema internacionais".[72]

A conscientização sobre sua importância na era globalizada tem conseqüências irreversíveis nas operações petrolíferas, pelo imperativo do estrito cumprimento das legislações locais.[73]Apesar dos constantes esforços feitos por diversas organizações, há sempre presente a idéia de que as atividades de exploração e produção ainda não estão suficientemente regulamentadas em escala mundial.[74]

Thomas W. Wälde realça o papel dessa regulação internacional[75], como

---

[69] MELLO, Celso D. De Albuquerque *Direito Internacional Econômico* Cit, 1993

[70] Art 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.*"*

[71] Cap II, i, "*A cooperação econômica é essencial para o bem estar e para a prosperidade comuns dos povos do continente"*.

[72] CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *A cooperação internacional*. In, CAVALCANTI, Themistocles Brandão (dir.). Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1958, p 7

[73] Nos países desenvolvidos, a proteção do meio ambiente se tornou, em regra, a principal questão na expansão do petróleo e do gás (WAELDE , Thomas *The role of selected international agencies in the formation of international energy law*, IUCN Environmental Policy and Law Paper nº 47 – Energy Law and Sustainable Development, Edited by Adrian J. Bradbrook and Richard L. Ottinger, em 2003., p. 53). Na América Latina, igualmente, já surgem novas vozes exigindo maior proteção ao meio ambiente e maiores punições aos infratores. Um reflexo dessa tendência é o aumento da utilização de gás natural em diversos países. Com isso, muitos projetos petrolíferos estão ficando atrasados ou mesmo sendo abandonados devido a desafios ambientais. Trata-se de um novo risco a ser considerado pelo investidor. Sobre o tema, vide MARTIN, G. Jay. *International Petroleum Investment Opportunities in Latin América: Creating a Proper Balance Between Risks and Rewards*. Cit., pp 5.14 -5.15, 5.19.

[74] Segundo Kitty Armstrong, especialista em Meio Ambiente da Chevron Texaco: "Guidelines addressing environmental aspects of oil and gas E&P activities are being developed by many organizations. However, in some quarter of the international community there continues to be a major concern that those activities are inadequately and inconsistently regulated on a worldwide basis. This has taken the form of efforts by some countries and environmental NGOs to push for development of global environmental regulatory standards for the offshore E&P industry and identification of an international organization that could implement such standards."
ARMSTRONG, Kit. *The Green Challenge - Managing Environmental Issues in Natural Resources Projects in Development Countries. In*: ANNUAL ROCKY MOUNTAIN MINERAL LAW INSTITUTE, 42, 1996. *Proceedings*. Denver, Colorado: RMMLF, 1966, Chapter 3, pp 3.1-3.58.

[75] WAELDE , Thomas The role of selected international agencies in the formation of international energy law, IUCN Environmental Policy and Law Paper nº 47 – Energy Law and Sustainable Development, Edited by Adrian J. Bradbrook and Richard L. Ottinger, em 2003. One could qualify the role of international agencies in this sense as "collaborative international regulation;" it is rare that governments yield all or even a substantial portion of their regulatory jurisdiction to international agencies, except where inevitable, and even then with safeguards. The much more homogeneous and integrated European Union's relation with its member states – and the well-known British reluctance to yield sovereignty – is a good example."

resposta ao campo global de atuação dos atores relevantes - empresas multinacionais, bancos, ONGs, grupos criminosos – problemas de natureza global – *procurando manter o sistema da economia global em pleno funcionamento e com as devidas salvaguardas sociais.*

A história da contratação petrolífera, cujo exame transcenderia o escopo destas notas, nos trouxe grandes lições, na busca da convergência de interesses, já que nos contratos de primeira geração o forte poder de barganha dos investidores moldaram as características dos contratos de concessão iniciais. O longo processo, intermediado pelas grandes arbitragens internacionais, permitiu que se chegasse aos modelos híbridos que hoje conhecemos.[76]

Bem a propósito, o *Extractive Industry Review*, Relatório do Banco Mundial para o período 2000-2004, ressalta que a área de mineração em geral requer muitos investimentos privados, mas também regulação por parte do Estado e uma responsabilidade especial da indústria de torná-la viável, nas condições admissíveis na época contemporânea: do ponto de vista social, ambiental e político. [77]

A responsabilidade envolvendo danos ao meio ambiente, e a possibilidade de vultosas indenizações anteriormente aludida tem interessante conseqüência analisada por Hans Baade. Em seu artigo, o autor alemão radicado nos EEUU focaliza o caso do desastre de Piper Alpha, e as demandas judiciais geradas pelo evento. Em uma ação por ele analisada, o demandante da Escócia procuraria acionar o fabricante, o fornecedor ou a companhia de serviços sediada no Texas. No caso, a empresa afiliada da Occidental Petroleum, que operava a plataforma no Mar do Norte britânico, a Occidental U.S., é que foi acionada. Segundo consta, foi oferecida às famílias das vítimas do acidente uma base de acordo de indenização que configurou um acordo "meio-atlântico" ("*mid atlantic*"), nem baseado na lei norte-americana nem na escocesa.[78]

Esse impacto econômico é tanto maior quanto mais sofisticadas são as exigências locais de segurança das instalações e os procedimentos, bem como as regras de imputação de responsabilidade por agressões ao meio ambiente e ressarcimento de danos a terceiros, ou despesas decorrentes da própria limpeza,

---

[76] .RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá *Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo Cit., pp. 161 e segs.*

[77] WAELDE, Thomas, Introdução ao Mineral Policy Compendium. Cit.

[78] BAADE, Hans. *Foreign Oil Disaster Litigation Prospects in the United States and the MidAtlantic Settlement Formula*, . Cit., p. 140.

quando ocorre um vazamento no transporte, por exemplo. Os seminários mais recentes registram vários trabalhos sobre o tema do abandono das instalações no mar, preocupação que já alcançou o fórum internacional

É um sinal de que na doutrina há um interesse crescente pelo tema, especialmente voltado para a área do petróleo, enquanto a contrapartida é a consciência, pelos órgãos reguladores e fiscalizadores, da necessidade de disposições específicas aplicáveis aos agentes da indústria petrolífera.[79]

5.1 Descomissionamento de Instalações

Nos últimos anos, o descomissionamento[80] e desinstalação de empreendimentos vem progressivamente ganhando importância[81], mais notadamente quando nos referimos à Indústria do Petróleo & Gás. A variável ambiental deve ser considerada na fase de abandono, desinstalação ou descomissionamento de qualquer empreendimento, atingindo-se, destarte, a manifestação plena do já debatido princípio do desenvolvimento sustentável e de diversos outros princípios que informam o Direito Ambiental, principalmente os

[79] Alguns casos famosos do final do século ilustram essa tendência, como o caso da Plataforma Petrolífera Brent Spar. Em junho de 1995, pudemos acompanhar, pela imprensa, a campanha contra o afundamento e abandono, pela Shell e Exxon, da plataforma petrolífera Brent Spar, já sem uso, nas águas do Mar do Norte. A pressão dos ambientalistas, inclusive do movimento *Greenpeace,* foi tamanha, que chegou a receber apoio de outros governos que não o britânico, e a empresa teve de alterar seus planos de ação.
Caso Exxon Valdez – O acidente provocado pelo navio Exxon Valdez em março de 1989 resultou para a Exxon Shipping Company não somente em ações de responsabilidade por danos ao meio ambiente como também em danos à imagem da própria *holding* Exxon Corporation, que procurou sanar esse problema por meio de ampla operação de limpeza no Alasca. Os valores envolvidos montam a cerca de 1,25 bilhão de dólares somente com o acordo feito entre a Exxon, o governo americano e o governo do Alasca. Outras demandas de terceiros contra a companhia são reportadas como alcançando a cifra de bilhões de dólares. A Exxon, de sua parte, também tentou ressarcir-se por seus gastos, primeiramente acionando o fabricante do sistema de pilotagem, alegando mau funcionamento que teria causado o problema. A Exxon acionou também os seguradores, em demanda que se arrastou por todos esses anos. Um *pool* de mais de 100 seguradores liderados pelo Loyds concordou em pagar US$ 300 milhões, que foram reconhecidos pela Exxon apenas como acordo parcial em relação às pendências.
80 FERREIRA, Doneivan F. e SUSLICK, Saul B. *Decomissioning of Offshore Oil and Gas Installations: Economic and Fiscal Issues*, Campinas, Editora Komedi, 2005. De acordo com o Glossário desta obra, *Decommissioning* é "*The process of removing an engineering product permanently from operation. Decommissioning could include shutdown/deactivation, isolation and removal. It can be partial or complete.*" O termo "descomissionamento" em português é um termo que não consta nos dicionários de língua portuguesa na acepção com a qual é utilizada neste trabalho. Todavia, verifica-se que o uso do termo descomissionamento, significando encerramento ou término de atividades, está bastante difundido, sendo referido, inclusive, em diversos textos legais, tais como Lei N.º 9.765/98, Lei N.º 10.308/02 e Decreto N.º 2.648/98.
81 Bezerra, Luiz Gustavo Escorcio. *O Descomissionamento de Atividades e a Licença de Desinstalação – Primeiras Reflexões*, 2006, Tese de Pós-Graduação em Direito Ambiental Brasileiro pela Pontifica Universidade Católica do Rio de Janeiro.

princípios da prevenção e da precaução.[82]

No plano do Direito Internacional, as primeiras preocupações com a remoção de instalações *offshore* aparecem na Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental de 1958, especificamente seu artigo 5 (5), na Convenção para Prevenção de Poluição Marinha por Lançamento de Resíduos e Outras Matérias de 1972, mais conhecida como Convenção de Londres, e na Convenção das Nações Unidas sobre Direito Marítimo de 1982 (UNCLOS), artigo 60 (3). Desde então, esta matéria se desenvolveu bastante através de diversas outras Convenções Internacionais, regras e recomendações da Organização Marítima Internacional (*International Maritime Organization* - IMO), destacando-se a IMO *Guidelines and Standards on Removal of Platforms*, e outras regras setoriais.[83]

Na indústria internacional de petróleo & gás, no que se refere às legislações domésticas, já se verificava nos primeiros anos da década de 80, a obrigação, seja contratual ou legal, de remover instalações e de recuperar a área com cuidados básicos com o meio ambiente no qual a atividade econômica foi exercida, arcando-se, ainda, com os custos geralmente altos. A Noruega promulgou sua

---

[82] O Professor Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro,* 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.62) os diferencia com precisão: "(...) em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção." Em relação ao principio da precaução, veja trechos da clássica obra de Cristiane DERANI, *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997: O Princípio da Precaução "corresponde à essência do direito ambiental" (p.165). Esse princípio determina uma postura de precaução frente às atividades que importem em perigo ao meio ambiente ou que seja garantida uma margem suficiente de segurança do risco de dano. Assim é que uma política ambiental eficiente não se resume à defesa contra perigos iminentes e reparação dos danos já ocorridos; necessária é também uma política que atue preventivamente no sentido de que as bases naturais sejam protegidas e utilizadas com cautela. É através da busca do afastamento do perigo nas dimensões espacial e temporal, da proteção contra o risco, da análise do potencial lesivo decorrente de um conjunto de atividades bem como da exigência da utilização das tecnologias mais avançadas que se atinge o espírito desse princípio. "Precaução é cuidado (in *dubio pro securitate*)" (...) e está ligada "aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas". "(...) A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade" (p.167). Na análise dos pressupostos desse princípio deve-se levar em conta não simplesmente a potencialidade do dano, mas também a "própria razão da atividade em pauta: a necessidade, o objetivo do que se pretende empreender. Em resumo, o critério geral para a realização de determinada atividade seria a sua 'necessidade' sob o ponto de vista de melhora e não prejudicialidade da qualidade de vida. Este critério deve operar, especialmente, nos três estágios em que a atividade humana é potencialmente danosa ao meio ambiente: apropriação de recursos naturais, trânsito de produtos, emissões industriais" (p.168).

[83] FERREIRA, Doneivan F. e SUSLICK, Saul B. *Decomissioning of Offshore Oil and Gas Installations: Economic and Fiscal Issues, Campinas*, Cit. pp. 35-37

CAMERON, Peter. *Decomissioning of Oil and Gas Installations: A Comparative Approach to the Legal & Contractual Issues, Texas, Barrows Company* Inc., pp 8-13

legislação específica obrigando cuidados especiais no abandono de instalações *offshore* em 1985, sendo que a Grã-Bretanha o fez dois anos mais tarde. Os países do Mar Norte, juntando-se a estes dois acima referidos a Holanda, são os que têm a legislação mais desenvolvida.[84]

O tema, antes adstrito apenas a algumas atividades econômicas específicas, como a Indústria do Petróleo, além da mineração e das atividades nucleares, tem sido discutido academicamente e, de forma incipiente, no meio empresarial, sendo que já se percebe que o debate tem sido estendido para a desinstalação e o descomissionamento de qualquer atividade potencialmente causadora de degradação ambiental.

Como vimos, internacionalmente, este tema já recebe considerável atenção há algumas décadas e, no Brasil, já percebemos, há alguns anos, produção acadêmica técnica sobre o assunto. Já se pode identificar, inclusive, normativa especifica da Agencia Nacional do Petróleo[85] e códigos ambientais estaduais[86] que demonstram a preocupação com os impactos ambientais na fase de desinstalação de determinadas atividades.

5.2.Case Texaco Equador

A Texaco adquiriu em 1964 o direito de exploração e produção de petróleo em terras Amazônicas. A exploração da produção teve inicio em 1972 se estendendo até 1992. O direito de exploração fora exercido por meio de um consórcio entre a Petroecuador e a TexPet, a primeira uma empresa do governo equatoriano e sócia majoritária do consórcio e a TexPet uma subsidiária da Texaco.

---

[84] CAMERON, Peter. *Decomissioning of Oil and Gas Installations: A Comparative Approach to the Legal & Contractual Issues*, Cit.,pp 10-13

[85] Portaria N.º 25/2002 que regulamenta os procedimentos a serem adotados para o abandono de poços de petróleo e / ou gás, de forma a assegurar o perfeito isolamento dos reservatórios, evitando migração de fluidos para o solo, aqüíferos e o fundo do mar; e, Portaria 114/2001 que define procedimentos a serem adotados para devolução de áreas de concessão na fase de exploração, incluindo orientações para recuperação ambiental das áreas, desativação de instalações e reversão e alienação de bens, exigindo a apresentação de um relatório de devolução acompanhado de Laudo de Auditoria Ambiental emitido por auditor independente.

[86] O Código Ambiental do Estado do Rio Grande do Sul (Lei 11.520/2000) já traz em seu artigo 55 a regra de que para "a desativação de estabelecimentos, obras e atividades utilizadoras de recursos ambientais ou consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras (...) dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente (...)", sem, contudo, criar a figura da Licença de Desintalação (LD). A licença de desativação é prevista no Projeto de Lei encaminhado em agosto de 2005 a Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro para um Código Ambiental (artigo 40, V) e "*autoriza a desativação de empreendimento ou atividade, com base nos estudos e relatórios sobre as medidas compensatórias, reparadoras, mitigadoras, de descontaminação e de preservação ambiental*".

A população do Equador sentindo-se prejudicada pelos danos causados pela exploração e produção de petróleo, propõe uma ação na Corte de Nova York. Essa representação na Corte Americana fora motivada pela possibilidade de se processar a matriz da Texaco. E assim, Setenta e cinco moradores da região de Oriente, no Equador, propõe uma "ação popular" em 3 de novembro de 1993, denominada Aguinda V. Texaco Inc., em favor de 30.000 habitantes da região. Em 28 de dezembro de 1994 um grupo de 27 peruanos interpõe uma ação de igual teor, diferenciando-se pelos autores que moram no Peru e estão representando uma população um pouco menor.

De acordo com o alegado pelos demandantes, tanto a exploração como o transporte do óleo não atendiam às práticas comuns da indústria, causando poluição do solo, lençol freático, das plantações, nascente e também doenças nos moradores e animais. E, ainda, um vazamento, ocasionado por uma ruptura do duto, fez vazar uma quantidade enorme de óleo, que superou a do Exxon Valdez em oito milhões de litros.

Os principais danos sofridos pela população foram o vazamento no sistema hídrico da região de 20 bilhões de galões de água contaminada, pela queima ao ar livre de 235 bilhões de pés cúbicos de gás, e pelo despejo cerca de 17 bilhões de galões de petróleo cru, que deixou, a céu aberto, 600 piscinas de dejetos de petróleo e centenas de áreas contaminadas por vazamentos nas tubulações, poços e estações. A população da região viu-se também exposta à presença de vários produtos cancerígenos.

Nenhuma das duas proposições alegou que houve danos para as pessoas, propriedades ou comércio nos EUA. Ao contrário, os autores sofreram danos pessoais e patrimoniais no Equador e no Peru, decorrentes da exploração da atividade petrolífera em terras do governo equatoriano por meio de um consórcio que o próprio governo regulava. O consórcio era formado pela Companhia Nacional De Petróleo (PETROEQUADOR) , como majoritário, e Texaco Petroleum Company (TEXPET). O governo equatoriano se recusou a abdicar da imunidade de jurisdição e a TexPet afirmou não ter tido nenhuma participação nas operações. Apesar disso, a Texaco foi ré nos dois processos. Os proponentes da ação do Equador afirmam ser a Texaco a verdadeira operadora do consórcio.

A apresentação da demanda na Corte de Nova Iorque, sem entrarmos nos aspectos de processo civil internacional pertinentes, demonstra o grande poder das

ONG´s na articulação e representação dos interesses de comunidades locais, exigindo das empresas transnacionais o planejamento preventivo em relação a essas demandas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme analisado nestas breves notas o interesse pelo Direito Internacional do Meio Ambiente constituiu um reflexo e também tornou-se um fator de retro-alimentação nas rupturas de paradigmas ocorridas no século XX. Essas mudanças atingiram não somente a órbita do conhecimento especializado mas também propiciaram um processo de conscientização que se reflete nas condutas e na percepção do homem e dos agentes econômicos em relação ao seu meio, viabilizando novas formas de implementação da cooperação internacional.

O engajamento das empresas de petróleo na defesa do meio ambiente resultou em programas de pesquisa conjunta, integrando universidades, empresas e governos, e exigiu o melhor conhecimento dos possíveis impactos ambientais gerados por cada uma das etapas das atividades da indústria.[87]

O respeito ao meio ambiente coloca-se na fronteira do desafio tecnológico às operações em águas profundas, mas também, no aspecto finalista, em termos da sobrevivência da humanidade, que exige uma atuação concertada dos Estados e dos agentes privados.[88]

Na esteira da terminologia de Thomas Kuhn quanto à ruptura de paradigmas,[89]coloca-se para a humanidade um renovado desafio, que repercute na prevenção de danos ambientais e na ação convergente de diferentes atores, evitando a

[87] CARVALHO, Paulo Roberto de Santos. *O Impacto da Legislação Ambiental na Indústria do Petróleo Brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, p. 27 et seq. (cópia cedida pelo autor).

[88] Um exemplo de respeito ao meio ambiente humano pode ser dado pelo *Shell´s Camisea Project*. O projeto, desenvolvido na Amazônia peruana, se encontrava nas terras de uma tribo indígena isolada. Para poder explorar as reservas petrolíferas locais sem destruir a floresta e preservar o isolamento das populações indígenas do local, a Shell preparou a região para ser explorada, como se tratasse de uma reserva localizada *offshore*. Desta forma não foram construídas estradas e todos os trabalhadores foram levados ao local de helicóptero, além disso a caça e a pesca foram proibidas. Para iniciar o projeto foi necessária uma permissão dada pela população indígena. Além disso a Shell convidou 35 organizações não-governamentais para monitorar o projeto, tanto do ponto de vista social quanto ambiental. Todos esses cuidados, no entanto, não evitaram as críticas ao projeto. Sobre o Shell Camisea Project, vide SMITH, Ernest E.; CONINE, Gary B. Environmental Protection and Related Issues, Cit., pp 675-676. Sobre os programas da Petroperu Ver GUILLEN, Hilda. *Seminário Sobre Meio Ambiente*, Buenos Aires, 2002. [Palestras Apresentadas] Rio de Janeiro: Uerj; Austin,Texas: AIPN, 2002.

[89] KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

postura predatória, que os impulsos de cooperação e solidariedade buscam mitigar

Nesse sentido, podemos tirar algumas lições das reflexões de Jürgen Habermas, um dos filósofos da denominada Escola de Frankfurt, sobre a Guerra do Golfo,[90] que deixa clara a importância da questão petrolífera em todos os níveis: dentre as dimensões por ele analisadas, merece destaque a dimensão da "Política de Poder", que revela o temor das nações industrializadas em relação ao controle do abastecimento do petróleo bruto, fonte de energia vital.[91] Mas como desdobramento, o texto reflete sobre a questão da guerra, da coexistência pacífica de formas de vida culturalmente distintas e do próprio entrelaçamento das questões dos direitos dos povos com a racionalidade ocidental.[92]

Finalmente, como se viu, a variável ambiental esta cada vez mais presente nas atividades da indústria do petróleo que, por se tratar de uma atividade econômica que carrega consigo um considerável risco de impactos ao meio ambiente, cultivou uma arraigada cultura de conciliar desenvolvimento e exercício de atividade econômica com conservação e preservação do meio ambiente, em consonância com o principio do desenvolvimento sustentável.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Betyna Ribeiro, *A Regulação não estatal das Corporações Transnacionais nos Planos Interno e internacional*.Dissertação (mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Faculdade de Direito, Uerj, Rio de Janeiro, 2003.

ANNUAL ROCKY MOUNTAIN MINERAL LAW INSTITUTE, 42, 1996. *Proceedings*. Denver, Colorado: RMMLF, 1966.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de, Novas Dimensões do Princípio da Soberania, dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da UERJ como requisito para obtenção do título de mestre em direito público. 2003. Orientador: professor doutor Paulo Braga Galvão.

ARMSTRONG, Kitty, The Green Challenge- Managing Environmental Issues in:

[90] Invasão do Kuwait pelo Iraque em agosto de 1989 com a subseqüente deflagração da operação "Tempestade do Deserto" pelas forças militares dos Estados Unidos, Inglaterra e outras nações. Um ano após, houve a revolução do Iraque.

[91] Oportunamente esclarece Bernard Taverne que tal temor se justifica quando constatamos que: "self-sufficiency in oil and/or natural gas is still the exception among the western countries. (...) with exception of the UK and Norway, all western countries are net-importers of oil". E acrescenta: "For any country and its government securing possession of and/or access to exploitable petroleum reserves is of primary importance." (TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Polices,* . Cit., pp 88-93).

[92] HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, pp 23-31.

Natural Resources projects in Developing Countries in *Mineral Law Institute,* pp. 3-5 3-7.

BASSO, M., Zaitz, D. e PRADO, M. (orgs). *Direito do Comércio Internacional - Pragmática, Diversidade e Inovação*. Curitiba: Jurua, 2005.

BIRNIE, Patricia W. e BOYLE, Alan E., *International Law and the Environment*, OUP, 2nd edition, 2002.

BEZERRA, Luiz Gustavo Escorcio. O Descomissionamento de Atividades e a Licença de Desinstalação – Primeiras Reflexões, Rio de Janeiro, Tese de Pós-Graduação em Direito Ambiental Brasileiro pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Leonardo Carvalho, *A Justiça Internacional e o Dever de Assistência no Direito dos Povos de John Rawls*. dissertação de mestrado apresentada na PUC-Rio, Rio de Janeiro, maio de 2003.

CAMERON, Peter. Decomissioning of Oil and Gas Installations: A Comparative Approach to the Legal & Contractual Issues, Texas, Barrows Company Inc.

CARVALHO, Paulo Roberto de Santos. *O Impacto da Legislação Ambiental na Indústria do Petróleo Brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão (dir.). Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1958.

COSTA, Carlos Jorge Sampaio, *O Código de Conduta das Empresas Transnacionais*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

DERANI, Cristiane *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Rio, Renovar, 2003.

Environmental Policy and Law Paper n° 47 – Energy Law and Sustainable Development, Edited by Adrian J. Bradbrook and Richard L. Ottinger, em 2003.

FERREIRA, Doneivan F. e SUSLICK, Saul B. *Decomissioning of Offshore Oil and Gas Installations: Economic and Fiscal Issues*, Campinas, Editora Komedi, 2005.

GARCIA-AMADOR, F.V. *The Emerging International Law of Development: a New Dimension of International Economic Law*. New York: Oceana, 1990.

GUILLEN, Hilda. SEMINÁRIO SOBRE MEIO AMBIENTE, Buenos Aires, 2002. [Palestras Apresentadas] Rio de Janeiro: Uerj; Austin,Texas: AIPN, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Passado como Futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

KAMMINGA, Menno T. e ZIA-ZARIFI, Saman,. Liability of Multinational

Corporations under International Law, Haia, Kluwer Law International, 2000.

KUHN,Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

LAMAS, Natália Mizrahi. A Cláusula Compromissória Estatutária como Regra De Governança Corporativa: Uma Análise de seu Alcance Subjetivo. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito; Agência Nacional do Petróleo, 2004. 94 f. Monografia (Bacharel em Direito).

Leaders:The Good Company; Capitalism and Ethics (TheEconomist, 22nd January, 2005);Leaders: Bad Arguments against the Good Company? (EC Newsweek, 31 Jan. 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro,* 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARCOVITCH, Jaques (Coord.).Cooperação Internacional: estratégia e gestão. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1994.

MASSOCATO, Carolina Assano. Responsabilidade Civil em Matéria Ambiental. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: 2002, (cópia cedida por gentileza da autora).

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MORIN, Edgar. *As Duas Globalizações: Complexidade e Comunicação uma Pedagogia do Presente*. 2a. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MOTA, Maurício , Princípio da Precaução: Uma construção a partir da razoabilidade , *Revista Brasileira do Direito do Petróleo e Gás*, RBDP, vol.2. UERJ, 2207(no prelo).

REI, Fernando, A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente in *Direito Internacional do Meio Ambiente* Ensaios em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares São Paulo, Atlas, 2006.

Revista de Direito Administrativo, vol. 243, set./dez. 2006, São Paulo, Atlas.

Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1958.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá *Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo, 2ªd Renovar, Rio de janeiro. 2003.*

ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. *Governança Corporativa*. In: Revista de Direito Renovar-nº 31/2005. Rio de Janeiro: Renovar.

SANDS. Philippe, *Principles of International Environmental Law,* Cambridge, 2nd edition, 2003.

SMITH, Ernest E. et al.*International Petroleum Transactions,* Denver, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000.

SMITH, Ernest E.; CONINE, Gary B. Environmental Protection and Related Issues.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente. Emergência, Obrigações e Responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

TARP, Finn, *Foreign Aid and Development – Lessons learnt and Directions for the Future*, London, Routledge, 2000.

TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an Introduction to Petroleum Regulation, Economics and Government Polices.*

URRITIA R., José Antonio. The Beginning and the End: Liability for Pre-existing Conditions and Reclamation Obligations in Latin América, [S.n.t.].

WAELDE, Thomas The role of selected international agencies in the formation of international energy law, IUCN Environmental Policy and Law Paper nº 47 – Energy Law and Sustainable Development, Edited by Adrian J. Bradbrook and Richard L. Ottinger, em 2003.

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987.

O ESTADO, SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL[1]

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 A Constituição do Estado e o Direito Internacional. 3 Estado de natureza e Direito Internacional. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

Resumo: Este artigo propõe-se a traçar um programa de estudos para trabalhos futuros; nele, procura-se fornecer subsídios para uma espécie de "Teoria Geral do Estado" que leve em consideração não apenas o direito constitucional e/ou a situação jurídica-política interna, mas também o direito internacional. Como regra, os estudos tradicionais deste porte consideram o Estado o pináculo do engenho humano e, assim, ou as suas análises detêm-se dentro das fronteiras nacionais, ou elas aceitam a ideia de que, além destes limites, não pode haver Direito. Estudar o Estado, segundo o direito internacional, tornar-se-ia irrelevante uma vez que as relações internacionais não poderiam engendrar uma ordem jurídica em sentido próprio, porque as nações estariam num verdadeiro estado de natureza. Contudo, estas duas posturas – a que, por comodidade, não avança a análise além das fronteiras nacionais, e a que opta por isso, de maneira consciente – revelam-se equivocadas. Primeiro, o direito internacional pode contribuir bastante para a revisão da clássica tese dos três elementos do Estado, como sugerem recentes casos de sucessão de Estados, e, segundo, negar a juridicidade do direito internacional significa supor que o Direito não pode florescer sem o Estado.

Palavras-chave: Sucessão de Estados; analogia doméstica; estado de natureza.

Abstract: This article attempts to sketch a program of studies for future works: it intends to draw criteria for a "General Theory of State" that would take into account not only Constitutional Law and/or the domestic juridical-political scenery, but International Law as well. As a rule, traditional studies of this kind consider the State the utmost human achievement and, as such, either the argument would contain itself inside of national borders, or they accept the idea that, beyond those limits, there exists a Lawless domain. A study of the State, from the International Law perspective, would become irrelevant since international relations cannot not engender a juridical order in the proper sense, because nations would strive in a true state of nature. Yet, these two opinions – the one that inadvertedly does not advance the argument beyond national borders, and the other chooses the same alternative, but in a conscious manner – are mistaken. First, International Law may indeed deliver to revisit the classic theory of the three State elements, as recent cases of succession of States suggest. Second, denying the juridical essence of International Law implies presupposing a conception that Law cannot blossom without State.

Key-words: Succession of States; domestic analogy; state of nature.

1 INTRODUÇÃO

Estado e direito internacional sempre foram vistos como antípodas: quando um é ressaltado, isto é feito em detrimento do outro. Se o poder do Estado é enfatizado, coloca-se em dúvida a própria juridicidade do direito internacional, e, ao contrário, uma ênfase na jurisdição internacional implica a redução do poder estatal. De fato, compatibilizar uma concepção absoluta de soberania com a ideia de um Estado responsável e cumpridor de suas obrigações internacionais parece tarefa de Sísifo. Assim, várias foram as tentativas para diminuir o conceito absoluto de

[1] Este artigo foi publicado anteriormente nos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v. VI, pp. 98-120, 2007.

[2] Professor adjunto de Direito Internacional Público da UERJ e da UFRJ, e-mail: borgesmacedo@hotmail.com

soberania. Contudo, impor limites a um poder que não encontra outro superior (*summa potestas superior non recognoscens*) significa atentar contra a própria noção de soberania.

A Carta da ONU consagra o princípio da não-intervenção e assegura aos Estados certo domínio reservado, um âmbito de validade material exclusivo do direito nacional, mas estes institutos encontram diversos limites. De fato, há inúmeras normas e organismos internacionais que constrangem a atuação estatal. Se soberania corresponde a um poder sem limites, não há outra alternativa ao Estado senão negar validade ao direito internacional.

As relações entre o Estado e o direito internacional constituem uma questão, em essência, doutrinária. Com isso, não se quer dizer que se trata de matéria de fé, uma convicção de foro interno destituída de consequências práticas. Em 1922, foi celebrada uma convenção germano-polonesa que deveria proteger as minorias naqueles países. E essa convenção foi desrespeitada. Em 1933, a Assembleia Geral da Liga das Nações reúne-se, Bernheim, um judeu habitante da Silésia, pede a palavra e denuncia as "práticas odiosas e bárbaras dos hitleristas a expensas de seus próprios compatriotas refratários ao regime". Ele explica como os nazistas incendeiam as lojas e as casas, violentam as mulheres, assassinam os homens e molestam as crianças, saqueiam as sinagogas, profanam tumbas e lugares sagrados e expulsam famílias inteiras de seus lares. O presidente da sessão concede a palavra ao representante da Alemanha, um certo Joseph Goebbels. A sua resposta está registrada nos anais do princípio da não-intervenção: "Senhores, representantes e presidente. Nós somos um Estado soberano; tudo o que este indivíduo afirmou não vos concerne. Nós fazemos aquilo que queremos dos nossos socialistas, pacifistas e judeus, e não estamos sujeitos ao controle nem da humanidade, nem da SDN."[3] Não procurou negar ou escamotear os fatos, nem alegou a inocência do seu governo.

Os diplomatas daquele encontro ficaram petrificados, mas não por Goebbels e sim por Bernheim. A resolução proveniente daquela sessão foi bastante comedida e se absteve de qualquer condenação: a Liga "confia" que todos seus membros não devem atentar contra os direitos dos homens sob sua jurisdição. A prevalência da soberania sobre os direitos do homem foi bem estabelecida. A Alemanha recebe carta branca sobre como tratar suas minorias, e o plano político

[3] BETTATI, Mario. **Le Droit d'Ingérence**: mutation de l'ordre international. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 18. Tradução livre.

descrito no **Mein Kampf** pôde ser cumprido. Hitler acreditava que o "respeito pela pessoa humana que todos têm presente nada mais é do que uma invenção das fábulas para se proteger dos mais fortes"[4]. Neste caso, a Liga preferiu assistir a violação do tratado (bem como, posteriormente, de outros documentos internacionais) a permitir qualquer arranhão na superfície da soberania alemã.

Essa atitude não deve causar surpresa: na sua ampla maioria, a doutrina sempre enfatizou o poder do Estado em detrimento do direito internacional. Os escritores que criaram o conceito de soberania não deixaram espaço para este direito. Consoante Bodin, "a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república (...) não é limitada nem em poder, nem na responsabilidade, nem no tempo"[5]. Neste texto, procurar-se-á realizar uma démarche em sentido contrário e colher elementos para uma espécie de "Teoria Geral do Estado" que leve em consideração não apenas o direito constitucional e/ou a situação jurídica-política interna, mas também o direito internacional.

2 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E O DIREITO INTERNACIONAL

Até bem recentemente, o Estado apresentava-se ao direito internacional como uma realidade histórico-social que este nada contribuía para a sua formação. A existência do Estado revelava-se matéria estranha ao direito internacional, o qual se limitava somente a constatar um fato. O instituto do reconhecimento de Estado possuía, de acordo com a mais aceita doutrina, natureza meramente declaratória: o país preexiste ao reconhecimento dado pelos seus pares. O art. 13 da Carta da OEA consagrou esta concepção: "a existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos outros Estados."[6] E esta posição não parece alterar-se. Consoante a Opinião n. 1 de 29/11/1991 da Comissão de Arbitragem da Conferência pela Paz na Iugoslávia (Comissão Badinter), "a existência ou desaparecimento de um Estado é uma questão de fato, (...) os efeitos do reconhecimento por outros Estados são meramente declaratórios"[7].

Hans Kelsen, mesmo sem concordar com uma natureza puramente

[4] BETTATI, Mario. *Op. cit.*, p. 19. Tradução livre.
[5] BODINO, Juan. **Los Seis Libros de la República**. Madrid: Aguilar, 1973. pp. 46-48. Tradução livre.
[6] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível no sítio oficial da OEA: <http://www.oas.org>. Acesso em maio de 2008.
[7] Opinion n. 1. OPINIONS OF THE ARBITRATION COMMITTEE FOR YOUGOSLAVIA. Disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol3/No1/art13.html>. Acesso em maio de 2008. Tradução livre.

declaratória do instituto de reconhecimento de Estado, foi decisivo para difundir a ideia de que a criação de um Estado não consiste num ato jurídico internacional. O pensamento kelseniano exerceu profunda influência sobre a Escola de Viena, em especial, e toda a teoria jurídica do século XX, em geral. O autor explica a existência de uma determinada ordem jurídica pelo que denomina de "princípio da eficácia". Sabe-se que o professor de Berkeley distingue a validade da eficácia. Uma norma não precisa ser efetivamente cumprida para ser válida. O mesmo, contudo, não se aplica ao ordenamento como um todo. "Cada norma individual perde sua validade quando a ordem total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem." Adiante, explica que o princípio da eficácia constitui uma norma positiva de direito internacional. "A partir da perspectiva do direito internacional, a constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa constituição for, como um todo, eficaz."[8]

Isso significa que o direito internacional nada tem a dizer sobre a constituição de um Estado, não impõe qualquer condição. Mas ele vai conferir validade a ordens jurídicas nacionais eficazes. Na teoria kelseniana, isso se revela bastante importante porque o autor considera o Estado uma ordem jurídica parcial dentro do direito internacional. Há, portanto, um elemento de subordinação do Estado em relação àquele direito. Todavia, fora deste contexto, este raciocínio mostra-se destituído de qualquer força. Para aqueles não adeptos do monismo kelseniano, essa assertiva traduz-se pela noção de o direito internacional tão-somente ratificar a existência dos Estados.

Assim, o Estado permanecia um problema apenas para a teoria geral do Estado ou para o direito constitucional. No entanto, alguns acontecimentos parecem autorizar certa margem de discordância. Nos recentes nascimentos de Estados, o direito internacional desempenhou papel relevante na medida em que proveu, direta ou indiretamente, um fundamento jurídico. É o caso do surgimento da Namíbia, em 1990. A ONU pôs fim ao mandato da África do Sul sobre o território, o que eliminou o justo título do governo de Pretória. Em seguida, a Assembleia Geral reconheceu o direito do povo da Namíbia à autodeterminação. A autodeterminação também foi o argumento utilizado para a obtenção do status de Estado pela Micronésia e Palau em,

[8] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. pp. 123 e 125.

respectivamente, 1990 e 1994. Na independência da Eritréia de 1993, há uma justificativa jurídica bastante importante: o destino desta ex-colônia italiana foi decidido na Assembleia Geral, mas a Etiópia não havia respeitado os seus compromissos internacionais desde que assumiu a jurisdição deste território em 1950. A independência do Timor Leste e dos países bálticos recebeu ampla legitimidade do direito internacional, uma vez que haviam sido ocupados de maneira ilícita.[9]

Além desses exemplos, houve diversas proclamações de independência que não se beneficiaram de reconhecimento internacional: entre vários outros, a Tchetchênia, o Kosovo, a ilha de Bougainville, Somalilândia e a ilha comorense Anjouan. Não se deve olvidar ainda do estranho caso da Palestina, cujo direito à existência não oferece dúvidas, mas que não consegue obter sua independência. Todos esses fatos possibilitam criar uma distinção entre Estados *de jure* e Estados *de facto*: os primeiros reuniriam todas as condições necessárias para formar um Estado e ainda contariam com o respaldo da comunidade internacional. Por este motivo, Marcelo Kohen advoga a ideia de a legalidade perante o direito internacional ser um requisito – além dos três elementos tradicionais, povo, território e governo – para a existência do Estado.[10]

Uma distinção entre Estados *de jure* e Estados *de facto*, *ab initio*, não teria qualquer sentido para os seguidores do princípio da efetividade. Se há, de fato, um Estado, este se torna um Estado *de jure* também. As situações de fato são assimiladas às situações de direito. Porém, mesmo com a manutenção deste princípio, há determinadas questões legais que só podem ser explicadas com a referida distinção. Apesar da RES/CS/ONU/276/1970, que considerava ilegal a presença da África do Sul na Namíbia, aquele país continuava a ocupar este. A manutenção da ocupação sem justo título gerou à África do Sul responsabilidade internacional. Mas esta não foi a única obrigação internacional do país. Segundo a Corte Internacional de Justiça,

> o fato de a África do Sul não possuir mais título válido para administrar o Território não a libera de suas obrigações e responsabilidades internacionais perante outros Estados, no que tange o exercício de seus poderes em relação a este Território. É o controle físico de um território, não a soberania ou a legitimidade do título, que constitui a base da responsabilidade do Estado em razão de atos que afetem outros Estados.[11]

---

[9] Cf. KOHEN, Marcelo. Création d'Etats en droit international contemporain. **Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international**, v. VI, 2002, pp. 549-550.
[10] Cf. KOHEN, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 631.
[11] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion of 21 June 1971. Legal Consequences for

Perceba-se que a Corte em momento algum abdicou do princípio da efetividade; ao afirmar que o controle físico do território constitui a base da responsabilidade do Estado, ela faz deferência a este princípio. Se for aceita a concepção de que a efetividade cria o direito, haverá um paradoxo: o direito internacional considerava a ocupação ilegal, mas esta, de fato, existia, o que gera consequências jurídicas. Não há ocupação ilegal, de acordo com o princípio da efetividade: ou ela é legal e, assim, gera efeitos jurídicos normalmente, ou não existe e, pois, não há nenhuma obrigação jurídica decorrente. A opinião da Corte só faz sentido, se for possível estabelecer uma diferença entre Estados *de facto* e *de jure*. Isso significa que o direito internacional não é irrelevante para a criação de um Estado.

Assim, a razão assiste a Kohen, e deve procurar-se um quarto elemento constitutivo do Estado, além dos três tradicionais. Ademais, este elemento deve provir do direito internacional.

