

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Marcelo Dias Varella

Nitish Monebhurrun

Ivette Esis Villarroel

Editores Convidados:

Michelle Ratton Sanchez Badin

Fabio Costa Morosini

Arthur Roberto Capella Giannattasio

ISSN 2237-1036

| | | | | | | |
|--|----------|-------|------|----------|-----|------|
| Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law | Brasília | v. 15 | n. 1 | p. 1-311 | abr | 2018 |
|--|----------|-------|------|----------|-----|------|

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW****Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.

2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Editor Adjunto

Nitish Monebhurrun, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 15, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

| | |
|---|-----------|
| I. DOSSIÊ ESPECIAL: EXCLUSIONS AND ITS CRITICS: SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW | 1 |
| | |
| EDITORIAL | 3 |
| Conseguimos pensar em narrativas críticas do Direito Internacional no Sul Global? | 3 |
| | |
| ENTRE A APOLOGIA E A UTOPIA: A POLÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL..... | 6 |
| Martti Koskenniemi e Tradutor João Roriz | |
| 1. A fuga da política | 7 |
| 2. O teor do Estado de Direito: concretude e normatividade | 9 |
| 3. Estruturas doutrinárias | 10 |
| 4. Estruturas substanciais..... | 13 |
| 4.1. Soberania | 14 |
| 4.2. Fontes..... | 18 |
| 5. A política do direito internacional | 23 |
| 6. Considerações finais | 26 |
| Referências..... | 26 |
| | |
| A POLÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL: 20 ANOS DEPOIS | 31 |
| Martti Koskenniemi e Tradutor João Roriz | |
| 1. De doutrinas a instituições | 31 |
| 2. Prática: escolhas estratégicas à vista | 35 |
| 3. Teoria: contra o gerencialismo | 37 |
| 4. O European Journal of International Law | 40 |
| | |
| ABORDAGENS TERCEIRO-MUNDISTAS PARA O DIREITO INTERNACIONAL: UM MANIFESTO..... | 42 |
| Bhupinder S. Chimni | |
| 1. Introdução | 43 |
| 2. O Fim do Terceiro Mundo? | 44 |
| 3. Estado e Direito Internacional na Era da Globalização | 46 |
| 4. Ideologia, Força e Direito Internacional | 51 |
| 4.1. A ideia da boa governança | 52 |
| 4.2. Direitos Humanos como panaceia | 52 |

| | |
|--|-----------|
| 4.3. Salvação através da internacionalização dos direitos de propriedade..... | 53 |
| 4.4. A ideia do não-desenvolvimento..... | 54 |
| 4.5. O Uso da Força | 54 |
| 5. A História da Resistência e do Direito Internacional | 54 |
| 6. O Caminho a Seguir: Mais reflexões sobre uma Agenda de Pesquisa em TWAIL..... | 56 |
| 6.1. Aumentando a Transparência e Responsabilidade das Instituições Internacionais | 57 |
| 6.2. Aumentando a Responsabilidade das Empresas Transnacionais..... | 57 |
| 6.3. Conceituando a Soberania Permanente como Direito dos Povos e não dos Estados | 58 |
| 6.4. Fazendo Uso Efetivo da Linguagem dos Direitos | 58 |
| 6.5. Introduzindo Interesses dos Povos em Ordens Jurídicas não-Territoriais..... | 58 |
| 6.6. Proteger a Soberania Monetária por meio do Direito Internacional | 58 |
| 6.7. Garantindo Desenvolvimento Sustentável com Equidade..... | 59 |
| 6.8. Promovendo a Mobilidade Humana | 59 |
| 7. Considerações finais | 59 |

AROUND THE PYRAMID: POLITICAL-THEORETICAL CHALLENGES TO LAW IN THE AGE OF GLOBAL GOVERNANCE**62**

Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi

| | |
|--|-----------|
| 1. Neutrality and naturalization: assumptions of the discourse on global governance | 63 |
| 2. A kaleidoscopic pyramid: political underpinnings of the idea of governance..... | 66 |
| References..... | 68 |

VOICE AND EXIT: HOW EMERGING POWERS ARE PROMOTING INSTITUTIONAL CHANGES IN THE INTERNATIONAL MONETARY SYSTEM**71**

Camila Villard Duran

| | |
|--|-----------|
| 1. Introduction | 72 |
| 2. The global financial architecture: evolving challenges in managing international money | 75 |
| 3. Bretton Woods system in the 2008 aftermath: which monetary strategies? | 78 |
| 3.1. Voice monetary strategies | 79 |
| 3.2. Exit monetary strategies..... | 83 |
| 3.3. Practical consequences of G20 emerging powers' voice and exit strategies..... | 85 |
| 4. Final Considerations | 86 |
| References..... | 87 |
| Acknowledgements..... | 89 |

LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL SIGLO XXI: UNA APROXIMACIÓN DE LA HISTORIA DEL COLONIALISMO Y EL NEO-COLONIALISMO DESDE LOS PUEBLOS DEL TERCER MUNDO EN EL DERECHO INTERNACIONAL 91

Germán Medardo Sandoval Trigo

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción..... | 92 |
| 2. Primera parte: A través del reflejo..... | 93 |
| 3. Segunda parte: Del otro lado del espejo | 96 |
| 4. Tercera parte: El derecho internacional y el reflejo sin espejo | 98 |
| 5. Cuarta parte: El reflejo que rompe al espejo | 101 |
| Referencias..... | 103 |

INTERNATIONAL CLIMATE CHANGE REGIME AS A PROMOTER OF COLONIAL SYSTEMIC AND SYMBOLIC VIOLENCE: ITS RELATIONSHIP WITH INTERNATIONAL ENVIRONMENT SECURITY AND FOOD SYSTEM THRU THE LENS OF FEMINIST APPROACH 106

Douglas Castro e Bruno Pegorari

| | |
|---|-----|
| 1. Introduction | 107 |
| 2. Imperialism and feminism: fighting systemic and symbolic violence | 108 |
| 3. Climate change: an empirical analysis | 112 |
| 3.1. Visible dimension of the encounter of FT with IL..... | 112 |
| 3.2. Less visible dimension of the encounter of FT with IL | 113 |
| 3.2.1. Securitization of the climate change regime..... | 113 |
| 3.2.2. International food system and climate change regime..... | 114 |
| 3.2.3. Colonial language and FT operative concepts | 118 |
| 4. Final Considerations | 120 |
| References..... | 120 |

JUS COGENS: AN EUROPEAN CONCEPT? AN EMANCIPATORY CONCEPTUAL REVIEW FROM THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS 124

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Marina de Almeida Rosa

| | |
|--|-----|
| 1. Introduction | 125 |
| 2. Jus cogens: a europeanized concept..... | 125 |
| 3. The expansion of the jus cogens concept promoted by the inter-american court of human rights.... | 130 |
| 4. The anti-hegemonic discourse: fundamentals for a criticism of the closed concept of jus cogens. | 133 |
| 5. Final Considerations | 135 |
| References..... | 135 |

| | |
|---|------------|
| O CONHECIMENTO TRADICIONAL RELACIONADO AO COMPLEXO DO CURARE E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL..... | 139 |
| Marcos Vinícius Chein Feres e João Vitor de Freitas Moreira | |
| 1. Introdução | 140 |
| 2. Desenvolvimento teórico-metodológico | 141 |
| 3. Fato empírico e dados coletados | 142 |
| 4. Discussão de resultados | 151 |
| 5. Considerações finais | 156 |
| Referências | 157 |
| II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS | 159 |
| REVISITING THE CRITIQUE AGAINST TERRITORIALISM IN THE LAW OF THE SEA: BRAZILIAN STATE PRACTICE IN LIGHT OF THE CONCEPTS OF CREEPING JURISDICTION AND <i>SPOLLATIVE JURISDICTION</i> .. | |
| Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura | |
| 1. Introduction | 162 |
| 2. From the almost absolute freedom of the seas paradigm to the rise of coastal states..... | 163 |
| 3. What is wrong with the phrase “creeping jurisdiction”? | 166 |
| 4. Brazilian practice between 1945 and 1982 | 168 |
| 4.1. The five Brazilian stances on coastal state jurisdiction before 1973: The U-Turn | 168 |
| 4.2. Brazilian positions during the III UN Conference on the Law of the Sea: questioning maritime hegemonisms | 171 |
| 5. Conclusion: has Brazil been a bogeyman or a catalyst for change in the law of the sea? | 175 |
| References..... | 176 |
| EDUCAÇÃO SUPERIOR INTERCULTURAL, RECONHECIMENTO E REDISTRIBUIÇÃO: O DURO CAMINHO DOS POVOS INDÍGENAS NO EQUADOR | 180 |
| Vanessa Wendhausen Cavallazzi, Patrícia Perrone Campos Mello e Raony Soares | |
| 1. Introdução | 181 |
| 2. A educação colonizadora dos povos indígenas | 183 |
| 2.1. A violência epistemológica e o caráter homogeneizador da educação colonizadora | 183 |
| 2.2. A sacralização do saber científico como violação ao princípio da igualdade..... | 185 |
| 3. O direito à diferença dos povos indígenas como fundamento da educação intercultural..... | 188 |
| 3.1. Educação superior intercultural e igualdade: o direito a ser diferente | 189 |
| 3.2. Educação superior intercultural e multiculturalismo: em busca de uma hermenêutica diatópica | 191 |
| 4. Os desafios da educação superior intercultural na perspectiva da inserção social dos povos indígenas..... | 193 |
| 4.1. Educação superior intercultural e a lógica da inserção social..... | 193 |

| | |
|---|------------|
| 4.2. Educação superior intercultural: reconhecimento e redistribuição | 194 |
| 5. Considerações finais | 195 |
| Referências | 196 |

DESAFIOS DA GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL E A PARTICIPAÇÃO DO BRICS NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA ENERGÉTICO **200**

Fernanda Volpon e Marilda Rosado de Sá Ribeiro

| | |
|--|------------|
| 1. Introdução | 201 |
| 2. Governança Global: o paradigma do mecanismo da regulação pública e privada | 202 |
| 3. Governança Energética Global: um mercado estratégico governado pela fragmentação..... | 205 |
| 4. A (in)existente participação dos países do BRICS na governança energética global | 209 |
| 5. Energia Renovável: a chave para o sucesso do BRICS na governança energética global? | 212 |
| 6. Considerações finais | 216 |
| Referências..... | 217 |

A HERMENEUTICAL ANALYSIS ON THE RECOGNITION OF CHINA AS A MARKET ECONOMY AFTER 2016..... **222**

Alberto Amaral Júnior e Aline Pereira de Carvalho Heringer

| | |
|---|------------|
| 1. Introduction | 223 |
| 2. The implications of recognizing China as a market economy | 224 |
| 3. If China is not recognized as market economy: the applicable alternative methodology..... | 225 |
| 4. If China is not recognized as a market economy but the burden of proof is inverted | 226 |
| 5. Analyzing China's <i>sui generis</i> economy..... | 228 |
| 6. An analysis of articles 15 (a) and 15 (d) through the lens of the Vienna convention on the law of treaties | 231 |
| 7. Final Considerations | 234 |
| References | 235 |

THE ISIS ERADICATION OF CHRISTIANS AND YAZIDIS: HUMAN TRAFFICKING, GENOCIDE, AND THE MISSING INTERNATIONAL EFFORTS TO STOP IT **239**