Cumpre salientar que a concepção tradicional encontra-se bastante arraigada tanto entre doutrinadores, como nos instrumentos jurídicos internacionais. A Convenção de Montevidéu sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933 a consagra, logo no seu art. 1º: população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com os demais Estados.[12] Este último elemento pode ser englobado por governo[13], porque representa um grau de poder deste. À época, preferiu-se não empregar o termo "soberania" por questões políticas, mas é exatamente por isso que se deve entender a expressão "capacidade de entrar em relações internacionais": um Estado legalmente independente (o que reflete a clássica identificação entre soberania e independência realizada por Max Huber no bastante citado caso Palmas de 04/04/1928, no Tribunal Permanente de Arbitragem).

Ainda assim, mostra-se possível "traduzir" os elementos constitutivos do Estado em linguagem jurídica internacional. É o que realiza Kelsen. Para o autor, a palavra "Estado" equivale a uma personificação da ordem jurídica nacional. Estado e

---

States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). p. 54, § 118. Disponível em <www.icj-cij.org>. Acesso em maio de 2008. Tradução livre.

[12] CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS E DEVERES DOS ESTADOS. Assinada em Montevidéu, em 26/12/1933 e promulgada pelo Dec. 1570 de 13/04/1937. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em maio de 2008.

[13] Cf. KOHEN, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 556.

direito nacional constituem uma só realidade. Assim, território e povo significam, respectivamente, o âmbito de validade espacial e pessoal do ordenamento jurídico nacional, e o governo – que Kelsen substitui pela ideia de "poder" do Estado – corresponde à própria validade e eficácia desta ordem nacional.[14] O jurista austríaco define os tradicionais elementos constitutivos do Estado pelo Direito.

Importa ressaltar que todos os âmbitos de validade do Estado são limitados pelo direito internacional. Assim, o território é fixado por tratados de fronteira. Se uma norma do Estado for executada fora de seu território, há uma violação ao direito internacional. "O território do Estado é o espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado, e isso significa, os seus órgãos, estão autorizados pelo direito internacional a executar a ordem jurídica nacional." Por sua vez, o povo encontra-se submetido à ordem jurídica do seu Estado, por vezes, mesmo por condutas praticadas fora do seu território. Ocorre que as sanções não poderão efetivar-se fora do território. "Desse modo, a esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional é determinada pelo direito internacional. Trata-se de uma determinação indireta. Ela resulta da determinação da esfera territorial de validade."[15]

Kelsen também afirma que há outros âmbitos de validade de um ordenamento jurídico; por isso deve haver outros elementos do Estado. São eles: o tempo de vida de um Estado e a sua competência; trata-se, respectivamente, dos âmbitos de validade temporal e material da ordem nacional. Como os demais, o direito internacional regula esses dois âmbitos. Este direito regula a esfera temporal de validade na matéria de sucessão de Estados. Como supramencionado, para o autor, esta questão é marcada pelo princípio da efetividade. A esfera material, por sua vez, também encontra limitações no direito internacional: este não permite que a ordem jurídica nacional possa normatizar qualquer matéria.[16] Muitas questões escapam ao domínio reservado dos Estados.

Por fim, Kelsen faz o direito internacional limitar o próprio conceito de soberania. No último quartel do século passado, o autor responde, perante a Academia de Direito Internacional da Haia, as teses dualistas de Triepel, segundo as

[14] Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, pp. 207, 230 e 249.
[15] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, pp. 208 e 231.
[16] Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, pp. 217 e 238.

quais o direito internacional e o direito estatal formam ordens jurídicas separadas e distintas. A teoria dualista revela-se bastante simples: a vontade do Estado cria o direito interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o direito internacional, que incide sobre as nações.[17] Direito interno e direito internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas.

Para Kelsen, o dualismo mostra-se absurdo porque conduz à própria negação do valor jurídico tanto do direito internacional como de outras ordens nacionais, em virtude da ausência de um mesmo fundamento jurídico. O autor caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma fundamental. Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. Uma lei irá pertencer a um determinado ordenamento, se ela foi criada por uma autoridade que recebeu este poder de uma outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se foi criada por outra autoridade que recebeu esta faculdade de uma terceira norma superior. Este raciocínio pode aplicar-se repetidas vezes até que a última norma positiva (do direito estatal) seja a constituição. Acima desta, haverá uma norma hipotética, pressuposta e não posta, chamada *Grundnorm* (e, com ela, encerra-se o fenômeno jurídico). Ocorre que, tanto o direito estatal, como o direito internacional possuirão apenas uma única norma fundamental.[18]

Segundo o jurista austríaco, duas ordens jurídicas coexistentes só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Esta estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Esta tarefa, contudo, implica subordinar ambos a uma terceira ordem, a qual deverá delimitar o domínio de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade.[19] Trata-se do caso das relações entre direito

[17] Cf. TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International**, tomo I, 1925. p. 85.
[18] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International**, tomo 14, 1926, p. 258. Kelsen afirma que há duas possibilidades para esta unidade: o monismo com prevalência do direito interno ou o monismo com prevalência do direito internacional. Ambas são lógica e juridicamente perfeitas, mas a primeira conduz a uma espécie de "egotismo jurídico"; cada país consideraria o seu próprio direito como o único verdadeiro. Por isso, ele faz uma opção política pela segunda alternativa.
[19] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 270.

internacional e direito interno.

Com base nessas afirmações, Kelsen torna-se capaz de negar a própria ideia de soberania. A teoria da soberania estatal só pode sobreviver num sentido bastante relativizado. O Estado somente pode apresentar-se como poder supremo, superior a qualquer outro, em relação a um determinado agrupamento de indivíduos que ele contém. Quanto a outros grupos, como a população de um Estado estrangeiro, o Estado não é superior, mas apenas – numa acepção negativa – não-subordinado. Revela-se, portanto, seu igual e independente. Há que se distinguir então dois conceitos de soberania, um interno e outro externo (ou de direito internacional). Ocorre que este raciocínio é contraditório e representa uma simples atenuação da noção de soberania. Se, no seu interior, o Estado é supremo e, para o exterior, ele é independente e igual aos demais Estados, então todos os Estados estão em relação de coordenação e, assim, compreendidos numa ordem superior que delimita o domínio de cada um. Esta ordem é o direito internacional. Num sentido tão relativo de soberania, que permite a existência de uma ordem superior, a noção se transforma numa tautologia: o Estado é soberano apenas em relação àqueles que subordina. Nesta acepção, também o município será soberano.[20]

Tudo o que foi exposto serve para indicar que uma definição de Estado não pode prescindir do direito internacional. Para que se possa continuar a definir o Estado sem elementos do direito internacional, faz-se necessário negar a existência desta ordem.

3 ESTADO DE NATUREZA E DIREITO INTERNACIONAL

Os autores que enfatizam a soberania do Estado tendem a negar a existência ou a juridicidade do direito internacional. A inspiração comum é um trecho bastante pequeno do **Leviatã**, de Thomas Hobbes. Depois de caracterizar o estado de natureza, o filósofo inglês indaga se esta condição já tenha porventura existido ou se constitui somente uma hipótese lógica. Após considerar a guerra civil e a situação de alguns povos selvagens da América como ilustrações deste estado, afirma categoricamente: o estado de natureza sobrevive nas relações entre os Estados.

> [De] qualquer modo, em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas assestadas,

[20] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 260.

> cada um de olhos fixos no outro; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espiões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra[21].

Tal como os homens se encontravam no estado de natureza, uma situação de guerra permanente de todos contra todos, antes do advento do Estado, os países viveriam assim nas suas relações internacionais, em razão da ausência de um poder político mundial. Além disso, por causa da violência generalizada, o estado de natureza hobbesiano, além de não-político, é um cenário pré-jurídico. Perceba-se como o próprio Hobbes exclui a juridicidade do estado de natureza:

> Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; consequentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; na há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta.

A descrição prossegue:

> Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. (...) Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o **meu** e o **teu** (...).[22] (grifo no original).

Assim, são três as características apontadas pelo filósofo de Malmesbury: um estado de guerra permanente, de todos contra todos; a ausência de qualquer empreendimento humano, pois há uma impossibilidade para o trabalho nesse estado, e a inexistência de qualquer forma de Direito, pois não há título de propriedade, nem noção de certo ou errado, permitido ou defeso, lícito ou ilícito. Logo, se não há Direito no estado de natureza, e esta situação subsiste nas relações entre os soberanos, não há direito internacional.

E o que dizer das leis naturais? Elas existem no estado de natureza. Contudo, Hobbes as destitui de qualquer dignidade. Para ele, as leis naturais consistem em simples regras de prudência. "Uma lei da natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-

[21] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 77.
[22] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, pp. 76 e 77.

la."[23] Não há nenhuma concepção de alteridade nesta definição; a lei natural hobbesiana não busca estabelecer padrões valorativos para a conduta do homem em relação ao seu semelhante, mas instrui cada indivíduo na maneira mais eficiente de perseguir a sua própria sobrevivência. Desta feita, se, num determinado momento, o cumprimento de alguma das dezenove leis naturais expressas no **Leviatã** (ou vinte no **De Cive**) vier a arriscar a autopreservação, será lícito desobedecê-la. Em outras palavras, a lei natural não constitui uma verdadeira lei.[24] Corresponde a imperativos hipotéticos instrumentais, cálculos utilitários racionais para melhorar a própria vida.

Por esse motivo, quando Hobbes identifica o direito das gentes com a lei natural, ele não quer com isso conceder algum conteúdo ético ao primeiro, mas demonstrar que as relações internacionais são intrinsecamente violentas e conduzem a um estado de guerra permanente.

> No que se refere às atribuições de um soberano para com o outro, que estão incluídas naquele direito que é comumente chamado **direito das gentes**, não preciso aqui dizer nada, porque o direito das gentes e a lei de natureza são uma e a mesma coisa. E qualquer soberano tem o mesmo direito, ao procurar a segurança de seu povo, que qualquer homem privado precisa ter para conseguir a segurança de seu próprio corpo. (grifo do autor).[25]

Diversos escritores que negam a existência do direito internacional percorreram o mesmo trajeto. John Austin, por exemplo, afirma haver quatro categorias as quais o vulgo denomina de Direito: o direito divino (ou direito natural), o direito positivo, a moralidade positiva e o direito em sentido metafórico ou figurado. Ele rechaça a primeira do campo da ciência jurídica, visto que ela não pode tornar-se objeto de um estudo científico (o que significa uma investigação que possa ser observada de modo empírico). Apenas o direito positivo merece a atenção do jurista. Trata-se do direito humano estabelecido por uma autoridade política superior aos seus subordinados. O direito propriamente dito consiste num comando. O elemento distintivo do direito positivo em relação à moralidade positiva é a idéia de "autoridade política superior". Se uma lei for posta por quem não detém este tipo de poder, ela não poderá diferenciar-se de uma mera opinião. Por fim, o Direito em sentido metafórico corresponde a um emprego inadequado do termo. É o caso das leis causais que regulam o crescimento dos vegetais, ou das "leis" que determinam o comportamento dos animais inferiores. Para Austin, a falta da inteligência e da

[23] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 82.
[24] Cf. HOBBES, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 74.
[25] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 210.

vontade importa.[26]

A ciência jurídica possui um objeto bastante concreto: ela estuda os comandos que aparecem na relação entre superiores e inferiores; uma relação caracterizada pela obediência habitual que se comprova pela observação simples. No direito internacional, no entanto, não há uma autoridade política superior. Os seus preceitos, pois, não passam da mera opinião dos Estados.[27] O estudioso de direito internacional, assim, escreve sobre moralidade positiva.

Tal como Hobbes, em vez de negar, de maneira frontal, a existência do direito internacional, Austin retira-lhe a juridicidade e o equivale a um ordenamento moral. Cabe ressaltar que o pensamento de ambos pressupõe a controversa tese do estatalismo jurídico e sofre, portanto, de todos os ataques que já foram dirigidos a ela. Em apertada síntese, estas críticas podem ser reunidas em dois importantes grupos:

1. Críticas ao monismo jurídico do Estado. O estatalismo jurídico pressupõe uma doutrina de que somente o Estado produz o Direito e, assim, exclui todas as formas de pluralismo jurídico. O Estado consistiria no único organismo da sociedade autorizado a dizer o Direito. Outras ordens jurídicas, como a de uma empresa ou a canônica, apresentariam uma espécie de "delegação" do poder político para conceder às suas normas alguma validade e, desta maneira, estas organizações estariam, em certa medida, "contidas" dentro da estrutura estatal. Além disso, não haveria nenhuma força legiferante no costume. Por fim, visto que o Estado se mostra fruto de uma construção histórica, sociedades que não se organizam segundo modelos estatais ou não possuiriam Direito ou possuiriam um tipo mais primitivo de Direito.

Essas premissas revelam-se bastante questionáveis. A tese da delegação legislativa a outros ordenamentos assemelha-se mais a uma hipótese lógica que justifica uma determinada concepção do que uma verdadeira descrição. Ela falha em explicar tanto os mecanismos desta delegação, os quais parecem permanecer insubstanciais, como as eventuais contradições entre uma norma de uma ordem delegada com a ordem principal. Ademais, negar juridicidade ao costume significa contrariar toda a tradição jurídica medieval, ao mesmo tempo em que precisa

[26] Cf. AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. 2. ed. London: John Murray, 1861. pp. 1-4. Disponível em <http://www.book.google.com>. Acesso em maio de 2008.
[27] Cf. AUSTIN, John. *Op. Cit.*, p. 126.

contornar o fundamento de validade mais aceito da *common law*. Por fim, a idéia de que sociedades não-estatais constituam uma comunidade jurídica primitiva constitui, nas palavras de Michel Virally, "uma grande falta de imaginação"[28], porque pressupõe que a organização jurídica estatal equivalha ao único caminho de desenvolvimento possível de um ordenamento jurídico; o Estado seria o pináculo da criatividade política humana, o "fim da história" em matéria política.

2. Críticas à noção de que a força cria o Direito. Os autores que afirmam que somente o direito positivo é Direito terminam por concluir também que todo o direito positivo é Direito. Por uma questão de coerência, os escritores positivistas – que rechaçam o idealismo de algumas teorias que fundam o Direito na justiça – perdem qualquer outro critério de validade do Direito à exceção da própria vontade do Estado. Ocorre que aceitar o voluntarismo estatal significa legitimar todos os atos do legislador, mesmo os mais monstruosos. "Só é admissível fundar-se o direito na vontade estatal se admitirmos por direito a força física."[29]

O maior defeito desse argumento resume-se a uma confusão entre ser (a força) e o dever ser (a norma). A força não pode produzir o Direito porque os dois pertencem a planos ontológicos diferentes. Esta distinção foi repetida *ad nauseam* por neokantianos, em geral, e por Kelsen, em especial.[30] Por isso, juspositivistas mais sofisticados como este último, quando buscam o fundamento de validade do Direito, introduzem um elemento intermediário antes da força, uma norma hipotética fundamental ou um contrato social (como faz Hobbes). Assim, contornam o problema e conseguem radicar o Direito no próprio direito. Contudo, trata-se de um artifício argumentativo ou uma ideia da razão, e serve para encerrar o domínio da investigação jurídica. Se o pesquisador quiser continuar a sua busca, ele irá deixar o campo especulativo da ciência jurídica. Esta afirmativa funciona como um aviso para encerrar o percurso, porque, se for ignorada, a única resposta que sobra é a força.

Há, ainda, como foi visto, uma teoria estatalista que não nega a juridicidade do direito internacional: o monismo kelseniano. Só que ela destrói o conceito de soberania. Ela aceita a estatalidade do Direito, porém, para conservar a juridicidade do direito internacional, subtrai do Estado aquele elemento que muitos

[28] VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 256.
[29] BORGES DE MACEDO, Ubiratan. **Metamorfoses da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1978. p. 115.
[30] Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. Luís Carlos Borges. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 64.

consideram a sua característica mais essencial. Em verdade, o direito internacional não pode existir num mundo de Estados absolutamente soberanos.

Ademais, existe um equívoco nesta "analogia doméstica" hobbesiana. O filósofo inglês afirma que, nas relações entre os soberanos, subiste o estado de natureza. Então, por que não ocorre um pacto entre os Estados para formar um grande "superestado" e deixar o estado de guerra vigente?[31] No estado de natureza, a situação de insegurança é tamanha que o medo e a razão vão concorrer para a construção do contrato. A resposta parece bastante óbvia: o consenso entre os Estados não é tão amplo como aquele entre os indivíduos; só é possível atingir **esferas de consenso** em determinadas áreas temáticas. Por isso, o sistema internacional não apresenta um governo mundial, e a cooperação (que é resultado das mesmas motivações do pacto hobbesiano) revela-se mais pontual. Assim, em determinados tópicos (em que ocorre consenso), criam-se instituições jurídicas, as quais se revelam o meio termo entre um governo mundial, fruto de um pacto entre os Estados, e o próprio estado de natureza.

E por que esse consenso não se mostra tão amplo no sistema internacional? Observe-se que Hobbes não admite um meio-termo entre o contrato e o estado de natureza.

> Porque divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, em vez de se ajudarem só atrapalham uns aos outros, e devido a essa oposição mútua reduzem a nada a sua força. E devido a tal não apenas facilmente serão subjugados por um pequeno número que se haja posto de acordo, mas além disso, mesmo sem haver inimigo comum, facilmente farão guerra uns aos outros, por causa de seus interesses particulares.[32]

Se o consenso não for tão amplo, segundo Hobbes, quando da realização do pacto, os recalcitrantes devem acatar o que a maioria decidir, pois integram a congregação. "Aquele que voluntariamente ingressou na congregação dos que constituíam a assembleia, declarou suficientemente com esse ato sua vontade (e portanto tacitamente fez um pacto) de se conformar ao que a maioria decidir." Para a minoria, recusar-se a aceitar o pacto equivale a violar esse pacto. Tampouco pode discutir-se a sua pertença à congregação: "E quer faça parte da congregação, quer não faça, e quer seu consentimento seja pedido, quer não seja, ou terá que se submeter a seus decretos ou será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava, e na

[31] Como o contrato é uma ideia da razão, é preciso entender essa pergunta de forma alegórica.
[32] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 104.

qual pode, sem injustiça, ser destruído por qualquer um."[33]

Perceba-se que, nas relações entre os Estados, a falta de consenso ocorre em relação tanto à **extensão** da adesão entre os membros (que Hobbes resolve em favor da maioria e do pacto), como ao **grau** dessa adesão (que, segundo o filósofo, não haveria um meio-termo entre o estado civil e o de natureza). Então, por que, no sistema internacional, não houve um consenso com a mesma extensão e no mesmo grau que o ocorrido no estado de natureza entre os homens, se ambos os cenários se caracterizam por um estado de guerra permanente?

Porque as relações entre os Estados não são como as relações entre os indivíduos no estado de natureza. Há uma diferença sutil na base que acaba originando um desenvolvimento posterior bastante distinto. No estado de natureza hobbesiano, os homens são naturalmente iguais.

> A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.[34]

Nas faculdades do corpo, não há pessoa tão forte que não possa temer uma maquinação ou uma aliança entre os mais fracos. E, nas faculdades do espírito,

> a natureza dos homens é tal que, embora sejam capazes de reconhecer em muitos outros maior inteligência, maior eloquência ou maior saber, dificilmente acreditam que haja muitos tão sábios como ele próprios, porque veem sua própria sabedoria bem de perto, e a dos outros homens à distância. Mas isto prova que os homens são iguais quanto a esse ponto, e não que sejam desiguais. Pois geralmente não há sinal mais claro de uma distribuição equitativa de alguma coisa do que o fato de todos estarem contentes com a parte que lhes coube.[35]

Os Estados, pelo contrário, são bastante desiguais; nem mesmo "considerados todos em conjunto", pode constatar-se a igualdade. Como considerar iguais países como os Estados Unidos e o Haiti? Qual é a igualdade existente entre a China de um bilhão e duzentos milhões de pessoas e a Micronésia de cerca de cem mil habitantes? Os Estados podem ser juridicamente iguais, mas são naturalmente desiguais. Os fatores que geram a desigualdade são vários: economia, tamanho do território, população, força militar, etc. Atente-se para o fato de que essas não são desigualdades quaisquer, como a cor dos olhos ou o formato da face, mas

[33] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 109.
[34] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 74.
[35] HOBBES, Thomas. **Leviatã**, p. 74.

correspondem a assimetrias que afetam a conquista e a manutenção do poder.

Dessa maneira, o estado de insegurança que perpassa o sistema de Estados não se apresenta tal como o existente no estado de natureza hobbesiano, pois não é geral. Enquanto para uns a sensação de temor se revela irrisória, para outros a simples continuidade da existência constitui um favor. Essa diferença ocasiona diferenças de liberdade e de autonomia na condução das políticas externas. Alguns podem, com mais facilidade, impor a sua vontade e ditar as regras para terceiros, outros barganham uma maior autonomia na mera obediência. A analogia doméstica hobbesiana pressupõe que os Estados sejam jurídica e materialmente iguais, o que não são.

Como consequência, o direito internacional, de modo diverso do direito nacional, possui "esferas de juridicidade": em determinadas matérias em que o consenso é maior, suas normas apresentam-se mais eficazes, funcionam mecanismos de solução de controvérsia, com divisão de trabalho e de função, enfim, há uma maior institucionalização. O direito internacional não constitui um todo uniforme. A advertência de Virally revela-se ainda mais presente: não se deve supor que o direito internacional deva evoluir como o direito nacional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não pretende ser propositivo. Procurou-se tão-somente demonstrar que, primeiro, os tradicionais elementos constitutivos do Estado não conseguem explicá-lo por inteiro, e, segundo, que a transposição da situação jurídica primordial dos indivíduos para as relações internacionais se apresenta, no mínimo, questionável. Pela argumentação acima exposta, pode chegar-se à conclusão modesta que uma teoria geral do Estado que leva em consideração o direito internacional deverá, de um lado, revisar os elementos constitutivos do Estado e, de outro, rechaçar a analogia com o direito interno – ou, ao menos, adaptá-la para uma realidade de países formalmente iguais, mas materialmente desiguais.

De fato, o poder do Estado e o direito internacional correspondem a dois extremos de uma mesma escala. A insistência num lado ocorre em detrimento do outro. Mas é igualmente verdadeiro que um não pode prescindir do outro. O problema é que, por um longo tempo, considerou-se que o ponto de equilíbrio se encontrasse mais próximo do poder do Estado. Hoje, no entanto, parece delinear-se um esforço em sentido contrário com as sucessivas transformações por que passa o

conceito de soberania.[36]

O art. 2.1 da Carta da ONU consagra o princípio da igualdade **soberana** de todos os membros. A soberania encontra-se, pois, positivada e, dessa maneira, o poder do Estado constitui uma necessidade da ordem internacional. Mas uma norma, depois de posta em vigor, adquire certa independência dos motivos e das ideias específicas que a engendraram. Episódios como o de Goebbels, em 1933, dificilmente poderão ainda encontrar abrigo sob o referido dispositivo.

5 REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. 2. ed. London: John Murray, 1861. pp. 1-4. Disponível em <http://www.book.google.com>. Acesso em maio de 2008.

BETTATI, Mario. **Le Droit d'Ingérence**: mutation de l'ordre international. Paris: Odile Jacob, 1996.

BODINO, Juan. **Los Seis Libros de la República**. Madrid: Aguilar, 1973.

BORGES DE MACEDO, Ubiratan. **Metamorfoses da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1978.

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS E DEVERES DOS ESTADOS. Assinada em Montevidéu, em 26/12/1933 e promulgada pelo Dec. 1570 de 13/04/1937. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em maio de 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion of 21 June 1971. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Disponível em <www.icj-cij.org>. Acesso em maio de 2008.

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS) The Responsibility to Protect: Report of the Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, dezembro 2001. Disponível em <http://www.iciss-ciise.gc.ca>. Acesso em fevereiro 2006.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Do Cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[36] A última delas, em 2001, define soberania como "responsabilidade para proteger" (INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY [ICISS]. The Responsibility to Protect: Report of the Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, dezembro 2001. Disponível em <http://www.iciss-ciise.gc.ca>. Acesso em fevereiro 2006).

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International**, tomo 14, 1926.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. Luís Carlos Borges. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOHEN, Marcelo. Création d'Etats en droit international contemporain. **Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international**, v. VI, 2002, pp.546-635.

OPINIONS OF THE ARBITRATION COMMITTEE FOR YOUGOSLAVIA. Disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol3/No1/art13.html>. Acesso em maio de 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível no sítio oficial da OEA: <http://www.oas.org>. Acesso em maio de 2008.

TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. **Recueil de Cours de L'Académie de Droit International**, tomo I, 1925.

VIRALLY, Michel. **El devenir del derecho internacional**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

O APORTE JURÍDICO DO DIREITO DOS REFUGIADOS E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"[1]

Carolina de Abreu Batista Claro[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 A terminologia "refugiados ambientais". 3 Vulnerabilidade socioambiental e a emergência dos "refugiados ambientais". 4 A proteção jurídica internacional dos "refugiados ambientais". 5 A contribuição do direito dos refugiados na construção de uma proteção jurídica para "refugiados ambientais". 6 Breves comentários sobre propostas de tratados internacionais para a proteção jurídica dos "refugiados ambientais". 7 Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo: Apesar da falta de proteção específica para os "refugiados ambientais" e sabendo-se que eles não são considerados refugiados nos termos da Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados (1951), o direito dos refugiados é capaz de oferecer aporte jurídico eficaz na construção de uma proteção internacional direcionada especificamente para os "refugiados ambientais". Princípios norteadores do direito dos refugiados como a não-discriminação, a dignidade da pessoa humana, o *non-refoulement* e a não-expulsão podem ser aplicados num futuro tratado internacional sobre a condição jurídica dos "refugiados ambientais", assim como instrumentos derivados do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional do meio ambiente e do direito das migrações.

Palavras-chave: Direito dos Refugiados, Migração Internacional, Vulnerabilidade, Refugiados Ambientais.

Abstract: Although there is a lack of a specific legal protection to "environmental refugees" and despite they are not considered refugees under the UN Convention on the Statute of Refugees (1951), refugee law is capable to provide an effective legal basis in the establishment of a specific international protection addressed to "environmental refugees". Refugee law principles such as non-discrimination, human dignity, *non-refoulement* and non-expulsion could be applied in a future international treaty on the legal status of "environmental refugees" and also instruments derived from international human rights, international environmental law and migration law.

Key-words: Refugee Law, International Migration, Vulnerability, Environmental Refugees.

1 INTRODUÇÃO

As migrações motivadas por causas ambientais e, com elas, a emergência dos "refugiados ambientais"[3], ocorrem desde os primórdios da existência humana, uma vez que os movimentos migratórios são uma conhecida forma de adaptação às condições ambientais de determinado *habitat*. Com o aumento da densidade demográfica, a urbanização e a tecnologia, outras formas de adaptação ao meio foram

---

[1] Artigo publicado em: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). **60 anos de ACNUR**: perspectivas de futuro. São Paulo: ACNUR/ ANDHEP/ Editora CL-A, 2011, p. 241-269.

[2] Professora de Direito Internacional e Advogada. Doutoranda em Direito Internacional – USP. Mestra em Desenvolvimento Sustentável – UnB.

* Artigo publicado em: CARVALHO RAMOS, André; RODRIGES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Orgs). **60 anos de ACNUR**: perspectivas de futuro. São Paulo: ACNUR/ ANDHEP/ Editora CL-A, 2011, p. 241-269.

[3] Embora juridicamente imprecisa, a expressão utilizada no presente artigo será "refugiados ambientais" com a devida ênfase (entre aspas) e explicação sobre seu contexto jurídico-político.

desenvolvidas que não apenas a migração. Não obstante, muitas áreas do globo convivem periodicamente com movimentos migratórios, sejam estes temporários ou permanentes, e não raro motivados pela dificuldade de sobrevivência humana naquele meio ambiente.

A novidade nos fluxos migratórios incentivados por questões ambientais é a rapidez com que eventos naturais e antropogênicos têm influenciado o deslocamento humano. As projeções sobre as migrações humanas causadas pela mudança e variabilidade climática são na casa dos milhões, o que certamente é fonte de preocupação não apenas para regiões e países motores, mas também para os receptores desses migrantes. A Organização Internacional para Migrações (OIM), por exemplo, estima que o número de "refugiados ambientais" será entre 200 milhões e 1 bilhão de pessoas em 2050[4].

A mudança e a variabilidade climáticas têm afetado a vida de milhares de pessoas em todo o mundo e a vulnerabilidade de determinadas sociedades a eventos climáticos extremos é cada vez mais latente, ao passo que a proteção internacional dos migrantes não tem acompanhado essa tendência crescente de aumento dos fluxos migratórios, seja por motivos ambientais, econômicos ou em razão de conflitos armados: a governança migratória internacional é praticamente inexistente e a escassez de normativa internacional para os migrantes é superposta pela conduta unilateral dos Estados que, baseados no seu poder soberano, têm restringido a admissão de imigrantes em seu território, especialmente após os eventos de 11 de setembro de 2001 e, mais recentemente, a crise econômica de 2008[5].

A literatura jurídica em torno do direito dos refugiados não vê com simpatia a questão dos "refugiados ambientais" justamente pela imprecisão dessa nomenclatura frente à normativa internacional consagrada sobre refúgio. A argumentação corrente é que, uma vez que a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados (Estatuto dos Refugiados), de 1951, reconhece como refugiado apenas um rol delimitado de pessoas, dentre as quais não está contemplado o migrante forçado induzido por motivos ambientais, tal terminologia não deveria ser utilizada. No lugar dela, propõe-se o uso das expressões "migrantes ambientais" e

[4] IOM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence**. Geneva: IOM, 2009, pp. 05.

[5] CHÁVEZ, Nashira. **Cuando los mundos convergen: terrorismo, narcotráfico y migración post 9/11**. Quito: FLACSO Ecuador, 2008, pp. 77-79. BADIE, Bertrand *et. al.* **Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale**. Paris : Découverte, 2008, pp. 30-33.

"deslocados ambientais", entre outras.

Mas apenas afirmar que os migrantes motivados por causas ambientais não podem ser chamados de "refugiados ambientais" ou de "refugiados do clima", para aquelas migrações motivadas diretamente em razão das mudanças climáticas globais, ou permanecer no senso comum e afirmar, de todas as maneiras, que merecem proteção pelo Estatuto dos Refugiados somente aquelas pessoas nele indicadas, é ignorar a questão maior.

É preciso suscitar o debate na academia e nos *fora* internacionais a respeito desse tipo de migrante e de como o direito, interno e internacional, é capaz de protegê-lo. Ou seja, não basta apenas afirmar que esse grupo de pessoas não tem proteção especial; é preciso se utilizar dos mecanismos jurídicos atuais e, entendendo-se necessário, criar novas bases para o respaldo jurídico dos direitos desses migrantes, especialmente em se tratando de migrantes internacionais.

O direito internacional atual carece de normativa específica para os "refugiados ambientais", mas permite proteger essa categoria de migrantes em normas gerais encontradas sobretudo no direito internacional dos direitos humanos. Atualmente, há três principais propostas de tratados internacionais específicos sobre o tema, sendo que muitos países, especialmente a Aliança dos Pequenos Países Insulares[6] (AOSIS, na sigla em inglês), tem promovido debates nos *fora* internacionais a respeito do tema.

Uma proteção jurídica eficaz para os "refugiados ambientais" não se fará apenas em instrumentos jurídico-internacionais existentes e futuros, mas, sobretudo, em políticas voltadas para a aceitação e a adaptação dessa categoria de migrantes, caso seu destino seja mesmo o de migrar de sua morada de origem.

2 A TERMINOLOGIA "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

Essam El-Hinnawi[7], em relatório para o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), em 1985, alertou para o crescente número de migrantes

[6] A AOSIS é uma coligação formada no início da década de 1990 que atualmente possui 42 países que são ou pequenas ilhas ou países costeiros de baixa topografia. Desses, 12 são subdesenvolvidos e o restante, países em desenvolvimento. Juntos, eles negociam tratados e promovem todo tipo de discussão diplomática do seu interesse, sobretudo em relação aos efeitos adversos da mudança e variabilidade climáticas nos seus territórios nas últimas décadas e sobre como mitigarem ou se adaptarem a essas novas conjunturas. A respeito do tema, vide: < http://www.sidsnet.org/aosis/about.html> e <http://www.un.org/special-rep/ohrlls/sid/list.htm>. Consulta em 13/05/2011.

[7] EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: UNEP, 1985, pp. 04.

motivados por catástrofes ambientais. Ele chamou de "refugiados ambientais" essa categoria de migrantes, definindo-os como "aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu *habitat* natural, temporária ou permanentemente, em razão de uma determinada ruptura ambiental (natural ou ocasionada pelo homem), que ameaçou sua existência ou seriamente afetou sua qualidade de vida" (tradução livre).

A expressão "refugiados ambientais" já havia sido cunhada por Lester Brown[8], na década de 1970, quando o autor alertava para o crescente número de migrantes advindos da desertificação, das enchentes, das tempestades intensas, da escassez de recursos hídricos e do excesso de poluentes no meio ambiente. Segundo ele, no futuro, os migrantes motivados pelo aumento no nível dos oceanos, deverão dominar o fluxo de "refugiados ambientais" no mundo[9], como no caso dos pequenos Estados insulares de baixa topografia e das regiões costeiras degradadas que concentram grande densidade populacional.

Segundo Park[10], "refugiado ambiental" é o migrante proveniente de um local ameaçado ou danificado por um grande dano ou desastre ambiental[11]. Segal afirma que os "refugiados ambientais" refletem a profunda destruição do planeta; esses refugiados, ela aponta, não são vítimas de perseguição política, religiosa, racial, de nacionalidade ou de pertencimento a um grupo social: eles são vítimas de mudanças causadas no meio ambiente e, por não conseguirem sustentar-se em locais ambientalmente degradados, eventualmente têm que migrar internamente ao seu país ou para o exterior.

Myers[12], de uma forma mais ampla, define "refugiado ambiental" como sendo

> Pessoas que já não conseguem ter uma vida segura em seus países em razão de seca, erosão do solo, desertificação, desflorestamento e outros problemas ambientais associados a pressão populacional e extrema pobreza. Em seu desespero, essas pessoas não encontram outra alternativa que não buscar refúgio em outro lugar, mesmo que a tentativa seja perigosa. Nem todos deixam seus países; muitos se deslocam internamente. Mas todos

[8] BROWN, Lester. **Plan 4.0 B: mobilizing to save civilization**. New York: Norton & Company, 2009, pp. 51.
[9] BROWN, Lester. **World on the Edge: how to prevent environmental and economic collapse**. New York: Norton & Company/ Earth Policy Institute, 2011, pp. 73.
[10] SEGAL, Heather. Environmental Refugees: a new world catastrophe. *In*: CARON, David D. **Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles**. The Hague : Nijhoff, 2001, pp. 141.
[11] PARK, Chris. **Oxford Dictionary of Environment and Conservation**. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 154.
[12] MYERS, Norman. **Environmental Refugees: an emergent security issue**. 13th OSCE Economic Forum, Prague, 23-27 May 2005. Disponível em: <http://www.osce.org/eea/14851>. Acesso em 10/09/2008.

> abandonam suas casas temporária ou permanentemente, com pouca esperança de retorno. (tradução livre)

A OIM[13], por sua vez, define "refugiados ambientais" (chamados pela organização de "migrantes induzidos pelo meio ambiente") como

> Pessoas ou um grupo de pessoas que, por razões prementes de súbita ou progressiva alteração no meio ambiente prejudiciais à sua vida ou condições de vida, são obrigadas a deixar sua moradia habitual ou optam por fazê-lo temporária ou permanentemente, e que se deslocam seja dentro do seu país ou para o exterior. (tradução livre)

Nas palavras de Raiol[14],

> O que se busca ao utilizar a expressão *refugiado ambiental* é uma garantia mais firme e concreta de que os milhões de seres humanos, colocados em mobilidade compulsória, receberão o cuidado e a assistência da comunidade das nações, para salvaguarda de seus interesses mais básicos, tais como, habitação, alimentação, saúde, educação, segurança e, sobretudo, o respeito à dignidade da pessoa humana do refugiado.

Os "refugiados ambientais" encontram-se na seara dos migrantes forçados, uma vez que seu deslocamento num determinado espaço geográfico ocorreu contra a sua vontade e, em geral, como forma de garantir sua própria sobrevivência. Entre os migrantes forçados, o grupo mais comumente encontrado é daqueles que se deslocam em razão de conflitos armados, fazendo jus à proteção do direito dos refugiados caso ultrapassem as fronteiras de um país.

Pode-se dividir os "refugiados ambientais" em três grupos distintos[15]: (i) "refugiados ambientais" *lato sensu*, correspondente a todo e qualquer migrante influenciado não exclusiva, mas majoritariamente por alterações ambientais de vulto; (ii) "refugiados do clima", para aqueles migrantes forçados exclusivamente em decorrência da mudança e variabilidade climática abruptas; e (iii) "refugiados da conservação", relativo àquelas pessoas que foram forçadas a deixar sua morada habitual em razão da criação de uma área de preservação ambiental ou similar, mas que necessariamente implique migração humana como efeito direto de políticas públicas – vale afirmar que a maior parte dos "refugiados da conservação" é

---

[13] IOM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Discussion Note: Migration and the Environment**. MC/INF/288. 94th session, 1 November 2007.

[14] RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, pp. 213.

[15] A seguinte categorização presta-se apenas para fins acadêmicos, sendo que o vocábulo "refugiado" engloba quaisquer categorias de migrantes, sejam eles internos ou internacionais, permanentes ou temporários, desde que migrantes forçados. A preferência pelo termo em todo o presente artigo dá-se pela origem etmológica da palavra: "refugiado", proveniente do latim ***refugiare***, diz respeito a qualquer pessoa que busca abrigo ou proteção fora de sua morada habitual.

composta por comunidades tradicionais, embora não apenas por estas[16].

Na tentativa de se chegar a um consenso a respeito da nomenclatura utilizada para os "refugiados ambientais" sem prejudicar a normativa jurídico-internacional que desconhece essa categoria de migrantes forçados como refugiados, a Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, Migração Forçada e Vulnerabilidade, ocorrida entre 9 e 11 de outubro de 2008 na cidade alemã de Bonn, promovida pela Universidade das Nações Unidas (UNU, na sigla em inglês), lançou os Pontos de Bonn[17], em que sugere os seguintes termos a respeito do tema: (i) "migrantes ambientais de emergência", referindo-se àquelas pessoas que fogem dos piores impactos ambientais para salvar suas vidas; (ii) "migrantes ambientalmente forçados", relativa às pessoas que precisam migrar para evitar graves consequências da degradação ambiental; e (iii) "migrantes ambientalmente motivados" que têm a possibilidade de deixar um ambiente de contínua degradação prevenindo o pior para sua sobrevivência.

Uma outra nomenclatura encontrada na literatura a respeito do tema é de "ecomigrantes". De acordo com Wood[18], os "ecomigrantes" distinguem-se dos "refugiados ambientais" porque, ao contrário destes, não são deslocados forçosamente – embora o meio ambiente influencie diretamente os "ecomigrantes", estes estão relacionados mais proximamente ao desenvolvimento econômico, incluindo aquelas pessoas que se deslocam para explorar recursos naturais fora do lugar onde residiam.

Gemenne[19] sugere que o termo "refugiado" para referir-se ao "refugiado ambiental" não é apenas juridicamente incorreto, mas socialmente inadequado, já que muitas pessoas se recusam a serem classificadas como refugiados porque entendem que a palavra é pejorativa. Porém, sugerir que o termo "refugiado" é pejorativo desconsidera a situação das pessoas nessas condições, especialmente aqueles refugiados de guerras, além de ser um desrespeito contumaz aos esforços do

[16] Mark Dowie dedica um livro inteiro para exemplificar a existência de "refugiados da conservação". Segundo ele, tais refugiados, seja qual for a forma com que são definidos semanticamente, existem em grande quantidade em todos os continentes, com exceção da Antártica. DOWIE, Mark. **Conservation Refugees – the hundred year conflict between global conservation and native peoples**. Cambridge: MIT Press, 2009, pp. xxi.

[17] Disponível em: <http://www.efmsv2008.org/article/780?menu=103>. Acesso em 10/09/2009.

[18] WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. *In*: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (Eds.). **Global Migrants, Global Refugees – problems and solutions**. New York: Berghahn Books, 2001, pp. 47.

[19] *Op. cit.*, pp. 36.

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), Médicos sem Fronteiras e outras organizações que tanto se empenham pelos refugiados e deslocados.