Sarah Myers Raben

| | |
|--|------------|
| 1. Introduction | 240 |
| 2. The formation of ISIS | 241 |
| 3. The ISIS intent to eradicate Christians and Yazidis | 242 |
| 3.1. The False ISIS Promise of a Jizya and Coexistence with Christians | 242 |
| 3.2. The Methodical and Disturbing Capitalization of Women and Children..... | 243 |
| 4. The United Nations' Disregard for Christians..... | 244 |
| 4.1. The ISIS Declared-Intent to Destroy Christians and Yazidis | 245 |

| | |
|---|------------|
| 4.2. The Physical Elements and Acts of ISIS Against Non-Muslims | 246 |
| 5. Legal options to stop ISIS and human trafficking | 247 |
| 5.1. The International Criminal Court | 247 |
| 5.2. The United Nations Security Council..... | 248 |
| 5.3. Continued United States and Allied Military Action Against ISIS..... | 248 |
| 5.4. The Impact of National Trafficking Laws | 249 |
| 6. Final Considerations | 251 |
| References | 251 |

THE STRATEGIC PRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: REJECTION OF REQUESTS FOR AN ADVISORY OPINION.....255

Cecilia M. Bailliet

| | |
|--|------------|
| 1. Introduction | 256 |
| 2. Background Overview of the Advisory Opinions of the Inter-American Human Rights Court. | 257 |
| 3. Limitations to the Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights | 262 |
| 4. Rejection Orders to Requests for Advisory Opinion..... | 263 |
| 4.1. The Incompatibility of Legislation with the American Convention of Human Rights | 263 |
| 4.2. Corporal Punishment of Children | 264 |
| 4.3. Death Penalty..... | 267 |
| 4.4. Impeachment | 269 |
| 4.4.1. The Impeachment of President Rousseff | 269 |
| 4.4.3. The OAS Secretary-General's Extraordinary Request of an Advisory Opinion..... | 270 |
| 4.4.4. The Inter-American Democratic Charter and the Right to Democracy..... | 273 |
| 4.4.5. The Removal of Judges | 274 |
| 5. Final Considerations | 275 |

DIREITO INTERNACIONAL MONOCROMÁTICO: PREVISÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS LGBTI NA ORDEM INTERNACIONAL278

Rafael Carrano Lelis e Gabriel Coutinho Galil

| | |
|---|------------|
| 1. Introdução | 279 |
| 2. O direito internacional como fonte de reconhecimento | 280 |
| 3. Uma perspectiva lgbti sobre a legislação internacional de direitos humanos..... | 282 |
| 3.1. O sistema global de proteção dos Direitos Humanos..... | 283 |
| 3.2. Os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos | 284 |
| 3.3. Normativas da Organização das Nações Unidas | 285 |
| 3.4. Os Princípios de Yogyakarta | 286 |
| 3.5 Delineando os resultados da análise documental | 287 |

| | |
|---|------------|
| 4. A tutela dos direitos lgbtis nas cortes internacionais de direitos humanos..... | 287 |
| 4.1. Metodologia de busca | 288 |
| 4.1.1. A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos..... | 288 |
| 4.1.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos..... | 289 |
| 4.1.3 Corte Europeia de Direitos Humanos | 289 |
| 4.2 Análise dos casos encontrados..... | 290 |
| 5. Consequências e perspectivas do direito internacional monocromático..... | 291 |
| 6. Considerações finais | 293 |
| Referências | 294 |
| III. RESENHAS | 299 |
| RESENHA DO LIVRO EMPIRE DE MICHAEL HARDT E ANTONIO NEGRI | 301 |
| Arthur Roberto Capella Giannattasio | |
| RESENHA DO LIVRO IMPERIALISM, SOVEREIGNTY AND THE MAKING OF INTERNATIONAL LAW, DE ANTONY ANGHIE..... | 306 |
| Fabrício José Rodrigues de Lemos e Laura Madrid Sartoretto | |
| NORMAS EDITORIAIS..... | 309 |
| Envio dos trabalhos:..... | 310 |
| www.rdi.uniceub.br..... | 311 |

I. DOSSIÊ ESPECIAL:
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

Michelle Ratton Sanchez Badin

Fabio Costa Morosini

Arthur Roberto Capella Giannattasio

CONSEGUIMOS PENSAR EM NARRATIVAS CRÍTICAS DO DIREITO INTERNACIONAL NO SUL GLOBAL?

Michelle Ratton Sanchez Badin*

Fabio Costa Morosini**

Arthur Roberto Capella Giannattasio***

O direito internacional perdeu sua inocência. Com essa afirmação, abrimos a chamada especial *Exclusion and its critics: southern narratives of international law*, convidando a comunidade acadêmica a refletir criticamente sobre os espaços de produção de normas, as instituições e pessoas envolvidas, assim como os sujeitos que são objeto da normativa do Direito Internacional. Tratava-se de um convite para reimaginar o direito internacional sem a ilusão de sua neutralidade, abrindo caminho para narrativas que o conceituam como instrumento de expansão territorial e cultural, como o caso dos debates sobre imperialismo e colonialismo. Tratava-se, igualmente, de um convite para conceber as possibilidades de o Direito Internacional oprimir determinados grupos de pessoas, rompendo com a ideia de que essa expressão normativa não atinge a esfera privada. Nesse sentido, o exemplo das críticas sobre gênero (e.g. feminismos, *queer studies*) e raças e suas interseccionalidades, que analisam as possibilidades de o direito internacional reduzir o potencial emancipatório de determinadas narrativas e instrumentalizar opressões contra grupos específicos de pessoas. Todas essas são narrativas que procuram elucidar como o Direito Internacional pode anular formas alternativas de fazer, agir e pensar o direito.

Essa edição especial é resultado deste convite para a academia (re)pensar o campo a partir diferentes abordagens com preocupações emancipatórias. No convite, ainda adicionamos a intenção de convocar narrativas específicas de um Sul Global, com o intuito de abrir espaço para novas formas fazer, agir e pensar o direito, ainda à margem da produção dominante no campo do Direito Internacional. Como resultado, temos um número composto por três eixos de contribuições críticas: (i) artigos científicos que discutem os limites e as possibilidades do Direito Internacional, a partir de abordagens alternativas; (ii) resenhas; e (iii) traduções para o português de livros e textos reconhecidos por apresentar leituras críticas sobre o Direito Internacional.

No que se refere aos artigos, a chamada aberta favoreceu a apresentação de um bom número de candidaturas, que passou pelo procedimento de avaliação da própria Revista de Direito Internacional, seguindo a avaliação cega por pares. Os textos apresentados nesta seção são, assim, resultado desse processo de seleção que conjuga a seriedade já reconhecida da Revista de Direito Internacional à preocupação dos editores convidados em trazer e fomentar um debate críticos sobre o Direito Internacional, em diferentes

* Professora associada, em tempo integral, da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, co-coordenadora do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento na mesma instituição. Beneficiária em Projetos de Auxílio Regular à Pesquisa FAPESP (2014/25776-4 e 2018/00498-2), dos quais a iniciativa deste número especial é um de seus resultados.

** Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde coordena o Centro para Direito, Globalização e Desenvolvimento. Ph.D. e mestre em Direito Internacional pela University of Texas at Austin, e Master em Direito e Globalização Econômica pela Université de Paris 1/Sciences Po – Paris. Bolsista Produtividade em Pesquisa Nível 2 do CNPq.

*** Professor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Pós-doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Beneficiário em Projeto de Auxílio Regular à Pesquisa FAPESP (2016/20983-7), do qual a iniciativa deste número especial é um de seus resultados.

âmbitos de discussão: direito global, sistema monetário internacional, autodeterminação dos povos, mudanças climáticas, *ius cogens*, propriedade intelectual.

De maneira a estimular a retomada da leitura de textos exemplares sobre o pensamento crítico, as resenhas foram escolhidas do seguinte modo: (i) obras que trabalham a perspectiva da América Latina sobre Direito Internacional; (ii) obras que propõem leituras sobre império e imperialismo no Direito Internacional; e (iii) obras que abrangem leituras críticas não abordadas anteriormente. Para melhor distribuição de cada um dos grupos de resenhas, elas foram publicadas do seguinte modo: (i) o primeiro grupo de resenhas foi publicado já em 2017, no terceiro número do volume 14 desta revista, (ii) o segundo grupo de resenhas é publicado em 2018, neste primeiro número do volume 15, e (iii) o terceiro grupo de resenhas será publicado no segundo número do volume 15 da revista, ainda neste ano.

Por fim, entendeu-se pertinente apresentar ao público brasileiro as traduções de alguns artigos representativos de abordagens críticas, quais sejam: dois artigos de Martti Koskeniemi, traduzidos por João Roriz, representativos da virada historiográfica; um artigo de Bhupinder Chimni, representativo de TWAIL- *Third World*

Approaches to International Law, traduzido por Ricardo Flores Filho, Julio Cesar Veiga Bezerra e Alessandro Hippler; e um artigo de Arturo Escobar, representativo do debate decolonial na América Latina, traduzido por Douglas de Castro, Olivia Pasqualeto e Ana Carolina de Castro. Juntamente com algumas resenhas, essa última tradução será publicada no segundo número do volume 15 da revista, ainda neste ano. Esse tipo de contribuição para o número especial procura ampliar o acesso a textos críticos, pela academia brasileira em geral, desde a graduação.

Com efeito, mais do que um estímulo reflexivo que convide à assimilação automática de conteúdo, esta proposta visa a apresentar outra ideia: um estímulo inflexivo em torno de pontos de partida metodológicos e epistemológicos dos estudos brasileiros sobre Direito Internacional. Apenas deste modo, entende-se possível manter uma postura crítica de permanente e incansável insatisfação com relação ao que “está aí” no Direito Internacional: suas normas, suas instituições, suas dogmáticas, suas críticas e seus respectivos métodos. Esse número especial foi fechado com satisfação, mas o convite para a reflexão crítica continua aberto.

Boa leitura!

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

**Entre a apologia e a utopia: A
política do direito internacional**

**Between apology and utopia:
The politics of international law**

Martti Koskenniemi

Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional*

Between apology and utopia: The politics of international law

Martti Koskenniemi**

Tradutor João Roriz***

RESUMO

Esta é uma síntese preliminar do estruturalismo abordado em meu livro *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* [“Da apologia à utopia: a estrutura do argumento jurídico internacional”] (Helsinki, 1989). O texto foi publicado no primeiro número do *European Journal of International Law*, em 1990, e serve de base para a leitura de todo o meu trabalho posterior. O artigo é inspirado em escritos ligados à tradição dos Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*) nos Estados Unidos, sobretudo os do professor David Kennedy (Faculdade de Direito de Harvard). Contudo, remete também à linguística estruturalista (Saussure), à teoria da argumentação (Perelman) e ao misto de hermenêutica analítica e teoria crítica que constituiu a ortodoxia da teoria finlandesa do direito nos anos 1980. O objetivo central aqui é mostrar de que modo a indeterminação opera no âmbito da argumentação jurídica internacional. O texto encaminha-se a uma crítica imanente do direito internacional: isto é, a uma crítica pautada em premissas que são elas próprias adotadas pelo discurso profissional do direito internacional. Na medida em que não há fechamento necessário a esse discurso, mas os argumentos prosseguem interminavelmente, qualquer fechamento deve proceder de fora das estruturas do próprio direito, podendo ser caracterizado como uma política do direito internacional.

ABSTRACT

This is an early summary of the structuralism expounded in my *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki 1989). It was published in the first issue of the *European Journal of International Law* 1990 and lays a foundation for the reading of all my later work. The article is inspired by writings in the Critical Legal Studies tradition in the United States, above all by those of Professor David Kennedy (Harvard Law School). However, it also draws upon structural linguistics (Saussure), argument theory (Perelman) and the mélange of analytical hermeneutics and critical theory that formed the orthodoxy in Finnish legal theory in the 1980s. The main point here is to show how indeterminacy works in international legal argument. The article works towards an immanent critique of international law: that is, a critique based on premises that are themselves

* Recebido em 07/11/2017
Aprovado em 02/04/2018

** Professor de Direito Internacional, Universidade de Helsinque.

*** Professor de Direito Internacional, Universidade Federal de Goiás. Email: joao.roriz@gmail.com

accepted in professional international law discourse. As there is no necessary closure to this discourse, but arguments continue interminably, any closure must come from outside the structures of law itself and such closure may be characterised as a politics of international law.