A Organização das Nações Unidas (ONU), o ACNUR e parte da comunidade internacional ao rejeitarem o termo "refugiado ambiental" demonstram um exacerbado preciosismo jurídico ligado ao Estatuto dos Refugiados ao se entender que o vocábulo "refugiado" apenas pode ser utilizado num contexto específico, o que é um reducionismo e demonstra falta de esforço político e filosófico ao debate acadêmico construtivo.

Se, em contrapartida, a negação do termo "refugiado ambiental" deve-se à falta de estrutura institucional em lidar com essa categoria de migrantes, a questão é outra; afinal, nenhum governo, organismo internacional ou organização não-governamental facilmente assumiria falta de capacidade para cumprir com seus objetivos fundantes.

O fato é que a falta de nomenclatura apropriada para aquelas pessoas que são forçadas a migrar em decorrência de catástrofes ambientais revela a pouca visibilidade sobre as vulnerabilidades que os cercam[20]. Ela também revela uma falta de compromisso dos governos e sobretudo da comunidade internacional em se preocupar ou se responsabilizar pelo problema.

3 VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E A EMERGÊNCIA DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

Os movimentos migratórios motivados por condições ambientais adversas não são facilmente identificáveis, tampouco claramente dissociáveis de outras causas das migrações como situações financeiras ou familiares[21]. Por esse motivo, também são díspares quaisquer tentativas de quantificá-las no presente e na forma de projeções futuras. No entanto, é certo que a mudança e a variabilidade climática abruptas são passíveis de ensejar grandes contingentes migratórios por todo o globo, especialmente nas regiões ambiental e socialmente mais vulneráveis[22].

[20] GEMENNE, François. What's in a name: social vulnerability and the refugee controversy in the wake of Hurricane Katrina. *In*: AFIFI, Tamer; JÄGER, Jill (Eds.). **Environment, Forced Migration and Social Vulnerability**. Heidelberg: Springer, 2010, pp. 38-39.
[21] HUNTER, Lori M. **The Environmental Implications of Population Dynamics**. Santa Monica: RAND, 2000, pp. iii.
[22] WARNER, Koko *et. al.* **In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement**. Tokyo: UNU/CARE, 2009.

Segundo o Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD ou UNDP, na sigla em inglês)[23], a maior parte das migrações ocorre dentro do mesmo país – as estimativas do órgão são de que o número de migrantes internos chega a 740 milhões, sendo quase quatro vezes maior do que a quantidade de migrantes internacionais, cujo percentual tem-se mantido estável nos últimos 50 anos, apesar dos diversos fatores que poderiam impulsionar os movimentos migratórios. Entre os refugiados, é mais comum que eles vivam próximos ao seu local de origem, aguardando situação propícia para seu retorno.

Apesar da inexistência de dados específicos a respeito do número de refugiados ambientais no mundo[24], as estimativas do PNUD parecem estar em consonância com a realidade enfrentada por muitos países: na sua maioria, os "refugiados ambientais" originários de regiões continentais tendem a se deslocar dentro do seu próprio país (caso encontrem local adequado para sua sobrevivência); os "refugiados ambientais" provenientes de ilhas, por outro lado, tendem a se abrigar fora do país de origem, uma vez que o espaço limitado pode dificultar ou mesmo impedir o aumento demográfico na região.

A migração motivada pelo meio ambiente está diretamente relacionada à vulnerabilidade ambiental associada a um certo grau de vulnerabilidade social. De acordo com o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês), vulnerabilidade "é o grau segundo o qual um sistema é susceptível ou incapaz de suportar efeitos adversos das mudanças climáticas, incluindo variabilidade climática e seus extremos"[25] (tradução livre). Apesar de o IPCC dar destaque para as vulnerabilidades advindas das mudanças climáticas, esse conceito também pode ser aplicado ao meio ambiente de uma forma geral, seja diante da mudança ou variabilidade climática ou de situações em que o ambiente suporta uma fragilidade que o modifique temporária ou permanentemente.

Vulnerabilidade pode então ser definida como o grau segundo o qual um sistema está suscetível a um distúrbio, assim como sua aptidão para lidar com os efeitos adversos deste; o mencionado sistema pode ser tanto ambiental quanto humano – por isso falar-se em vulnerabilidade ambiental e em vulnerabilidade

[23] UNDP – UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Report 2009 – overcoming barriers: human mobility and development**. 1st Edition. New York: UNDP, 2009.
[24] IOM, *Op. cit.*, 2009.
[25] IPCC – INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Third Assessment Report: Climate Change 2001.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 995.

social[26] ou, simplesmente, em vulnerabilidade socioambiental. No caso da vulnerabilidade social, são mais facilmente identificáveis a pobreza e a ausência de proteção estatal em relação à sociedade, enquanto que a vulnerabilidade ambiental pode ser causada por eventos naturais ou por interferência humana[27].

Considerando vulnerabilidades socioambientais específicas, as estimativas sugerem que os maiores fluxos de "refugiados ambientais" são e serão provenientes de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos[28]. Entre os países mais afetados por eventos climáticos extremos entre 1990 e 2009 estão Bangladesh, Mianmar e Honduras, seguidos por Nicarágua, Vietnã, Haiti e Filipinas[29].

Desses, o caso mais preocupante em termos de "refugiados ambientais" é o de Bangladesh que, por ser uma planície constantemente alagada e país com um dos maiores índices de densidade demográfica do mundo, poderá, sozinho, produzir mais "refugiados ambientais" do que todos os demais países somados. O período das chuvas de monções, cada vez mais intensas, tem causado severas e prolongadas inundações no país; nos últimos 20 anos, cinco grandes inundações já ultrapassaram ou se igualaram às chamadas "inundações do século" pelos bengaleses[30]. O IPCC aponta que um aumento de 45 centímetros no nível do mar resultaria em uma perda de 10,9% da área territorial de Bangladesh, o que forçaria cerca de 5,5 milhões de pessoas a migrar[31].

A AOSIS também está no centro das preocupações em matéria de

---

[26] BIRKMANN, Jörn (Ed.). **Measuring Vulnerability to Natural Hazards: towards disaster-resilient societies**. Tokyo: United Nations University Press, 2006, pp. 11-14.

[27] As ciências sociais e as ciências ambientais indicam três fatores como medida da vulnerabilidade de um sistema: (i) a exposição desse sistema a situações danosas, caracterizada pela natureza, magnitude e frequência de um determinado distúrbio; (ii) a sensibilidade do sistema socioecológico, que será determinada pelas características do ambiente construído, demografia, pirâmide etária, topografia, entre outros fatores relacionados a aspectos socioeconômicos e ambientais; e (iii) a capacidade adaptativa, correspondente à habilidade dos sistemas socioecológicos em flexibilizar sua resposta à mudança sofrida. Sobre o tema, vide, respectivamente: BROOKS, N. Vulnerability, risk and adaptation: a conceptual framework. **Tyndall Centre Working Paper 38**. Tyndall Centre for Climate Change Research, University of East Anglia, Norwich, UK, 2003, 20 p. O'BRIEN K. L.; LEICHENKO R. M. Double exposure: assessing the impacts of climate change within the context of economic globalization. **Global Environmental Change**, n. 10, 2000, pp. 221-232. SMIT, B.; WANDEL, J. Adaptation, adaptive capacity and vulnerability. **Global Environmental Change**, n. 16, 2006, pp. 282-292.

[28] HARMELING, Sven. **Global Climate Risk Index 2010: who is most vulnerable? Weather-related loss events since 1990 and how Copenhagen needs to respond**. Bonn: Germanwatch Institute, 2009. 20 p.

[29] HARMELING, Sven. **Global Climate Risk Index 2011: who suffers most from extreme weather events? Weather-related loss events in 2009 and 1990 to 2009**. Bonn: Germanwatch Institute, 2010. 24 p.

[30] COLLECTIF ARGOS. **Climate Refugees**. Paris : MIT/ Dominique Carré Éditeur, 2010, pp. 54-55.

[31] *Op. cit.*, pp. 574.

"refugiados ambientais", principalmente daqueles considerados "refugiados do clima": segundo estimativas, entre as ilhas que podem perder parte significativa ou todo seu território em razão do aumento dos níveis de água dos oceanos incluem-se Tuvalu, Ilhas Marshall, Fiji, Ilhas Salomão, Papua Nova-Guiné e Ilhas Maldivas[32].

Assim como os migrantes advindos de Bangladesh, a população dessas ilhas não teria outra alternativa que não migrar internacionalmente, situação alarmante, entre outros motivos, pela ausência de normas internacionais específicas para a proteção dos "refugiados ambientais" e considerando-se a crescente dificuldade imigratória imposta pelos países mais desenvolvidos, sobretudo pelos Estados Unidos e pela União Européia.

Os possíveis aspectos negativos advindos dos fluxos migratórios motivados por causas ambientais podem se verificar sob os aspectos ambientais, econômicos e sociais, uma vez que o repentino e acentuado aumento da densidade populacional pode contribuir para aumentar a degradação ambiental nos territórios receptores de "refugiados ambientais", causando uma maior pressão antrópica sobre o meio ambiente. Nesse cenário, os conflitos socioambientais pelo uso da terra e pelo acesso aos recursos naturais cada vez mais escassos podem se tornar inevitáveis, o que leva a crer que a questão dos "refugiados ambientais" não é apenas migratória, mas também de segurança internacional[33].

4 A PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

Atualmente, os "refugiados ambientais" não fazem jus a uma proteção jurídica específica, mas são abarcados pelos instrumentos gerais de direitos humanos, seja no plano do direito interno ou do direito internacional. Internamente ao Estado, esse migrante será protegido pelas leis internas do país onde se encontrar, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo país em questão. Na esfera do direito internacional, a proteção internacional da mobilidade humana inicia-se

[32] EJF – ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION. **No Place Like Home: where next for climate refugees?** London: EJF, 2008. 28 p.

[33] De acordo com Hunter (*Op. cit.*), a pressão populacional no planeta apresenta três principais implicações sobre as alterações ambientais: (i) como as regiões menos desenvolvidas possuem a maior parte da população mundial, as pressões populacionais por recursos já escassos aumentará nessas áreas; (ii) a redistribuição da população ocasionada pelos fluxos migratórios muda a pressão exercida sobre ambientes locais, diminuindo ou aumentando o impacto ambiental; e (iii) a complexidade de se criar novos espaços urbanos com sustentabilidade ambiental.

com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que afirma no seu artigo 13: "1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado" e "2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar".

Os instrumentos internacionais relativos à migração internacional existentes são bastante escassos, uma vez que a questão migratória é altamente concentrada na ação estatal com base na sua soberania em receber ou não imigrantes dentro do seu espaço geográfico. A Convenção Internacional para a Proteção de Todos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, de 1990, por exemplo, conta atualmente com a participação de apenas 44 países[34], dos quais nenhum faz parte do grupo dos países desenvolvidos, que são os maiores receptores de migrantes internacionais. O tratado somente entrou em vigor no dia 01 de julho de 2003 e, ao que tudo sinaliza, não será facilmente aceito por toda comunidade internacional.

No tocante aos "refugiados ambientais", eles não são juridicamente considerados refugiados por não estarem contemplados na proteção específica prevista no Estatuto dos Refugiados e no seu Protocolo, de 1967. Em seu artigo 1.A(2), o Estatuto entende como refugiado apenas a pessoa que

> Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

A proteção específica do refugiado, a partir dessa normativa, revela os seguintes requisitos: (i) a existência de um fundado temor de perseguição, (ii) os motivos dessa perseguição limitam-se a questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, (iii) a migração deve ser internacional, (iv) impossibilidade de o indivíduo receber proteção do Estado de sua nacionalidade e, se apátrida, do país onde mantinha residência habitual[35]. Conforme destaca Almeida[36], a definição de refugiado prevista no Estatuto é *numerus clausus*, não havendo possibilidade para interpretação extensiva dos motivos ensejadores do refúgio nesta

[34] *Status* de maio de 2011. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en>. Consulta em 13/04/2011.

[35] VRACHNAS, John *et. al.* **Migration and Refugee Law: principles and practices in Australia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 176.

[36] ALMEIDA, Guilherme Assis. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coords.). **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 162.

normativa. A Convenção propositadamente deixou de fora da categoria de refugiados aquelas pessoas forçadas a migrar em razão de uma ruptura ambiental, quer natural quer de causas antropogênicas.

Os defensores de uma reforma no Estatuto dos Refugiados para abarcar uma proteção ampliada para essa categoria de migrantes chegam a afirmar que o "fundado temor de perseguição" poderia ser o das mudanças climáticas, o que claramente seria problemático pelos seguintes motivos: (i) a dificuldade de se encontrar, com precisão, esse requisito nos casos concretos[37], (ii) de se restringir a proteção apenas para os "refugiados do clima" e não para a totalidade dos "refugiados ambientais" e (iii) identificar o nexo de causalidade entre as mudanças climáticas e a migração forçada, ou seja, averiguar quais migrantes efetivamente sofreram os efeitos das mudanças climáticas, isoladamente consideradas, daqueles cuja migração resultou de uma degradação ambiental causada pela presença humana ou de desastres ambientais que possam ser dissociados da interferência humana e das mudanças climáticas – como terremotos e tsunamis, por exemplo.

Cançado Trindade[38] critica o não-reconhecimento do "refugiado ambiental" pelo direito internacional e pelos instrumentos de direito dos refugiados e afirma:

> As pessoas deslocadas em diferentes circunstâncias constituem uma categoria que requer cuidadosa atenção e não raro têm maior necessidade de proteção do que os refugiados que deixaram o país (...).
> Para os propósitos do presente estudo, além da possível assimilação de vítimas de desastres ambientais a pessoas protegidas sob o direito dos refugiados, há outro ponto merecedor de atenção, e igualmente inexplorado até o presente: o da dimensão intertemporal do direito internacional dos refugiados. Esta dimensão está sempre presente em níveis distintos; por exemplo, os desastres ambientais, embora parecendo fenômenos a prazo – "imediato", podem afetar as pessoas também a longo prazo. Podem haver vítimas de fenômenos ou acidentes causados pelo homem com efeitos a longo prazo. Tais vítimas a longo prazo podem bem afigurar-se como pessoas deslocadas para o propósito de proteção sob o direito internacional dos refugiados.

Apesar de os "refugiados ambientais" não gozarem de proteção pelo direito

[37] Pereira (*Op. cit.*, pp. 125-126) afirma a esse respeito: "[...] para o reconhecimento do *status* de refugiados, os indivíduos devem, obrigatoriamente, comprovar a existência da perseguição ou, pelo menos, do real temor de ser perseguido. O agente desta ação tem que ser palpável e dotado de personalidade jurídica, até mesmo para lhe atribuir futuramente, se for o caso, responsabilidade internacional pelos atos praticados. [....] a ausência do agente, por si só, já impossibilita a aplicação tanto do documento tradicional de proteção aos refugiados como das declarações regionais americana e africana aos casos de deslocamentos humanos motivados por fatores ambientais".

[38] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1993, pp. 135.

dos refugiados, eles encontram guarida jurídica em instrumentos gerais de direito internacional dos direitos humanos[39] como: (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na sua totalidade; (ii) o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, na sua totalidade; (iii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, na sua totalidade, e (iv) a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, na sua totalidade; entre outros instrumentos de ampla proteção. Também aplicam-se aos "refugiados ambientais" os instrumentos específicos de direito internacional dos direitos humanos que digam respeito às mulheres, às crianças, aos idosos e a todos os grupos considerados vulneráveis.

Na esfera do direito internacional do meio ambiente, os "refugiados ambientais" encontram proteção na Convenção de Aarhus, de 1998, de caráter regional, além de disporem de proteção nos preceitos da equidade intergeracional e de justiça ambiental. No direito das migrações, cabe a Convenção Internacional para a Proteção de Todos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, de 1990, no que lhes for aplicável. Também se aplicam aos "refugiados ambientais" as resoluções da ONU[40] e as recomendações de outros organismos internacionais que lhes digam respeito direta ou indiretamente.

Uma outra forma de proteção dos "refugiados ambientais" através do direito internacional se assenta sobre seus princípios, sobretudo nos seguintes: (i) princípio da cooperação internacional, (ii) princípio da solidariedade (iii) princípio da humanidade, (iv) princípio da responsabilidade comum porém diferenciada e (iv) princípio da efetividade. No caso de uma eventual proteção específica, princípios advindos do direito dos refugiados, do direito internacional do meio ambiente e do direito das migrações poderiam ser adaptados a uma construção normativa para os "refugiados ambientais".

A necessidade de estabelecimento de um estatuto jurídico para os "refugiados ambientais", quer baseado em normas existentes quer em normativa internacional específica sobre o tema, pretende efetivar "uma nova e específica

---

[39] ZETTER, Roger. Protecting People Displaced by Climate Change: some conceptual challenges. *In*: McADAM, Jane (Ed.). **Climate Change and Displacement – multidisciplinary perspectives**. Oxford: Hart, 2010, pp. 132.

[40] A exemplo da A/RES/43/131, de 08 de dezembro de 1998, sobre a qual Amaral Júnior afirma: "[...] esta resolução se funda no pressuposto de que as catástrofes naturais e as situações de urgência da mesma ordem têm consequências graves no plano econômico e social para todos os países envolvidos. Logo, deixar as vítimas sem assistência representa ameaça à vida e atenta contra a dignidade humana". AMARAL JÚNIOR, Alberto. **O Direito de Assistência Humanitária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 247-248.

categoria de proteção à pessoa humana, em virtude de migrações forçadas ocasionadas por questões eminentemente ambientais"[41]. Cançado Trindade[42] nota que "os instrumentos de direitos humanos têm se desenvolvido, nos planos normativo e processual, [...] como *respostas* a violações de direitos humanos de vários tipos" e que "em nada surpreende que certas lacunas venham a surgir, à medida em que se se conscientiza das necessidades crescentes de proteção", a exemplo do que ocorre no campo dos "refugiados ambientais".

A OIM, por exemplo, defende que os instrumentos de direito interno, bem como os tratados internacionais aceitos por cada Estado individualmente, tornem-se a base de proteção dos "refugiados ambientais"[43]. Zetter[44], em relatório para a organização, afirma que uma proteção baseada em direitos como resposta ao deslocamento forçado é um princípio aceito e incutido na resposabilidade internacional dos Estados.

No âmbito do IPCC, um subcomitê[45] já reconheceu que "nem a Convenção Quadro da ONU sobre Mudanças Climáticas nem o Protocolo de Kyoto incluem provisões a respeito de assistência específica ou proteção para aquelas pessoas que serão diretamente afetadas pelos efeitos das mudanças climáticas" (tradução livre). De fato, as discussões em torno dos efeitos adversos das mudanças climáticas sobre a população e os direitos dos "refugiados ambientais" nas últimas Conferências das Partes desses acordos (COPs) têm-se resumido aos discursos[46] e propostas apresentadas sobretudo pela OASIS e, infelizmente, sem consequências significativas.

5 A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO DOS REFUGIADOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA PARA OS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

[41] PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O Direito Internacional dos Refugiados**: análise crítica do conceito "refugiado ambiental". Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 115.
[42] *Op. cit.*, pp. 40-41.
[43] *Op. cit.*, 2009.
[44] ZETTER, Roger. The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people. *In*: IOM. **Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence**. *Op. cit.*, pp. 392.
[45] INTER-AGENCY STANDING COMMITTEE – IASC. **Climate Change, Migration and Displacement: who will be affected?**
[46] Na COP-15, o presidente das Ilhas Maldivas chegou a afirmar que todas as negociações a respeito da diminuição das emissões de gases de efeito estufa e a consagração de direitos específicos para os "refugiados ambientais" são "questão de vida ou morte" para seu país. Dois recentes documentários premiados internacionalmente sobre o tema procuram mostrar "a face humana das mudanças climáticas" – "Climate Refugees" (2009), que mostra o problema sob a ótica dos migrantes e das discussões internacionais, e "Sun Come Up" (2010), que retrata o primeiro caso conhecido de deslocamento populacional voluntário como estratégia de adaptação, ocorrido nas Ilhas Carteret.

Embora o arcabouço normativo do direito dos refugiados não esteja apto a promover uma proteção para os "refugiados ambientais", alguns de seus instrumentos fundantes poderão vir a ser úteis para um futuro instrumento jurídico sobre o tema, mais especificamente seus princípios e algumas de suas idéias motrizes.

Já se chegou a cogitar que o direito dos refugiados pudesse ser aplicável aos "refugiados ambientais", possibilidade que foi dura e prontamente rechaçada pelos órgãos de monitoramento e assistência aos refugiados. O debate foi suscitado quando do alargamento do conceito de refugiado não pelo Protocolo de 1967, mas por instrumentos de alcance regional sobre refúgio. A Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, de 1984, que diz respeito aos refugiados da América Central, adotou a seguinte recomendação em relação à abrangência do conceito de refugiado:

> Ademais de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que têm fugido de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade têm sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maçica dos direitos humanos ou **outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública**. (grifos não constam do original)

Para evitar que a Declaração de Cartagena desse margem a uma proteção regional ampliada para os refugiados, abarcando os "refugiados ambientais", o ACNUR, em 1989, emitiu documento no qual afirma que as *outras circunstâncias* mencionadas na Declaração devem abranger as situações provocadas pelo homem, e não aquelas advindas de desastres naturais[47].

Cançado Trindade[48] discorda do posicionamento do ACNUR e entende ser necessária uma proteção mais abrangente do direito dos refugiados que seja coordenada com os mecanismos de proteção regional e global dos direitos humanos para incluir, por exemplo, os "refugiados ambientais" provenientes de danos antrópicos ao meio ambiente. A respeito das considerações do ACNUR acerca da Declaração de Cartagena no que tange às *outras circunstâncias* para determinação de quem pode ser refugiado, o autor comenta:

> Não se poderia aqui acrescentar que se deveria ter em mente uma distinção entre desastres naturais e desastres ambientais? As vítimas de desastres naturais "puros" (e.g., vulcões, relâmpagos, terremotos, furacões, maremotos, etc.) permaneceriam fora do âmbito da definição de Cartagena de 1984. Mas as vítimas de desastres naturais (causados por erro humano ou

[47] UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Declaration and Concerted Plan of Action in Favour of Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons (CIREFCA)**, 31 de maio de 1989. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fbb5d094.html>. Consulta em 10/04/2011.
[48] *Op. cit.*, pp. 134.

> negligência, e.g., desastres nucleares, acidentes internacionais de poluição da água, vazamentos de óleo, incêndios florestais, secas como conseqüência de mudança de clima, etc.) poderiam recair sob as "outras circunstâncias" previstas na definição de Cartagena de 1984 [...], e assim se beneficiarem da proteção do direito dos refugiados.

O ACNUR tem publicamente rechaçado a possibilidade de incluir os "refugiados ambientais" na proteção devida aos refugiados desde que o assunto emergiu, logo após a criação do órgão. Isso não significa que o ACNUR ignore a emergência cada vez maior de migrantes relacionados ao meio ambiente, mas sim que o órgão não possui mandato ou meios para protegê-los. O órgão tem elaborado estratégias para minimizar o impacto dos campos de refugiados no meio ambiente (o que também pode gerar necessidade de realocamento, diante da escassez de recursos naturais) e tem promovido uma série de estudos e palestras sobre a relação entre mudanças climáticas e deslocamento humano.

Em documento mais recente, o ACNUR chegou a afirmar que "embora a Convenção de 1951 e alguns instrumentos regionais de direito dos refugiados forneçam respostas a certos casos de deslocamento externo relacionado às mudanças climáticas, esses são limitados e precisam ser mais bem analisados"[49]. A respeito da proteção jurídica para os "refugiados ambientais", o órgão afirma que

> As respostas ao deslocamento humano causado pelas mudanças climáticas precisam ser guiadas pelos princípios fundamentais da humanidade, dignidade humana, direitos humanos e cooperação internacional. Elas precisam, ademais, ser guiadas por consenso, empoderamento, participação e parceria e devem refletir aspectos etários, de gênero e de diversidade[50].

A Suprema Corte do Canadá, em julgamento datado de 1993[51], adotou a seguinte postura em relação à proteção jurídica dos refugiados, no sentido clássico do Estatuto: "o direito internacional dos refugiados foi formulado para servir de apoio à proteção esperada do Estado do qual o indivíduo é nacional. Ele foi criado para ser aplicado quando essa proteção está indisponível e apenas em certas situações" (tradução livre). Por óbvio que a intenção nessa decisão foi reafirmar a proteção clássica de refugiado encontrada no Estatuto e no seu Protocolo; porém, em caso de alguns países, especialmente os insulares de baixa topografia, perderem parte

---

[49] UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Summary of Deliberations on Climate Change and Displacement**. Abril de 2011. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d9
f22b32.html>. Consulta em 25/05/2011.

[50] *Idem*.

[51] HATHAWAY, James C. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 04.

significativa do seu território e, no caso de concomitantemente serem países falidos, estarem, por esse motivo, impedidos de oferecer proteção básica de direitos humanos a seus nacionais, tal idéia poderia ser aplicável para os "refugiados ambientais" mesmo que fora da proteção jurídica oferecida pelo direito dos refugiados?

Não obstante o não-cabimento de proteção jurídica para os "refugiados ambientais" no quadro normativo de direito dos refugiados, alguns dos seus instrumentos – assim como de outros ramos do direito – podem vir a ser aplicáveis caso haja, no futuro, uma normatização específica para a situação dos "refugiados ambientais", como: (i) o princípio da não-discriminação, (ii) o princípio da dignidade da pessoa humana, (iii) o princípio do *non-refoulement* e (iv) o princípio da não-expulsão.

Entre os direitos mencionados no Estatuto dos Refugiados, cabem particularmente aos "refugiados ambientais": (i) o direito à moradia, (ii) o direito de liberdade de religião, (iii) o direito de propriedade, (iv) o respeito aos direitos adquiridos, (v) o direito de acesso à justiça, (vi) o direito à assistência, entre outros. Todos são particularmente importantes na conjuntura da proteção internacional da pessoa humana e, como norma específica ou proteção aberta do sistema global de direitos humanos, são igualmente cabíveis na proteção jurídica dos "refugiados ambientais".

Em matéria de princípios abrangentes, aqueles aplicáveis aos "refugiados ambientais" devem ser os mesmos do direito internacional dos direitos humanos, uma vez que qualquer proteção específica, atual ou futura, será abarcada pela proteção internacional da pessoa humana. Entre os princípios de direitos humanos utilizados para os refugiados, aqueles da não-discriminação[52] e o da dignidade da pessoa humana[53] igualmente são cabíveis para os "refugiados ambientais". No caso de

[52] O princípio da não-discriminação tem aplicação *erga omnes* e é mencionado expressamente nos artigos 1(3), 13(1)*b*, 55*c* e 76*c* da Carta da ONU, além de ser objeto de tratado interncional específico – a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1966. O princípio está inscrido no direito dos refugiados no artigo 3º do Estatuto.

[53] O princípio da dignidade da pessoa humana, também de caráter *erga omnes*, apesar de difícil conceituação, é encontrado largamente na proteção internacional da pessoa humana. A Declaração Universal de Direitos Humanos, por exemplo, inicia seu preâmbulo afirmando que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". De acordo com Hathaway, a dignidade humana deve ser respeitada e assegurada pelos países receptores de refugiados, mesmo que o Estado em questão ainda não tenha decidido sobre o pedido de refúgio. Nas palavras do autor, "a dignidade humana básica precisa ser respeitada, incluindo respeito aos direitos de propriedade e afins, preservação da unidade familiar, honrando a liberdade de pensamento, consciência e religião, e pelo fornecimento de educação básica às crianças refugiadas" (tradução livre). *Op. cit.*, pp. 279.

princípios específicos do direito dos refugiados, o princípio do *non-refoulement* e o princípio da não-expulsão podem ser particularmente importantes numa proteção específica para os "refugiados ambientais".

O princípio do *non-refoulement* é a parte central da proteção dos refugiados da Convenção de 1951[54] e é considerado a necessidade mais urgente dos refugiados[55]. Ele se caracteriza pela garantia de que o Estado receptor não devolverá o refugiado para o país sobre o qual o indivíduo possui fundado temor de perseguição ou para terceiro Estado que possa entregá-lo àquele país.

Por certo que no caso dos "refugiados ambientais" o princípio do *non-refoulement* não seria aplicado em caso de medo de perseguição nem por expectativa de perigo à liberdade ou possibilidade de tortura: o *non-refoulement* seria adaptado – em eventual proteção normativa específica e apenas nela – a uma garantia de não se repatriar o migrante para o país do qual migrou em razão de sérios danos ambientais, naturais ou de origem antropogênica, até que o país de origem tenha condições de recebê-los (para migrações temporárias) ou, no caso de migrações permanentes, que o país não negue a admissão do imigrante e o trate de maneira particularizada em razão da sua situação de vulnerabilidade.

O princípio da não-expulsão, inscrito no artigo 32 do Estatuto dos Refugiados, poderia ser aplicado na sua totalidade para os "refugiados ambientais": o Estado receptor apenas expulsaria o "refugiado ambiental" após sentença penal transitada em julgado ou, no caso de o indivíduo ser um migrante em situação regular, se ele for considerado uma ameaça à segurança nacional ou à ordem pública. Como no caso de estrangeiro a ser expulso, ao "refugiado ambiental" também seria dada escolha a que país migrar caso o país de sua nacionalidade não tenha condições ambientais e físicas (territoriais) de recebê-lo.

Além dos princípios e direitos supracitados, também os Princípios Norteadores sobre Deslocados Internos, produzido pela Agência da ONU para Coordenação de Assuntos Humanitários (OCHA, na sigla em inglês), em 1998[56],

---

54 CLARK, Tom. Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation. **International Journal of Refugee Law**, n. 16, vol. 1, 2004, pp. 584-608.

55 *Idem*.

56 O documento foi reconhecido por resolução da Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1998 e levado à consulta entre os países. A versão analisada no presente artigo refere-se a uma publicação da ONU datada de 2004. Disponível em: <http://www.unhcr.org/43ce1cff2.html>. Consulta em 25/05/2011.

constituem um outro instrumento do direito dos refugiados que pode ser aplicado aos "refugiados ambientais". O documento tem por objeto suprir as necessidades específicas dos deslocados internos cuja migração foi forçada em virtude de conflitos armados, violência generalizada, violações de direitos humanos e desastres naturais ou antropogênicos[57]. São dois os elementos para proteção: (i) a característica coercitiva ou involuntária do deslocamento e (ii) o fato de que tal deslocamento ocorre nos limites territoriais de um país, geralmente naquele em que o indivíduo possui residência habitual[58].

Segundo Kälin, as vítimas de desastres naturais ou com causas antropogênicas também podem sofrer, em razão do seu deslocamento, violações de direitos humanos como discriminação, violência sexual ou baseada em gênero ou serem destituídas dos seus direitos de propriedade[59]. Por esse motivo, sua proteção jurídica precisa ser ampliada de modo a garantir o respeito aos direitos já consagrados em outros instrumentos de direito internacional.

Zetter[60] entende que os Princípios Norteadores apresentam ao menos duas lacunas em relação à proteção jurídica dos "refugiados ambientais": primeiramente, eles não abarcariam o deslocamento de pessoas das pequenas ilhas fadadas a desaparecer com o aumento no nível dos oceanos, especialmente quando se considera que muitas dessas ilhas possuem baixa topografia e não serão capazes de oferecer moradia para muitos dos seus nacionais em caso de perda significativa ou total da sua massa territorial; em segundo lugar, eles não tratam de migrações internacionais, ocasião em que muitos "refugiados ambientais" não seriam alcançados pelo estatuto jurídico dos deslocados internos, tampouco dos refugiados nos termos da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967.

6 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE PROPOSTAS DE TRATADOS INTERNACIONAIS PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS "REFUGIADOS AMBIENTAIS"

Diante da particularidade dos "refugiados ambientais" e da crescente preocupação sobre as dimensões desta problemática, algumas propostas normativas

[57] Conforme parágrafo segundo do documento.
[58] KÄLIN, Walter. **Guinding Principles on Internal Displacement – annotations**. 2nd Ed. Studies in Transnational Legal Policy n. 38. Washington, D.C.: The American Society of International Law/ Brookings Institution, 2008.
[59] *Idem*.
[60] *Op. cit.*, pp. 143.

têm surgido para preencher a lacuna jurídica sobre o tema. Atualmente, três propostas figuram como as principais em matéria de uma futura proteção jurídica para os "refugiados ambientais". São elas: (i) do governo das Ilhas Maldivas, (ii) do CRIDEAU – *Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de L'environnement, de L'aménagement et de L'urbanisme* – e do CRDP – *Centre de Recherche sur les Droits de la Personne*, ambos da Universidade de Limonges, na França, e (iii) de um grupo de pesquisadores australianos liderado por David Hodgkinson, que propõe uma Convenção para as Pessoas Deslocadas pelas Mudanças Climáticas (CCDP, na sigla em inglês).

A proposta das Ilhas Maldivas[61] assenta-se sobre a criação de um protocolo específico sobre "refugiados ambientais" a ser incorporado à normativa consagrada do direito dos refugiados com vistas a uma reformulação do Estatuto, de 1951, e seu Protocolo, de 1967, de modo a permitir uma maior abrangência do critério de "perseguição", em que seriam incluídas as mudanças climáticas como fator a ser considerado na concessão do *status* de refugiado. A proposta abrange os deslocados internos e os migrantes internacionais e aplica-se amplamente aos casos de degradação ambiental causada pela interferência antrópica no meio ambiente como também às causas naturais de modificações ambientais propulsoras de movimentos migratórios.

Apesar de interessante, a proposta das Ilhas Maldivas não parece adequada a obter resultados práticos num curto ou médio espaço de tempo, haja vista a resistência dos defensores do direito clássico dos refugiados, sobretudo no âmbito da ONU, em modificar sua normativa para incluir a figura dos "refugiados ambientais". A esse respeito, deve-se ter em mente que os trabalhos preparatórios para a Convenção de 1951 já haviam energicamente rechaçado uma proposta de incluir entre os motivos de "fundado temor de perseguição" as causas ambientais diante da sua imprecisão e dificuldade de mensuração.

A proposta do CRIDEAU/CRDP[62], liderada por Michel Prieur, é mais

[61] REPUBLIC OF THE MALDIVES (MINISTRY OF ENVIRONMENT, ENERGY AND WATER). **First Meeting on Protocol on Environmental Refugees: recognition of Environmental Refugees in the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Male, 14-15 August, 2006.

[62] Disponível em: <http://www.cidce.org/pdf/Projet%20de%20convention%20relative%20au%20statut%20international%20des%20d%C3%A9plac%C3%A9s%20environnementaux%20(deuxi%C3%A8me%20version).pdf>.

realista no tocante à política internacional, embora, por mais desejável que seja, uma convenção específica sobre "refugiados ambientais" tampouco deve ser aprovada com a rapidez necessária com que esses migrantes precisam de proteção jurídica interna e internacional. A Convenção sobre o *Status* Internacional dos Deslocados Ambientais pretende garantir os direitos dos "refugiados ambientais" nos planos interno e internacional. Seu artigo 1º exorta que "o objetivo desta Convenção é contribuir para a garantia dos direitos dos deslocados ambientais e organizar sua recepção, assim como seu eventual retorno, em aplicação ao princípio da solidariedade".

A proposta de convenção utiliza o termo "deslocados ambientais" para referir-se a todos os migrantes forçados influenciados pelo meio ambiente, sejam temporários ou permanentes, internos ou internacionais. Embora mais bem aceita do que "refugiados ambientais", a expressão, no direito dos refugiados, é usualmente utilizada para os migrantes internos e não para os migrantes internacionais, de modo que a imprecisão terminológica persistiria face à normativa consagrada de refúgio.

O mais interessante, em termos de respaldo jurídico trazido pela proposta de convenção, é que os direitos dos "refugiados ambientais" seriam baseados em princípios consagrados de direito internacional como: (i) princípio da solidariedade, (ii) princípio da responsabilidade comum porém diferenciada, (iii) princípio da proteção efetiva, (iv) princípio da não-discriminação e (v) princípio do *non-refoulement*.

O artigo 11 da proposta, também inovador no que diz respeito à sistematização dos direitos existentes, porém não necessariamente novos, indica como direitos de todos os "refugiados ambientais": (i) direito à informação e à participação[63], (ii) direito de assistência[64], (iii) direito à água e à ajuda alimentar, (iv) direito à moradia, (v) direito aos cuidados de saúde, (vi) direito à personalidade jurídica, (vii) direitos civis e políticos no Estado de sua nacionalidade[65], (viii) direito de respeito à família, (ix) direito à educação e ao treinamento, (x) direito ao trabalho e (xi) direito à manutanção de suas particularidades culturais[66].

[63] O item (1) do artigo 11 da proposta é claramente baseado na Convenção de Aarhus, de 1998.
[64] Consagrado tanto no direito dos refugiados quanto no direito internacional humanitário.
[65] Refere-se ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966.
[66] Os itens *iii* a *vi* e *viii* a *xi* derivam da Declaração Universal de Direitos Humanos e de instrumentos específicos promovidos por agências e programas da ONU, como FAO (sigla em inglês para a Organização para Alimentação e Agricultura), UN-HABITAT (sigla em inglês para o Progarma da ONU sobre Assentamento Humano), OMS (Organização Mundial da Saúde), UNESCO (sigla em inglês para a Organização para a Educação, Ciência e Cultura) e OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Além dos direitos aplicáveis a todos os "refugiados ambientais", a proposta de convenção também especifica o direito à nacionalidade e à naturalização aos "deslocados ambientais permanentes"[67], claramente inspirado na Declaração Universal de Direitos Humanos. Ela também prevê o direito de reunião familiar, advindo do direito internacional dos direitos humanos e do direito dos refugiados.

A terceira proposta – CCDP[68], por sua vez, prevê uma aproximação do tema de "refugiados ambientais" com os intrumentos internacionais relacionados às mudanças climáticas e reconhece que os efeitos da mudança e variabilidade climáticas têm influenciado sobremaneira as migrações internacionais. O núcleo da CCDP é o estabelecimento de uma organização, "inicialmente para esboçar e conceber um programa de pesquisa uniforme e padronizado, para depois administrá-lo, que trate e seja responsável pelos efeitos migratórios das mudanças climáticas que se relacionem à convenção"[69] (tradução livre).

A CCDP também trabalha aberta e sistematicamente com a idéia de mitigação e adaptação às mudanças climáticas, assunto que tem alta natureza prática e que já é tratado na esfera das políticas públicas e da sociedade civil dos locais mais afetados pelos efeitos adversos da mudança e variabilidade climáticas.

Embora aparentemente menos completa que o projeto do CRIDEAU/CRDP e menos polêmica que a proposta das Ilhas Maldivas, a CCDP parece ter viés mais prático do que as demais sobre a proteção dos "refugiados ambientais", uma vez que sugere mecanismos de governança socioambiental ao mesmo tempo em que pretende promover a avaliação dos efeitos das mudanças climáticas e ações concretas em prol dos "refugiados ambientais" e do próprio meio ambiente. Num primeiro momento, a CCDP poderia até mesmo ser apresentada num contexto menos juridicamente vinculante do que os tratados internacionais – como declaração ou resolução da ONU, por exemplo; depois de ajustados seus mecanismos e averiguada sua aceitação político-internacional, seria menos dificultoso apresentá-la como proposta de tratado internacional de caráter universal.

O ideal, no atual contexto da política internacional e da propulsão

---

[67] Artigo 12 da proposta.
[68] Disponível em: <http://www.ccdpconvention.com/>.
[69] HODGKINSON, David. BURTON, Tess. **Towards a Convention for Persons Displaced by Climate Change**. Seminar presentation at the Grantham Research Institute on Climate Change, the London School of Economics, 6 March 2009. Disponível em: <http://www.ccdpconvention.com/documents/DH%20TB%20LSE%20presentation.pdf>. Consulta em 10/04/2011.

migratória já iniciada com as mudanças climáticas e com os desastres ambientais mais recentes, é, sim, a formulação de um tratado internacional específico a respeito dos direitos e obrigações dos "refugiados ambientais". No entanto, esta hipótese parece estar longe de se concretizar no futuro próximo, sendo necessárias medidas de proteção emergenciais a esse grupo de pessoas, seja na forma de políticas para redução das suas vulnerabilidades, seja na forma protetiva através dos instrumentos de direito internacional existentes.