1. A FUGA DA POLÍTICA

Estabelecer o advento do sistema moderno de Estados pode configurar uma polêmica razoável entre os historiadores.¹ Não tão controverso, entretanto, é o fato de que a ideia de tal sistema está histórica e conceitualmente ligada à de um Estado de Direito internacional. Em um sistema cujas unidades em tese não servem a nenhum propósito maior que seus próprios interesses e que pressupõe a perfeita igualdade de tais interesses, o Estado de Direito parece ser, de fato, o único princípio concebível de organização – sem ter que apelar para o *bellum omnium*. Desde a publicação de *Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquées à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, de Emerich de Vattel, em 1758, os juristas têm escrito sobre questões internacionais presumindo que os princípios liberais do Iluminismo e seu corolário lógico, o Estado de Direito, poderiam ser aplicados à organização da sociedade internacional assim como o haviam sido na doméstica.²

Não obstante a dificuldade histórica envolvendo datas e origens, a conexão entre o Estado de Direito e os princípios do Iluminismo parece evidente. Dentre os princípios iluministas, nenhum parece mais importante

que o da subjetividade do valor.³ Hobbes escreve:

“Pois o que um chama de sabedoria, outro chama de medo, e um de crueldade, o outro de justiça; e um de prodigalidade, o outro de magnanimidade... E eis que tais nomes jamais podem ser estabelecidos com qualquer raciocinação”.⁴

Não importa quanto desagrado as conclusões substanciais de Hobbes ou o seu realismo político tenham causado aos futuros liberais – uma coisa que os une a ele é sua crítica à dependência de princípios naturais para justificar a autoridade política. Apelar para princípios preexistentes à sociedade humana e discerníveis apenas por meio da fé ou da *recta ratio* significava apelar para máximas abstratas e não verificáveis que somente camuflavam as preferências subjetivas do falante. Tal noção pautava-se em ideais utópicos constantemente usados como apologias à tirania.

Da simples negação da existência de princípios de justiça natural – ou, pelo menos, de nossa capacidade de conhecê-los – decorrem os três princípios liberais da organização social: liberdade, igualdade e Estado de Direito. Se os seres humanos não nascem em um mundo de normas preexistentes, então nascem livres; se inexistem princípios antecedentes que determinariam o valor relativo dos indivíduos, estes devem ser presumidos iguais. Por fim, liberdade e igualdade só podem ser asseguradas se a coerção social for governada por regras públicas, verificáveis e determinantes: “Um povo livre obedece mas não serve; tem magistrados mas não mestres; obedece a nada senão às leis e, graças à força delas, não obedece a outros homens”.⁵

A luta por um Estado de Direito internacional é uma luta contra a política, compreendida como instância que promove desejos, paixões e preconceitos subjetivos e que gera a anarquia internacional. Embora certo grau de política seja inevitável (como comumente aceitamos), esta deveria se restringir por regras não políticas: “[...] a saúde da realidade política é mantida pela objeção conscientiosa àquilo que é político”.⁶

3 Minha discussão sobre esse princípio é influenciada por UNGER, R. M. *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press, 1975. p. 76-81, e MACINTYRE, A. *After Virtue: a study in moral theory*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984. p. 6-35.

4 HOBBES, T. *Leviathan*. Harmondsworth: Penguin Books, 1982. p. 109-110.

5 J.-J. Rousseau, “Oeuvres complètes, Pléiade” (vol. III, p. 842), citado por Cranston (Introduction to Rousseau, *The Social Contract* (1986), p. 32).

6 WIGHT, M. *Western Values in International Relations*. In: BUTTERFIELD, W. (Ed.). *Diplomatic Investigations: Essays in the*

1 Por exemplo, HEYDTE, A. F. Von der. *Geburtstunde des souveränen Staates*. Regensburg, 1952. p. 41-43, sugere a virada do século XIV, ao passo que HINSLEY, F. H. *Power and the Pursuit of Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 1962. p. 153. Defende não ser possível falar propriamente de sistema de Estados até o século XVIII

2 A analogia é explícita em ROUSSEAU, J.-J. *The Social Contract*. Harmondsworth: Penguin Books, 1986. p. 63; J. Locke, *Two Treatises on Government*. p. 183, 211. Para comentários, ver, por exemplo, VINOGRADOFF, P. *Historical Types of International Law*. Leiden: Brill, 1920. p. 55-57; DICKINSON, E. D. *The Equality of States in International Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1920. p. 29-31, 49-50, 97-98, 111-13. Ver também WALZER, M. *Just and Unjust Wars*. Nova York: Harper and Collins, 1980. p. 58-63; BEITZ, C. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1979. p. 74. Para uma análise profícua acerca do efeito da analogia para a concepção dos direitos (territoriais) de um Estado, ver A. CARTY, A. *The Decay of International Law?*. Manchester: Manchester University Press, 1986. p. 44-46, 55-56.

A história diplomática do século XIX é uma história dessa luta. Desde o Congresso de Viena de 1814-1815 e a derrota de Napoleão, as relações entre as potências europeias deixaram de se pautar pelo esforço de primazia do poder de uma delas e passaram a se orientar por uma busca geral pela manutenção do equilíbrio do poder, assegurado por complexos procedimentos legais e alianças.⁷ Na medida em que os contemporâneos enxergavam a Europa, cada vez mais, como um “sistema” de comunidades políticas iguais e independentes (em vez de uma *res publica Christiana*), eles começaram a perceber que os princípios de governança precisavam tornar-se neutros e objetivos – isto é, deviam ser compreendidos como direito.