A respeito da formulação de um tratado internacional específico sobre a condição jurídica dos "refugiados ambientais", McAdam[70] afirma que a defesa desse instrumento é equivocada e que um tratado internacional de abrangência universal seria inadequado para determinadas comunidades em razão das particularidades com que estas lidam com os efeitos adversos da mudança e variabilidade climáticas. A autora afirma que

> Considerando as obrigações legais que os Estados têm em relação à Convenção sobre Refugiados e o fato de que os cerca de 10 milhões de refugiados atuais, sem contar os outros 43.3 milhões de pessoas deslocadas, não têm nenhuma solução duradoura à vista, por que Estados estariam dispostos a se comprometer e oferecer proteção para os deslocados pelas mudanças climáticas?[71]

McAdam está certa ao abordar as dificuldades de negociação e, principalmente, de aceitação de um novo tratado internacional sobre a proteção jurídica dos "refugiados ambientais" quando nem os refugiados, no sentido clássico do Estatuto, têm efetivo respeito aos seus direitos. Mas negar, pela dificuldade de alcance e rigidez do conceito de refugiado, a possibilidade de proteção específica para os "refugiados ambientais" ou para qualquer outro grupo de pessoas que se encontre em situação de fragilidade é negar que o direito lhes alcance no núcleo do problema que vivem e é desrespeitar os princípios fundantes de uma sociedade baseada na busca da justiça e do direito.

7 CONCLUSÕES

A questão dos "refugiados ambientais", vivenciada pela humanidade possivelmente desde os primórdios da sua existência, tem sido objeto de maior preocupação internacional em razão da mudança e variabilidade climáticas globais

[70] McADAM, Jane. Swimming Against the Tide: why a climate change displacement treaty is not *the* answer. **International Journal of Refugee Law**, vol. 23, n. 1, 2011, pp. 04.
[71] *Idem*, pp. 16.

das últimas décadas do século XX e início deste século XXI. As projeções acerca do número de migrantes motivados por desastres ambientais – causados naturalmente ou em decorrência da interferência humana no meio ambiente – variam entre 25 milhões e 1 bilhão de pessoas até 2050, justamente por se desconhecer a amplitude dos eventos ambientais danosos à sociedade e se, nos próximos anos e décadas, as populações mais vulneráveis conseguirão mitigar esses danos ambientais e adaptar-se a eles.

Sob a perspectiva jurídica, o primeiro e mais corrente questionamento que se impõe sobre o tema é acerca da nomenclatura "refugiado ambiental", imprecisa em virtude de a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados não contemplar causas ambientais como passíveis de refúgio. A literatura sobre os aspectos jurídicos dos "refugiados ambientais" tem crescido em volume, porém, na sua maioria, a redundância e a obviedade são as mesmas – de que o "refugiado ambiental" não é e não pode ser um "refugiado" nos termos estritos da Convenção.

Por que, ao invés de se reafirmar que "refugiado ambiental" não é refugiado, não se proceder ao questionamento sobre a possibilidade de algum aporte jurídico para os "refugiados ambientais"? O exercício é definitivamente mais complexo, pois exige sensibilidade e reflexão sobre as formas jurídicas de proteger as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade socioambiental e são levadas a, forçadamente, migrar para dentro ou fora do seu país de origem.

O presente artigo intentou apenas iniciar esse debate sobre instrumentos jurídicos em prol dos "refugiados ambientais" e não é exaustivo sobre o tema. Entende-se que a proteção jurídica dos "refugiados ambientais" pode ser calcada em instrumentos já existentes da proteção internacional da pessoa humana (incluindo aqueles derivados do direito internacional do meio ambiente) e, no caso de uma futura proteção específica para essa categoria crescente de migrantes, alguns instrumentos de outros ramos do direito podem vir a ser adaptados para a proteção do "refugiado ambiental".

Em se tratando do direito dos refugiados, poder-se-ia tomar emprestada, com a devida adaptação ao eventual instrumento futuro, a noção de *non-refoulement* e as provisões sobre não-expulsão, além de direitos garantidos pela normativa de direito dos refugiados derivados dos direitos humanos.

Não se pretende aqui defender a reforma do direito dos refugiados para que este possa abarcar a categoria "refugiado ambiental", pelo contrário: diante das

dificuldades de alteração da normativa já consagrada e, principalmente, face às dificuldades práticas que os órgãos responsáveis pela proteção de refugiados teriam em oferecer proteção ao "refugiado ambiental", a melhor saída para que o direito internacional possa oferecer respaldo a esse migrante seria: (i) a proteção jurídica dos "refugiados ambientais" baseada em instrumentos já existentes no direito internacional; (ii) a negociação e aplicação de um tratado internacional específico para a proteção dos "refugiados ambientais"; (iii) as hipóteses *i* e *ii* somadas e aplicadas concomitantemente, ou seja, uma proteção atual sobre os instrumentos existentes sem se deixar de lado a negociação a respeito de normativa futura.

Apesar de as barreiras migratórias estarem cada vez mais rígidas neste século XXI, entende-se que é importante a utilização de instrumentos já consagrados de direito internacional, sejam normas ou princípios gerais, para a proteção jurídica do crescente número de "refugiados ambientais" no mundo, principalmente daqueles que migram para além dos limites territoriais do Estado de sua nacionalidade ou residência. Uma proteção baseada em instrumentos já existentes é mais pragmática e possivelmente mais efetiva até para que medidas de mitigação dos danos ambientais e adaptação da população possam ser tomadas na esfera política, além do que os casos de migrações forçadas motivadas por rupturas ambientais costumam ser emergenciais e precisam de resposta também emergencial do direito.

A proteção jurídica dos "refugiados ambientais", seja ela qual for, deve ser alicerçada sobre princípios consagrados de direito internacional (como os princípios da cooperação, solidariedade, humanidade, responsabilidade comum porém diferenciada e efetividade) e sobre direitos também consagrados da proteção internacional da pessoa humana (a exemplo do direito de migrar, do direito à moradia, de reunião familiar, de acesso à justiça, de propriedade, de liberdade de religião, opinião e manifestações culturais, entre muitos outros).

Entende-se que uma proteção para os "refugiados ambientais" deverá necessariamente ser multifacetada em razão da complexidade da situação que os cerca e da variedade de assuntos que aborda. Tal proteção dar-se-ia sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, do direito dos refugiados, do direito das migrações e do direito internacional do meio ambiente, seja a partir de instrumentos existentes ou num tratado futuro, e permitiria até mesmo delinear as formas de ocupação humana em meio ambientes fragilizados pela presença humana.

Apesar de não estarem abarcados pelo direito dos refugiados, os

"refugiados ambientais", independentemente da nomenclatura que se dê definitivamente a eles, carecem de respaldo jurídico de direito interno e de direito internacional, tarefa que, mesmo calcada em instrumentos jurídicos existentes, não é de fácil alcance. Mas negar-lhes um mínimo de direitos, seja sob a ótica do direito internacional ou do direito interno estatal, é negar-lhes a busca pela própria sobrevivência e os direitos mais básicos inscritos nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. *In*: ARAÚJO, Nádia; ALMEIDA, Guilherme Assis (Coords.). **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **O Direito de Assistência Humanitária**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BADIE, Bertrand *et. al.* **Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale**. Paris : Découverte, 2008.

BIRKMANN, Jörn (Ed.). **Measuring Vulnerability to Natural Hazards: towards disaster-resilient societies**. Tokyo: United Nations University Press, 2006.

BROWN, Lester. **Plan 4.0 B: mobilizing to save civilization**. New York: Norton & Company/ Earth Policy Institute, 2009.

_____. **World on the Edge: how to prevent environmental and economic collapse**. New York: Norton & Company/ Earth Policy Institute, 2011.

CHÁVEZ, Nashira. **Cuando los mundos convergen: terrorismo, narcotráfico migración post 9/11**. Quito: FLACSO Ecuador, 2008.

CLARK, Tom. Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation. **International Journal of Refugee Law**, n. 16, vol. 1, 2004, pp. 584-608.

COLLECTIF ARGOS. **Climate Refugees**. Paris : MIT/ Dominique Carré Éditeur, 2010.

DOWIE, Mark. **Conservation Refugees – the hundred year conflict between global conservation and native peoples**. Cambridge: MIT Press, 2009.

EJF – ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION. **No Place Like Home: where next for climate refugees?** London: EJF, 2008.

EL-HINNAWI, Essam. **Environmental Refugees**. Nairobi: UNEP, 1985.

GEMENNE, François. What's in a name: social vulnerability and the refugee controversy in the wake of Hurricane Katrina. *In*: AFIFI, Tamer; JÄGER, Jill (Eds.). **Environment, Forced Migration and Social Vulnerability**. Heidelberg: Springer, 2010, pp. 29-40.

HARMELING, Sven. **Global Climate Risk Index 2010: who is most vulnerable? Weather-related loss events since 1990 and how Copenhagen needs to respond**. Bonn: Germanwatch Institute, 2009.

_____. **Global Climate Risk Index 2011: who suffers most from extreme weather events? Weather-related loss events in 2009 and 1990 to 2009**. Bonn: Germanwatch Institute, 2010.

HATHAWAY, James C. **The Rights of Refugees under International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HODGKINSON, David. BURTON, Tess. **Towards a Convention for Persons Displaced by Climate Change**. Seminar presentation at the Grantham Research Institute on Climate Change, the London School of Economics, 6 March 2009. Disponível em: <http://www.ccdpconvention.com/documents/DH%20TB%20LSE%20presentation.pdf>.

HUNTER, Lori M. **The Environmental Implications of Population Dynamics**. Santa Monica: RAND, 2000.

IOM – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Discussion Note: Migration and the Environment**. MC/INF/288. 94th session, 1 November 2007.

_____. **Migration, Environment and Climate Change: assessing the evidence**. Geneva: IOM, 2009.

IPCC – INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. **Third Assessment Report: Climate Change 2001.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KÄLIN, Walter. **Guinding Principles on Internal Displacement – annotations**. 2nd Ed. Studies in Transnational Legal Policy n. 38. Washington, D.C.: The American Society of International Law/ Brookings Institution, 2008.

McADAM, Jane. Swimming Agains the Tide: why a climate change displacement treaty is not *the* answer. **International Journal of Refugee Law**, vol. 23, n. 1, 2011, pp. 02-27.

PARK, Chris. **Oxford Dictionary of Environment and Conservation**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O Direito Internacional dos Refugiados**: análise crítica do conceito "refugiado ambiental". Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando Fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

REPUBLIC OF THE MALDIVES (MINISTRY OF ENVIRONMENT, ENERGY AND WATER). **First Meeting on Protocol on Environmental Refugees: recognition of Environmental Refugees in the 1951 Convention and 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Male, 14-15 August, 2006.

SEGAL, Heather. Environmental Refugees: a new world catastrophe. *In*: CARON, David D. **Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles**. The Hague : Nijhoff, 2001, pp. 141-174.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre; Sergio Antonio Fabris, 1993.

UNDP – UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Report 2009 – overcoming barriers: human mobility and development**. 1st Edition. New York: UNDP, 2009.

UNHCR – UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Declaration and Concerted Plan of Action in Favour of Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons (CIREFCA)**, 31 de maio de 1989. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fbb5d094.html>. Consulta em 10/04/2011.

_____. **Summary of Deliberations on Climate Change and Displacement**. Abril de 2011. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d9f22b32.html>. Consulta em 25/05/2011.

VRACHNAS, John *et. al.* **Migration and Refugee Law: principles and practices in Australia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

WARNER, Koko *et. al.* **In Search of Shelter: Mapping the Effects of Climate Change on Human Migration and Displacement**. Tokyo: UNU/CARE, 2009.

WOOD, William B. Ecomigration: linkages between environmental change and migration. *In*: ZOLBERG, Aristide R.; BENDA, Peter M. (Eds.). **Global Migrants, Global Refugees – problems and solutions**. New York: Berghahn Books, 2001, pp. 42-61.

ZETTER, Roger. Protecting People Displaced by Climate Change: some conceptual challenges. *In*: McADAM, Jane (Ed.). **Climate Change and Displacement – multidisciplinary perspectives**. Oxford: Hart, 2010, pp. 131-150.

A LEGITIMIDADE DE NORMAS INTERNACIONAIS NA TEORIA PURA DO DIREITO[1]

Felipe Kern Moreira[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 A questão da legitimidade na Teoria Pura do Direito. 3 A norma fundamental: resposta à questão da legitimidade? 3.1 Ideias de legitimidade aplicadas à norma fundamental. 3.1.1 Fundamento de existência: consenso e consentimento. 3.1.2 Atração gravitacional em direção ao cumprimento: quatro critérios. 4 Considerações Finais: por que não valores? Referências.

Resumo: O artigo propõe que a norma fundamental exerça, na teoria pura do direito, uma função de fundamento de legitimidade. A metodologia do artigo centra-se na análise das principais obras que descrevem e informam a Teoria Pura do Direito. Noções teóricas de legitimidade são aplicadas à norma fundamental a fim de dar a conhecer as características da legitimidade de normas de direito internacional.

Palavras-chave: legitimidade, norma fundamental, Hans Kelsen, direito internacional.

Abstract: This article proposes that the basic norm exercises, in the pure theory of law, a function of the basis of legitimacy. The methodology of this article focuses on the analysis of the major works that describe and inform the Pure Theory of Law. Theoretical notions of legitimacy are applied to the basic norm in order to make known the features of the international law's legitimacy.

Key-words: legitimacy, basic norm, Hans Kelsen, international law.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo propõe que a norma fundamental exerce, na teoria pura do direito, a função de fundamento estático de legitimidade de normas internacionais. As noções de legitimidade utilizadas para tal análise não se limitam às de Hans Kelsen. Isto não significa que a norma fundamental seja causa eficiente para gerar comportamento social de atores internacionais. A norma fundamental explica, somente em parte, a atração gravitacional em direção ao cumprimento de normas, num ambiente societário não coercitivo.

A metodologia do artigo centra-se na análise das principais obras que descrevem e informam a Teoria Pura do Direito, segundo o conceito de legitimidade de uma ordem jurídica, o que deságua, inevitavelmente, na questão da norma fundamental na teoria das normas de Hans Kelsen. Tomando em conta o tom abstrato característico da linguagem teórico-jurídica, trata-se *legitimidade* do eixo

[1]Esta pesquisa obteve apoio financeiro do CNPq e do DAAD.

[2]Bacharel em Ciências Jurídicas pela FURG (2001), Mestre (2005) e Doutor (2009) em Relações Internacionais pela UnB. Professor Adjunto do Curso de Bacharelado em Relações Internacionais e do Programa Multidisciplinar de Mestrado em Sociedade e Fronteira, da Universidade Federal de Roraima-UFRR.

entre o direito e diversas outras dimensões da vida que expressam os aspectos viscerais das sociedades: poder, capital, cultura, ideias, transformação.

É possível descrever o que seja legitimidade no direito internacional sem ter que recorrer a elementos transcendentes ao sistema jurídico. Essa descrição pode responder à pergunta sobre qual o lugar do elemento legitimidade na Teoria Pura do Direito. E o lugar da legitimidade na Teoria Pura é o mesmo da norma fundamental, não obstante os fatores que explicam a geração de comportamento de Estados, conforme normas de direito internacional ajam além de um fator estático.

2 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE NA TEORIA PURA DO DIREITO

O texto, de 1911, sobre 'As fronteiras do método jurídico e sociológico', permite verificar que Hans Kelsen compreendia que a ficção necessária - a qual respondia a pergunta sobre o fundamento de validade de normas jurídicas - possuía um papel de legitimação e, ainda mais, que esta legitimação é *o porquê* de normas serem respeitadas. Aqui, o que Kelsen denomina ato psíquico-real de reconhecimento de normas válidas dirige-se à obtenção de legitimação. E legitimação - para o jovem Kelsen - é a explicação da obediência às normas[3].

O termo legitimidade é citado na primeira edição da Teoria Pura do Direito de 1934 de forma a confirmar que Hans Kelsen compreendia a norma fundamental enquanto fator de legitimidade do ordenamento jurídico. Por outro lado, o conceito de legitimidade nesta obra não obedece a um rigorismo conceitual.

No capítulo V, da Teoria Pura do Direito, de 1934, que trata da ordem jurídica e seu escalonamento, mais propriamente no subcapítulo 30, intitulado 'A norma fundamental do ordenamento jurídico estatal', a letra 'c' trata, particularmente, do 'Direito Internacional e a norma fundamental das ordens jurídicas estatais'. Neste tópico é escrito que a partir da proposição de que a validade tem uma conhecida eficácia, a saber, uma conhecida relação de correspondência em relação ao condicionamento de um ordenamento jurídico, desta forma, a validade é expressa somente pelo conteúdo de uma norma jurídica positiva, não do ordenamento estatal, mas sim do direito internacional.

[3]"(...) la moderna teoria del reconocimiento le ofrece a una pregunta normativa, o sea, dirigida a obtener una legitimación, solamente una respuesta que brinda una explicación del hecho real, es decir, una respuesta explicativa. Pero? Que és lo que se gana con este ato psíquico-real del reconocimiento? Evidentemente sólo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por que los hombres respetan en realidad las normas." (KELSEN apud CORREAS, 1989, 293)

Esta norma positiva de direito internacional, para Kelsen, *legitima* o efetivo poder estabelecido e delega, assim, o que esta ordem coatora abarca (KELSEN, 2008, 81). Esta utilização do termo legitimidade indica que para Kelsen a conceituação possui um viés político e jurídico. A norma fundamental de direito internacional legitima o poder capaz de estabelecer uma ordem jurídica vinculante e eficaz. A natureza legitimadora da norma fundamental de direito internacional possui duas características passíveis de reconhecimento: gerar comportamento e suportar um ordenamento jurídico.

Outra utilização da terminologia legitimidade na versão de 1934 dá-se no contexto da própria construção teórica, quando Kelsen não aceita que a teoria pura possa legitimar o Estado pelo direito. Argumenta que isto é impossível em, pelo menos, dois sentidos. A teoria nega que a ciência jurídica possibilite a justificativa do sistema jurídico dos Estados através do direito e nega também que isto possa acontecer através da ciência jurídica mesma. Esta justificativa significa valoração, e valorar – que é uma ação subjetiva – é tarefa da ética e da política e não do conhecimento objetivo (KELSEN, 2008, 137).

Essas preocupações da teoria pura no campo teórico permitem reunir elementos para compreender o que seja legitimidade e encontram-se no capítulo VIII da versão de 1934 que trata da relação entre direito e Estado. O Estado é uma ordem jurídica, mas nem toda ordem jurídica se designa como Estado. O Estado denomina-se como ordem jurídica quando esta alcança um reconhecido grau de centralização (KELSEN, 2008, 127-128).

Em síntese, aqui é possível encontrar um significado de legitimidade enquanto justificação (*Rechtsfertigung*) de um sistema jurídico. Esta interpretação é possível ser compreendida a partir do tema do capítulo VIII (Direito e Estado). Em dois momentos, na edição de 1934, o *termo* legitimidade é mencionado. O primeiro é na função da norma fundamental internacional: *legitimar* o poder e delegar o que a ordem abarca. O segundo é negar à teoria em si ou ao direito o papel de *legitimação* do Estado. Estes usos não impedem que a norma fundamental legitime o ordenamento internacional. Inclusive, reforçam esta interpretação.

Na 'Teoria Geral do Direito e do Estado', de 1945, ao tema da legitimidade são dedicadas reflexões mais precisas. A própria localização do tópico intitulado 'princípio da legitimidade' oferece informações importantes para a compreensão da gradual importância que o tema assumiria no positivismo normativo de Kelsen. A

seção sobre 'o direito enquanto um sistema dinâmico de normas' é sucedido pelo título 'a norma fundamental de um ordenamento jurídico', a qual é dividida em subtópicos denominados 'a norma fundamental e a Constituição', 'a função específica da norma fundamental' e, então, 'o princípio da legitimidade'.

A obra em referência, no contexto da opção metodológica de divisão dos temas, sugere que a questão da legitimidade possua relação com a norma fundamental. Kelsen afirma que a norma fundamental não introduz nas ciências jurídicas nenhum método novo e, sim, meramente, explicita o que todos os juristas assumem quando eles consideram que o direito positivo atua num sistema de normas válidas e que esta validade não provém do direito natural (KELSEN, 1949, 116).

Antes da formulação do que denomina o 'princípio da legitimidade', Kelsen formula uma pergunta: como são possíveis as afirmações dos juristas acerca de normas legais, deveres legais, direitos legais e daí por diante? Esta pergunta diz respeito à constatação acerca da existência da norma fundamental. O fato de a norma fundamental existir, no que ele denomina 'consciência jurídica', é o resultado da análise das afirmações jurídicas (KELSEN, 1949, 117). Segue a formulação do princípio:

> The validity of legal norms may be limited in time, and it is important to notice that the end as well as the beginning of this validity is determined only by the order to which they belong. They remain valid as long as they have not been invalidated in the way which the legal order itself determines. This is the principle of legitimacy (KELSEN, 1949, 117).

Fica mais evidente na passagem aqui estudada que o que Kelsen entende por princípio da legitimidade não necessariamente reflete o sentido que o conceito assume nas contribuições contemporâneas de teorias políticas e jurídicas. Além disso, a forma como legitimidade será tratada, na 'Teoria Geral do Direito e do Estado', não esgota o conteúdo que o conceito assume ao longo das versões da Teoria Pura do Direito. O conceito de *princípio da legitimidade* possui a particularidade de ser a primeira menção expressa ao tema *legitimidade*.

O que dificulta a aplicação do princípio ao plano do direito internacional é que as reflexões que seguem a descrição do princípio indicam que o autor tinha em mente, prevalentemente, o plano constitucional. Afirma que o princípio atua somente sob certas condições já que falha no caso de revoluções, no sentido de um golpe de Estado. Isto porque a revolução, em um sentido amplo, ocorre quando a ordem legal de uma comunidade é anulada e substituída por uma nova ordem de maneira ilegítima, no sentido de não ser prescrita pela primeira ordem a qual sucedeu

(KELSEN, 1949, 117).

Segundo Carl Schmitt, a noção de princípio da legitimidade enquanto continuidade da ordem política que justifica - ou melhor, legitima o direito - provém do princípio da legitimidade das monarquias dinásticas europeias. Este elemento é bem perceptível nos contextos em que Kelsen explica o princípio da legitimidade nas versões de 1945 e 1961. O princípio conferira legitimidade às intervenções das grandes potências na Europa e também foi aplicado nas intervenções na América Latina em relação às revoluções republicanas. Na análise de Schmitt no artigo *'Völkerrechtliche Grossraumordnung mit interventionsverbot für raumfremde Mächte'*, de 1941, a Doutrina Monroe foi um exemplo da contrariedade ao princípio da monarquia dinástica, na medida em que os povos da América não mais seguiriam as potências do além-mar e não seriam mais sujeitos à colonização (SCHMITT, 1991, 282).

Anna Leisner também oferece contribuição aos estudos de legitimidade na perspectiva constitucional sob a ótica da continuidade. A continuidade proporcionada pelo caráter hereditário da linhagem real permaneceu até o século XX, como um fundamento de legitimidade que prevalecia, em algumas situações, sobre a legalidade (LEISNER, 2002, 165). A perspectiva da legitimidade enquanto *continuidade* sofreu rupturas e aprimoramentos na medida em que as revoluções que substituíram o Estado monárquico exigiam que o poder revolucionário fosse reconhecido também como legítimo no plano constitucional. A questão tornou-se central dentre juristas europeus e, especialmente, dentre os alemães, dadas as transições revolucionárias de Weimar e do III Reich.

Leisner compreende que a teoria pura do direito de Hans Kelsen não apresenta respostas para a questão da continuidade constitucional, ou seja, como e em quais casos a continuidade jurídica transcorre. Considera que tanto a continuidade como a ruptura permitem as mesmas medidas em relação ao esquema de recepção de normas, são igualmente legais e a legitimidade não é questionada (LEISNER, 2002, 39).

Carl Schmitt encontra nessa questão, acima de tudo, a necessidade da continuidade material. Para ele, a definição de legitimidade enquanto reconhecimento da Constituição não é somente um elemento fático, mas sim de medidas jurídicas para garantir a ordem (LEISNER, 2002, 146).

Para Kelsen, é irrelevante no quanto a substituição da ordem legal foi feita

de forma violenta em relação aos indivíduos que, até então, ocupavam os órgãos competentes legitimados para criar e fazer emendas à ordem legal. Também é irrelevante no quanto a substituição foi feita mediante movimento de massas ou por pessoas que estavam em posições no governo legítimo. Do ponto de vista jurídico, o critério decisivo do reconhecimento da existência de uma revolução é que a ordem vigente é destituída e substituída por uma nova ordem numa forma que a anterior não havia previsto ou antecipado.

A partir da análise do tópico de Kelsen sobre o princípio da legitimidade, observa-se que a expressão *legitimidade* não mais é usada ao longo de todo o tópico, a não ser para fechar o texto e repetir a nomenclatura do princípio ao reafirmar que uma ordem legal deixaria de ser válida a partir do momento em que, mediante revolução, a antiga ordem fosse destituída do plano da validade. O princípio da legitimidade diz respeito à continuidade do plano da validade de determinada ordem legal:

> This shows that all norms of the old order have been deprived of their validity by revolution and not according to the principle of legitimacy. And they have been so deprived not only de fact but also de jure (KELSEN, 1949, 118).

A partir do contexto discursivo e metodológico da obra, pode-se interpretar que o conceito *ordem* refere-se à ordem legal, já que as considerações em referência encontram-se na primeira parte da obra ('O Direito'), no capítulo X ('Ordem Legal'), que inaugura a segunda parte do capítulo referente à 'nomodinâmica' em contraposição aos nove primeiros capítulos que tratam da 'nomoestática'.

Nas considerações subsequentes, as quais tratam da 'Mudança na Norma Fundamental', permite-se identificar com maior clareza a interferência política na questão do princípio da legitimidade. Kelsen sugere o exemplo hipotético de um grupo de indivíduos que pretendem introduzir a forma republicana de governo num Estado monárquico. A forma como o caso hipotético é descrito favorece concluir que o conceito de 'ordem' para Kelsen, embora esteja no contexto da ordem legal, ultrapassa a necessidade de uma lei positiva e válida.

> If they succeed, if the old order ceases, and the new order begins to be efficacious, because the individuals whose behavior the new order regulates actually behave, by and large, in conformity with the new order, then this order is considered as a valid order. It is now according to this new order that the actual behavior of individuals is interpreted as legal or illegal. But this means that a new basic norm is presupposed. It is no longer the norm according to which the old monarchical constitution is valid, but a norm according to which the new republican constitution is valid, a norm endowing the revolutionary government with legal authority (KELSEN, 1949, 118).

A passagem lida em conjunto com o princípio da legitimidade faz perceber que uma ordem legal legítima pode ser *pressuposta*. Permite também conceber que determinado comportamento possa ser considerado lícito ou não em função de uma mudança na ordem política ainda que não completamente transferida para ordem jurídica. A ordem legal – em Kelsen –, concebida como uma ordem constitucional, admite a possibilidade de uma legitimação do sistema legal no plano político.

Kelsen claramente possui a intenção de utilizar os conceitos de validade e de legalidade como distintos de legitimidade. Por validade, a teoria das normas compreende que é pressuposta a sua existência ou pressupõe-se que ela possui 'força de obrigatoriedade' porque foi emitida por uma autoridade competente (KELSEN, 2005, 43 et 45). Por essa razão, uma norma é válida para todos, mesmo na hipótese de seu descumprimento, caso no qual a norma é ineficaz. Legalidade, por sua vez, diz respeito a uma conduta correspondente a uma norma jurídica válida e, nesta medida, na teoria pura do direito, apenas como legalidade é que a justiça pode fazer parte da ciência do direito (idem, ibidem).

Eugenio Bulygin entende *validade* na teoria jurídica de Hans Kelsen em dois sentidos: o de pertencimento e o de vinculação (BULYGIN, 2005, 94). Normas jurídicas são válidas se pertencem a determinado ordenamento jurídico. Este pertencimento ao escalonado de normas confere obrigatoriedade às normas. Contudo, o que é facultado à norma fundamental na teoria pura do direito não se restringe à validação.

O conceito de legitimidade, na "Teoria Geral do Direito e do Estado", possui dois elementos que merecem destaque: ordem política eficaz e comportamento de indivíduos. Ordem política eficaz é a ordem de uma revolução bem sucedida que precede a ordem legal. O comportamento dos indivíduos é também relevante porque eles, de uma forma geral, efetivamente, se comportam segundo a nova ordem, o que faz considerá-la uma ordem válida. Logo, validade, que é um conceito jurídico e inequívoco na teoria pura do direito, pode existir num contexto de uma ordem legal pressuposta.

O princípio da legitimidade diz respeito ao fato que, determinada ordem legal, confere validade a normas, permanece válida enquanto não for invalidada no modo pelo qual a ordem legal mesma determina. Isto quer dizer que o conceito de legitimidade, na 'Teoria Geral do Direito e do Estado', é relativo ao modo pelo qual a ordem legal é determinada. As considerações sobre a mudança na norma

fundamental permitem também concluir que a norma fundamental modifica-se antes de necessariamente haver mudança no direito positivo, a saber na ordem constitucional. Por isso, Kelsen afirma que 'a nova norma fundamental é pressuposta'. Nesta medida pode-se afirmar que a norma fundamental é um fator de legitimidade de uma (nova) ordem legal. Este tipo de informação é essencial para estabelecer a relação entre norma fundamental e legitimidade no direito internacional, já que neste não existe Constituição e possibilidade de revolução nos termos da revolução constitucional.

A 'Théorie Pure du Droit: introduction a la science du droit', de 1953, não menciona o princípio da legitimidade. Existe uma lacuna na menção ao princípio entre as versões de 1945 e 1961. No tópico sobre a norma fundamental da ordem jurídica internacional, o argumento teórico de Kelsen parte do caso de uma revolução que pretende mudar o regime legítimo monárquico para o republicano. Suas conclusões são as mesmas das outras obras anteriores. A opção por não mencionar o princípio da legitimidade retira a versão de 1953 das fontes mais expressivas de análise da questão da legitimidade na teoria pura do direito. Digna de referência é a passagem: *"Il y a donc un rapport entre la validité et l'efficacité d'un ordre juridique, la premiére dépendant dans une certaine mesure de la seconde"* (KELSEN, 1953, 118). Se a citação é colocada em perspectiva com a da versão de 1961: "o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade" (KELSEN, 1998, 147), então é possível estabelecer a relação entre validade e legitimidade: a norma primeira é o fundamento de validade de uma ordem jurídica na medida em que a efetividade desse ordenamento normatiza sua legitimidade.

Na segunda edição da Teoria Pura do Direito, concluída em Berkley em 1960, também é possível identificar mudanças em relação à redação do texto de 1945. Os tópicos 'princípio da legitimidade', 'mudança na norma fundamental' e 'princípio da eficácia' constam, no mesmo contexto metodológico e discursivo da 'Teoria Geral do Direito e das Normas', num capítulo denominado 'legitimidade e efetividade'.

A mudança substancial do texto de 1945 para o texto de 1961 é que existe uma maior harmonização da concepção de uma nova ordem válida com a exigência de uma Constituição vigente. Para tal, Kelsen retira do texto referências expressas à ordem política eficaz e ao comportamento dos indivíduos conforme a nova ordem. Esta mudança resta clara na passagem onde cita a possibilidade da revolução não chegar ao termo desejado:

> Se a revolução não fosse bem-sucedida, quer dizer, se a Constituição revolucionária - que não veio à existência de acordo com a antiga Constituição - não se tivesse tornado eficaz, se os órgãos por ela previstos não tivessem ditado quaisquer leis que fossem de fato aplicadas pelos órgãos previstos nestas leis, mas se, pelo contrário, a antiga Constituição tivesse permanecido eficaz, não haveria qualquer motivo para pressupor uma nova norma fundamental no lugar da antiga. O princípio que aqui surge em aplicação é o chamado princípio da efetividade. O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade (KELSEN, 1998, 147).

A constatação das diferentes redações de 1945 e 1961 não necessariamente conduz à conclusão de que houve uma mudança no raciocínio. Na versão de 1961, fica mais claro que a nova ordem é instaurada por uma Constituição. Em ambas as versões, Constituição e norma fundamental não se confundem, e legitimidade diz respeito à possibilidade de modificação de uma ordem legal segundo a ordem vigente.

O que não fica claro é se houve ou não mudança no raciocínio quanto à possibilidade da pressuposição de uma nova norma fundamental. Em outras palavras, não é claro se a partir de uma revolução uma nova ordem legal válida se instaura em virtude de uma norma posta (Constituição) ou suposta (ordem eficaz a partir do comportamento geral dos indivíduos). A resposta a esta questão pode modificar a noção *kelseniana* de legitimidade adotada até então. Quanto ao tema, o que surge de novo na versão de 1961 é a legitimidade limitada pela efetividade de uma nova ordem legal. É neste contexto que Larx Vinx argumenta que Hans Kelsen emprega o termo legitimidade em diferentes sentidos e que esta utilização sugere que a lei possa legitimar o poder (VINX, 2007, 59).

3 A NORMA FUNDAMENTAL: RESPOSTA À QUESTÃO DA LEGITIMIDADE?

No artigo “Alienating Justice: On the surplus value of the twelfth camel”, Gunter Teubner lança mão do recurso à antiga história que também fora utilizada inúmeras vezes por Jean-Pierre Dupuy e Niklas Luhmann nos seus debates sobre auto-organização, autopoiesis e ao tratar dos paradoxos do direito. Aqui, o mesmo recurso parece ser apropriado.

Conta-se que um Sheik beduíno, velho e rico, escreveu seu testamento e dividiu entre seus três filhos sua fortuna constituída de uma cáfila de camelos. Achmed, o mais velho, foi herdeiro da primeira metade da fortuna. Ali, o segundo filho, ficou com um quarto e, Benjamin, o mais jovem, com um sexto. Quando o pai morreu, infelizmente, somente onze camelos foram deixados. Achmed, é claro, reclamou seis deles e foi imediatamente contestado por seus irmãos. Quando a

confusão se instaurou eles procuraram o Khadi que então decidiu: 'Eu ofereço a vocês um dos meus camelos. Devolva-me ele, por vontade de Alá, o mais rápido possível. Agora, com doze camelos a divisão era fácil. Achmed pegou seus seis camelos, Ali pegou seu quarto, que são três camelos, e Benjamim pegou sua sexta parte, dois camelos. E é claro, o décimo segundo camelo que havia sido deixado de fora foi rapidamente devolvido ao Khadi (TEUBNER, 2001, 21).

Teubner assinala que no mesmo lugar onde Derrida observa a violência da autofundamentação da lei, em que Kelsen tinha visto a norma fundamental, e Hart, a norma de reconhecimento, está o décimo segundo camelo. Para eles, o décimo segundo camelo representa alguma coisa a mais do que seu papel simbólico na dinâmica do direito. O camelo é a localização da autorreferencialidade do sistema legal que finaliza a performance de deter os paradoxos e liberar a dinâmica jurídica (TEUBNER, 2001, 21).

Teubner compreende a norma fundamental como a autorrefencialidade ou caráter supletivo da teoria jurídica. De fato, a norma fundamental pode ser compreendida como justificação teórica para que o sistema, idealmente, adquira coesão, na sua forma integral. Contudo, tanto Kelsen quanto Hart não apresentaram a norma fundamental e a regra de reconhecimento como um elemento de suplência teórica.

A interpretação de Teubner caracteriza a norma fundamental num esquema do topo para a base. Kelsen fala da norma fundamental enquanto reconhecimento de ordenamento jurídico eficaz, observado nas relações humanas: da base para o topo. Esta concepção base-topo é reforçada na descrição teórica dada à norma fundamental enquanto *hipótese*. Nesse caso, é a afirmação hipotética acerca da existência de um fato real no plano internacional: relações de comprometimento mútuo.

A norma fundamental na versão de 1979 é contraditória em si mesma em virtude de não corresponder à realidade[4]. Esta forma de descrição teórica tardia é

[4] Na versão de 1979 a norma fundamental de um ordenamento jurídico ou moral não é juridicamente positivada e sim puro pensamento. Isto significa uma norma fictícia no sentido de um ato de vontade não real, mas sim ficcional. Kelsen acrescenta que é ficção no sentido da filosofia Vaihingeriana do 'Como se' (als ob), que é delineada é contraditória em relação à realidade e contraditória em si mesma. Assim a suposição de uma norma fundamental de um ordenamento moral religioso ou de uma ordem jurídica contradiz não somente a realidade, porque tal norma não existe no sentido de um ato efetivo da vontade, mas também é contraditória em si própria porque ela representa a autoridade máxima de uma ordem moral ou jurídica (KELSEN, 1979, 206-207).

resultante da influência de um neokantiano: Hans Vaihinger (1852-1933) com a obra *'Philosophie des Als-Ob'*. Kelsen chega a afirmar que é ficção no sentido da filosofia vaihingeriana (KELSEN, 1979, 206). Vaihinger postulava que o homem não pode conhecer a realidade do mundo e, como consequência, constrói sistemas de pensamento que assumem a realidade como alcançada. Assim, o homem comporta-se 'como se' (*'als-ob'*) o mundo correspondesse a essa descrição.

O ordenamento jurídico eficaz para Kelsen refere-se à consciência da obrigatoriedade de normas costumeiras, ou seja, às relações que ocorrem com a ajuda da *ficção*. Talvez, por isso, Kelsen afirme que a norma fundamental não possa ser explicada sem o recurso da *ficção* e não justifique o abandono da *hipótese*. Também Hart, quando falava da norma de reconhecimento, referia-se às relações sociais como o exercício da jurisprudência no sistema *common law*. Logo, a norma fundamental e a regra de reconhecimento não servem somente de autoreferrencialidade nas teorias jurídicas, é possível dizer que percorrem as direções de topo-base, que é a autorreferencialidade, e também a de base-topo.

Onde Kelsen situou teoricamente a norma fundamental não é tão simplesmente um lugar de autorreferencialidade teórica; é também o lugar em que a legitimidade encontra-se em sua teoria. Sua formulação, na direção base-topo, da observação da eficácia do ordenamento jurídico internacional para a formulação teórica, permite identificá-la como fator de legitimidade no positivismo jurídico. Do topo para a base está a ficção, que é o exercício incontornável de formar uma síntese, uma abstração das relações entre Estados, a fim de possibilitar que uma constatação empírica possa entrar num campo descritivo e argumentativo (aqui, no caso, de uma teoria jurídica).

José Guilherme Merquior argumenta em sua tese "O problema de Legitimidade em Política Internacional", de 1978, que as contribuições contemporâneas para a questão da legitimidade são provenientes da área jurídica e do legado da filosofia política clássica. No primeiro grupo cita as contribuições de Kelsen e Hart e, no segundo, com o qual estivera efetivamente ocupado em sua exposição, cita, dentre muitos outros, Carl Joachim Friederich e Karl Deutsch, tentando costurar as argumentações em torno do que denomina *a caracterização empírica da legitimidade do poder*. Para Merquior, Hans Kelsen:

> (...) renovou a conceituação de legitimidade da norma. Kelsen estendeu-a como uma validade imanente à lei positiva, mas Herbert Hart, talvez o maior filósofo do direito pós-kelseniano, moderou consideravelmente este radicalismo positivista ao

> subscrever a existência de um mínimo de congruência entre a lei e a moralidade, mínimo este baseado em determinados truísmos sobre a condição humana (MERQUIOR apud LAFER, 1993, 54).

As poucas palavras dedicadas a Hans Kelsen servem para Merquior manifestar-se sobre a renovação da conceituação de legitimidade no campo jurídico. Merquior entende que legitimidade para Kelsen é uma validade imanente à lei positiva. Se o que confere validade às normas na teoria pura é, em última análise, a norma fundamental, então, a norma fundamental internacional é o fundamento de legitimidade de normas internacionais.

Retomando-se a formulação da norma fundamental na versão da 'Teoria Geral do Direito e do Estado', de 1945, a validade de tratados remete à regra geral que obriga Estados a se conduzir de acordo com tratados por eles firmados, norma esta manifestada pela expressão *pacta sunt servanda* (KELSEN, 2005, 524). A norma fundamental não é o *pacta sunt servanda*, mas sim a regra geral de comportamento conforme a norma consentida. Assim, a interpretação dada por Merquior é que em Kelsen a legitimidade diz respeito à validade imanente da norma positiva. O que existe de imanente em uma norma além da consciência de obrigatoriedade do cumprimento da norma consentida?

Na mesma sintonia weberiana de Merquior, Weyma Lübbe trata do tema da legitimidade e a questão da validade na teoria jurídica de Hans Kelsen. A definição de validade na sociologia não é a mesma do positivismo jurídico. Estas tipologias obedecem a racionalidades diversas. Para Max Weber, a crença na legalidade era uma forma corrente de legitimidade. Para Lübbe, Weber talvez não concordasse com o princípio do reconhecimento, com a pureza metodológica da teoria pura. Para Weber, a crença na legalidade seria hoje em dia mais que um outro tipo de legitimidade, um fenômeno de massas (LÜBBE, 1991, 65).

A acepção de legitimidade enquanto *consentimento* possibilita identificar que a norma fundamental na teoria pura do direito é o fundamento de legitimidade do ordenamento jurídico internacional. Essa interpretação é reforçada pela falta de uma autoridade política ou jurídica centralizada nas relações internacionais. A partir de tal acepção, sujeitos de direito internacional, em geral, cumprem normas num ambiente jurídico não coercitivo em virtude de regra costumeira que exige que Estados cumpram o que pactuaram de boa fé.

Sobre a menção que Merquior faz a Hart, é difícil precisar no quanto Hart admitiu elementos de moralidade em seu sistema teórico. Assim como em Kelsen,

Hart nega que em seu sistema não haja lugar para a moralidade conforme afirmavam seus antípodas e dentre eles, em especial, Ronald Dworkin. No *Post Scriptum* dedica páginas a explicar defensivamente seus sistemas e no quanto seu positivismo analítico pode incluir princípios e valores. No mais, é concorde com Kelsen que há uma diferença clara entre direito e moral. Merquior faz uma referência à Hart. O sistema teórico de Hart é de difícil transposição para o campo do direito internacional. O papel de uma suposta norma de reconhecimento formada a partir do exercício da jurisdição internacional – tribunais – participa em pequena escala da definição de normas válidas de direito internacional.

3.1 Ideias de legitimidade aplicadas à norma fundamental

Legitimidade no direito internacional, em termos gerais, é o fator de justificação de normas jurídicas. A justificativa aparece na literatura sob pelo menos três formas: a ideia de fundamento da existência, a ideia de atração gravitacional e a adoção de valores[5]. A ideia de um momento de força que acontece na intersecção dos campos político e jurídico, passível de ser descrita no plano teórico, corrobora para a interpretação que a norma fundamental enquanto fator de legitimidade não se restringe à autoreferrencialidade teórica.

3.1.1 Fundamento de existência: consenso e consentimento

A ideia de fundamento de existência é uma das formas mais evidentes de associar a norma fundamental kelseniana à questão da legitimidade. Nessa concepção, legitimidade pode ser vista tanto da perspectiva do *consenso* quanto do *consentimento*. Na perspectiva do *consenso*, a legitimidade é o fator capaz de gerar o convencimento que determinados padrões de conduta são exigíveis enquanto obrigação jurídica num determinado contexto social. O *consenso* não é a norma específica, senão a ideia de como se obedece ao que foi tratado:

> (...) a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo (KELSEN, 1998, 139).

A norma fundamental, na versão de 1961, é um fato de natureza lógica, a

[5] As ideias jurídicas acerca de legitimidade debatidas neste artigo estão mais detidamente descritas em contribuição anterior, MOREIRA, 2010.

partir da qual um ordenamento jurídico é revestido de legitimidade. Não é a fórmula, *pacta sunt servanda*, mas sim o que por essa é expresso (KELSEN, 1998, 151).

A legitimidade, enquanto fundamento da existência de normas jurídicas, possui ainda a perspectiva do *consentimento*. A partir desta acepção, Kelsen observa na conduta de Estados que existem regras globais que são eficazes (KELSEN, 1998, 151). O positivismo jurídico possui um pressuposto epistemológico traduzido em termos de conceito teórico. O pressuposto epistemológico da norma fundamental é admitir que a realidade acerca do mundo possa ser reconhecida. A tradução dessa possibilidade de (re)conhecimento do mundo é traduzida no positivismo jurídico pelo conceito de *eficiência,* praticamente inalterado desde a versão de 1934 (KELSEN, 2008, 81). Este tipo de noção principiológica de ciência revela a influência tardia de Kant sobre Kelsen, já que um dos pontos centrais da discordância de Kelsen com a filosofia do conhecimento de Kant é a impossibilidade de conhecer o mundo[6]. Esse dado exerce peso na utilização de Vaihinger. O conhecimento objetivo da realidade (social) é um paradoxo sutil da ciência jurídica: em Kelsen, se é possível, a legitimidade é pressuposta (hipótese); se não é possível, a legitimidade é pura ficção.

Na formulação da norma fundamental, o *consentimento* dos Estados é percebido nas regras formadas pelo costume (KELSEN, 1998, 151). O costume diferencia-se do 'uso', na medida em que sujeitos de direito internacional devem estar convencidos de que suas ações ou abstenções cumprem um dever ou que eles exercem um direito (KELSEN, 2008, 307). O convencimento do dever ou do direito é algo anterior à formação da norma costumeira, sendo desta um elemento constituinte. Logo, o fundamento da existência de normas válidas não só consensuais, mas também consentidas (que vigoram) na sociedade internacional, na teoria pura do direito é compreendido como *norma fundamental*. Tanto a norma fundamental quanto a legitimidade não se restringem ao convencimento, mas a um conjunto de fatores interativos como consenso e noção de direito/dever.

A acepção de legitimidade a partir da perspectiva do *consenso*, aqui

[6] "De resto a coisa em si desempenha na filosofia de Kant um papel muito questionável. No trabalho mais representativo da sua filosofia, a *Kritik der reinen Vernunft*, diz ele: "O que possam ser os objetos em si e enquanto isolados de toda a. receptividade dos nossos sentidos, isso permanece para nos completamente incógnito"; e: "O que possam ser as coisas em si não o sei, e também não preciso saber, que nunca uma coisa me aparece senão no seu fenômeno (manifestação)". Nesse caso, também não se pode saber que o homem como coisa em si é livre, que ele tem esta natureza e não qualquer outra, e não se pode, bem assim, fundamentar nesta afirmação a possibilidade da imputação, decisiva para a Ética de Kant." (KELSEN, 1998, 261)

relacionada à formação de normas internacionais pela via do costume possui, contudo, uma diferença substancial da formulação teórica da norma fundamental. Pode-se, neste caso, falar em legitimidade de direito internacional e de normas internacionais isoladamente tomadas, mas a norma fundamental na perspectiva internacional é somente uma. Esta diferença não argumenta no sentido da não identificação entre a norma fundamental e legitimidade, mas sim caracteriza o esgotamento teórico explicativo da norma fundamental. Por isso a norma fundamental pode ser entendida como o fator de legitimidade *estático*, pois diz respeito ao *reconhecimento* do ordenamento jurídico internacional expresso no princípio *pacta sunt servanda*.

3.1.2 Atração gravitacional em direção ao cumprimento: quatro critérios

A legitimidade enquanto atração gravitacional em direção ao cumprimento é outra acepção que pode ser tomada para a análise da norma fundamental. Thomas Franck sugere, nesta acepção, que a propriedade telúrica da norma possa ser explicada a partir de quatro fatores: determinação, validação simbólica, coerência e aderência. A vantagem da relação entre as ideias de Kelsen e Franck é que ambos os autores centralizam suas análises na norma jurídica.

Dos quatro fatores apontados por Franck enquanto *propriedades* da norma internacional, que conferem *percepção* de legitimidade, nem todos podem ser associados à norma fundamental do positivismo jurídico. Por exemplo, a *determinação* é uma propriedade direta de normas internacionais tomadas isoladamente e diz respeito à clareza e precisão de seus comandos. Por isso, afasta-se a possibilidade de associar o fator determinação à norma fundamental. O mesmo acontece com a questão da *validação simbólica*, a qual diz respeito aos ritos e atos sociais, num condicionamento representativo e simbólico. Nestes termos, pode-se constatar que as características da norma que Franck denomina 'cultural e antropológica (validação simbólica), bem como linguística e literária estrutural (determinação)' (FRANCK, 1988, 725-726) não estabelecem relação direta com a norma fundamental de Kelsen.

Coesão e aderência são consideradas, por Franck, os critérios respectivamente horizontal e vertical. A coerência é característica ligada ao pertencimento a uma comunidade, diz respeito ao consentimento em relação às responsabilidades derivadas de uma responsabilidade mais geral que é a de ser

membro de uma comunidade. Nesta lógica, Franck afirma que a força gravitacional em direção à obediência é mais forte se a base da obrigação é mais associativa do que meramente contratual (FRANCK, 1990, 186). Essa noção pode ser relacionada à noção de Hans Kelsen, em que a norma fundamental "representa o pressuposto sob o qual normas globalmente eficazes são consideradas como normas jurídicas que vinculam os Estados." (KELSEN, 1998, 151). *Coerência* confere legitimidade às normas, mas o fundamento da legitimidade é o fator que dá sentido (coerência) a um ato social supostamente jurídico. Só existem normas internacionais se existir uma alteridade (em última instância comunidade) que reconheça estas regras como válidas. A norma fundamental é, segundo o critério da *coerência*, fundamento da legitimidade. No contexto da *coerência*, o lugar em que a norma fundamental está não significa o lugar da legitimidade em si, mas sim o de seu fundamento.

Coerência confere *percepção de legitimidade* na medida em que normas internacionais estão vinculadas às estruturas fundamentais do ordenamento jurídico. Este é um aspecto que pode ser considerado elemento quase *estético* do direito: coerência normativa enquanto *recta ratio factibilium*. Neste contexto, a *coesão* aproxima-se do c*onsenso*, pois normas internacionais detêm mais legitimidade se participam com maior intensidade dos propósitos (políticos) da norma:

> Rules become coherent when they are applied so as to preclude capricious checker boarding. They preclude caprice when they are applied consistently or, if inconsistently applied, when they make distinctions based on underlying general principles that connect with an ascertainable purpose of the rules and with similar distinctions made throughout the rule system. Validated membership in the community accords equal capacity for rights and obligations derived from its legitimate rule system (FRANCK, 1990, 751).

A proposta é que normas jurídicas são mais legítimas se aplicadas consistentemente com os princípios e os propósitos destas normas no sistema político. A este respeito, a norma fundamental é a fonte de unidade de uma diversidade de normas contidas num sistema ou ordenamento (KELSEN, 2008, 73). Em termos práticos, se normas atuam no sentido para o qual foram elaboradas e obedecem a princípios amplamente aceitos no sistema jurídico, possuem mais potencial de serem obedecidas. Existe aqui uma acepção de coerência que escapa ao domínio estático da norma fundamental: a consistência na aplicação de direitos e a igualdade jurídica entre Estados pertencem, respectivamente às práticas jurisdicionais e aos princípios de direito internacional.

A norma jurídica detém maior legitimidade na medida em que reforça o acordo no plano horizontal com o contexto das normas do sistema, dos princípios e

dos consensos legislativos e jurisprudenciais. No plano da jurisprudência, esse raciocínio fica mais convincente; uma decisão jurisprudencial oferece maior percepção de legitimidade o quanto mais estiver de acordo com outras decisões. A norma fundamental, sob o critério da *coerência*, delimita o alcance dos elementos capazes de conferir consistência em dado sistema jurídico, o que é ainda mais óbvio no contexto constitucional.

O último critério proposto por Franck é o mais evidente na relação entre legitimidade e norma fundamental. O critério *vertical* da aderência remete à noção de escalonado (*Stufenbau*) e hierarquia de normas:

> We shall refer to this property as adherence, by which is meant the vertical nexus between a primary rule of obligation, which is the system's workhorse, and a hierarchy of secondary rules identifying the sources of rules and establishing normative standards that define how rules are to be made, interpreted, and applied (FRANCK, 1990, 184).

A aderência, enquanto propriedade da norma que confere percepção de legitimidade, é associada ao campo teórico *hartniano*, ao reconhecimento de normas jurídicas pela norma secundária. No positivismo jurídico de Kelsen este reconhecimento é compreendido como *validação*. Uma das diferenças cruciais entre Hart e Kelsen reside na explicação deste sistema de validação. Thomas Franck, quando explica aderência, não faz menção à norma fundamental de Kelsen não obstante esta relação possa ser feita a partir do contexto normativo hierárquico com o qual descreve a teoria de Hart: "In Hart's theory, the highest level of obligation could operate only in respect of a rule which is part of a normative hierarchy capped by an ultimate system-validating rule." (FRANCK, 1990, 186). Segundo o critério vertical de Franck, pode ser atribuída à norma fundamental a função de fundamento de legitimidade, pois é o fundamento último de validação de normas jurídicas.

4 Considerações Finais: por que não valores?

É necessário fazer referência à acepção de legitimidade na perspectiva dos valores da sociedade. Tal perspectiva encontra ressonância, por exemplo, nas formulações jusnaturalistas e na fundamentação jurídica dos direitos humanos. Aqui, pode-se explorar a relação entre norma fundamental e legitimidade a partir de duas vias.

A primeira, na teoria pura do direito, pela norma fundamental não possui acepção moral ou valorativa. Esta interpretação parece refletir o que Hans Kelsen

formulou na versão da teoria pura de 1960[7] e na obra 'O problema da justiça'[8] do mesmo ano.

A segunda refere-se às críticas de Verdross em que *paz* e *ordem* são valores e que nem mesmo o positivismo jurídico conseguiu ficar imune aos valores suprapositivos (VERDROSS, 1959, 18). A crítica de Verdross interpreta que a edificação fechada do positivismo jurídico abriu a porta para o jusnaturalismo (VERDROSS, 1959, 19). A crítica de Verdross compreende a versão da 'Teoria Pura do Direito' de 1934, 'O que é justiça' de 1956 e 'Teoria Geral do Direito e do Estado', de 1945 e é 'respondida' por Kelsen na versão de 1960. A partir da crítica de Verdross, pode-se concluir que a teoria de Kelsen tem duas interpretações.

Sobre a relação entre norma fundamental e valores, Bindschedler argumenta que, em última análise, a pergunta sobre a norma fundamental do ordenamento jurídico é uma pergunta filosófica sobre a natureza do homem e do mundo. A partir destes pressupostos conclui que a questão da norma fundamental não poderia ser respondida pela razão, pois se encontra na fronteira da ciência (BINDSCHEDLER, 1960, 76). Aqui se retornaria ao lugar onde está o décimo segundo camelo. Experiências semelhantes à relatada por David Kennedy do seu *despertar do sonho cosmopolita* do direito internacional[9].

O que significa dizer que a norma fundamental é um fundamento estático de legitimidade de normas internacionais? Significa que o reconhecimento de que Estados possuem vontade capaz de ser expressa e comunicada é um pressuposto

[7]"Na norma fundamental do Direito internacional também não está contida qualquer afirmação de um valor transcendente ao Direito positivo; nem mesmo do valor paz, que o Direito internacional geral, criado pela via consuetudinária, e o direito internacional particular, criado com base na norma jurídica pactícia, garantem. O Direito internacional e as ordens jurídicas estaduais que - sob a pressuposição do primado daquele - lhe estão subordinadas são válidos ou vigentes não porque ou na medida em que realizam o valor paz. Podem realizar este valor se e na medida em que valem; e valem se se pressupõe a norma fundamental que institui o costume dos Estados como fato gerador de Direito, qualquer que seja o conteúdo que possam ter as normas assim criadas." (KELSEN, 2008, 151).

[8]"A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça (...) não pode ser - como no direito natural - um critério de apreciação do direito positivo. (...) A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-trancedental da sua validade e, como tal, não tem nenhum caráter ético, político, mas apenas um caráter teórico-gnoseológico." (KELSEN, 1998, 117).

[9] There is a long tradition in religious and political thought praising this moment – the moment when 'unknowing' and deciding cross paths, when freedom and moral responsibility join hands. It is, I think, what Carl Schmitt had in mind by 'deciding on the exception', or what Max Weber spokes as having a 'vocation for politics'. It is what Kierkegaard spoke of as the 'man of faith' or what Sartre described as the exercise of responsible human freedom. It is I think, what Derrida meant by 'deconstruction'. The sudden experience of unknowing, with time marching forward to determination, action, decision – the moment when the deciding self feels itself thrust forward, unmoored, not the experience (KENNEDY, 2007, 644-645).

acima da vontade dos Estados, tomados isoladamente. Depende do pertencimento a uma comunidade, na qual é possível o mútuo reconhecimento de subjetividades (jurídicas). Deste segundo momento conclui-se que a norma fundamental é uma norma pressuposta e que existe uma única ordem jurídica universal baseada na *consciência de juridicidade* e, por lógica, esta ordem está hierarquicamente acima das ordens constitucionais, pois a consciência na comunidade - referente à intersubjetividade - é um fator facultado não à declaração autônoma do Estado, mas ao *reconhecimento intersubjetivo*.

A eficiência para Kelsen nada mais é do que o reconhecimento de relações de poder que operam de fato, na realidade. Suas afirmações partem de dois pressupostos epistemológicos: o mundo é passível de ser descrito e este mundo é o mesmo que o observado por outros (homens), ainda que reconhecidamente existam diferentes percepções. Esta interpretação da norma fundamental só é possível a partir do estudo em conjunto das caracterizações psicológicas do Estado contidas na versão do 'Hauptprobleme der Staatsrechtslehre', de 1923, da noção da eficiência das relações de poder na primeira versão da Teoria Pura do Direito de 1934 e da mudança da teorização da norma fundamental do contexto hipotético para o ficcional nas versões da 'Teoria Pura do Direito' de 1960 e 'Teoria Geral das Normas' de 1979.

Referências bibliográficas

BINDSCHEDLER, R.L.. Zum Problem der Grundnorm. In: ST. VEROSTA, ZEMANEK, I. Seidl-Hohenveldern. *Völkerrecht und Rechtliches Weltbild: Festschrift für Alfred Verdross*. Wien: Springer Verlag, 1960.

BULYGIN, Eugenio. Das Problem der Geltung bei Kelsen. In: PAULSON, Stanley L.; STOLLEIS, Michael. Hans Kelsen*: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

FRANCK, Thomas. *The Power of legitimacy among nations*. New York: Oxford University Press, 1990.

_____. M.. Legitimacy in International System. *In*: *The American Journal of International Law*. Vol. 82, nr. 4, oct. 1988, pp. 705-759.

HART. H. L. A.. *The concept of law* (1961). Second edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *Post scriptum al concepto de derecho* (1994). Mexico: Universidad Nacional

Autonoma de Mexico, 2000.

KELSEN, Hans. Acerca de las fronteras entre el método juridico y el sociológico. (1911) In: CORREAS, Óscar (compilador). *El Otro Kelsen*. Mexico: Universidade Nacional Autônoma de Mexico, 1989.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934). Studienausgabe der 1 Auflage 1934. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. *General Theory of Law and State* (1945). Third printing. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

_____. *Théorie Pure du Droit: Introduction a la Science du Droit* (1953). Traduit de l'allemand par Henri Thévenaz. Neuchatel (Suisse): Éditions de la Baconnière, 1953.

_____. *Teoria Pura do Direito* (1960). 6. ed., Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Principles of International Law* (1952). Eighth printing. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.., 2008.

_____. *O problema da Justiça* (1960). São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlassherausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchlandung, 1979.

KENNEDY, David. One. Two, Three, many legal orders: legal pluralism and the cosmopolitan dream. In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. Nr. 657, Vol. 31:64. New York: New York University School of Law, 2007. pp. 641-659

LAFER, Celso (et al). *José Guilherme Merquior, Diplomata*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993.

LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

MERQUIOR, José Guilherme. O problema da Legitimidade em Política Internacional: Tese apresentada no I Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. In: LAFER, Celso (et al). *José Guilherme Merquior, Diplomata*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1993. (pp. 09-14)

MOREIRA, Felipe Kern. *Direito e Legitimidade na Sociedade Internacional*. Boa Vista: Editora da UFRR, 2010.

SCHMITT, Carl. *Völkerrechtliche Grossordnung mit Interventionsverbot für raumfrende Mächte: Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1941). Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

TEUBNER, Gunter. Alienating justice: on the surplus value of the twelfth camel. In:

NELKEN, David; PRIBÁN, Jirí (eds.). *Lawe's New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis*. Ashgate: Aldershot, 2001. pp. 21-44.

VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als Ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Neudruck der 9. 10. Auflage Leipzig 1927.

VERDROSS, Alfred. *Völkerrecht*. Vierte Neubearbeite und Erweiterte Auflage. Viena: Springer – Verlag, 1959.

VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

REVISITING THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Nitish Monebhurrun[1]

Summary: 1 Introduction. 2 Searching For a Definition of the Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements. 2.1 The imprecision of international investment agreements on the fair and equitable treatment. 2.2 The insufficiency of the minimum standard to define the fair and equitable treatment. 3 Looking For a Definition of the Fair and Equitable Treatment in the Arbitral Awards. 3.1 The Main Characteristics of the Fair and Equitable Treatment in the Arbitral Awards. 3.2 The Adjustments Brought to the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard. 4 Conclusion.

1 INTRODUCTION

Even if the fair and equitable treatment has been characterised as the *grundnorm* of international investment law[2] and even if it is widely invoked in the arbitration practice, its definite normative content has always been subject to many debates[3]. It is undisputed that the fair and equitable principle has gained considerable importance in international investment law[4]. Indeed, the violation of the fair and equitable treatment is invoked in most cases submitted to arbitral tribunals[5]. Most bilateral and multilateral agreements on investment protection

---

1 The author is a Doctor in International Law (School of Law of Sorbonne, Paris) and an Associate Professor at the University Center of Brasília. He also acts as a United Nations Consultant for the Brazilian Competition Authority.

2 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID no.ARB/03/19, Decision on liability, 30 July 2010, §188.

3 SCHILL (S.), " "Fair and Equitable Treatment" as an Embodiment of the Rule of Law", *in* HOFMANN (R.) / CHRISTIAN (T.J.), (eds), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes, Taking Stock after 40 years*, Germany, NOMOS, Schriften zur Europäischen Integration und internationalen Wirtschaftsordnung 2007, p.33.

4 UNCTAD, *Fair and Equitable treatment*, New York/Geneva : UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT.11 (Vol. III)U.N. Publications, 1999, p. 1; S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", Oxford, *BYIL*, 70th Year of issue, 1999, p.99; S.Schill, " "Fair and Equitable Treatment" as an Embodiment of the Rule of Law", *in* Hofmann, Rainer / Tams, Christian J. (eds), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes, Taking Stock after 40 years*, Germany, NOMOS, Schriften zur Europäischen Integration und internationalen Wirtschaftsordnung 2007, p.32.

5 DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.119; SCHREUER (C.), « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *JWIT*, Vol. 6, No. 3, June 2005, p.357 ; UNCTAD, *Fair and Equitable treatment*, New York/Geneva : UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT.11 (Vol. III)U.N. Publications, 1999, p. 1; VASCIANNIE (S.), « The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », Oxford, *BYIL*, 70th Year of issue, 1999, p.99; SCHILL (S.), « "Fair and Equitable Treatment" as an Embodiment of the Rule of Law », *in* HOFMANN (R.) / CHRISTIAN (T.J.), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes, Taking*

contain a specific provision whereby the host State binds itself to confer a fair and equitable treatment to foreign investors and their investments[6]. The aim is to guarantee foreign investors that their investment will be treated in a just manner. In the *Barcelona Traction* case, for example, the International Court of Justice stated that "[w]*hen a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether natural or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment to be afforded them.*[7]".

This was necessary, especially during the decolonisation period, where the deep atmosphere of nationalism, the unstable economical and political background shredded away the confidence of foreign investor in the decolonised States' economy which were and are for many of them the recipient of considerable investments. Having a fair and equitable treatment clause in an international investment agreement helps to boost or at least to stabilise the investors' level of confidence. Consequently, this is supposed to potentially attract foreign investors, which is line with the policy of the promotion of investment through its protection. This being said, the international investment agreements do not, as such, define what is a fair and equitable treatment[8].

On one hand, many principles or standards anchored in international investment law are not extensively defined in legal texts[9] and on the other hand, the

---

Stock after 40 years, Germany, NOMOS, Schriften zur Europäischen Integration und internationalen Wirtschaftsordnung 2007, p.32; SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.218; MANCIAUX (S.), « Chronique des sentences arbitrales », *Journal du droit international*, no.2, April 2011, p.33.

6 CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international* économique, Paris, Dalloz, 4th ed., 2010, p.486; KILL (T.), "Don't Cross the Stream: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations", *Michigan Law Review*, Vol.106, p.854; SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.218; C. Schreuer, « Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice », *JWIT*, Vol. 6, No. 3, June 2005, p.357; OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.5 (*available on*: http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf) ; UNCTAD, *Fair and Equitable treatment*, New York/Geneva : UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT.11 (Vol. III)U.N. Publications, 1999, p. 21.

7 Case concerning *The Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgium v. Spain), International Court of Justice, Judgement of 5th February 1970, §33 (*available on*: http://www3.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf).

8 SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.218.

9 SCHILL (S.), " "Fair and Equitable Treatment" as an Embodiment of the Rule of Law", *in* HOFMANN (R.) / Tams, CHRISTIAN (J.) (eds), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes, Taking Stock after 40 years*, Germany, NOMOS, Schriften zur Europäischen Integration und internationalen Wirtschaftsordnung 2007, p.32.

main actors concerned by this law field must know the exact meanings and contents of their rights and obligations. This might appear as a paradox. Still, it remains that many legal principles are dipped into abstraction and noting the abstraction and the generality of a norm is the first step of its analysis, of its interpretation and application[10]. In any case, the judges or arbitrators have an obligation to rule despite the laconic configuration of the law[11]. If not, they could be denying justice.

The same logic applies to the fair and equitable treatment. Its definition and content cannot be deduced on a sole face value basis. And what is fair and equitable can, in absolute terms, refer more to moral than to law. Consequently, of the standard is not or very poorly defined in investment-related agreements (2), the arbitral tribunals have given it a content in their various awards (3).

2 SEARCHING FOR A DEFINITION OF THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS

The interest cast on the fair and equitable treatment is mainly due to its increasing invocation before arbitral tribunals[12]. Years of arbitration have helped to approach this standard and have forged and brought forward some elements to identify it. The international investment agreements, however, do not provide much information for a complete understanding of the fair and equitable treatment standard (2.1) and there has been much debate as to whether this standard is similar to what is known as the minimum standard required by international law[13] (2.2).

2.1 The imprecision of international investment agreements on the fair and equitable treatment

It seems that one of the first provisions mentioning the fair and equitable treatment is the article 11(2) of the Havana Charter which should have instituted an International Trade Organisation[14]. This article stated that the Organisation could make necessary recommendations for

10 See for example: Aristote, *Ethique de Nicomaque*, (Livre V, Chapitre X), Paris, Flammarion, 1965, p.162.

11 In international investment law, article 42(2) of the Washington Convention of the 18th March 1965 instituting the ICSID states that: "*The Tribunal may not bring in a finding of* non liquet *on the ground of silence or obscurity of the law*.". The Convention is available on: www.icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf

12 OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.2.

13 UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties, 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making*, New York/Geneva, 2007, p.28 (*available on*: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf); OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.2.

14 VASCIANNE (S.), "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", Oxford, *BYIL*, 70th Year of issue, 1999, p.107; SCHREUER (C.), " Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *JWIT*, Vol. 6, No. 3, June 2005, p.357; UNCTAD, *Fair and Equitable treatment*, *op. cit.*, p.7; OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment*

the adoption of bilateral or multilateral treaties aiming "*to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another* (...)[15].". It should, first, be noted that the Charter never came into force and second, that the provision is not, in itself, self-explanatory. It does not explain what is just and what is equitable. This absence of definition or explanation can also be noticed in other agreements on the multilateral level[16]. The Seoul Convention of the 11th October 1985 on the Multilateral Investment Guarantee Agency states, without giving many details, in its article 12(e) (iv) that one of the conditions for the guarantee of the investment activity is the availability of a fair and equitable treatment in and by the host State[17]. In a similar sense, the NAFTA[18], the Energy Charter[19], the Colonia Protocol on the promotion and the reciprocal protection of investments in the MERCOSUR[20] contain a provision on this standard.

The requirement of a fair and equitable treatment is also found in bilateral relations. Just after the second World War, a series of treaties entitled '*Friendship, Navigation and Commerce*' (FNC) were signed by the United States with States like Ireland, Greece, Israel, Nicaragua, France, Pakistan, Belgium, Luxembourg, Germany, Ethiopia or the Netherlands[21]. Many of these contained provided for 'equitable treatment'. If we refer to the position of Kenneth Vandevelde who represented the United States in the negotiations of bilateral investment agreements, no differences must be established between 'fair and equitable treatment' and 'equitable treatment'[22]. The importance of these treaties diminished after the birth and then the rapid development of bilateral investment treaties[23]. The platform of international investment law is now in great part built up on such bilateral

---

Law, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.3.

15 The Charter is available on: http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf

16 The fair and equitable treatment standard also appears in the so-called *soft law* sphere. Mention can be made of the Abs-Shawcross convention project on the protection of foreign private investments (1959), of the OECD project on the protection of foreign property (1967), the Code of conduct of the United nations for transnational companies (1986), the World Bank guidelines for the treatment of foreign direct investment (1992).

17 The Convention is availble on: http://www.miga.org/documents/miga_convention_november_2010.pdf

18 Article 1105(1), *available on*: http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/nafta.pdf

19 Article 10(1), *available on*: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf

20 Article 3 (the Colonia Protocol has not entered into force), *available on*: http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp

21 See: VASCIANNIE (S.), "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", Oxford, *BYIL*, 70th Year of issue, 1999, pp.110-111.

22 *Ibid*., p.111.

23 The first bilateral investment treaty was signed between Germany and Pakistan in 1959.

investment treaties and they might in the future be governed by the uprising wave of free-trade agreements. These contain, in majority, a provision related to fair and equitable treatment. Exceptions exist[24]. The aim here is not to provide a full catalogue of all existing BITs. Only a few of these will be mentioned for the purpose of illustration. What must be noted is the laconic language of their provisions which reflects the one used in the FNC treaties. The BIT signed between Finland and Argentina on the 5th of November 1993 states in its article 2:

"*Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of investments by investors of the other Contracting Party* (...)[25]".

Article 3(1) of the BIT between China and Chile of the 23rd of March 1994 reads:

"*Investments and activities associated with investments of investors of either Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy protection in the territory of the other Contracting Party.*[26]".

It is known that Brazil has not ratified any bilateral investment treaty even if it has signed some of these. Article 3 of the investment protection agreement between Brazil and Denmark will only be mentioned to highlight that the Brazilian State had some concerns about the fair and equitable treatment standard while negotiating with other States:

"*Em seu território, cada parte Contratante concederá um tratamento justo e equitativo aos investimentos efetuados por investidores da outra Parte Contratante* (...).[27]".

Other agreements contain a very specific formulation of the fair and equitable treatment. For instance, article 5 of the 2004 US BIT model informs that:

> *1. Each party shall accord to covered investments treatment* ***in accordance with customary international law****, including fair and equitable treatment* (...).
> *2.* (...) *The obligation in paragraph one to provide:*
> *(a) "Fair and Equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings*

24 See for example, the bilateral investment treaties between: Germany and Singapore (3/10/1973); Pakistan and Azerbaijan (9/10/1995); Pakistan and Japan (10/031998); Pakistan and Philippines (23/04/1999); Pakistan and Romania (21/01/1978); Pakistan and Sri Lanka (20/12/1997). These treaties are available on : www.unctadxi.org/templates/docsearch_____779.aspx
25 The BIT is available on: www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_finland.pdf
26 The BIT is available on: http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/chile_china.pdf
27 The BIT is available on: http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/brazil_denmark_por.PDF

> *in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world;* (...).[28]

First, the latter provision somehow enlightens the fair and equitable treatment' standard. It can be read that a denial of justice might be a violation of that standard. In this treaty, one element of fair and equitable treatment therefore appears. This being said, this standard is not and cannot be reduced to denial of justice. The provision does not present or represent a tangible definition. The wording is paramount and the word "*includes*" clearly shows that fair and equitable treatment has a broader sense than denial of justice. It includes denial of justice but not only denial of justice. Second and most importantly, the precision, "*in accordance with customary international law*", must be noted. It can be found in various other investment agreements. In general, the agreements concluded by Canada, France and the United States make a specific reference to customary international law as far as the provision on fair and equitable treatment is concerned[29]. Some Japanese agreements also follow the same sense. Article 5 of the BIT between Japan and Peru[30] on fair and equitable treatment is entitled 'Minimum Standard of Treatment' and it states:

> *1. Each Contracting Party shall in its Area accord to investments of investors of the other Contracting Party treatment in accordance with customary international law minimum standard of treatment of aliens, including fair and equitable treatment and full protection and security.*
> *2. For the purpose of paragraph 1, the concept of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*

These provisions actually refer to the minimum standard of treatment to which the fair and equitable treatment standard has sometimes been linked, even if this is practically subtler.

---

28 *Available at*: http://italaw.com/documents/USmodelbitnov04.pdf (Emphasis added). Some Japanese BITs also contain similar provisions. See for example, article 5 of the agreement on the protection, promotion and liberalisation of investment signed between Japan and Peru on the 21st of November, *available on*, http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/japan_peru.pdf

29 OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.2.

Article 1105 of the NAFTA also refers to these principles of international law: "*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment*."

30 The BIT is available on: http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/japan_peru.pdf

2.2 The insufficiency of the minimum standard to define the fair and equitable treatment

The minimum standard is related to the minimum protection which a States owes to aliens on its territory. Some States affirm that this protection is part of customary international law and this appears in the international investment agreements they sign. They consider that the same protection is due to foreign investors and they relate it to the fair and equitable treatment. This position has obtained a positive response before arbitral tribunals[31]. The customary law to which they refer is considered as existing customary law which is, nevertheless, prone to evolve[32]. The landmark *Neer* case of the United States-Mexico Claims Commission (15 October 1926) is considered to have underscored this customary law by affirming that "*treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect or duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its* sufficiency".[33] The tribunal in the *Mondev* case, however, whilst applying the minimum standard[34] has highlighted that the *Neer* context of the 1920s cannot be considered as reflecting the current state of international law without being anachronistic[35]. If there exists a minimum standard, it should it should be in line with the ongoing reality.

Some States, on the other hand, do not consider that there exists a minimum standard of treatment. Indeed, there are many BITs which do not refer to the minimum standard. They merely mention the fair and equitable treatment

31 For example: *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, §§100-125; *ADF Group Inc. v. United States of America,* 9 January 2003, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, §§175-178; *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26th June 2003, §§124-128; *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, 30 April 2004, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, Award, §§90 *et seq.* ; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Rules, Final Award, 26 January 2006, §192 *et seq.*

32 *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 9 October 2002, §124.

33 See: United Nations Reports of International Arbitral Awards, 1926, IV, pp. 61-62.

34 *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 9 October 2002, §125: " (...) *there can be no doubt that, by interpreting Article 1105(1) to prescribe the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party under NAFTA, the term "customary international law" refers to customary international law as it stood no earlier than the time at which NAFTA came into force. It is not limited to the international law of the 19th century or even of the first half of the 20th century, although decisions from that period remain relevant.*

35 *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, §123.

without any further reference to international law[36]. This is supported by some arbitral tribunals[37]. One author observed that the "*terms 'fair and equitable' envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable. No standard defined by other words is likely to be material. The terms are to be understood and applied independently and autonomously*".[38]

Once this distinction has been established between agreements containing the minimum standard of treatment and those which do not, the quest towards the definition of fair and equitable treatment is not fulfilled. This distinction has been subject to much doctrinal debate. A pragmatic stance would be the following. If the agreement applicable to a given case mentions the minimum standard, then the tribunal may refer to it and interpret the concerned provision accordingly. If no mention is made in the agreement, then, it follows that the latter corresponds to the parties' will[39]. Had they wanted to specify the minimum standard of treatment in the agreement, they could have done it[40]. There might therefore be no need to scrutinise their intention too sharply[41].

---

36 For example, the BIT between Argentina and Sweden (22/11/1991) reads: "*Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof, as well as the acquisition of goods and services and the sale of their production, through unjustified or discriminatory measures.*" (*available on*: http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/argentina_sweden.pdf).

37 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, ICSID no.ARB/03/19, Decision on liability, 30 July 2010, §180-186.

38 MANN (F.A.), "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", BYIL, Vol.52, 1981, p.244.

39 On this point see: DOLZER (R.) and STEVENS (M.), *Bilateral Investment* Treaties, The Hague, M.Nijhoff, 1995, p.60; MANN (F.A.), "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments", BYIL, Vol.52, 1981, p.244; C. Schreuer, " Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice", *JWIT,* Vol. 6, No. 3, June 2005, p.360; UNCTAD, *Fair and Equitable treatment*, *op. cit.*, p.7; OECD/OCDE, *Fair and Equitable Standard in International Investment Law*, Working Paper on International Investment, Number 2004/3, September 2004, p.40; S. Vasciannie, "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", Oxford, *BYIL*, 70th Year of issue, 1999, pp.139-144.

40 DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.124.

41 For a study on this issue, see: KILL (T.), "Don't Cross the Stream: Past and Present Overstatement of Customary International Law in Connection with Conventional Fair and Equitable Treatment Obligations", *Michigan Law Review*, Vol.106, p.853-880.

Despite its importance, this debate does not clearly and objectively bring to light the characteristics of the fair and equitable treatment. This task has been assumed by arbitral tribunals which have, through their awards, explained this standard.

3 Looking For a Definition of the Fair and Equitable Treatment in the Arbitral Awards

It must, first of all, be noted that there is no *stare decisis* in international law and this obviously applied to international investment law[42]. The arbitral tribunals nevertheless normally refer to past awards in order to support their own argumentation[43]. The fair and equitable treatment is subsequently anchored in this configuration and instead of affirming that there are definite elements characterising the standard, it is preferable to assert that there is a tendency followed by arbitral tribunals in the choice and in the use of elements helping in the definition. Indeed, the fair and equitable treatment appears as an evolving standard[44] to which various characteristics have been given. Hence, the interpretation and the application of the fair and equitable standard has to be studied through these characteristics (3.1) before examining how some adjustments might be sometimes be necessary (3.2).

3.1 The Main Characteristics of the Fair and Equitable Treatment in the Arbitral Awards

As mentioned, the fair and equitable treatment standard is not necessarily self-explanatory[45]. On one hand, it can seem incongruous to use an imprecise principle. On the other other hand, it can be argued that such imprecision is not always despised by practitioners who can turn and mould it in the way they like. The

42 SCHREUER (C.), WEINIGER (M.), "A Doctrine of Precedent?", *in*, MUCHLINSKI (P.), ORTINO (F.), SCHREUER (C.) [eds.], *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.1189.

43 For example: *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, §67; *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, §189; See also, KAUFFMANN-KOHLER (G.), "Arbitral Precedent : Dream, Necessity or Excuse ?", The 2006 Freshfields Lectures, *Arbitration International*, Vol. 23 Issue 3, 2007, p.368.

44 *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, §§114-116; *ADF Group Inc. v. United States of America,* 9 January 2003 (Award), ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, §§179-181.

45 See for instance: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §187; SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.221.

legal methodology imposes to interpret treaty provisions as per the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). On the basis of article 31 of this Convention, it remains difficult to attribute an ordinary meaning to what is fair and equitable[46]. Such an interpretation would lead to words like "*just*", "*even-handed*", "*unbiased*" or "*legitimate*"[47], which is rather tautological[48]. Hence, the obscure standard was explored by arbitrators who "*through their interpretative or declaratory functions greatly contribute to the determination and development of international law* (…) [and whose] *decisions and pronouncements constitute the repository of legal wisdom which has traditionally proven to be a highly useful source of international law*[49].". In so doing, it came out that fair and equitable treatment could only be defined as per the facts of each case[50] and practice has characterised it by the requirements of (1) stability, predictability, transparency and consistency[51], (2) due process[52], (3) protection against arbitrariness and discrimination[53], (4) proportionality[54] and (5) legitimate expectations[55].

46 S.Schill, " "Fair and Equitable Treatment" as an Embodiment of the Rule of Law", *in* Hofmann, Rainer / Tams, Christian J. (eds), *The International Convention on the Settlement of Investment Disputes, Taking Stock after 40 years*, Germany, NOMOS, Schriften zur Europäischen Integration und internationalen Wirtschaftsordnung 2007, p.36.

47 *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25/05/2004, Award, §113.

48 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §221.

49 SINHA (B.P.), *Unilateral denunciation of treaty because of prior violations of obligations by other party*, Netherlands, Nijhoff, 1966, p.35.

50 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §188; *Mondev International Ltd v. United States*, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, §118.

51 For example: *CMS Gas Transmission Company v. Argentina,* Final Award, 25 May 2005, ICSID Case No. ARB/01/08, §274; *Occidental Exploration and Production Company (OEPC) v. Ecudor*, UNCITRAL Rules, Final Award, 1st July 2004, §183; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 30 August 2000, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, §99.

52 For example: *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, 30 April 2004, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, §98; *S.D Myers, Inc v. Government of Canada,* UNCITRAL/NAFTA, Partial Award, 13th November 2000, §134.

53 For example: *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America,* ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26th June 2003, §135; *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, *op. cit.* 70, §98.