O saber jurídico do século XIX interpretou e sistematizou a prática diplomática em regras legais. Tal saber concebia o comportamento dos Estados europeus como determinado e explicável por meio da referência a um direito público (europeu). A plausibilidade dessa concepção fundamentava-se na natureza processual desse direito. Ao abranger sobretudo regras referentes a contatos diplomáticos e consulares, bem como procedimentos para a obtenção de soberania, território ou *status neutro*, este direito público não restringiu severamente os objetivos que os soberanos europeus tentavam alcançar. Particularmente, tal direito renunciou a teorias da guerra justa; a guerra passou a ser um procedimento político dentre outros.⁸ Embora os juristas profissionais do século XIX tenham aludido à justiça no que se refere à conduta dos assuntos dos soberanos, já não a concebiam como um grupo de princípios materiais. Woolsey aborda a questão de forma engenhosa:

Por justiça, contudo, buscamos não a justiça objetiva, mas conforme ela aparece para a parte envolvida ou, pelo menos, conforme se supõe que ela exista. Da independência das nações verifica-se que cada uma tem o direito de manter e fazer cumprir sua própria concepção de direito em seus próprios assuntos.⁹

Mesmo que os juristas do século XX não tenham mostrado grande apreciação pela tradição do século an-

Theory of International Politics. Londres: Allen and Unwin, 1966. p. 122.

7 Ver, por exemplo, HINSLEY, F. H. *Power and the Pursuit of Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 1962. p. 186-271.

8 Ver, por exemplo, WHEATON, H. *Elements of International Law*. Londres: Clarendon Press, 1936. p. 313-314.

9 WOOLSEY, T. D. *Introduction to the Study of International Law*: designed as an aid in teaching and in historical studies. 5. ed. Londres: Searle and Rivington, 1879. p. 183.

terior, eles nunca rejeitaram o ideal do Estado de Direito. Pelo contrário, a reconstrução da escola de pensamento, que surgiu no início após a catástrofe da Primeira Guerra Mundial e depois nos anos 1950 e 1960, acusou as doutrinas anteriores ao conflito de *não terem ido longe o bastante* para defender o Estado de Direito. Onde quer que os esforços dos juristas em construir um sólido enquadramento de direito público fracassavam, a causa do problema não residia na falha dos pressupostos liberais subjacentes a esse projeto, mas sim no distanciamento dos juristas em relação a eles.

A noção de um Estado de Direito entre Estados (que ressurgiu, por exemplo, na Resolução 44/23 [15 nov. 1989] da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, declarando o período 1990-1999 como a “Década do Direito Internacional da ONU”) é mais uma reformulação do impulso liberal de fugir da política. A compreensão desta visão é tão forte que o representante da União Soviética, na mesma sessão da Assembleia Geral, explicou que, sob seu ponto de vista, para reestruturar a base das relações internacionais seria necessário “chegar a uma estratégia internacional abrangente que estabelecesse a primazia do direito nas relações entre os Estados”.¹⁰ Com o fim da Guerra Fria, o fortalecimento do Estado de Direito tanto no âmbito nacional quanto internacional integra hoje uma série altamente prestigiada de projetos da ONU.¹¹

No decorrer do século XX, as doutrinas reconstrutivas defenderam que é a corrupção do Estado de Direito que merece críticas, seja no chauvinismo restrito dos diplomatas, seja nas utopias especulativas de uma elite acadêmica. Se o Estado de Direito puder ser fortalecido a fim de excluir tais distorções contrastantes, então o papel do jurista na construção de uma ordem mundial justa terá sido cumprido de forma adequada.

Neste artigo, contudo, estenderei a crítica à ideia liberal do *Rechtstaat*, lugar-comum na sociedade ocidental da modernidade tardia,¹² ao seu congênero internacio-

10 UNGA, *Memorandum on enhancing the role of international law*. UN Doc. A/44/585. 2 out. 1989.

11 Ver, por exemplo, os documentos sobre o Estado de Direito na página da ONU na internet: <www.unrol.org>.

12 Para o restante do texto, particularmente relevantes são as críticas que destacam as tensões internas da teoria liberal. Ver, de modo geral, UNGER, R. M. *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press, 1975. p. 63-103, e, por exemplo, LEVINE, A. *Liberal democracy: a critique of its theory*. Nova York: Columbia University Press, 1981. p. 16-32 e Fishkin, “Liberal Theory and the Problem of Justification”, *NOMOS*, XXVII, p. 207-231.

nal. Tentarei mostrar que nosso ideal herdado de uma Ordem Mundial pautada no Estado de Direito mascara parcamente o fato de que conflitos sociais devem continuar a serem resolvidos por meios políticos e que, embora possa haver uma retórica jurídica comum entre os juristas internacionais, esta deve, *por razões internas ao próprio ideal em questão*, apoiar-se em princípios – políticos – essencialmente contestados a fim de justificar os desfechos de disputas internacionais.¹³

2. O TEOR DO ESTADO DE DIREITO: CONCRETUDE E NORMATIVIDADE

A organização da sociedade por meio de regras legais parte do pressuposto de que tais regras são objetivas no sentido de que ideias, pontos de vista ou preferências políticas não o são. A fim de demonstrar que o direito internacional é objetivo – isto é, independente da política internacional –, a mente jurídica trava uma batalha em duas frentes. De um lado, busca assegurar a *concretude* do direito ao distanciá-lo das teorias de justiça natural. De outro, busca garantir a *normatividade* do direito ao criar uma distância entre este e o efetivo comportamento, vontade ou interesse do Estado. O direito somente pode desfrutar de independência da política se ambas essas condições estiverem simultaneamente presentes.

A exigência de concretude resulta do princípio liberal da subjetividade do valor. Para evitar o subjetivismo político e as coerções ilegítimas,¹⁴ devemos pautar o direito em algo tangível – no comportamento, na vontade e nos interesses reais (verificáveis) dos membros da sociedade – os Estados. A perspectiva moderna endossa uma *concepção social de direito*.¹⁵ Segundo ela, o direito não é uma criação natural e sim artificial, um reflexo de circunstâncias sociais. Como tal, seu teor pode ser decifrado de modo imparcial por meio de um estudo atento dessas circunstâncias.