54 For example: *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §304.

55 For example: *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 30 August 2000, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1; *Nagel v. Czech Republic,* Final Award, 2003, SCC Case 49/2002, Stockholm Arb. Rep. 141 (2004); *ADF Group Inc. v. United States of America,* ICSID Case No. ARB/(AF)/00/1, Award, 9th January 2003; *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 30 April 2004; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004; *GAMI Investments Inc. v. The United Mexican States,* UNCITRAL Rules, Final Award, 15th November 2004;*CMS Gas Transmission Company v. Argentina,* Final Award, 25 May 2005, ICSID Case No. ARB/01/08; *Occidental Exploration and Production Company (OEPC) v. Ecuador*, UNCITRAL Rules, Final Award, 1st July 2004; *Eureko B.V. v. Republic of Poland,*

(1) ***The requirements of stability, predictability, transparency and consistency.***

The investment must be made within a framework which is stable, predictable, transparent and consistent. The various cases held against Argentina have confirmed the importance of these requirements. The stability of the business and investment environment is of utmost importance for the investor to be able to plan his activities. Frustrating such stability is considered as contrary to a fair and equitable treatment[56]. In the same sense, the host State has the obligation to guarantee the predictability of the legal framework. A predictable and stable legal framework[57] is a "*recognized goal of international investment law*[58]". These two requirements are very close to the obligation for the State to be consistent and transparent in its relation with the foreign investors. To be fair and equitable also means to be consistent and transparent[59] in one's action. The State cannot blow hot and cold concerning a similar relation with an investor. Its position must be coherent

---

Partial Award, 19 August 2005; *Noble Ventures c. Romania,* ICSID Case No. ARB/01/11, 17th October 2005; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL Rules, Final Award, 26 January 2006; *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, 14 July 2006, ICSID Case No. ARB/01/12; *LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic,* Decision on Liability, 3rd October 2006, ICSID Case No. ARB/02/1; *PSEG Global Inc. and konya Ilgin Elektrik Uterim ve Limited Sirketi v.* Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19th January 2007; ENRON *Corp. Ponderosa Assetsn L.P. v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007; *M. CI Power Group LC and New Turbine, Inc.* v. *Republic of* Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31st July 2007; SEMPRA *Energy International v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, 28 September 2007; *BG Group Plc v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award 24 December 2007; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgie,* ICSID No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010; *AES Summit Generation Ltd et AES-Tisza Eromu Kft. v. Hongrie*, ICSID No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine, ICSID* No. ARB/01/3, Decision on Annulation, 30 July 2010; *Alpha Projekholding GmbH v. Ukraine,* ICSID No.ARB/07/16, Sentence, 8 November 2010; *Walter Bau v. Thailand*, UNCITRAL, Award, 1 July 2009.

56 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §173, §230; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador,* ICSID Case NoARB/04/19, Award,18 August 2008, §340; CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, §274; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award, 1 July 2004, §185.

57 *AES Summit Generation Ltd et AES-Tisza Eromu Kft. v. Hongrie*, ICSID No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, §9.1.5; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, 125; *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 30 August 2000, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, §99.

See also: BRONFMAN (M.K.), "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard", *Max Planck Yearbook of United Nations Law,* Volume 10, 2006, p.642.

58 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §173, §189.

59 SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.237.

and without ambiguity[60]. As put by the Tribunal in the *TECMED* case, the host State has to act in a consistent way[61]. Indeed,

"*The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities*[62]."

Besides, the State must make sure that it guarantees a due to process to the investors.

(2) ***The Requirement of Due Process.***

As per this requirement, it is expected that the State abides to its own laws and regulations *vis-à-vis* the investor. All administrative procedures must be followed, all legal proceedings must be respected. This principle is anchored in the basic rule of law and in the fair and equitable treatment standard[63]. The State's behaviour must not "*involve*(...) *a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process*.[64]". The host State must be ready to prove that such a requirement has been fulfilled. If not, it will be in breach of the fair and equitable

60 *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v, Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, §584; *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §309.
61 *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 May 2003, §154; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004, §114.
62 *Ibid.*
63 DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.142; SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.241.
64 *Waste Management Inc. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 30 April 2004, §98.

treatment standard[65]. The State's administration must therefore make easily available all legal means and procedures. In the *Biwater Gauff* case for example, the way in which a contract between the investor and Tanzania was terminated was considered as conflicting with the principles of due process. The tribunal noted that "[t]*he Minister* (...) *did not act in good faith and in accordance with due process, as he would have been expected to do in accordance with the Republic's international law commitments*.[66]".

(3) ***The protection against arbitrariness and discrimination.***

Any action from the State which is arbitrary or discriminatory violates the fair and equitable treatment standard[67]. The International Court of Justice had already stated in the *ELSI* case that "[a]*rbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law* [and] [i]*t is wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises a sense of judicial propriety*.[68]". It will, of course, belong to the investor to show that the State's conduct was adopted in gross disrespect of reason and law. In the *Waste Water* case, the tribunal found that "*fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the state and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice*.[69]". A similar position was, for example, adopted by the *Loewen* tribunal on the discrimination aspect[70].

(4) ***The requirement of Proportionality.***

What is considered here is the proportionality between a given measure adopted by the State and the intrusion into the investor's rights and interests. A State has and maintains its right to regulate. In so doing, it can formulate rules which have an impact on the investment. This impact must be measured and it is in this sense that the right of the State to regulate its activities must be balanced with the rights of

65 *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 30 August 2000, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, §§93-99.
66 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, §544..
67 SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.238.
68 Case concerning *Elettronica Sicula S.p.A.* (United States of America v. Italy), ICJ, Judgement of the 20 July 1989, §128 (*available on*: http://www3.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf).
69 *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/3, 30 April 2004, §98.
70 *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, 26 June 2003, §135; see also, *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §309.

investors[71]. There must indeed "*be a reasonable relationship of proportionality*" between the State's measures and the investor's capacity to conduct his investment[72]. The requirement of proportionality allows the State's interest some place in the arbitration procedure and brings some flexibility to the fair and equitable treatment standard.

(5) ***The legitimate expectations of the investor.***

It seems that [t]*he standard of « fair and equitable treatment » is* (...) *closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard.73*". This element is becoming capital in understanding the standard. Since the *TECMED* case74, the invocation of the violation fair and equitable treatment standard is almost automatically grounded on the frustration of legitimate expectations[75]. Legitimate expectation which seems to be becoming a principle is explained as follows. Some States' representation aim at attracting foreign investors. An example would be the promise of a permit or of some fiscal advantages. The investment decision will be based on such representations. The investor expects that such promises will be executed. It is the frustration of this belief or of this expectation

71 See for example: *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §306;

72 *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 May 2003, §122.

73 *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §-302; also, *EDF (Services) Limited v. Romania,* ICSID Case No.ARB/05/13, Award, 8 October 2009, §216.

74 If most tribunals refer to *TECMED* for having highlighted the legitimate expectation requirement, this case has, in fact, been an auxiliary for its renaissance. Indeed, on the 26th of June 1905, one case, Louis Aboilard *c. Haiti* an arbitral commission had had recourse to legitimate expectations to conclude that Haiti had not respected its contractual engagements. [Award of the Arbitral Commission ruling on the claims of the French citizen Louis Aboilard against the Haitien Government, 26th of July 1905 (*in*, *Recueil des Sentences arbitrales,* 26 juillet 1905, Vol.XI, pp.71-82): "*...il y a eu faute grave de la part du gouvernement haïtien d'alors à faire un contrat dans de semblables conditions, à créer des attentes légitimes qui, ayant été trompées par le fait du gouvernement lui-même, ont entraîné un préjudice dont la réparation est due* (...).".]

There seem to have been other cases on this issue. For example, the *Portendick* case (1843) or the *Schufeldt* case (1930). On this, see, KOLB (R.), *La Bonne Foi en Droit International public, Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000, pp.151-152.

75 CAZALA (J.), "Le Traitement Juste et Equitable: Transparence et Protection des Attentes légitimes de l'investisseur", *Gazette du Palais*, 15 December 2007, No.349, §6; See for example: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. And Vivendi Universal, S.A. v. Argentine,* ICSID No.. ARB/03/19, Decision on Liability, 30 July 2010, §§222-238; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgie,* ICSID No. ARB/05/18, Award, 3 March 2010, §§434-452; *AES Summit Generation Ltd et AES-Tisza Eromu Kft. v. Hongrie*, ICSID No. ARB/07/22, Award, 23 September 2010, §§9.3.6-9.3.26; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine, ICSID* No. ARB/01/3, Decision on Annulation, 30 July 2010, §309; *Alpha Projekholding GmbH v. Ukraine,* ICSID No.ARB/07/16, Sentence, 8 November 2010, §§420-422; *EDF (Services) Limited v. Romania,* ICSID Case No.ARB/05/13, Award, 8 October 2009, §216, §219, §245/6, §298.

which is considered as violating the fair and equitable treatment[76] and it is this expectation which is protected. As one tribunal puts it, there cannot be an "*inconsistency of action between the two arms of the same Government vis-à-vis the same investor.*[77]". In the *TECMED* case, le Mexican government had refused the renewal to a Spanish company for the exploitation of a waste facility. The investor had agreed to relocate its factory under the condition of such a renewal and deemed that the Mexican measure was in contradiction with its expectations and hence violated the fair and equitable treatment standard. In a now well-known paragraph, the tribunal stated:

"*The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement*[78]*, in the light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investments, and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approves thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e., without arbitrarily revoking any pre-existing decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities.*[79]".

76 DOLZER (R.), SCHREUER (C.), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p.134; See also: *BG Group Plc v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007, §296: "*...as illustrated by Revere Copper and Brass, Inc. v. Overseas Private-Investment Corp., the importance of assurances given to investors predates the BIT generation:We regard these principles as particularly applicable where the question is, as here, whether actions taken by a government contrary to and damaging to the economic interests of aliens are in conflict with undertakings and assurances given in good faith to such aliens as an inducement to their making the investment affected by the action.*"

77 *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, §41.

78 Article 4(1) of the BIT between Mexico and Spain.

79 *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154.

The tribunal considered that Mexico had not been in line with these principles and had consequently frustrated the investor's legitimate expectations[80]. The basis of this configuration can be established as such: representation-reliance-expectations. The investor relies on the State's representations to build his expectations[81]. Any misrepresentation can potentially frustrate these expectations. An award rendered in 2007 has bring about more details concerning the legitimate expectation and its invocation. The tribunal in a case *Parkerings v. Lithuania* affirmed that legitimate expectations arise from explicit promises or implicit representations made by the State to the investor and that the circumstances of such representations as well as the general conduct of the State must all be considered so as to dissociate what is legitimate and what is not82. This position might be subject to some criticism : it is preferable that a criterion be objective for it to serve its purpose efficiently and effectively ; in this vein, an implicit representation deemed to have been formulated by a given State appears as a very subjective element because every State conduct may, in this sense, be deemed to offer a hidden promise. This might lead to an abuse of the legitimate expectation principle -, considering that there is no defined method enabling to dissociate between admissible and non-admissible implicit representations. In such a context, it is more reasonable to remain on know grounds so as to avoid extending the reading grid of a criterion which is, in itself, already very flexible.

Another critic can be formulated on this major criterion enabling to understand the fair and equitable treatment. In practice, the investor has legitimate expectations that the treatment to which he is entitled obeys to the principles of transparency, stability, non-discrimination, predictability and consistency[83]. Investors, for instance, argue that they expect the host State to maintain a stable and

80 *Ibid*., §173.
81 See for example: *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Arbitral Award, 26th January 2006, §147: "*the concept of « legitimiate expectations » relates* (…) *to a situation where a contracting Party's conduct created reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages*.".
82 *Parkerings Companiet A.S. v.Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11th September 2007, §331.
83 For example: *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, §154: " *The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments* (…).".

predictable legal and economical framework and that it acted in a consistent, unambiguous and transparent manner[84]. This however seems to boil down to a circular logic and a doubt can be cast on its use. Indeed, legitimate expectations are considered as the dominant feature of the fair and equitable treatment principle but these expectations are explained by referring to the other elements[85] of this standard. For instance, in the *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia* case, the tribunal explained that the investor had a « *legitimate expectation that Georgia would conduct itself vis-à-vis his investment in a manner that was reasonably justifiable and did not manifestly violate basic requirements of consistency, transparency, even-handedness and non-discrimination*.[86] ». Many tribunals follow this logic[87]. Such a detour is questionable[88]. It would be sufficient either to refer directly to the requirements of stability, consistency, transparency or predictability with more precision[89] or to refer only to the legitimate expectations of the investors. However, in the latter case, there would be no real difference between fair and equitable treatment and legitimate expectations. There would be a confusion between the two principles. However, another logic can be used to enlighten the situation. Considering that legitimate expectations are already well-rooted in the fair and equitable treatment and that it is very unlikely that a tribunal decides to write it off, it is possible to consider that this principle has become the barometer of the fair and equitable treatment standard. It actually structures and determines the fair and

84 *Parkerings Companiet A.S. v.Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11th September 2007, §322; BG Group Plc v. The Republic of Argentina, UNCITRAL, Final Award 24 December 2007, §278 & §310; *LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic,* Decision on Liability, 3rd October 2006, ICSID Case No. ARB/02/1, §102; *Saluka Investments v. The Czech Republic,* UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, §329; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina,* Final Award, 25 May 2005, ICSID Case No. ARB/01/08, §267; *PSEG Global Inc. and konya Ilgin Elektrik Uterim ve Limited Sirketi v*. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19th January 2007, §225.

85 Mentioned *supra*.

86 *Ioannis Kardassopoulos et Ron Fuchs v. Republic of Georgia*, ICSID n° ARB/05/18 & ARB/07/15, Award (03/03/2010), §441.

87 For example : *Parkerings Companiet A.S. c. Lithanie*, ICSID No. ARB/05/8, Award (11/09/2007), §322; *BG Group Plc v. Argentina*, UNCITRAL, Award (24/12/2007), §278 & §310; *LG&E Energy Corp. v. Argentina,* ICSID No. ARB/02/1, Decision on liability (03/10/2006), §102; *Saluka Investments v. Czech Republic,* UNCITRAL, Partial Award (17/03/2006), §329; *CMS Gas Transmission Company v. Argentina,* Award (25/05/2005), ICSID No. ARB/01/08, §267; *PSEG Global Inc. and konya Ilgin Elektrik Uterim ve Limited Sirketi v. Turquie*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19/01/2007), §225.

88 For an opposite opinion, see: DUPUY (F.), *La protection de l'attente légitime des parties au contrat – Étude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Thesis, Paris II, 2007, pp.204-205.

89 GAILLARD (E.), "Chronique de sentences arbitrales du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements", *JDI*, Janvier-Février-Mars 2008, p.333.

equitable treatment by enabling to measure the expected stability, the expected transparency, the expected consistency and so on. This is a means to provide effectiveness to the legitimate expectations principle.

Having presented how the fair and equitable standard is applied, it is now, useful to mention in a few words how some adjustments are brought during this application.

3.2 The Adjustments Brought to the Application of the Fair and Equitable Treatment Standard

These adjustments are namely, the due diligence of the investor, the existence of exceptional circumstances and the level of development of the host State which have to be considered in applying the fair and equitable treatment standard.

First, the investor is expected to be diligent and to act with clean hands[90]. If he has himself made some misrepresentation to the host State, he will be in a fragile position to invoke the violation of the fair and equitable treatment. If for example the investor has not provided all the required information about his activity and competences to the State, he will not be in a good position when it comes to justify the violation of his rights. In the *Azinian*[91] case, the investor had guaranteed that he was very experienced and competent in the field of waste disposal and that he had enough resources to conduct the investment. This proved to be false and this quasi-fraudulous conduct of the investor blocked him from arguing that he was not accorded a fair and equitable treatment[92].

Second, certain exceptional circumstances might lead to a more flexible application of the standard. In the case *Starret Housing Corp. v. Iran*, the Iran-US Claims Tribunal observed that "[i]*nvestors in Iran, like Investors in all other countries, have to assume a risk that the country might experience strikes, lock-outs, disturbances, changes of economic and politial system and even revolution.93*". Exceptional circumstances like a state of necessity[94] or a case of *force majeure*[95] are

90 See on this: MUCHLINSKI (P.), « Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", *ICLQ*, Vol.55, 2006, pp. 527-558; SALACUSE (J.W.), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p.234.
91 *Azinian, Davitian, & Baca v. Mexico* , ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award, 1 November 1999 (*available on*: http://italaw.com/documents/Azinian-English.pdf).
92 *Ibid.*, §92; see in a similar sense: *nternational Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL/NAFTA, Arbitral Award, 26th January 2006.
93 *Starret Housing Corp. v. Iran*, 19 December 1983, 4 Iran-US CTR, 122.
94 See on this, article 23 of the Draft articles on State Responsibility of the International Law

rooted in customary international law and may, in certain cases, exonerate the State from an unlawful conduct. Recently, the cases brought against Argentina illustrated the issue. In the *LG&E* case, the tribunal considered that in case of a state of emergency, the State was exonerated of its responsibility and that ""*accordingly, the Claimants should bear the consequences of the measures taken by the host State*[96].". In such a case, the fair and equitable treatment knows an exceptional application.

Third, the state of development of the Host State can also lead to a different application of the standard. In a *Generation Ukraine* case, the tribunal considered that the economic reality of the State had to be taken into account to assess the fair and equitable treatment through the investor's legitimate expectations[97]. The arbitrators said that the investor had established himself in Ukraine in full knowledge of its economy[98] and that he should consequently assume all the risks related to his choice. Bilateral investment treaties are not "*insurance policies against bad business judgements*.99". They do not fully insulate the investor. He is supposed and expected, as a professional, to be aware of the investment's environment100. His level of expectations cannot, as a matter of fact, be the same is a well-industrialised economy and in a "*renascent independent State, coming rapidly to grips with the reality of modern, financial, commercial and banking practices and the emergence of State institutions responsible for overseeing and regulating areas of activity perhaps previously unknown*.101".

Commission (*available on*: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf).

95 See, article 25 *ibid*.

96 *LG&E Energy Corp. v. The Argentine Republic,* Decision on Liability, 3rd October 2006, ICSID Case No. ARB/02/1, §266.

97 *GenerationUkraine v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/00/9, Award 16th September 2003, §20.37. In the same sense : *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case n°. ARB/06/18, Award (28/03/2011), §303 ; *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case n°. ARB/05/8, Award (11/09/07), §§355-356 ; *William Nagel v. Czech Republic*, Chamber of Commerce of Stockholm, Case n°. 049/2002, Award (09/09/2003), §29 ; *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Estonia,* ICSID Case n°. ARB/99/2, Award (25/06/2001), §348 ; See also: See on this: GALLUS (N.), « The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection », *The Journal of World Trade and Investment*, vol.6, no.5, 2005, pp.711-712 ; MUCHLINSKI (P.), « Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", *ICLQ*, Vol.55, 2006, p.545.

98 *GenerationUkraine v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/00/9, Award 16th September 2003, §20.37.

99 *Emilio Augustin Maffezzini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 13th November 2000, §64; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, 25 May 2004, ICSID Case No. ARB/01/7, §178.

100 *A. Olguin v. Republic of Paraguay,* ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26/07/2011, §65b; *Methanex v. United States of America,* UNCITRAL , Final Award, 3,/08/2005, §9-10; *Alex Genin and others v. Republic of Estonia,* ICSID Case No. ARB/99/2, Award 25/06/2001, §348.

101 *Genin and others v. Estonia,* ICSID Case No. ARB/99/2, Award 21st June 2001, §348; see

4 CONCLUSION

Even if it lacks a textual definition, the fair and equitable treatment principle has been identified over the years by a method which now reaches a general consensus : the use of the legitimate expectations principle. Even if this method can be criticised for several reasons, it remains reasonable to consider that this principle does exist, and that it will be frequently and further used in the future. Therefore, leaving aside the critics, it is more convenient to examine how the legitimate expectation principles can be enlightened to gain in effectiveness. In this sense, it has been proposed to confer to this principle the function of a barometer whereby it would act complementarily with the other criteria of the fair and equitable treatment standard by measuring their respective legitimacy. All in all, these other criteria will be useful to identify a fair and equitable treatment once they have been measured by the legitimate expectation principle. In the same vein, this principle widens the scope of the fair and equitable treatment standard in that it enables to take into account the general behaviour of the investor before calculating the intrinsic expectations he could legitimately have if, for example, he has himself been acting with bad faith or if his investment was knowingly made in a poorly developed State with limited means to provide the same level of protection as a highly industrialised State.

---

also: *Nagel v. Czech Republic,* Final Award, 2003, SCC Case 49/2002, Stockholm Arbitration Report 2004:1, p.156.

A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM REGIME AMBIENTAL INTERNACIONAL: O CASO DOS DESLOCADOS AMBIENTAIS[1]

Profa. Dra. Andrea M. C. Pacheco Pacífico[2]

Sumário: 1 Introdução. 2 Regimes internacionais. 3 O Regime Internacional dos Refugiados e outros migrantes forçados. 4 Os deslocados ambientais. 5 Conclusões. Referências.

Resumo: Um regime internacional é construído, primordialmente, por normas, regras e instituições que levam à promoção e à proteção do alvo do referido regime. Em se tratando de meio ambiente, a falta de um regime definido faz com que várias categorias populacionais fiquem ausentes de categorização jurídica e, assim, desprotegidas, tendo seus direitos humanos violados. Nessas situações estão os supostos refugiados ambientais e os deslocados internos ambientais, que são forçados a migrar por diversos fatores, embora a mudança ambiental ou climática seja o fator-chave. Esta pesquisa visa dar visibilidade a estes migrantes forçados, propondo medidas a ser tomadas pela sociedade e pelos governos, de modo que estes migrantes tenham seus direitos humanos protegidos, (e.g. direito à vida, à saúde, à educação, à segurança e ao desenvolvimento) e concretizados via cooperação entre os atores envolvidos.

Palavras-chave: deslocados ambientais; proteção jurídica; regime internacional.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre os seres humanos e o meio ambiente é tão antiga quanto a humanidade. Entretanto, tempo e espaço mostram práticas e realidades singulares, de acordo com as necessidades e os recursos locais. Com as revoluções tecnológicas e de comunicação, é possível conhecer práticas diversas do passado e do presente e até prever o futuro, a fim de adaptar as necessidades humanas e a natureza à sustentabilidade. Esta pesquisa trata da relação entre os seres humanos e o meio ambiente e as consequências da falta de proteção a ambos.

O foco principal é mostrar a necessidade de proteger os deslocados forçados ambientais: ou categorizando-os como deslocados internos, conforme os Princípios Orientadores (1998) e a Declaração de *San Jose* (1994); ou aplicando os instrumentos de direitos humanos existentes; ou alongando o atual regime internacional dos refugiados e dos migrantes forçados em nível de implementação local, considerando as características da população e da terra locais; ou buscando criar um regime novo, por meio da persuasão via cruzamento de assuntos, resultante da colaboração entre população local, governo, instituições internacionais e ONG locais. Dessa forma, os deslocados forçados ambientais serão protegidos juridicamente em nível internacional, mesmo sem normas e instituições vinculantes

[1] Artigo apresentado, originalmente no XXVIII Congresso Internacional da ALAS, entre 6 e 11/09/2011, Recife-PE, e publicado sucintamente na Revista Meridiano 47 (**Boletim Meridiano 47**, Brasília, Vol. 13, N. 133, ago. 2012).

[2] Relações Internacionais/UEPB.

que os protejam e aos seus direitos.

Longe de fornecer uma solução final ao dilema, ou seja, como a degradação ambiental, natural ou produzida/induzida pelo ser humano, leva ao deslocamento forçado e, consequentemente, a conflitos, rótulos, insegurança e ausência de proteção estatal, esta pesquisa define regimes internacionais, caracteriza o atual regime internacional dos refugiados e dos migrantes forçados, introduz a problemática dos deslocados forçados ambientais e elenca razões que justifiquem a criação de um regime internacional para eles, concluindo com sugestões possíveis de serem implementadas pelos Estados em nível local e que resultem emdesenvolvimento local, da terra e de seu povo.

2 REGIMES INTERNACIONAIS

Os regimes internacionais (ou, para Keohane e Young, instituições internacionais) se encontram inseridos no seio das teorias das relações internacionais, tendo sido popularizados nos anos 80 a partir da ideia de Keohane, apud Griffiths (2004, p.57-8), que os definiu como "variáveis a interferir no poder do Estado, de um lado, e nos resultados internacionais, do outro, de um mundo parcialmente globalizado." O que ocorreu foi que certos acontecimentos globais não puderam mais ser explicados pelos realistas e as organizações internacionais intergovernamentais (OI) falharam na gestão dos problemas e das questões globais, como a não previsão dos eventos que culminaram no fim da guerra fria.

A análise dos regimes internacionais veio preencher uma lacuna do sistema vigente, ou seja, um sistema, segundo Bull (2002), anárquico, sem autoridade central para tornar os tratados mais eficazes e de aplicação mais fácil, pois, embora as OI sejam instituições formais, com processos institucionais e destinadas a gerir bens comuns, os regimes são mais amplos, ou seja, eles são instituições internacionais, mas não são OI. Os regimes, muitas vezes, estão acompanhados de uma OI para colocá-los em prática, para responder pelos eventos ocorridos e para coletar e disseminar informações relativas ao campo de atuação deles, mas eles não são OI.

Assim, no início dos Anos 80, a Academia decidiu buscar uma definição precisa de regimes internacionais, cuja tentativa foi publicada no periódico "Organizações Internacionais", que destinou um volume especial sobre o tema. Nesse diapasão, Krasner (1982, p. 185-6) os definiu como "um conjunto de princípios

explícitos ou implícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões em que as expectativas dos atores convergem para uma dada área das Relações Internacionais."

Segundo ele, "as normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações" e as "regras são prescrições ou proscrições específicas para a ação." Ele ainda define os "procedimentos de tomada de decisões como práticas que prevalecem para formular e implementar a escolha coletiva." Nesse sentido, ele afirma que os meios são as normas e os princípios, enquanto os fins são as regras e os procedimentos; e ambos são mutuamente constitutivos do resultado final, qual seja, os regimes internacionais.

Já Keohane definiu regimes internacionais como "instituições com regras explícitas, acordadas por governos, relativas a conjuntos específicos de questões nas relações internacionais." Segundo ele, as regras englobam as normas, as regras, os princípios e os procedimentos de tomada de decisões. Diferentemente de Keohane, para Krasner (1982, p. 188-9), o regime muda apenas se os princípios ou as regras mudarem, pois o resto são mudanças internas do regime e não do regime em si.

Para Young (1982, p. 277), "regimes são instituições sociais que governam as ações daqueles interessados em atividades específicas (ou conjunto de atividades aceitas). Como todas as instituições sociais, eles são padrões de comportamento ou práticas reconhecidas para os quais as expectativas convergem."

Com as críticas recebidas por sua definição, Keohane, em 1993, trouxe uma nova definição de regimes internacionais, a saber: "acordos são termos puramente formais (regras explícitas acordadas por mais de um Estado) e regimes surgem quando os Estados reconhecem estes acordos como continuamente válidos." Para ele, um conjunto de regras não precisa ser efetiva para ser caracterizada como um regime, mas precisa ser reconhecida como de existência continuada. Assim, regimes são regras explícitas que se referem de forma positiva pelos governos, mesmo que eles não sejam necessariamente observados de forma escrupulosa.

O certo é que ainda não há consenso sobre as teorias dos regimes internacionais, embora seja claro que eles surgiram a partir das organizações internacionais intergovernamentais criadas para alcançar cooperação entre os Estados. Hasenclaver (1997), apud Barros-Paltiau, Varella e Schleicher (2004, p. 111-2) distingue três correntes para explicar as teorias dos regimes internacionais, a saber:

- A Realista ou estrutural analisa as relações de poder, pois sua distribuição entre os atores do sistema internacional influencia fortemente na possível formação e no declínio dos regimes internacionais. Ela liga regimes internacionais fortes à existência de um Estado dominante em certa área e busca explicar quando e porque os regimes internacionais emergem e são efetivos, no sentido de que os Estados seguem políticas de cooperação que, na falta de um regime, eles provavelmente seguirão. Mas, não hárobustês, pois se o Estado dominante desta estrutura unipolar cai, o regime se dissolve também, tornando-se não efetivo, como ocorre com a violação de normas e regras. Aqui, o poder é importante tanto para a coooperação quanto para o conflito entre os Estados, mas os Estados somente se preocupam com os ganhos (absolutos ou relativos), ou seja, a distribuição dos recursos de poder afeta fortemente a efetividade de um regime para emergir e se manter em certa área.
- A Neoliberal ou funcional analisa o conflito de interesses, ou seja, baseia-se fortemente na teoria microeconômica e é funcional porque o regime internacional surgiria para cumprir a tarefa de reduzir as incertezas entre os atores e fazê-los caminhar em direção a melhores resultados. Aqui, embora não sejam totalmente indiferentes aos efeitos das diferenças de poder, enfatiza-se o papel dos regimes internacionais em auxiliar os Estados a realizar seus interesses comuns, ou seja, os Estados são egoístas racionais que buscam somente seus ganhos absolutos. É o regime líder atual.
- A Cognitiva analisa a dinâmica do conhecimento, da comunicação e das identidades, com raízes na filosofia da ciência (como crítica ao racionalismo do *homo economicus*) e na sociologia (ao enfatizar questões de aprendizado, percepções e identidades de grupo). Aqui, são focadas as origens dos interesses como são percebidos pelos Estados e, assim, acentua-se o papel das ideias causais e normativas.

Um das grandes diferenças entre elas é o grau de institucionalismo que elas expoêm, ou seja, a extensão com que as instituições internacionais são efetivas ou não. Nesse sentido, um regime é efetivo se seus membros seguem as normas e as regras e se atingem certos de seus objetivos.

Outra diferença é o grau de robustês, ou seja, de resiliência dos regimes, que se refere à manutenção de poder das instituições internacionais em face dos desafios exógenos, além da extensão em que escolhas institucionais anteriores limitam as decisões coletivas e o comportamento posterior dos membros, ou seja,

instituições mudam com a mudança de poder entre seus membros, quando os membros mais poderosos não possuem mais interesse na instituição ou o regime não lhe serve mais. O termo utilizado para isso é "perder robustês" ou "ser resiliente".

Destarte, os regimes internacionais surgem em razão da necessidade de cooperação, ou seja, de formação de um novo multilateralismo (Cox: 1996), de uma nova Ordem Mundial baseada na democratização. Segundo Wallerstein (1984 e 2002), a crise global demanda novos regimes e, mais ainda, um novo multiculturalismo, particularmente por que a teoria dos regimes se altera com as necessidades globais e regionais. Vários regimes internacionais nasceram como respostas positivas às necessidades globais de justiça e equidade e em virtude das falhas estatais, mas a partir das OI, que agem por meio da criação dos ditos regimes. Dentre os regimes atuais, podem-se citar o regime da não proliferação das armas nucleares, o regime do comércio internacional, o regime do meio ambiente, o regime dos direitos humanos e o regime dos refugiados. Falta, entretanto, um regime internacional que una migrantes forçado e meio ambiente, preenchendo a lacuna deixada pelo regime internacional dos refugiados.

3 O REGIME INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E OUTROS MIGRANTES FORÇADOS

O atual regime internacional dos refugiados (princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões) foi juridicamente criado em 1951, como uma resposta ao deslocamento forçado de pessoas após a Segunda Guerra Mundial, ou seja, ele deriva das consequências políticas e econômicas da Guerra para fornecer proteção àqueles que necessitam de segurança física e econômica e de bem estar social.

A Convenção de Genebra de 1951 relativa ao *status* de Refugiado (Convenção de 1951), em seu artigo 1º, e o Protocolo adicional de Nova Iorque de 1967 (Protocolo de 1967) definem refugiado como todo aquele que está fora de seu país de origem e não pode (ou não quer) a ele retornar devido a um temor bem fundado de perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou pertencimento a grupo social.

A Convenção de 1951 foi criada com o apoio do Escritório do Alto Comissiariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), uma agência temporária da ONU que se tornou permanente devido ao crescimento interminável

do número de refugiados no mundo. O ACNUR luta pela aplicação da definição de refugiado, pela implementação das soluções duráveis (integração local, repatriamento voluntário ou reassentamento em um terceiro país) e pela observância dos padrões de procedimento para determinar a condição jurídica de refugiado nos Estados acolhedores.

O atual regime dos refugiados é, claramente, um regime pronto e acabado, pois ele possui princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões. Dentre os princípios, há o *non refoulement*(não devolução forçada), em que um Estado não pode devolver um refugiado (ou solicitante de refúgio) ao Estado onde há perseguição ou temor bem fundado de perseguição ao indivíduo; a dignidade da pessoa humana, em que solicitantes de refúgio e refugiados possuem direitos humanos fundamentais assegurados nos locais de acolhimento; e o *pacta sunt servanda*, que visa dar segurança jurídica ao regime, já que não há um poder coercitivo superior e externo aos Estados que os obrigue a cumprir as normas previstas em tratados.

Importa mencionar, por exemplo, que, conforme Goodwin-Gill (2011), o*non refoulement* é uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) que, conforme o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados celebrados entre Estados (1969/80), 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."

Com relação às normas, ou seja, a obrigação dos Estados de cooperarem mutuamente e de negociar na conclusão dos tratados, é possível mencionar as consultorias do ACNUR com os Estados e com a sociedade civil, além dos atos firmados em que Estados se obrigam a implementar em seu ordenamento jurídico interno os princípios, as regras e os procedimentos adotados. Em nível de governo brasileiro, pode-se citar o acordo com o ACNUR para reassentamento de refugiados.

Sobre as regras, que concretizam as normas, são os tratados criados, podendo-se exemplificar os atos domésticos dos governos de incorporação dos tratados, como a lei ordinária federal brasileira 9474, de 22 de julho de 1997, que incorporou a Convenção de 1951 ao direito brasileiro.

Por último, os procedimentos de tomada de decisões são as decisões dos tribunais internacionais ou dos órgãos implementadores da Organizações

Internacionais que são membros do regime, conforme prevê os estatutos, como as decisões dos comitês executivos ou a submissão ao Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. Em se tratando de refugiados, podem-se citar as decisões do comitê executivo do ACNUR.

Como visto, ao utilizar-se a definição de regime internacional de Krasner (1982), verifica-se que há um regime internacional dos refugiados, embora ele tenha sido criado em outro momento político, econômico e social global, no auge da Guerra Fria, que demandava atos e comportamentos diversos do atual. Com a mudança global e, particularmente, as alterações climáticas naturais ou provocadas pelo ser humano, novas necessidades surgiram e o regime precisou ser adaptado, particularmente em termos regionais.

Assim, a Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 (c/c a Decisão da Unidade Africana de 2004) e a Declaração de Cartagena de 1984 (c/c o Plano de Ação do México de 2004) expandiram a definição de refugiado da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 para reconhecer como refugiado aqueles que estejam fugindo de guerras civis e violações aos direitos humanos, respectivamente. O regime americano também protege os deslocados internos, ou seja, aqueles que não ultrapassaram as fronteiras do Estado de origem.

Hodiernamente, o ACNUR, também alargando sua competência, busca proteger outros migrantes forçados, além dos refugiados e solicitantes de refúgio, como os asilados, os apátridas, os retornados e os deslocados internos. Ficam excluídos dessa proteção os palestinos, por receberem proteção de outro órgão da ONU, qual seja, a UNRWA, criada para proteger e apoiar os palestinos refugiados desde a criação do Estados de Israel (1947). Em termos numéricos, o ACNUR (2010) protege e apoia mais de 33 milhões de pessoas, conforme dados abaixo, sendo mais de 10 millhões de refugiados e mais de 14 milhões de deslocados internos:

Refugiados	10.549.686
Solicitantes de Refúgio	837.478
Refugiados Deslocados	197.626
Deslocados Internos (DI)	14.697.804
DI Retornados	2.923.233
Apátridas	3.463.070
Outros	1.255.579
Total	**33.924.476**

Em relação aos deslocados internos, menos da metade deles está sob a proteção do ACNUR, que não possui recursos humanos nem financeiros suficientes

para ampliar a proteção. Essas pessoas não podem ser consideradas refugiadas por não terem cruzado as fronteiras de seus Estados de origem, mas estão submetidas ao mesmo temor de perseguição dos refugiados. Infelizmente, não há um tratado vinculante sobre eles, embora o parágrafo segundo da introdução aos Princípios Orientadores relativos aos deslocados internos, em nível de ONU, de 1998, os defina como

> Pessoas ou grupos de pessoas que foram forçadas ou obrigadas a fugir ou a abandonar as suas casas ou os locais de residência habitual, de maneira súbita e imprevista, particularmente em consequência dos, ou com vistas a evitar os, efeitos de conflitos armados, situações de violência generalizada, violações massivas dos direitos humanos ou desastres naturais ou provocados pelo homem, e que não atravessaram uma fronteira nacional reconhecida internacionalmente.

Em nível regional latino americano, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, prevê, em seu artigo 22 (7 e 8), o direito de movimento e de residência de qualquer pessoa, instituindo também o *non refoulement*. Coadunando-se com ela, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984, amplia, na conclusão (III) 3, a definição de refugiado, e a Declaração de San José sobre Refugiados e Deslocados, de 1994, adota, nas conclusões 10 e 15 a 17, a proteção aos migrantes econômicos (não forçados) e aos deslocados internos, respectivamente: O parágrafo 17 reconhece a importância de proteger os direitos humanos dos deslocados internos e o parágrafo 15 reconhece os desafios impostos pela nova situação de deslocamento humano na América Latina e no Caribe, incluindo, em particular, o aumento no deslocamento interno e na migração forçada devido a causas diferentes daquelas previstas na Declaração de Cartagena.

Ainda, a Declaração e o Plano de Ação do México, de 2004, também tratam dos deslocados internos. Por fim, a Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas nas Américas, de 2010, considera, no parágrafo 6, "a possibilidade de adotar mecanismos adequados de proteção nacional para lidar com novas situações não previstas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos refugiados, dando a devida consideração às necessidades de proteção dos migrantes [...]." E, o parágrafo 10, reconhece "a importância de maiores alternativas para a migração regular e políticas migratórias que respeitem os direitos humanos dos migrantes, independente de sua condição migratória, [...]."

As vantagens desses instrumentos regionais é que eles encorajam uma abordagem integrada às soluções prescritas por outros instrumentos, como o retorno voluntário. Nesse sentido, o parágrafo 14 da Declaração de 1994 supracitada defende

que

> os esforços de reintegração e reabilitação devem estar ligado aos esforços de desenvolvimento sustentável a longo prazo, para aliviar e erradicar a pobreza extrema, satisfazer às necessidades humanas e fortalecer o respeito aos direitos humanos, com ao devida observância aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A Declaração de 1994 também afirma que

> o problema dos deslocados internos, embora seja de responsabilidade fundamental dos Estados de nacionalidade deles, é, no entanto, motivo de preocupação para a comunidade internacional, pois é uma questão de direitos humanos que pode estar vinculada à prevenção das causas que geram os fluxos de refugiados,

ou, para os propósitos dessa pesquisa, que geram os deslocados ambientais. Consequentemente, políticas nacionais e internacionais devem existir em colaboração para lidar com esse dilema pendente e enfrentar os desafios que estão por vir.

O certo é que os refugiados e alguns deslocados internos estão protegidos internacionalmente por princípios, regras, normas e procedimentos de tomada de decisões, mas novos deslocados forçados, que são obrigados a deixar seus locais de origem por mudanças ambientais, provocadas ou não pelo ser humano, carecem de proteção internacional.

4 OS DESLOCADOS AMBIENTAIS

Quando os deslocados forçados ambientais cruzam as fronteiras juridicamente definidas de um Estado soberano, podem ser chamados de refugiados ambientais, embora não haja juridicamente um instrumento que os defina e os proteja, como afirma Myers (2005). Entretanto, se não houve cruzamento de fronteiras, eles são apenas deslocados ambientais. Assim, os deslocados internos ambientais são deslocados internos, pois o caráter involuntário do deslocamento é a chave para o reconhecimento como tal, pois eles são forçados a migrar depois que todos os meios de sobrevivência foram destruídos e seus direitos humanos básicos ficaram desprotegidos. Portanto, eles não podem ser considerados "migrantes motivados ambientalmente", que "podem migrar", conforme Renaud *et al* (2007, p. 29), mas apenas "migrantes forçados ambientalmente", que "devem migrar", isto é, eles não possuem a opção de decidir entre ficar ou partir, já que a sobrevivência está em risco.

Um exemplo são os deslocados forçados da seca, tanto do sertão Brasileiro

quanto, no momento, na região do Chifre da África.Quanto ao Brasil, Albuquerque Júnior (1995, p. 111) afirma que ele é considerado um problema regional, embora nem sempre tenha sido assim, pois durante a "grande seca", entre 1877 e 1879 (que matou cerca de 13,9% da população cearense e 4% da população nordestina), ele se tornou um problema de impacto nacional, capturando o interesse público e provocando a intervenção estatal. Villa (2000, p. 13), que compara o número de mortos a um Holocausto, estima que cerca de três milhões de pessoas morreram vítimas de seca entre os séculos 19 e 20 no sertão nordestino brasileiro.

Quanto ao Chifre da África (Djibuti, Etiopia, Quênia e Somália), a pior seca dos últimos 60 anos assola a região (i.e. há dois anos não chove), cuja população já vem sofrendo há décadas por conflitos armados. Segundo o ACNUR (2011), cerca de 13 milhões de pessoas carecem de todo tipo de ajuda e sofrem, particularmente, por absoluta insegurança alimentar. Apenas a Somália já possui quase dois milhões de deslocados internos e refugiados resultantes dessa seca e da consequente epidemia de fome trazida com ela.

A seca, um dos fatores mais significantes para o deslocamento forçado ambiental, é considerada um desastre natural não repentino que pode ter trazido degradação gradual da terra e migração voluntária no passado. Mas, atualmente, tem forçado milhões de pessoas vulneráveis ao deslocamento, no sentido de que eles fogem de um local de origem insalubre e inóspito, sofrendo de estresse psicossocial, falta de renda, ruptura social e até, às vezes, sem documentos de identidade.

Ademais, os desastres ambientais, como a seca, ainda resultam em conflitos políticos, econômicos e sociais e violência (Homer-Dixon 2000 e 2003), ressaltando-se furtos, roubos, crimes de agressão e, no caso do Chifre da África, por exemplo, terrorismo, pirataria e tomada de reféns. Os conflitos e a violência são normalmente causados pela disputa pelos escassos recursos disponíveis. O Conselho de Segurança da ONU (ACNUR 2011) deverá se realizar uma reunião consultiva na Somália entre os dias 4 e 6 de setembro para traçar as estratégias colaborativas de paz na região.

Indubitavelmente, não importa se os deslocados ambientais cruzaram ou não as fronteiras de seus Estados de origem, o fato é que há milhões de pessoas deslocadas forçadamente por problemas de degradação ambiental (distúrbios, desastres, desenvolvimentou ou até resquícios de guerra), causados, lenta ou bruscamente, pela natureza, pelo ser humano ou, ainda, pela natureza, mas

agravados ou induzidos pela ação humana. Assim, o deslocamento ambiental forçado é multicausal e associado à falta de condições sobrevivência, ou seja, segundo Schwartz (1993), os deslocados sofrem de desertificação ou outras alterações ambientais, violação dos direitos humanos e omissão estatal, tudo incluído.

Na falta de um regime internacional (princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões vinculantes) que os proteja em nível internacional, caso eles sejam considerados deslocados internos ou refugiados, uma solução, contudo, poderia ser uma abordagem integrada com os direitos humanos e com o direito humanitário, cujas normas vinculantes e instituições internacionais obrigariam os Estados a se responsabilizarem por este dilema multicausal, que combina o deslocamento involuntário com alterações ambientais, como a seca (i.e. processos lentos de desertificação), ainda que outros fatores estejam incluídos, como os sociais, econômicos e políticos, conforme defende Zetter (2008 e 2010). Nesse sentido, Castles (2002) enfatiza que as mudanças ambientais não podem ser tratadas isoladamente de outros fatores que minam a segurança humana, como pobreza, grau de apoio estatal à comunidade, acesso às oportunidades econômicas, eficácia dos processos de tomada de decisões e medidas de coesão social dentro e em torno dos grupos vulneráveis.

Portanto, a necessidade de reconhecimento jurídico pelos Estados e pela comunidade internacional é imprescindível não apenas para a proteção dos direitos humanos dos deslocados ambientais, que deve se coadunar com as obrigações internacionais dos Estados, mas também para a segurança humana e estatal, conforme afirmamZetter*etal* (2008 e 2009, p. 141-4) e Fletcher*et al* (2009).

Em nível de direito ambiental internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reza, implicitamente, em seu artigo 22, que todos possuem o direito a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda, é princípio jurídico ambiental (Princípio 13), conforme a Declaração do Rio, de 1992, que, se, por ação ou omissão, o governo causar dano ambiental que prejudique um indivíduo ou grupo de indivíduos, este dano é acionável por que cada um possui o direito a viver em um ambiente saudável. É o chamado direito de ser protegido contra dano ambiental que, especialmente no caso do Brasil, está previsto no artigo 225 da Constituição brasileira de 1988 (i.e. "todas as pessoas possuem o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado e não apenas o poder público, mas também a coletividade, *lato sensu*, possui o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações

presentes e futuras.").

Schwartz (1993) elenca, com base nos Princípios 1 e 10 da Declaração do Rio, de 1992, o direito à vida, a um ambiente saudável, à informação ambiental, à participação política nas decisões ambientais e à liberdade de expressão como formas de obter proteção internacional e nacional para vítimas de abuso ambiental. Entretanto, no caso de certas regiões, como o sertão brasileiro ou o chifre da África, a maioria dos deslocados é analfabeta e não possui educação ou informação de como agir contra os atos governamentais.

Na verdade, há recursos financeiros internacionais, há legislação em nível nacional e tratados internacionais em matéria ambiental em diversas regiões do mundo para lidar com a degradação do solo como resultado, por exemplo, da desertificação e da seca. O apoio errôneo, contudo, leva à ausência de proteção e à migração forçada, resultantes da institucionalização, ou seja, do rígido e poderoso sistema criado de cima para baixo para cuidar do ambiente local sem considerar os seres humanos como agentes de mudança adaptáveis, como é o caso daqueles ligados à terra e, por essa razão, conhecem melhor as necessidades locais e os tipos de apoio necessários para mitigar os problemas ambientais e adaptar suas vidas a este ambiente. Se, no mínimo, eles tivessem acesso à educação e à saúde, eles teriam recursos suficientes para se envolver em discussões públicas e lutar, ou seja, para permanecer na terra com condições de vida razoáveis e direitos humanos básicos protegidos por seus governos.

Infelizmente, Estados não desenvolvidos normalmente reagem apenas quando instigados por órgãos internacionais. A mobilização é necessária e uma resposta precisa alcançar os alvos dessa situação sem fim. Políticas públicas com medidas a curto, médio e longo prazo deveriam focar nesses deslocados internos antes, durante e após o deslocamento ocorrer, como forma de protegê-los e proteger suas terras, assim como obter segurança ambiental, humana (societária), estatal (política) e econômica, em níveis local, nacional e global (BUZAN 1998).

Em suma, se os Estados estiverem preocupados com suas próprias seguranças, e também com a segurança global, é hora de reconhecer juridicamente os deslocados forçados ambientais e adotar medidas para mitigar o impacto da degração de terra, particularmente dos desastres não repentinos, como secas, nas populações locais e promover meios de adaptar suas vidas ao ambiente local, ao facilitar o retorno daqueles deslocados e ao promover condições de vida daqueles que não

puderam migrar, em conformidade com suas obrigações de direitos humanos e humanitário nos níveis nacional e internacional.

Devido à ausência de normas vinculantes e instituições internacionais para cobrar dos Estados, assim como devido às relações assimétricas de poder entre, de um lado os governos e os habitantes ricos e poderosos, e, de outro lado, os deslocados forçados ambientais pobres, não educados e destituídos de poder, uma solução pode ser o uso de atores não estatais para persuadir os governos a reconhecer que seus interesses na área de segurança estão ligados às sérias consequências trazidas pelos deslocados ambientais, como forma de superar os desastres ambientais, como as secas, as violações aos direitos humanos e a omissão dos Estados e, portanto, eles podem cooperar para superar o dilema por meio da persuasão via cruzamento de assuntos.

De acordo com Betts (2009, p. 4), a persuasão via cruzamento de assuntos são "as condições sob as quais um ator A pode persuadir um ator B de que um assunto X e um assunto Y são interligados de forma a induzir um ator B a agir em uma área X devido aos seus interesses no assunto Y." Com relação aos deslocados ambientais, a persuasão via cruzamento de assuntos pode ser explicada como as condições sob as quais atores não estatais (i.e. ONG, a Academia e Organizações Internacionais) podem persuadir os Estados de que os deslocados ambientais e o tema de segurança são interligados, de forma a induzir os Estados a agirem para superar as situações prolongadas dos deslocados ambientais, com base nos interesses estatais em segurança. Portanto, para Betts, este tipo de persuasão é também um recurso de poder, pois Estados mais fracos podem usar da condicionalidade ou interligar assuntos para influenciar atores mais poderosos a cooperar com o fim de superar o dilema.

A implementação da persuasão via cruzamento de assuntos chama a atenção para o fato de que o mundo está cada vez mais complexo, particularmente com o fim da Guerra Fria. Assim, a proteção jurídica aos deslocados ambientais não pode mais ser vista isolada de outros campos políticos. Ao ligar o dilema dos deslocados forçados ambientais à questão de segurança, os Estados precisam adaptar normas, regras e instituições internacionais existentes às suas ordens jurídicas domésticas, mesmo na ausência de negociações formais em nível internacional, com o fim de implementar novas normas e políticas públicas necessárias para lidar com este dilema.

Estas alterações podem ser realizadas por meio do alongamento do regime (*regime stretching*), definido por Betts (2010, p. 2) como "o grau pelo qual o escopo de um regime em nível nacional ou local assume tarefas adicionais ou complementares não prescritas em nível global." Isto significa que se as elites poderosas e os governos em nível local estiverem convencidos de que eles serão agraciados pela comunidade internacional por alongar o escopo das normas e instituições atuais referentes aos deslocados internos, com o fim de proteger os deslocados ambientais, então oalongamento ocorrerá. Isto pode ocorrer, segundo Betts (2010, p. 5-6), ao haver (re) negociamento de normas, adaptando-as à legislação local e nacional e implementando-as por meio de políticas públicas e práticas adequadas, de acordo com os interesses de cada governo.

Para Zetter (2010, p. 14), "é mais prudente adaptar normas e instrumentos de proteção aos migrantes já existentes e moldá-los para incorporar os desafios baseados em direitos emergentes postos pela mudança climática." Quando normas ou instituições são adaptadas a novos problemas em nível de implementação, ou seja, no seio de instituições já existentes, isso é alongamento de regime. Para Betts (2010, p. 9),

> este é um conceito particularmente importante no contexto de um mundo em que novos problemas e desafios estão surgindo, mas novas instituições formais são criadas mais lentamente, e há geralmente a necessidade de "velhas instituições globais" se adaptarem a "novos desafios nacionais."

Vários problemas, como os deslocados ambientais do sertão brasileiro ou do chifre da África, permanecem invisíveis até atingir os últimos graus de degradação humana e ambiental. Por essa razão, o alongamento de regimes pode incluir implementação de normas locais e adaptação de instituições. Isso significa que adaptação local pode ser obtida por meio da persuasão via cruzamento de assuntos, ao convencer os governos a interligar segurança à questão dos deslocados forçados ambientais; o que forneceria meios para a implementação de políticas públicas necessárias a mitigar a migração forçada como resultado de desastres ambientais, com o fim de promover adaptação, resiliência e sustentabilidade (Zetter*et al* 2008, p. 18-9). Ainda, a cooperação internacional é também necessária e deve ser buscada.

Algumas sugestões para lidar com esse dilema e buscar um solução duradoura para os deslocados forçados ambientais podem incluir o que segue: irrigação e reservatórios de água adequados a terra e ao clima locais, programas de micro créditos para pequenos agricultores familiares, formação de capital social (i.e.

acesso aos recursos e formação de redes de confiança e cooperação), empoderamento feminino, acesso à educação (geral e direcionada às necessidades locais), acesso à saúde e, por fim, fiscalização internacional e nacional aos governos locais.

Outra sugestão seria rastrear pessoas deslocadas por questões ambientais e atrai-las ao retorno, oferecendo condições para reconstruir suas vidas no local de origem. Normalmente, pessoas deslocadas são ávidas para retornar, mas não possuem recursos financeiros (econômicos), sociais ou ambientais para isso.

Por fim, os deslocados geralmente não confiam em promessas governamentais, o que justifica a necessidade de cooperação internacional. Por exemplo, organizações internacionais e ONG podem ser estabelecidas na região para auxiliá-los localmente e mediar responsabilidades entre o governo, organizações (nacionais e internacionais) e deslocados forçados ambientais, sejam eles retornados ou não. Os instrumentos de direitos humanos podem também ser aplicados, na ausência de normas e instituições que lidem com o dilema dos deslocados associado à mudança climática.

5 CONCLUSÕES

O caso dos deslocados forçados ambientais é original no sentido de que eles são deslocados internos forçados devido às condições ambientais associadas à falta de proteção dos direitos humanos, sendo normalmente apenas reconhecidos como migrantes econômicos voluntários. Por essa razão, eles deveriam ser juridicamente reconhecidos, sob a proteção de um regime internacional, para que se tornassem visíveis à luz da comunidade internacional e recebessem proteção internacional.

Outra razão para a proteção jurídica, recebida com a criação de um regime, é a ligação entre o deslocamento e a segurança. Infelizmente, membros de instituições internacionais e governos ainda não estão cientes da interrelação entre segurança estatal e deslocamento ambiental forçado, como ocorre em diversas regiões do mundo, como Bangladesh, Brasil, Gana, Quênia, Vietnam, no momento, Chifre da África.

A persuasão por meio de cruzamento de assuntos pode convencer os governos e as instituições internacionais a alongar o regime, isto é, a adaptar normas e instituições internacionais que já existem para implementá-las em nível local, em conformidade com os instrumentos de direitos humanos. Em se tratanto de Brasil,

um exemplo seria adaptar os Princípios Orientadores sobre Deslocamento Interno, de 1998, seu Programa Nacional de Direitos Humanos, de 2009, e seu Programa de Ação Nacional para Combater à Desertificação e Mitigar os Efetios da Seca, de 2004, e sua enorme quantidade de normas de direitos humanos e proteção ambiental, com o fim de proteger os deslocados ambientais e as terras sujeitas à degradação ambiental. Esta ação evitaria conflitos humanos e degradação da terra, traria desenvolvimento e faria o Brasil ser reconhecido como um exemplpo de boa fé nas relações internacionais.

Ao receber proteção jurídica, tanto os deslocados ambientais quanto os Estados e a comunidade internacional tirarão vantagem do desenvolvimento alcançado. Em parceria com organizações internacionais e ONG estabelecidas nas regiões afetadas, os governos e a população local dessas regiões serão capazes de lidar com a degradação ambiental trazida por desastres ou distúrbios ambientais, como secas intermitentes, e alcançar desenvolvimento, por meio de políticas adequadas de mitigação adaptadas às necessidades, à cultura e à terra locais. Assim, aqueles que se deslocaram estarão aptos a retornar e os que estavam preparando-se para o deslocamento serão, juntos com os primeiros, agentes de mudança local, ao perseguirem melhores condições de vida em uma região sustentável.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Estatísticas.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas>. Acesso em: 09 de agosto de 2011.

ACNUR. **Chifre da África.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/chifredaafrica>. Acesso em 16 de agosto de 2011.

ALBUQUERQUE JUNIOR, Durval M (1995). Palavras que Calcinam, Palavras que Dominam: a Invenção da Seca no Nordeste. **Revista Brasileira de História**,15 (28), p. 111-20.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia,VARELLA, Marcelo D. e SCHLEICHER, Rafael T. (2004). Meio ambiente e relações internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate. **RevistaBrasileira de PolíticaInternacional**47 (2): 100-30.

BETTS, Alexander (2006). Conceptualising Interconnections in Global Governance: the case of refugee protection. Working Paper Series.**RSC Working Paper 38**.Oxford: RSC/QEH/IDC/University of Oxford.

BETTS, Alexander (2005). International Cooperation Between North and South to

Enhance Refugee Protection in Regions of Origins .Working Paper Series. **RSC Working Paper 25.**Oxford: RSC/QEH/IDC/University of Oxford.

BULL, Hedley (2002). **A Sociedade Anárquica: um estudo da ordem política mundial.**Coleção Clássicos IPRI. [Trad. Sérgio Bath]. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, EDUnB e IPRI.

BUZAN, Barry. **Security: a new framework for analysis.** Boulder (EUA): Lynne Rienner Publishers. 1998.

CASTLES, Stephen (2002). **Environmental change and forced migration : making sense of the debate.** UNHCR.Evaluation and Policy Analysis Unit. Geneva: UNHCR.

COX, Robert (1996). **Approaches to World Order**. Cambridge: Cambridge University Press.

GOODWIN-GILL, Guy S (2011). **The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*.**Inaugural Lecture.Bruxelles: Palais des Académies, 16 February.

FLETCHER, Laurel *et al* (ed) (2009). **Protecting People and the Planet: a proposal to address the Human Rights impacts of climate change policy**. California: Centre for Law and Global Justice, International Human Rights Law Clinic & Miller Institute for Global Challenges and the Law.

KEOHANE, Robert (1982). The Demand for International Regimes. **International Organisation** 36 (2): 325-55.

_____ (1993). Institutional theory and the realistic change after the cold war.*In* BALWIN, David (ed.), **Neorealism and Neoliberalism: The ContemporaryDebate.**New York: Columbia University Press, NY. Pp. 3-25.

KRASNER, Stephen (1982). Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. **InternationalOrganisation** 36 (2): 185-205.

GRIFFITHS, Martin (2004). **50 grandes estrategistas das Relações Internacionais**. São Paulo: Contexto.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter e RITTBERGER, Volker (1997). **Theories of International Regimes**. Cambridge: Cambridge University Press.

HOMER-DIXON, Thomas (2003). Debating Violent Environments.**Violent Environments. 9**, p. 89-92.

_____ (2000). Scarcity and Conflict. **Forum for Applied Research and Public Policy.** 15 (1) p. 28-36.

MYERS, Norman (2005). **Environmental Refugees: an emergent security issue**. 13thFórumEconômico.Praga, 23-7 Maio.

RENAUD, Fabrice*et al* (2007). **Control, adapt or flee : how to face environmental migration?.** Bonn: UNU and Institute for Environment and

Human Security.

SCHWARTZ, Michelle Leighton (1993). International Legal Protection for Victims of Environmental Abuse.**Yale JournalofInternational Law**. 18, pp. 355-87.

VILLA, Marco Antônio (2000). **Vida e Morte no Sertão: história das secas no Nordeste nos Séculos XIX e XX.** São Paulo: Ática.

WALLERSTEIN, Imanuel (1984). **Tipologia das Crises no Sistema Mundial.**Essex: Universidade das Nações Unidas, mimeo.

_____ (2002). **Após o Liberalismo – Em Busca da Reconstrução do Mundo**. Petrópolis: Vozes.

YOUNG, Oran (1982). Regime Dynamics: the Rise and Fall of International Regimes. **International Organisation**, 36 (2): 277-97.

ZETTER, Roger; MORRIS, Tim; BOANO, Camillo (2008). Environmentally Displaced People: Understanding the Linkages between Environmental change, livelihoods and forced migration.**Forced Migration Policy Briefing 1.**Oxford: RSC/ODID/University of Oxford.

ZETTER, Roger (2009). The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people. In: LACZKO, Frank and AGHAZARM, Christine (2009). **Migration, environment and climate change: assessing the evidence.** IOM, UNU and Institute for Environment and Human Security, Geneva.

_____ (2010). **Protecting environmentally displaced people: developing the capacity of legal and normative frameworks**. Oxford: RSC/ Universityof Oxford. Disponível em: <http://www.rsc.ox.ac.uk/pdfs/Zetter-%20EnvDispRep%2015022011.pdf>. Acesso em 26 de Junho de 2011.

RESENHAS DE DECISÕES

Esta seção é composta por relatos de casos preparadas por alunos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em cada resenha procurou-se sintetizar os aspectos principais da decisão e apontar sua possível relevância para a evolução do Direito Internacional.

O CASO NADA VERSUS CONFEDERAÇÃO SUÍÇA: DECIDIDO PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS EM 12 DE SETEMBRO DE 2012

Case Nada v. Switzerland

Leonardo Feldman de Mattos[1]

Sumário: 1 Introdução. 2 Descrição dos fatos. 3 Julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos. 4 Impacto da decisão. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente texto explica o caso Nada v. Suíça, que foi julgado pela Corte Europeia para Direitos Humanos em setembro de 2012. O Senhor Nada, cidadão italiano, foi restringido em seus direitos privados por uma resolução aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, que o acusou de apoiar o Terrorismo Internacional. As decisões do CSNU são de execução obrigatória e não podem deixar de ser cumpridas com base em nenhum outro tratado, em assuntos de Paz ou de Segurança. A Suíça, entretanto, ao aplicar as sanções como exigido, foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Seria esse um caso crucial?

Palavras-chave: Corte Europeia para Direitos Humanos, Conselho de Segurança das Nações Unidas, Nada, Suíça**.**

Abstract: This case analysis explains the case Nada v. Switzerland, which was judged by the European Court for Human rights in September of 2012. Mr. Nada, an Italian citizen, has had his private rights limited by a resolution approved by the United Nations Security Council, who accused him of supporting International Terrorism. UNSC decisions are mandatory and cannot be unexecuted by any country due to any other treaty, when dealing with Peace or Security questions. However, Switzerland, applying the sanctions as expected to, was condemned by the European Court for Human Rights. Would this be a crucial case?

Key-words: European Court for Human Rights, United Nations Security Council, Nada, Switzerland.

1 INTRODUÇÃO

O principal aspecto para o qual chama nossa atenção no caso escolhido é a predominância da Teoria Monista sobre a Teoria Dualista. Em geral, a doutrina e a jurisprudência defendem a Teoria Monista, mas o que parecia ser consolidado foi posto à prova no decorrer do julgamento da *Confœderatio Helvetica,* acusada pelo senhor Youssef Moustafa Nada de romper com suas obrigações decorrentes da Convenção Europeia para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.

Primeiramente, cabe explicar as diferenças entre a Teoria Monista e a Teoria Dualista. A Teoria Monista defende a existência de um só Ordenamento Jurídico, que engloba tanto os diplomas internos - como as leis, portarias, decretos, decretos-lei, entre outros -, quanto diplomas de direito internacional, isto é, *ius gentium* - como tratados bilaterais, multilaterais, princípios do direito internacional e

[1] Estudante da graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

costumes. Há duas subdivisões para a Teoria Monista, sendo que nas duas fica patente o caráter hierárquico das normas. Uma das subdivisões defende a Supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno. A segunda, menos convincente, advoga a Supremacia do Direito Interno sobre o Direito Internacional. Importante é observar que a Teoria Monista com Predominância do Direito Internacional é a corrente mais popular e que afirma que o Ordenamento jurídico, uno, seria como uma pirâmide, em que os diplomas normativos do topo seriam os mais importantes hierarquicamente e que as obrigações que deles derivadas estariam embebidas de preferência sobre as obrigações derivadas de diplomas que estivessem em patamares inferiores da pirâmide, semelhantemente ao que ocorre na elucidativa Teoria da Pirâmide de Hans Kelsen. Enquanto isso, a Teoria Dualista, com menos adeptos do que a primeira, oferecia uma solução diferente para as questões doutrinárias acima: dizia-se que havia dois ordenamentos distintos, o interno e o internacional, e que suas obrigações eram diferentes por natureza, não devendo se imiscuir e, portanto, não predominariam umas sobre as outras, como propunha a Teoria Monista.

Ora, sendo a Carta das Nações Unidas considerada o documento mais importante dentre todos os tratados, as obrigações dela provenientes não poderiam ser relegadas a segundo plano para acolher outras obrigações de outros tratados, visto que aquela estava no vértice da pirâmide do Ordenamento Jurídico de qualquer país. Diante disso, obrigações outras não poderiam, de qualquer modo, prosperar quando confrontadas com as da Carta da ONU. Dispõe o art. 103 sobre o tema, *in verbis*:

> 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.

Percebe-se, assim, o seu caráter "constitucional", no sentido de que a Carta da ONU se faz predominar sobre qualquer outra obrigação de Direito Internacional, seja ela qual for. Está no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico de qualquer país. A própria Convenção de Viena de 1969 sobre Tratados Internacionais passou a reconhecer a Superioridade da Carta da Nações Unidas, em seu artigo 30, que afirma:

> Artigo 30 - Sem prejuízo das disposições do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os direitos e obrigações dos Estados partes em tratados sucessivos sobre o mesmo assunto serão determinados de conformidade com os parágrafos seguintes.

No presente caso, veremos que a controvérsia na qual Teoria Monista foi

posta à prova, no seu aspecto da Hierarquia das normas e se realmente prevaleceu a orientação de que a Carta das Nações Unidas e suas obrigações devem prevalecer sobre quaisquer outras fontes de direito.

O que seria, no entanto, um *crucial case*? Seria um que se adapta perfeitamente a uma teoria, comprovando a sua validade (confirmatório) ou, se comprova justamente aquilo contrário a uma teoria amplamente aceita, como uma exceção (desconfirmatório). Essa segunda hipótese seria adequada ao caso Nada v. Suíça, pois se acreditava amplamente que a Suíça, por todos os argumentos jurídicos acima, não deveria respeitar a Convenção Europeia de Direitos Humanos e implementar sanções ao Senhor Nada. Essa teoria não se confirmou, a Suíça foi condenada e, por isso, pode-se dizer que há chances de se tratar de um *Crucial case*. Para provar isso, analisaremos o desenvolver do caso e o seu julgamento pela Corte Europeia para Direitos Humanos. Ao final, explicaremos o impacto da decisão para o Direito Internacional e como ele foi posto à prova, além de concluir se constitui um *crucial case*.

2 DESCRIÇÃO DOS FATOS

Youssef Moustafa Nada era cidadão de nacionalidades italiana e egípcia, Ele originou um caso contra a Confederação Suíça com base no Artigo 34 da Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Alegou o senhor Youssef Moustafa Nada que teria sido proibido pela Confederação Suíça de entrar ou transitar em seu território. A referida restrição teria sido imposta desde o momento em que seu nome fora adicionado a uma lista de suspeitos de apoiar ações terroristas do Taliban, relacionar-se com o Terrorismo ou mesmo com Osama bin Laden. A lista era resultado da posição tomada diante do Conselho de Segurança das Nações Unidas e que, portanto, de acordo com o art. 39 combinado com o art.41 e 42 da Carta de San Francisco, seu cumprimento é obrigatório aos países membros da Organização das Nações Unidas.

Decorrente de tal restrição, alegou Nada que seus direitos de liberdade, previstos no art. 5 da Convenção para a Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, e seus direitos de respeito à vida privada e familiar, honra e reputação, previstos no art. 8 da mesma Convenção, foram violados. Considerou o reclamante que o tratamento que lhe foi dispensado seria equivalente ao tratamento do art. 3, descrito como desumano e degradante. Por fim, afirmou que seus direitos

de liberdade e manifestação de crenças, consoante o art. 9 da mencionada Convenção Europeia. Ocorre que Youssef Nada residia em Campione d'Italia, que se trata de um pequeníssimo enclave - de apenas 16 quilômetros quadrados - pertencente à Itália, apesar de adstrito ao território Suíço. Está o enclave completamente cercado pelo Cantão de Ticino, separado do restante da Itália pelo lago Lugano. Conta Youssef Nada que era praticante da religião muçulmana e que era empresário. Nada se diz contra qualquer forma de terrorismo e negou ter qualquer envolvimento com a Al-Qaeda. Alarma para suas condições agravadas de saúde, cujos motivos seriam um sangramento no olho esquerdo, artrite no pescoço, além da ausência de um dos seus rins. De igual modo, Nada sofria pelo fato de que deveria ter se submetido a uma operação em 2004, no entanto, por não tê-lo feito, continuou a sofrer de uma fratura.

Sabe-se que em 1999, em resposta aos bombardeios, no ano anterior, das embaixadas norte-americanas de Nairobi, no Quênia, e de Dar-es-Salaam, na Tanzânia, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas adotou a Resolução 1267, contendo sanções contra a Organização Taliban, comandada por Osama bin Laden, principal suspeito dos ataques descritos. Criou-se, na mesma ocasião, um Comitê para as Sanções. Para implementar as sanções da Resolução, a Poder Executivo Suíço tornou vigentes providências conta o Taliban. Complementarmente, a Resolução 1333 do Conselho de Segurança da ONU estendia a aplicação das sanções à Al-Qaeda e a seus integrantes, além de Osama bin Laden. Para a adaptação da norma suíça conforme a Resolução 1333, adicionou-se o artigo 4º, parágrafo primeiro, proibindo a entrada e a circulação de indivíduos e entidades nomeadas pela Resolução no Território da Confederação Suíça, sem, no entanto, nomeá-los. Faz-se essencial ressaltar que, de acordo com o artigo 39 combinado com os artigos 41 e 42, do Capítulo VII, da Carta da Organização das Nações Unidas, cabe ao Conselho de Segurança das Nações Unidas tomar medidas em defesa da paz e segurança internacionais e que pode instar seus os membros da ONU a cumpri-las. Seria, assim, obrigatório o cumprimento de tais medidas.

Em 2001, abriu-se uma investigação em face ao senhor Nada. Em menos de um mês, este foi incluído na lista do Comitê de Sanções. Em novembro do ano seguinte, ao visitar Londres, o reclamante foi preso e removido para a Itália, tendo seu dinheiro apreendido. O Cantão de Ticino revogou o passe especial que possuía Nada e que lhe permitia atravessar a fronteira de Campione d'Italia com o Cantão de Ticino, parte da Confederação Suíça. A partir de então tornou-se mais difícil a

passagem para a Suíça. Até então, Nada conseguia se movimentar com relativa facilidade. Desde 27 de Novembro de 2003, o IMES (Escritório Federal Suíço para Imigração, Integração e Emigração) informou que não mais estaria *Nada* autorizado a cruzar as fronteiras suíças. O IMES rejeitou o requerimento de reconsideração, indicando que não estariam as autoridades suíças permitidas a conceder o seu ingresso no país. Em 27 de abril de 2005, decidiu a Corte Federal Suíça que ou o promotor a quem cabia investigar quaisquer vínculos de *Nada* com a rede de Terrorismo Internacional encerraria seus procedimentos ou passaria a competência para esse caso ao juiz investigador competente. Optou o promotor federal pelo arquivamento da investigação contra *Nada*.

Empenhou-se, assim, o Senhor Nada no sentido de retirar o seu nome da lista de entidades relacionadas ao Taliban perante o Conselho Federal Suíço. Rejeitou-se o pedido, com base na idéia de que deveriam manter o nome na lista dos sancionados enquanto ele estivesse presente na lista do Comitê de Sanções das Nações Unidas. Após apelar dessa decisão, a resposta que lhe veio apontava para a impossibilidade de retirar o seu nome da lista suíça - portanto, direito interno - de sancionados sem que fosse, anteriormente, excluído da lista apresentada pela Comitê de Sanções da ONU - integrante, por sua vez do direito internacional. Evidencia-se aqui, desse modo, uma visão Monista com Supremacia do Direito Internacional, que consiste na visão predominante entre a doutrina. Teria agido a Confederação Suíça coerentemente com os princípios mais aceitos do direito internacional, como o *Pacta Sunt Servanda* e a Supremacia da Carta da ONU entre quaisquer outras fontes de direito. Sugeriu, ainda, que o Estado de nacionalidade do requerente teria legitimidade para iniciar o procedimento para a retirada de seu nome da lista do Comitê de Sanções da ONU. Seria a Suíça incompetente para iniciar esse procedimento. Em sua defesa, o Departamento alegou que a Resolução 1730 de 2006 do Conselho de Segurança permitia que indivíduos pudessem requerer a sua retirada da lista do Comitê de Sanções no lugar de seu Estado de nacionalidade ou de residência. Mantendo seus argumentos, o autor perante a Corte Federal, *Nada* afirmou que por conta da relutância de se retirar o seu nome da lista suíça contra o Taliban, ele estaria privado de sair de Campione d'Italia e que estaria sem acesso a tratamentos médicos necessários, indisponíveis no pequeno enclave. Alegou também que passara os últimos anos em prisão domiciliar. Que foi alegado que ele teria relações com Osama bin Laden, Al-Qaeda e o Taliban, mas não era o caso e que,

portanto, foi discriminado, acusado sem nenhum fundamento. Perdeu Youssef Nada sua liberdade individual, o usufruto de seus bens e, antes de tudo, o direito de ser ouvido e do devido processo legal. Escudou a idéia de que as decisões de sanções pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas esbarravam nos direitos jus cogens e na própria Carta das Nações Unidas. Assim, alegou que a Confederação Suíça não estaria obrigada a acolher aquelas sanções. Estaria mesmo a Suíça isenta de aplicar uma Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas? Não seriam as Resoluções do Conselho de Segurança, especialmente as adotadas sob a égide do Capítulo VII da Carta de San Francisco, medidas de caráter vinculativo e, portanto, indefensável seria a sua não aplicação? Veja que o artigo 2 e seu parágrafo 7 e o artigo 25 do documento em tela apontam para a feição obrigatório do seu cumprimento:

> Art. 2.7 - Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII.
> Artigo 25 - Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Nenhum país poderia deixar de cumprir as decisões do Conselho de Segurança para situações de ameaça da paz, de sua ruptura ou de atos de agressão, dos quais trata o Capítulo VII. Segundo o artigo 1 da Carta de San Francisco, os principais objetivos da ONU seriam a manutenção da paz e segurança internacionais. Fez-se necessário possibilitar, por intermédio do Conselho de Segurança, meios de que as decisões de defesa da paz seriam cumpridas, o que contraditoriamente poderia ser feito por meio de intervenções militares. Ora, a Confederação Suíça não poderia deixar de se submeter a uma decisão de caráter vinculativo do CSNU, trata-se da defesa da paz e da segurança internacional. De qualquer modo, negou-se pedido de retirada do nome de Nada da lista do Comitê de Sanções, requerida conforme a Resolução 1730.

Quais exatamente foram as sanções sofridas, portanto, pelo Senhor Youssef Nada? 1- Ele não pôde se submeter a uma operação em sua mão direito para tratar uma fratura; 2- Teve dificuldades em obter tratamentos médicos para seus outros problemas de saúde, como artrite no pescoço e sangramento no olho esquerdo; 3- Ao visitar Londres em 2002, foi preso e enviado de volta à Itália, tendo seus bens apreendidos; 4- Por estar preso no pequeno enclave de Campione d'Italia, teve sua liberdade de ir e vir demasiadamente reduzida, sem o julgamento de uma

corte, mas simplesmente por uma resolução do CSNU; 5- Ainda segundo o Senhor Nada, o tratamento de mantê-lo confinado em um pequeno enclave se enquadraria na conduta proibida pelo artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por ter sido degradante e desumano; 6- Alegou o Sr. Nada ter tido seus direitos religiosos e liberdade de pensamento restritos; 7- Alegou ter seus direitos à honra, à família - proibiu de visitar familiares - e à vida privada violados, além de ter sido relacionado à Osama bin Laden, ao Taliban e ao Terrorismo Internacional, sem serem tais fatos verdade; 8- Não fora ouvido em um devido processo legal antes da sua condenação.

3 O JULGAMENTO PELA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

O Governo Suíço, perante a Corte Européia de Direitos Humanos apontou para o cumprimento com a Resolução 1267 do Conselho de Segurança da ONU, que, sob a égide dos artigos 25 e 103 da Carta de San Francisco, prevaleceria sobre qualquer outro tratado. A Suíça defende a posição de que não poderia ser responsável internacionalmente pela implementação das medidas. Alega ainda que esse tipo de matéria nem caberia à Corte apreciar, sendo matéria fora de sua apreciação. Já o senhor Youssef Nada afirmou ser compatível com a Convenção. Ele alega a responsabilidade da *Confœderatio Helvetica*, mesmo porque o Governo, a nível nacional, permitiu que sanções fossem tomadas. E, de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a Suíça não poderia se afastar de suas obrigações convencionais por conta de seu direito interno. O artigo 27 da Convenção de Viena se apresenta da seguinte maneira:

> Art. 27 - Um Estado não poderá invocar o seu direito interno para justificar sua falha ao executar o tratado.

Alegou, ainda, que as autoridades suíças aplicaram as possibilidades de derrogação de modo muito mais restritivo do que foi requerido pelo CSNU. Que houve certa margem de apreciação pela Suíça na aplicação das resoluções do Conselho de Segurança. E afirmou que, apenas depois de uma semana da retirada de seu nome da lista do Comitê de Sanções, a Suíça retirou seu nome da lista nacional, o que demonstra que não era um seguimento automático das decisões do Conselho de Segurança, mas havia certa apreciação. Nada advoga que a Carta das Nações Unidas não pode ser utilizada para deixar de cumprir as obrigações internacionais de um Estado-membro.

Entendeu a Corte que era competente para analisar o caso, em se tratando

a Suíça de um Estado participante da Convenção. Seria responsável, pelo disposto no artigo 1º da Convenção Européia para Direitos Humanos, o Estado participante da Convenção, na medida da sua jurisdição. Dentro de sua jurisdição, o Estado deve garantir, assegurar os direitos e liberdades definidos na Convenção. Faz-se mister lembrar que as resoluções do CSNU foram implementados a nível nacional e que, ao serem requisitados por Nada para retirar seu nome de suas listas nacionais, rejeitaram-lhe os pedidos os órgãos suíços responsáveis. Os atos questionados seriam, portanto, atos nacionais, internos, o que faz da Suíça a responsável pelas violações. Alegou a *Confœderatio Helvetica* que o assunto era incompatível ratione materiae com a Convenção e que a natureza das resoluções do CSNU era vinculativa, com supremacia sobre tratados outros. A Corte julgou esses últimos argumentos como parte do mérito e não preliminares.

Quais seriam as violações sofridas por Youssef Nada? Primeiramente, alegou ter sofrido as alegações do artigo 8 da Convenção para Proteção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que versa sobre o direito ao respeito à vida privada e familiar.

Nada alegou que ao proibir sua entrada e trânsito pela Suíça, o Governo Suíço violou sua vida pessoal, profissional e familiar, vez que o impediu de receber tratamentos médicos, visitar membros de sua família e ver amigos, além de ter sido uma ofensa à sua honra e reputação. A Corte julgou que saúde, integridade física e moral se enquadrariam no termo "vida privada". Também estariam incluídos nesse conceito o relacionamento que se pode ter com outros seres humanos, com o mundo em geral e o desenvolvimento pessoal. Protege também o artigo 8 a vida familiar. Devem os Estados Contratantes procurar agir de forma a não prejudicar a normal vida familiar de um indivíduo. Para determinar se realmente havia uma vida familiar suscetível a prejuízos, cabe à Corte analisar casuisticamente. Seria cabível, portanto, esse questionamento. Declarada admissível a queixa, analisa-se o mérito. Alegou Nada que as restrições que lhe foram impostas o impediram de comparecer a casamentos e funerais de sua família. Assim, afirma que teria sido privado de sua vida familiar. Afirma também que ele não tinha a opção de viver em outro lugar da Itália que não o pequeno enclave de Campione d'Italia. Teria causado a inclusão de seu nome na lista do Taliban danos a sua reputação e honra. Por fim, afirma Nada que nunca teve o direito de contestar tais alegações de que estaria financiando o Terrorismo Internacional.

Em resposta, a Confederação Suíça alega que Youssef Nada estava livre para receber quaisquer visitas quisesse, em particular de seus netos. Que não seria impossível ou particularmente difícil para suas famílias ou amigos ir visitá-lo em Campione d'Italia. Que Nada poderia ter conseguido uma isenção das sanções para ocasiões como casamentos de amigos e parentes e que poderia ter solicitado a permissão para viver em outra parte da Itália, onde não estaria tão isolado. Advogou também a Suíça que a Convenção não protegia o direito de um estrangeiro de entrar em um território no qual estaria proibido de entrar simplesmente para que ele possa manter sua residência em um enclave do qual não poderia sair sem cruzar a fronteira de tal território. A Corte, ao iniciar o julgamento em mérito, reconhece que um Estado pode controlar a entrada de estrangeiros em seu território. Não assegura a Convenção para Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais o direito de um estrangeiro a entrar num determinado Estado. No entanto, na demanda em tela, vê-se que a restrição se conjugava de modo muito severo no caso específico de Nada, por conta da localização de Campione d'Italia. Confinando Nada por 6 anos no pequeno enclave italiano, restringia-se o seu contato com seus amigos e família. A Corte decidiu que houve uma interferência na esfera da vida pessoal do Senhor Nada. Teria sido, entretanto, uma interferência justificada? Chama-se a atenção para os institutos da Segurança Nacional e Segurança Pública no §2° do artigo 8 da Convenção. A Corte pondera sobre a possibilidade da intervenção ter sido "de acordo com o Direito" como determina tal parágrafo do artigo 8.