13 Este texto é uma versão resumida de alguns dos temas abordados em KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

14 Para um argumento típico a destacar o caráter político da lei natural, ver, por exemplo, SUR, S. *L'interpretation en droit international public*. Paris: LGDJ, 1974. p. 25-32, ou VERZIJL, J. H. W. *International Law in Historical Perspective*. Leiden: Sijthoff, 1968. p. 391-393.

15 C'EST à une conception fonctionnelle de pouvoir, à une conception sociale du droit que s'attache notre enseignement. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*. v. 86, p. 451, 1954. p. 451.

De acordo com a exigência de normatividade, o direito deve ser aplicado independentemente das preferências políticas dos sujeitos jurídicos. Ele não deve apenas espelhar o que os Estados fazem, mas deve manter-se *crítico* em relação à política estatal. Sobretudo, deve ser aplicável até mesmo contra um Estado que se opõe a tal aplicação. Como os juristas internacionalistas já tiveram oportunidade de destacar, as regras legais cujo conteúdo ou aplicação depende da vontade do sujeito jurídico para o qual são válidas não são regras legais propriamente ditas, e sim apologias ao interesse político desse sujeito.¹⁶

Nesses termos, creio que se cumprem os requisitos de objetividade legal vis-à-vis subjetividade política. Se o direito puder ser constatado ou justificado apenas com base nas concepções de uma pessoa acerca de como ele *deveria ser* (isto é, como teorias da justiça), ele coincidiria com as opiniões políticas dessa pessoa. De modo semelhante, se pudéssemos aplicar o direito contra os Estados que o aceitam, então ele coincidiria com as concepções políticas desses Estados.

Tal estrutura argumentativa, porém, que obriga os juristas a provar que o seu direito é válido porque é concreto e normativo no sentido aqui atribuído, tanto cria quanto destrói a si mesma. Isso porque é impossível provar que uma regra, princípio ou doutrina (enfim, um argumento) seja, a um só tempo, concreto e normativo. Os dois requisitos *anulam-se entre si*. Um argumento referente à concretude trata da proximidade de determinada regra, princípio ou doutrina à prática estatal. Entretanto, quanto mais próximo um argumento estiver dessa prática, menos normativo e mais político ele parecerá, e mais como uma nova apologia acrítica ao poder existente. Um argumento sobre normatividade, em contrapartida, busca demonstrar a distância entre uma regra e a vontade e prática do Estado. Quanto mais normativa (isto é, crítica) for a regra, mais política parecerá porque será menos possível argumentá-la em alusão a um contexto social. Parecerá utópica e – assim como as teorias de justiça natural – facilmente manipulável.

As dinâmicas do argumento jurídico internacional são geradas pelo esforço contínuo dos juristas de demonstrar que o seu direito é concreto ou normativo e pela consequente vulnerabilidade destes à acusação de

16 Ver, por exemplo, LAUTERPACHT, H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933. p. 189 e *passim*.

que tal direito é, de fato, político por ser ou apologético ou utópico. Diferentes controvérsias doutrinárias e práticas surgem como transformações desse dilema. Este subjaz dicotomias como “positivismo”/“naturalismo”, “consentimento”/“justiça”, “autonomia” /“comunidade”, “processo”/“regra” etc., e explica por que estas e outras oposições são recorrentes e não parecem passíveis de solução permanente. Elas são recorrentes na medida em que só parece possível defender determinado argumento legal mostrando sua proximidade ou distância da prática estatal. Elas parecem sem solução porque ambas as estratégias argumentativas são vulneráveis ao que parecem ser críticas válidas, compelidas pelo próprio sistema.¹⁷

Esse processo oferece uma estrutura argumentativa capaz de fornecer uma crítica válida para cada posição fundamental, mas que é, em si, incapaz de justificá-las. O fato de que juristas muitas vezes assumem certas posições e justificam soluções demonstra que a estrutura não possui o tipo de distanciamento da política que o Estado de Direito aparenta postular. Parece possível adotar uma posição apenas por meio de uma escolha política: uma escolha que deve, em última instância, defender-se no sentido de uma concepção de justiça – ou então manter-se substancialmente injustificada. Aceitamos tal escolha porque é *assim que agimos*.

3. ESTRUTURAS DOUTRINÁRIAS

Duas críticas são comumente dirigidas ao direito internacional. Um grupo de críticos o acusa de ser excessivamente político no sentido de depender em demasia do poder político dos Estados. Outro grupo argumenta que ele é excessivamente político por fundamentar-se em utopias especulativas. Questões recorrentes como inexistência de mecanismos legislativos, adjudicação compulsória e procedimentos de execução jurídica englobam ambas as críticas. De um lado, a primeira crítica salienta a infinita flexibilidade do direito internacional, seu caráter de fachada manipulável pela política de poder. De outro, a segunda crítica enfatiza o caráter moralista do direito internacional, seu distanciamento das realidades da política de poder. Segundo a primeira

¹⁷ Para um tipo de exposição alternativa, porém semelhante, ver KENNEDY, D. The structure of blackstone's commentaries. *Buffalo Law Review*, [S.l.], v. 18. p. 205, 1979.

crítica, o direito internacional é *apologético* demais para ser levado a sério na construção da ordem mundial. De acordo com a segunda, ele é *utópico* demais para o mesmo efeito.

Os juristas internacionalistas têm tido dificuldades em rebater tais críticas. Quanto mais as doutrinas reconstrutivas buscam provar a normatividade do direito, sua autonomia da política, mais elas se tornam vulneráveis ao ataque do utopismo. Quanto maior a insistência dos juristas na íntima conexão entre direito internacional e comportamento estatal, menos normativas suas doutrinas parecem ser. Permita-me delinear as quatro posições adotadas pelos juristas internacionais modernos a fim de provar a relevância de suas normas e doutrinas. Tais posições são mutuamente excludentes e logicamente exaustivas, e esboçam uma explicação integral das possibilidades do argumento doutrinário.