Decide, então, a Corte que, consoante o artigo 1 da Convenção para Proteção de Direitos Humanos, o Estado contratante é responsável por todas omissões e atos, consequente do Direito Interno ou de Tratados. Na medida em que a Suíça é parte da Convenção, deveria ser responsabilizada por seus atos diante da Convenção. A Convenção também não poderia ser interpretada *in vacuum*, mas deve ser interpretada em harmonia com os Princípios Gerais do Direito Internacional. Dever-se-ia levar em conta qualquer regra de Direito Internacional aplicável, em especial aquelas de proteção aos Direitos Humanos. Faz-se mister lembrar que, ao adquirir novas obrigações em Direito Internacional, não se extinguem as anteriores. Quando obrigações aparentemente contraditórias são aplicáveis, a Jurisprudência e Doutrina guiam a aplicação da norma. Em caso anterior, conhecido como Al-Jedda, reconhece-se a primazia das obrigações provenientes da Carta da ONU e observa os motivos pelos quais a ONU fora criada: manter a Paz Internacional e Segurança, além

de alcançar a cooperação na promoção de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. É dever do Conselho de Segurança atuar de acordo com os princípios da Carta da ONU, como disposto no artigo 24 desse diploma normativo. Pressupõe-se, portanto, que não tem a intenção de ferir Direitos Humanos. E, ao interpretar isso, a Corte Europeia de Direitos Humanos deve escolher a interpretação que mais se harmonize com o seu propósito: a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Contudo, o caso Al-Jedda não envolvia a expressa proibição para os Estados-membros da ONU de permitir a entrada e trânsito de indivíduos na lista referente à Resolução 1390. Seria, desse modo, refutada a tese adotada no caso Al-Jedda, porque a Resolução 1390 do Conselho de Segurança adota um conteúdo que vai de encontro à proteção de Direitos Humanos. A base legal para a aplicação das sanções foi o art. 4º da Portaria sobre o Taliban. Tais sanções foram impostas objetivando uma meta legítima: prevenir crime e combater o Terrorismo Internacional, de forma a também contribuir com a proteção da própria segurança nacional da Suíça.

Foi afirmado pelo Governo Suíço que não teria liberdade para decidir sobre a aplicação ou não das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Cabe à Corte examinar o *quantum* de liberdade para aplicação da norma foi dado aos Estados-membros da ONU. Observou-se que a Suíça não era membro da ONU até 10 de setembro de 2002, o que significa que implementou as sanções contra o Taliban antes mesmo de se tornar um membro das Nações Unidas. Antes que se tornasse membro, a Confederação Suíça adotou a nível doméstico a Resolução 1390. Tal Resolução do Conselho de Segurança previa que deveria ser implementada por todos os Estados, membros e não-membros das Nações Unidas. No entanto, observa-se que a Carta das Nações Unidas não impõe um determinado modelo para a implementação das resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança. A Carta da ONU deixaria aos seus membros, no entendimento da Corte, a livre-escolha dos vários modelos para transpor tais regras ao seu ordenamento interno. O Conselho de Segurança, todavia, mandou que todos os Estados aplicassem as medidas e, assim, fortalecessem, por meio de mudanças legislativas ou administrativas em leis ou regulamentos domésticos, a proteção de seus cidadãos e o cerco ao Terrorismo, onde apropriado. Esta última expressão demonstrava certa flexibilidade na implementação das sanções. A Corte julgou que a Suíça tinha certa ingerência na aplicação de normas, desfrutando de certa flexibilidade de escolha da aplicação. A maneira pela

qual a Suíça implementou as resoluções foi proporcional? Consoante o entendimento da Corte não foi equilibrada e proporcional o tipo de sanção aplicada a Youssef Nada, prejudicando o seu direito à privacidade, à família. Assim, houve violação ao Artigo 8 da Convenção.

Nada também afirmou ter sido prejudicado ao não ter direito de recursos para reclamar dos seus direitos da Convenção para Direitos Humanos, violando o artigo 13. Observemos o artigo 13:

> Artigo 13 - Todos cujos direitos e liberdades estão previstos nesta Convenção forem violados devem ter um efetivo recurso diante de uma autoridade nacional, não obstante que a violação tenha sido cometida por autoridades oficiais do Estado.

Alega Nada não ter tido a possibilidade de rever a imposição de sanções sobre ele, nem por parte das autoridades nacionais suíças, nem por parte do Conselho de Segurança. A Suíça apontou para o fato de que Nada requisitou a retirada do seu nome da lista por diversas vezes. A Suíça não seria competente para requisitar ao Conselho de Segurança a retirada do nome de Nada da lista à qual as listas suíças de repressão ao Taliban estavam ligadas. Alegou também que a Suíça ainda ajudou a Nada oferecendo a documentação que provava que não foram encontrados indícios de qualquer crime ou ligação com o Terrorismo. Ao final do julgamento, considerou que a Corte que houve violação do artigo 13 da Convenção Europeia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, porque quando Youssef Nada tentou pedir revisão de atos administrativos de autoridades suíças, eles não chegaram a analisar o mérito, as efetivas violações à Convenção. A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que nenhuma disposição nas resoluções impedia a Suíça de efetivamente implementar um grau de revisão dos mecanismos de sanção. Quanto ao artigo 5, a Corte entendeu que não houve violações por parte da Suíça. Por fim, alegou Youssef que foram violados pela Suíça o artigo 9, pelo seu direito de religião - o qual supostamente estaria proibido de praticar devido à ausência de mesquitas em Campione d'Italia e devido às sanções. Contudo, não considerou a corte que houve tal violação.

Ao final do julgamento, considerou a Corte que houve violações ao artigo 8 da Convenção e ao artigo 13 e, portanto, condenou a Confederação Suíça ao pagamento da importância de € 30000,00 a Nada, ressarcindo todos os seus custos do processo.

4 IMPACTO DA DECISÃO

A grande questão que cerca a decisão do caso Nada v. Suíça é exatamente a Supremacia da Carta das Nações Unidas e de suas obrigações sobre quaisquer outros tratados que um país tenha ratificado. Estaria em vigor tal teoria? A decisão da Corte Europeia para Direitos Humanos optou pelo não. A sua decisão contraria uma teoria amplamente aceita, no âmbito da corrente monista do direito internacional, sobretudo quanto ao aspecto da hierarquia das normas. Resumidamente, temos um caso em que Youssef Nada, por estar em um enclave italiano na Suíça, não poderia ir a lugar nenhum dentro da Itália. A corte considerou que a Suíça violou o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (respeito à vida particular e familiar) e também porque a Suíça deveria ter avisado a Itália para que esta, como membro temporário do Conselho de Segurança, lá expusesse o caso. Além disso, a decisão mostrou considerar necessário que a Suíça adaptasse as sanções ao caso do senhor Nada, o que por si só parece demonstrar que as sanções do Conselho de Segurança não são absolutas, mas requerem uma adaptação caso a caso, além de respeitar os tratados que o país se comprometeu a cumprir. No entanto, a corte não respondeu diretamente a questão se o art. 103 da Carta das Nações Unidas valida ou não a precedência das resoluções do Conselho de Segurança sobre as demais obrigações.

Interessante lembrar que as sanções foram atribuídas à Suíça, no exercício de sua própria jurisdição. A Corte deu ênfase às condições médicas do Senhor Nada, também afirmando não serem proporcionais as medidas aplicadas pela Suíça. Consoante Marko Milanovic[2], a Corte acreditou que a Suíça poderia ter "afrouxado" as sanções, sem fugir do escopo da resolução do Conselho de Segurança. O resultado final chega a ser um tanto contraditório: ao mesmo tempo em que os Estados devem tutelar direitos humanos, também não podem deixar de aplicar as sanções do CSNU. Não ficou claro como isso seria feito e nem como o artigo 13 da Convenção foi violado. A Corte Europeia para direitos humanos parece ter negado a jurisdição da Corte Federal Suíça, além de negar a precedência da Carta da ONU sobre outros tratados, enfraquecendo o seu artigo 103.

5 CONCLUSÃO

Por que podemos concluir que se trata de um Crucial case? Seria na

[2] MILANOVIC, Marko. European Court Decides Nada v. Switzerland. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/european-court-decides-nada-v-switzerland>. Acesso em 10 ago. 2013.

verdade um Crucial case Desconfirmatório, porque a teoria monista, em que tudo levava a crer que a Suíça seria isenta de responsabilidade – afinal, estava apenas cumprindo com suas obrigações perante a Carta da ONU, cuja precedência sempre existiu -, no entanto, ela acabou por ser condenada por violar uma convenção que poderia ser considerada inferior hierarquicamente diante da Carta de San Francisco. A teoria não se mostrou verdadeira em todos os casos, se desconfirmou. A verdade é que não ficou clara a decisão do caso Nada v. Confederação Suíça se realmente o art. 103 da Carta da ONU não se aplica nesses casos[3], nem explicou muito a razão do art. 13 ter sido aplicado como base para a condenação da Suíça. O fato é que se menciona que a Suíça fora muito rigorosa na aplicação das sanções do Conselho de Segurança e que deveria tê-las flexibilizado, levando em conta a idade do sancionado, suas condições médicas e o fato de ele residir em um pequeno enclave, do qual não pode ter acesso ao resto da Itália sem cruzar a fronteira suíça (o que por si só, entretanto, não foi considerado privação de liberdade segundo o art. 5º da Convenção).

REFERÊNCIAS

COUNCIL OF EUROPE. **Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>. Acesso em 20 nov. 2013.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Nada v. Switzerland** (Application n. 10593/08). Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-113118>. Acesso em 20 nov. 2013.

MILANOVIC, Marko. **European Court Decides Nada v. Switzerland**. Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/european-court-decides-nada-v-switzerland>. Acesso em 10 ago. 2013.

[3] MILANOVIC, Marko. European Court Decides Nada v. Switzerland.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU E O CASO KADI: CONTROLE JUDICIAL DAS RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA

The European Court of Justice and the Kadi Case: judicial control over Security Council Resolutions

Rodolfo Gomes Silva

Sumário: 1 Introdução. 2 O Controle Judicial das Decisões do Conselho de Segurança e a Carta das Nações Unidas. 3 A União Europeia, o Direito Comunitário, e o Questionamento às Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: Em Julho de 2013, a Grande Câmara do Tribunal de Justiça Europeu decretou a retirada do nome do empresário saudita Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi da Listagem de Sanções Europeia, dando fim ao caso Kadi II, e determinando a não execução por parte da União Europeia, de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Efetuou-se o que se chamou de controle judicial da execução, buscando-se afastar a hipótese de revisão de diretiva do CSONU; mas estabeleceu-se importante precedente judicial que se alastra pelas cortes europeias. O presente artigo é uma análise crítica da decisão judicial, e um estudo de sua fundamentação no direito internacional público.

Palavras-chave: Controle judicial no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Limites aos poderes do Conselho de Segurança. Reinterpretações da Carta das Nações Unidas.

Abstract: In July 2013, the European Court of Justice's Grand Chamber decided for the removal of saudi-arabian businessman Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi's name from the European List of Sanctions, putting an end to the Kadi II case, and determining the non-execution by the European Union of a United Nations Security Council's resolution. It has been called a judicial control over execution, in an attempt to divert any hypothesis of an UNSC's directive being revised; but the decision established an important precedent, now spreading throughout European courts. This article is a critical analysis of the court's decision and a study of its foundations in international public law.

Key-words: Judicial control in the United Nations Security Council. Limits to Security Council's powers. Re-interpretations of the United Nations Charter.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2000, por iniciativa dos Estados Unidos da América, e com a anuência dos demais membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSONU), o nome de Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi foi incluído na lista do Comitê do Conselho de Segurança para Sanções contra al-Qaida, regulada à época pelas Resoluções 1267/99 e 1333/00 do referido Conselho. Em 2002, o nome do empresário saudita foi incluído da Listagem de Sanções Europeia, e a Comunidade Europeia passou a executar as sanções previstas pelo Comitê: bloqueio de bens, proibição de deixar o território nacional em que se encontra, e proibição do uso, envio ou venda de armamento e material bélico.

No mesmo ano, o senhor al-Kadi questionou sua inclusão na Listagem de Sanções Europeia perante o Tribunal de Justiça Europeu, dando início a ação que viria a ser chamada "Caso Kadi I". Após uma decisão desfavorável da Corte de Primeira Instância em 2005, que rejeitou o pedido de remoção do nome da Lista, a

Grande Câmara do Tribunal de Justiça Europeu optou por contrariar os precedentes judiciais de outros casos e determinar, em 2008, a anulação do ato executivo que incluiu o nome de Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi na Listagem de Sanções Europeia. A decisão afirmou que o ato executivo violava a Carta da União Europeia ao impor sanções ignorando o Direito ao Devido Processo Legal, e não apresentar justificativa para as mesmas.

No entanto, ainda em 2008, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSONU) pediu à Comissão Europeia para que reincluísse o nome do empresário saudita na listagem de sanções regional, e voltasse a observar as disposições do Conselho de Segurança, visto que a negativa significaria a violação dos artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas. Por meio de carta, o CSONU apresentou justificativas para a imposição de sanções ao senhor al-Kadi, e após breve correspondência com o empresário, a Comissão Europeia mais uma vez incluiu seu nome da Listagem de Sanções Europeia, voltando a aplicar-lhe as sanções previstas pelo Conselho de Segurança.

Em 2009, o senhor al-Kadi apresentou ao Tribunal de Justiça Europeu novo questionamento à inclusão de seu nome na lista de sanções, dando início ao "Caso Kadi II". Alegava que a regulação da Comissão Europeia continuava a violar seu Direito à Propriedade, que a comissão não forneceu justificativas para manter o congelamento de seus bens, que a Comissão Europeia errou em pedir que se manifestasse através de cartas, e que a condenação administrativa que sofreu continuava a violar seu Direito ao Devido Processo Legal. Desta vez, em 2010, a Corte Geral do Tribunal de Justiça lhe dá ganho de causa em instância original, e tendo a Comissão Europeia, o Comitê Europeu e o Reino Unido recorrido a decisão, a Grande Câmara confirmou a sentença da Corte Geral, determinando, em 2013, pela segunda vez, a retirada do nome de Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi da Listagem de Sanções Europeia.

No entanto, não foi a decisão do Tribunal de Justiça Europeu a atender, oficialmente, o pedido do senhor al-Kadi. Em 2012, ainda durante a tramitação do processo na Grande Câmara, o Comitê do Conselho de Segurança para Sanções contra a al-Qaida retirou o nome do litigante da Lista de Sanções 1267, atendendo ao pedido do empresário saudita feito através do Escritório de Ombudsperson. Trata-se de mecanismo estabelecido pelo CSONU através de sua Resolução 1904/09, e modificado através da Resolução 1989/11, com o intuito de centralizar e

desjudicializar os pedidos de retirada de nomes da lista de sanções. Com isso, a União Europeia não violaria os artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas ao retirar o nome do senhor al-Kadi da Listagem de Sanções Europeia, visto que já não era determinação do Conselho de Segurança que o indivíduo sofresse as sanções previstas.

A retirada do nome do senhor al-Kadi da Lista de Sanções 1267 antes do julgamento do caso pela Grande Câmara poupou ambas as organizações internacionais envolvidas do constrangimento inerente ao conflito de decisões. A apressada medida do Escritório de Ombudsperson atrasou um esperado conflito de ordenamentos entre duas importantes instituições de direito internacional público, que provará ser controverso desafio jurídico, político, e, sobretudo, doutrinário, a ser solucionado pela sociedade internacional. Não obstante, o caso observado já fornece interessante material para análise acadêmica.

Os casos Kadi I e Kadi II ilustram a polêmica concernente às possíveis violações de direitos fundamentais decorrentes das ações prescritas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Tais medidas, legitimadas pelos amplos poderes concedidos ao órgão pela Carta de São Francisco, são tradicionalmente justificadas pela doutrina internacionalista como consequência do compromisso do CSONU para com a manutenção da paz e segurança internacionais.[363] No entanto, este compromisso não o isenta de críticas advindas de inúmeros Estados, cortes, organismos internacionais, e parte da doutrina, que clamam por reformas que alterem sua composição, estrutura e mecanismos de atuação.

Este artigo tem o objetivo de oferecer análise crítica à decisão do Tribunal de Justiça Europeu e, por meio do estudo dos raciocínios nela desenvolvidos, analisar a possibilidade do exercício de controle judicial das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. O artigo visa ainda apurar se este controle fere ou protege o direito internacional público, e se ele de fato ocorreu nas decisões dos casos Kadi. Busca, por fim, analisar quais os raciocínios jurídicos utilizados pelas cortes domésticas e internacionais para legitimar ou afastar tal controle, e observar o quanto a questão é inerente ao direito internacional público como domínio jurídico.

2 O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÕES DO CONSELHO DE

[363] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 654

SEGURANÇA E A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Tradicionalmente, quando diante de uma ação judicial que pede por medidas prejudiciais a decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, cortes domésticas de Estados signatários da Carta de São Francisco lhes declaram improcedentes, reconhecendo-se incompetentes para decidir em contradição ao órgão[364]. Apoiam-se nos artigos 25 e 103 da antes mencionada Carta, que prescrevem a aceitação e execução das decisões do CSONU, e a primazia de suas resoluções sobre os ordenamentos de outras organizações internacionais. Pode-se dizer que é jurisprudência internacional consolidada a observância de tais dispositivos, e a recusa ao exercício de controle judicial das decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas[365].

Em Kadi I, a argumentação da Corte de Primeira Instância do Tribunal de Justiça Europeu pautou-se pela mesma linha, e recusou-se a determinar a retirada do nome de Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi da Listagem de Sanções Europeia por esta consistir de lista executória das sanções prescritas pelo Conselho de Segurança, em conformidade com o artigo 25 da Carta de São Francisco. Invocou ainda o artigo 103 do mesmo tratado para refutar argumentos pedindo a observância da Carta Europeia de Direito Humanos.

É interessante ressaltar que a União Europeia não é membro pleno da Organização das Nações Unidas (apenas observador), mas mesmo assim o Tribunal de Justiça Europeu opta por obrigar-se segundo as prescrições de sua Carta constitutiva. Isto se dá não por sucessão (ou assunção) das obrigações adotadas por seus Estados membros, como pode ser postulado, mas por observância ao inciso 6 do artigo 2 da Carta das Nações Unidas, que prescreve que mesmo Estados não membros se obrigam pelo que ali é determinado. Nota-se que neste raciocínio, a União Europeia equipara-se a Estado, por realizar interpretação finalística do dispositivo e entender que o contexto de redação da cláusula não tinha o objetivo de excluir organizações internacionais de sua ordenação[366].

---

[364] TZANAKOPOULOS, Antonios. Kadi II: The 1267 Sanctions Regime (Back) Before the General Court of the EU. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/kadi-ii-the-1267-sanctions-regime-back-before-the-general-court-of-the-eu>. Acesso em 10 dez. 2013.

[365] TZANAKOPOULOS, Antonios. Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/kadi-showdown>. Acesso em 10 dez. 2013.

[366] KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The Kadi case – constitutional core values and international law – finding the balance? **European Journal of International Law**, v. 23, n. 4, 2012, p. 1015-1-24. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/23/4/2343.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013.

Com interpretação semelhante a do Caso Kadi I, diversas cortes europeias deram fim a ações pleiteando a revisão de sanções impostas pelo Comitê 1267 do Conselho de Segurança, sempre com base nos artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas. Ocorreu em casos como Nada, Abdelrazik, Hay, Ahmed, Ali, Othman, e outros[367]. No entanto, ainda que isto reflita uma muito positiva preocupação com a responsabilização internacional e respeito aos instrumentos internacionais ratificados, tanto por países doutrinariamente classificados como monistas, quanto por países de ideologia reconhecidamente dualista; isto se aproxima de uma aplicação concreta do antigo e muito criticado entendimento doutrinário de que o CSONU seria *legibus solutus*.

Hans Kelsen defendia que as ações perpetradas pelo Conselho de Segurança não deveriam ter o objetivo de manter ou restaurar o Direito, mas sim, de manter ou restaurar a Paz, que não necessariamente seria idêntica ao Direito[368]. Trata-se de um entendimento reproduzido pelo monismo internacionalista radical, que vê o Conselho de Segurança como órgão político legitimado pela teoria da soberania relativa, e, portanto, superior à lei internacional. Trata-se ainda de um entendimento reproduzido em artigos da Carta das Nações Unidas (notadamente os artigos 39 e 41), manifesto na práxis do CSONU, e que encontra respaldo até mesmo em alguns votos proferidos no âmbito da Corte Internacional de Justiça (como no caso *Lockerbie*)[369].

No mesmo sentindo, pronuncia-se Bernd Martenczuk, para quem nem mesmo o Jus Cogens seria limitação aos poderes do Conselho de Segurança[370]. O jurista alemão afirma que CSONU seria disciplinado pelo regime da Carta das Nações Unidas, instrumento que também lhe confere seus poderes, enquanto o Jus Cogens seria fonte de direito internacional oriunda da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e, portanto, instituto típico deste ramo do direito internacional[371]. Ignora até mesmo o fato da carta de São Francisco ser tratado, pelo fato do dispositivo internacional ser utilizado como instrumento constitutivo de organização

[367] TZANAKOPOULOS. Kadi Showdown.
[368] KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamental problems. Nova York: Frederick A. Praeger, 1964. p. 294
[369] SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 95.
[370] SALIBA. **Conselho de Segurança da ONU**. p. 110.
[371] MARTENCZUK, Bernd. The Security Council, the International Court and Judicial Review: what lessons from Lockerbie? **European Journal of International Law**, v. 10, n.3, 1999, p. 517-547. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/10/3/598.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013. p. 545-546.

de cunho político, com efeitos definidores de amplo espectro sobre a sociedade internacional.

A doutrina se esmera em refutar tais argumentos favoráveis ao caráter *legibus solutus* do Conselho de Segurança, temendo de forma evidente os abusos de poder que esta condição poderia ensejar. Daillier, Dinh e Pellet relembram que por mais que se fale de soberania relativa, a Organização das Nações Unidas, tal como é concebida hoje, não nega e nem limita a soberania. Para os três doutrinadores, seria na vontade dos Estados que os poderes conferidos ao CSONU se erigem, e a organização e seu instrumento constitutivo devem ser interpretados no sentido de permitir uma coexistência de soberanias tão harmoniosa quanto possível[372]: uma severa limitação ao rol de ações oferecidas ao Conselho de Segurança.

A respeito do Jus Cogens e da disciplina jurídica do CSONU, a própria Comissão de Direito Internacional se manifestou em seus comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, esclarecendo que o objetivo da Comissão é o progressivo desenvolvimento e codificação do direito internacional, de modo que ao redigir a Convenção, a Comissão estava materializando norma internacional já existente, e aplicável, portanto, a outros dispositivos anteriores[373].

Em outra linha de argumentação, sem buscar limites externos aos poderes concedidos ao Conselho de Segurança pela Carta de São Francisco, é possível encontrar limitações a tais prerrogativas dentro do próprio instrumento constitutivo da Organização das Nações Unidas. O artigo 25 prediz que, "*Os Membros das Nações Unidas concordariam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.*" Por mais que cortes internacionais prefiram interpretar a expressão "de acordo com a presente Carta" como uma reafirmação das demais ordenações da Carta das Nações Unidas, há parte da doutrina que vê este fragmento como uma limitação às resoluções do Conselho de Segurança que o Estados Membros tem o dever de aceitar[374].

Desta forma, estariam vinculados os Estados Membros, às resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que observassem os princípios e diretrizes estabelecidos pela Carta de São Francisco: um limite interno ao próprio dispositivo que poderia dar ensejo ao controle judicial e avaliação de validade das decisões

372 SALIBA. **Conselho de Segurança da ONU**. p. 96.
373 SALIBA. **Conselho de Segurança da ONU**. p. 110.
374 SALIBA. **Conselho de Segurança da ONU**. p.112-115.

emitidas pelo órgão.

Esta argumentação alinha-se ao entendimento de que o controle judicial de resoluções do Conselho de Segurança não fere o direito internacional público, sendo inclusive necessário à manutenção da segurança global, à defesa dos direitos humanos, e à observância dos princípios gerais de direito. A hipótese assenta-se na compreensão de que a execução automática de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, bem como a observância absoluta da primazia do órgão no âmbito internacional, pode dar ensejo a violações do direito internacional público e dos direitos fundamentais.

Na esfera política, em paralelo aos debates nos casos Kadi, o CSONU argumenta a respeito da fragilidade dos sistemas de sanções do qual dispõem as Nações Unidas, englobando neste comentário até mesmo o criticado Sistema 1267, que contemplava até 2013 o senhor Yassin al-Kadi.

A Lista do Comitê do Conselho de Segurança para Sanções contra al-Qaida, instituída pela Resolução 1267/99 do CSONU, foi criada no contexto da crise do Taliban, na qual o governo do Afeganistão era acusado de oferecer abrigo e proteção a grupos terroristas islâmicos[375]. Com o passar do tempo, teve seu escopo ampliado através de resoluções do CSONU (a nomear as resoluções 1333/00, 1373/01, 1452/02 e 1730/06[376]) com o intuito de tornar-se arma na política de guerra contra o terror. Desde então, qualquer estado pode submeter à aprovação pelo Comitê nomes de suspeitos de envolvimento com al-Qaida e outras células terroristas, que, se aprovados, serão contemplados pelas sanções de bloqueio de bens, proibição de deixar o território nacional em que se encontra, e proibição do uso, envio ou venda de armamento e material bélico. O objetivo de tais sanções é enfraquecer as células terroristas impedindo o seu financiamento e dificultando seu acesso a recursos, seja econômico, bélico, ou humano.

Semelhante a qualquer outra resolução do CSONU, a implementação de tais sanções depende de sua observância pelos Estados membros da ONU, e do respeito destes Estados aos artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas. Isto revela a fragilidade argumentada pelo Conselho de Segurança, que ressalta a vital importância das sanções contra indivíduos no combate às práticas terroristas, bem como a implementação definitiva e contínua das mesmas, visto que qualquer brecha no

[375] SALIBA. **Conselho de Segurança da ONU**. p.87-88.
[376] TZANAKOPOULOS. Kadi II.

sistema enseja a recaptura de patrimônio e recursos por parte de células terroristas[377].

Esta linha de raciocínio era utilizada para legitimar o questionamento da inclusão de nomes na lista por meio de proteção diplomática e representação do Estado frente ao Conselho de Segurança. De fato, permitir que a inclusão destes nomes fosse matéria passível de apreciação judicial iria contra o interesse dos próprios Estados a propor a aplicação de sanções contra indivíduo em questão[378], visto que o Sistema 1267 da ONU consiste no meio mais eficaz de impor sanção a um suspeito integrante de célula terrorista a nível internacional.

O controle judicial realizado pelo Tribunal de Justiça Europeu, bem como o movimento que a precedeu, no qual várias ações semelhantes a do Caso Kadi foram propostas em cortes europeias, levou o próprio Conselho de Segurança a facilitar a revisão das resoluções do Comitê, por meio do Escritório de Ombudsperson e do pleito individualizado (independente de Proteção Judicial). A clara motivação destes ajustes foi evitar que alguma corte europeia chegasse tão longe quanto chegou a Grande Câmara do Tribunal de Justiça Europeu, mas ainda assim a situação se consolidou, e hoje, seu precedente judicial se alastra, ao passo que muitos objetos de sanções da Lista 1267 interpõem novos recursos para a revisão de antigos questionamentos julgados improcedentes. As primeiras decisões no mesmo sentindo da do Caso Kadi já começaram a ser expressas, como no caso *Othman VS European Council*[379], e a tendência é o número de decisões semelhantes aumentar.

É inegável que a crítica europeia à estrutura do Conselho de Segurança das Nações Unidas, por tanto tempo reprimida, agora encontra meios para se manifestar. Percebe-se no âmbito da União Europeia um movimento jurídico patente, que antes reprimido, agora encontra forças e apoio no precedente judicial estabelecido pelo Caso Kadi, e como que livre das amarras dos artigos 25 e 103 da Carta de São Francisco, agora produz nova tendência no sistema jurídico europeu.

O que deve ser analisado, no entanto, é: que característica especial do raciocínio do Tribunal de Justiça Europeu permitiu que fossem violados dois artigos tão caros à ordem jurídica internacional e aos operadores do direito internacional

377 TZANAKOPOULOS. Kadi Showdown.
378 TZANAKOPOULOS. Kadi Showdown.
379 HOVELL, Devika. A house of Kadis? Recent challenges to the UN sanctions regime and the continuing response to the ECJ decision in Kadi. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/a-house-of-kadis-recent-challenges-to-the-un-sanctions-regime-and-the-continuing-response-to-the-ecj-decision-in-kadi>. Acesso em 10 dez. 2013.

público? Qual o diferencial da abordagem europeia do direito internacional público que tornou tão natural, uma vez estabelecido o precedente, a concordância com este questionamento ao CSONU?

3 A UNIÃO EUROPEIA, O DIREITO COMUNITÁRIO E O QUESTIONAMENTO ÀS RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

A existência de um Direito Comunitário Europeu, ocasionada pelo estabelecimento da organização denominada União Europeia, submete os poderes judiciários dos Estados membros deste bloco de integração regional a um maior contato com o que se chama de direito internacional público. A convivência de ordenamentos jurídicos distintos à luz de normas e princípios incorporados por uma organização internacional, bem a convivência de diferentes culturas jurídicas e jurisprudenciais no âmbito de um único Tribunal com poderes de revisão, forçou as cortes europeias como um todo a um franco desenvolvimento de seu entendimento a respeito de normas coletivas e resoluções cogentes.

Apenas neste âmbito de profusa produção doutrinária nos campos de Direito Comunitário e Direito Internacional Público, poderia estabelecer-se como precedente judicial o descumprimento de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e a convivência estável de tal decisão com a observância regular dos demais institutos da mesma Organização, e resoluções do mesmo Órgão.

Uma possível explicação para tanto, seria existência de casos onde Estados membros da União Europeia se recusaram a observar resoluções do bloco de integração regional[380]: casos em que o Tribunal de Justiça Europeu anuiu com tal decisão, incorporando tal possibilidade aos institutos do chamado Direito Comunitário, ainda em construção à época. Uma possível interpretação dos contextos jurídico e doutrinário que deram ensejo à decisão do Caso Kadi, seria a transplantação de tal mecanismo jurídico da relação União Europeia – Estado Europeu, para a relação ONU – Estado Membro.

A conhecida decisão *Solange I* teve lugar na década de 1970, em um contexto onde o parâmetro de proteção aos Direitos Fundamentais prescrito pela União Europeia a nível regional era substancialmente menor e mais frágil ao

[380] KOKOTT; SOBOTTA. The Kadi case... p. 1017.

parâmetro de proteção aos mesmos direitos prescrito pelo Bundesverfassungsgericht Alemão: um reflexo do ainda primário estágio de desenvolvimento da União Europeia e do Tribunal de Justiça Europeu. Observando-se a situação na qual o nível de proteção oferecido pelo ente superior é menor que o nível de proteção oferecido pelo ente inferior, o Bundesverfassungsgericht Alemão optou por não adotar em seu ordenamento jurídico as prescrições da União Europeia enquanto seu padrão de proteção aos Direitos Fundamentais fosse insuficiente aos olhos do padrão constitucional alemão. A aceitação dos padrões comuns europeus, quando do incremento dos mesmo, foi a chamada decisão *Solange II*[381].

O Advogado Geral do Tribunal de Justiça Europeu Luiz Miguel Poiares Pessoa Maduro, quando do julgamento do Caso Kadi I, chegou a sugerir aos juízes da Grande Câmara que fosse adotada decisão que se valesse de mecanismo jurídico semelhante ao forjado durante a decisão *Solange I*[382]. Os argumentos sustentados pela representação do senhor al-Kadi pautavam-se na violação de seus direitos fundamentais, e sem dúvida alguma, a proteção exercida pela União Europeia era maior a prevista pela Carta da Nações Unidas, quando se trata de resolução do CSONU. No entanto, ainda que seja possível analisar a decisão da Grande Câmara como uma transplantação do célebre mecanismo jurídico (ainda que por meio de raciocínio diverso), esta não pareceu aos juízes a melhor opção.

Os Juízes do Tribunal de Justiça Europeu preferiram, tanto no caso Kadi I, quanto no caso Kadi II, exercer o que chamaram de controle judicial da execução[383]. Buscando-se afastar da possibilidade de revisão de uma resolução do CSONU (hipótese para a qual por diversas vezes o Tribunal se declarou incompetente), ou da possibilidade de legitimar o deliberado descumprimento de resolução ou parâmetro emitido por órgão das Nações Unidas, o Tribunal preferiu limitar-se a julgar o ato executivo da Comissão Europeia que incluía o nome de Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi na Listagem de Sanções Europeia, isto é, a execução da referida resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas[384].

A prática da Grande Câmara espelha em certa medida o Princípio de Competência Interna que rege a execução no Direito Comunitário Europeu. A execução das decisões do Tribunal de Justiça Europeu, ainda que sejam estas

[381] KOKOTT; SOBOTTA. The Kadi case... p.1018.
[382] KOKOTT; SOBOTTA. The Kadi case... p.1018.
[383] TZANAKOPOULOS. Kadi II.
[384] HOVELL. A house of Kadis?

decisões cogentes, observam as normas processuais e executivas internas de cada Estado membro, e dão ensejo a implementação particularizada de cada decisão à luz dos diversos ordenamentos jurídicos europeus[385]. Isto reflete a filosofia de que, devendo uma resolução internacional ser executada no âmbito interno de um Estado, ela se torna competência jurídica do mesmo, e com isso, passível de contemplação pela ordem jurídica interna deste Estado. Assenta-se ainda no entendimento de que, não havendo controle judicial da resolução (ou possibilidade de recurso) a nível internacional, deve haver controle judicial da execução a nível interno, tendo em vista que todo ato público deve ser passível de revisão.

Esta mesma filosofia levou o Conselho da União Europeia a emitir em 22 de Abril de 2009 regulação prevendo a criação de uma comissão europeia com a função de avaliar a Lista de Sanções 1267, e os nomes nela incluídos pelo Comitê, antes de incluí-los na Listagem de Sanções Europeia[386]. Essa medida, com o objetivo de evitar outra ação judicial como a do Caso Kadi, propôs a adoção do que se chamou de observância controlada das disposições do CSONU, em oposição à observância automática, que é prescrita, em tese, pela Carta de São Francisco[387].

A observância controlada também buscaria fundamento no mesmo raciocínio principiológico do caso Solange I: através de uma interpretação finalística de que os dispositivos da Carta das Nações Unidas teriam o objetivo de proteger os direitos fundamentais de indivíduos ao redor do globo, argumentar que um dispositivo regional que oferece maior proteção a estes mesmos direitos se contrapõe a resoluções do Conselho de Segurança, ensejaria a possibilidade de inobservância da mesma até que o Conselho venha a adotar proteção aos direitos fundamentais condizente com o esperado pelo organismo regional.

Trata-se de entendimento frontalmente oposto ao argumento do CSONU que ressalta a importância da manutenção das sanções para a segurança global, e que ilustra a preocupação do órgão com a fragilidade do sistema: tão vulnerável a insubordinações de seus Estados-membros.

Como descrito, o raciocínio jurídico que culminou com as decisões dos casos Kadi I e Kadi II, teve origem em um amplo rol de institutos, mecanismos e princípios jurídicos trabalhados no âmbito da União Europeia no exercício da

[385] SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Europeia**. Ijuí: Unijuí. 2005. p. 89.
[386] HOVELL. A house of Kadis?
[387] TZANAKOPOULOS. Kadi II.

pequena Ordem Jurídica Internacional nomeada Direito Comunitário. A decisão foi reflexo das soluções encontradas pelo Tribunal de Justiça Europeu para os conflitos entre Estados Nacionais e Organização Internacional ao longo do desenvolvimento da União Europeia, e ainda que não se tenha verificado um patente transplante de conceitos desta realidade para a outra (Estados Nacionais e Organização das Nações Unidas), ainda assim se observa um regionalístico entendimento do direito internacional público na forma como a práxis jurídica internacional europeia o adota.

4 CONCLUSÃO

A decisão dos casos Kadi I e II trouxe à tona a esperada controvérsia a respeito de possíveis violações de direitos fundamentais por parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a respeito da possibilidade de não execução destas resoluções por parte de Estados membros, e da necessidade de um controle judicial destas decisões.

Como exposto, é possível a interpretação de que resoluções do CSONU possuem limites materiais, previstos na Carta das Nações Unidas. Ainda que esta previsão seja real, não existe, a contrário senso, qualquer possibilidade de controle judicial das resoluções do Conselho, de modo que ainda que uma resolução do CSONU venha a exorbitar os limites materiais supostamente impostos pela carta da ONU, ainda assim, não seria possível o controle judicial nos atuais moldes da Organização Internacional.

Foi exposto também que as decisões dos casos Kadi I e II originaram-se de um contexto de ampla profusão doutrinária a respeito do direito internacional público, e de vasta experiência judicial no que se refere a conflitos entre dispositivos internacionais e ordenamentos jurídicos internos. Ainda que não tenha se efetivado um transplante dos mecanismos trabalhados no contexto europeu do Direito Comunitário para a relação jurídica entre União Europeia e Organização das Nações Unidas, houve clara influencia desta doutrina na maneira de entender-se o direito internacional público, e de contemplar os princípios a ele atinentes, adotada pelo Tribunal de Justiça Europeu.

Reconhecendo-se a Ordem Jurídica Internacional como âmbito não apenas de ordenamentos jurídicos positivados, mas também de dispositivos meta-jurídicos consagrados como o Jus Cogens e os Princípios Gerais de Direito Internacional, parece justo admitir que a transposição de princípios de direito

internacional para um ambiente mais amplo que seu ambiente jurídico de origem não é necessariamente violar o direito internacional público. Seria contribuir para seu avanço por meio da implementação de novas interpretações do direito.

O artifício argumentativo utilizado pelo Tribunal de Justiça Europeu no julgamento dos Casos Kadi, por não reformar a decisão do Conselho de Segurança em eficácia *erga omnes*, mas sim, impedir sua execução por parte de um ente em específico, não poderia ser classificado como controle judicial de resolução do CSONU. Ainda que países da União Europeia venham a acatar a decisão do Tribunal de Justiça (desrespeitando assim disposição do Conselho de Segurança) a decisão não pode ser considerada controle efetivo, e portanto, não a violação de competência que poderia se alegar no caso de controle judicial *erga omnes*.

O controle judicial de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, aos olhos deste artigo, ainda não ocorreu. Sua implementação contribuiria para a preservação dos direitos fundamentais e incremento da legitimidade das decisões do CSONU, e não teria origem em mera articulação política para a reforma do órgão, mas em interpretação jurídica válida e estudada pela doutrina internacionalista. Não há, nos moldes atuais da Carta de São Francisco, previsão que possibilite a criação de tal mecanismo, de modo que emendar o dispositivo internacional seria a melhor maneira de possibilitar o uso dos limites que seus autores talvez tenham imposto aos poderes do Conselho de Segurança. De todo modo, as decisões dos casos Kadi I e II demonstraram a compatibilidade de tal mecanismo com o respeito ao direito internacional público.

REFERÊNCIAS

HOVELL, Devika. A house of Kadis? Recent challenges to the UN sanctions regime and the continuing response to the ECJ decision in Kadi. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/a-house-of-kadis-recent-challenges-to-the-un-sanctions-regime-and-the-continuing-response-to-the-ecj-decision-in-kadi>. Acesso em 10 dez. 2013.

KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations**: a critical analysis of its fundamental problems. Nova York: Frederick A. Praeger, 1964.

KOKOTT, Juliane; SOBOTTA, Christoph. The Kadi case – constitutional core values and international law – finding the balance? **European Journal of International Law**, v. 23, n. 4, 2012, p. 1015-1-24. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/23/4/2343.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013.

MARTENCZUK, Bernd. The Security Council, the International Court and Judicial Review: what lessons from Lockerbie? **European Journal of International Law**, v. 10, n.3, 1999, p. 517-547. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/10/3/598.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU**. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da Comunidade Europeia**. Ijuí: Unijuí. 2005.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Kadi II: The 1267 Sanctions Regime (Back) Before the General Court of the EU. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/kadi-ii-the-1267-sanctions-regime-back-before-the-general-court-of-the-eu>. Acesso em 10 dez. 2013.

_____. Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ. **EJIL: Talk!** Disponível em: <http://www.ejiltalk.org/kadi-showdown>. Acesso em 10 dez. 2013.