Muitas das doutrinas que surgiram das cinzas da erudição jurídica no fim da Primeira Guerra Mundial explicam o fracasso das doutrinas internacionais pré-guerra no que tange ao seu caráter apologético. Foram alvo especial de crítica as doutrinas “absolutistas” da soberania, expressas sobretudo na *Selbstverpflichtungslehre* [“teoria da autolimitação”]; doutrinas que destacavam o significado jurídico do equilíbrio do poder ou que delimitavam as funções legais a assuntos sem relação com questões de “honra” ou de “interesse vital”. Os escritos de Hersch Lauterpacht, Alfred Verdross e Hans Kelsen, dentre outros autores, estabeleceram uma interpretação altamente influente dos erros das doutrinas do pré-guerra.¹⁸ Ao associar o fracasso dessas doutrinas à sua proximidade excessiva das políticas de Estado e do interesse nacional e ao defender a autonomia das regras jurídicas internacionais, esses estudiosos abriram caminho para o estabelecimento do que se poderia chamar de *abordagem normativa* ao direito internacional, salientando assim a normatividade do direito e sua capacidade de oposição à política estatal como a chave para sua relevância restritiva.

Tal abordagem concebe o direito em termos de regras e insiste em um teste objetivo e formal de linhagem (fontes) que revelará quais padrões qualificam como re-

¹⁸ LAUTERPACHT, H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.; VERDROSS, Albert. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Viena: Springer, 1926; KELSEN, H. *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Tübingen: Mohr, 1920.

gras jurídicas e quais não. Se determinada regra passa no teste, então ela é vinculativa. Embora não haja consenso entre os juristas da abordagem normativa sobre o que constitui um teste válido, não há disputa no que se refere à sua importância. As distinções entre direito duro [hard law] e brando [soft law], regras e princípios, normas ordinárias e *jus cogens*, por exemplo, são suspeitas: elas apenas evidenciam distinções políticas que solapam a objetividade e verificabilidade do direito.¹⁹ Duas críticas bem conhecidas têm sido dirigidas à abordagem normativa. De acordo com a primeira, essa abordagem permanece incapaz de descartar a influência das considerações políticas de seus supostos testes de linhagem. Admitir que as regras são muitas vezes difíceis de encontrar ao mesmo tempo que seu conteúdo permanece, para empregar a expressão de H. L. A. Hart, “relativamente indeterminado”,²⁰ significa minar a autonomia dessas regras em relação à “avaliação” que a abordagem em questão defende. Conforme a segunda crítica, o próprio desejo de autonomia parece suspeito. Uma teoria pura do direito, a presunção de uma *Völkerrechtsgemeinschaft* [“comunidade jurídica internacional”] ou o ideal da completude do direito – pressuposto central na maior parte dos estudos sobre a abordagem normativa²¹ – podem simplesmente revelar formas de um utopismo doutrinário irrelevante. Eles obtêm consistência lógica ao custo da aplicabilidade no mundo real da prática estatal.

A segunda posição mais relevante dos estudos contemporâneos usa tais críticas para se consolidar. Uma renomada interpretação continental acerca dos erros de juristas e diplomatas do século XIX concebe-os como resultado de um utopismo ingênuo: uma crença injustificada na viabilidade do sistema do Congresso de Viena, com suas ideias de legalidade e intervenção coletiva. Tal sistema falhou porque não foi capaz de se manter

19 Essa abordagem é mais bem ilustrada em SCHWARZENBERGER, G. *The Inductive Approach to International Law*. Londres: Stevens; Nova York: Oceana, 1965. Muitos de seus aspectos são discutidos com vigor em WEIL, P. Towards Relative Normativity in International. *Law American Journal of International Law*, [S.l.], v. 77, p. 413-442, 1983. Para mais referências a essa e outras abordagens, ver KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 182-218.

20 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961. p. 132.

21 Ver, por exemplo, LAUTERPACHT, Hersch. Some Observations on the Prohibition of ‘Non Liquet’ and the Completeness of Law. *Symbolae Verzijl*, [S.l.], p. 196-221, 1958. e a crítica “realista” de STONE. *Non-Liquet and the Function of Law in the International Community*. *The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 25, p. 124-16, 1958. p. 124-161.

a par da política do nacionalismo emergente e da crescente rapidez das mudanças sociais e tecnológicas. Juristas como Nicolas Politis ou Georges Scelle destacaram a necessidade de aproximar de modo significativo o direito internacional e as necessidades sociais – e até mesmo biológicas – da vida internacional.²² Os textos programáticos de Roscoe Pound serviram de base para a formulação contemporânea dessa abordagem ao criticarem a tentativa de se pensar o direito internacional em termos de regras abstratas. Este deveria ser pensado, em vez disso, “em termos de fins sociais”.²³

Desde o período entreguerras essa abordagem – *a abordagem política* – tem sido amplamente praticada, em especial nos Estados Unidos, sobretudo sob a influência do realismo jurídico e de seus vários ramos, tais como a “escola processual” ou a “escolha racional”. Segundo essa abordagem, o direito internacional somente pode adquirir relevância se estiver firmemente baseado no contexto social da política internacional. As regras são apenas tendências de decisões passadas que podem corresponder ou não a necessidades sociais e instrumentais. Uma “força vinculativa” é uma ilusão jurídica. Padrões são, de fato, mais ou menos efetivos e é sua efetividade – sua capacidade de avançar metas sociais – que surge como dado relevante, não sua “validade” formal.²⁴

Mas essa abordagem é tão vulnerável a críticas bem fundamentadas quanto a abordagem normativa. Ao enfatizar a concretude do direito, ela irá, em última análise, descartar completamente sua força restritiva. Se o direito é apenas aquilo que é efetivo, então, por definição, ele se torna uma apologia aos interesses dos poderosos. Se, na esteira de Myres McDougal, tal consequência for evitada por meio da formulação de certos “valores de metas” cuja importância jurídica independe de considerações de efetividade, então a abordagem política (revisada) passa a ser vulnerável às críticas que ela inicial-

22 SCELLE, G. *Précis de droit des gens: Principes et systématique I-II*. Paris: Sirey, 1932.; POLITIS, N. *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris: Hachette, 1927.

23 POUND, R. *Philosophical Theory and International Law. Bibliotheca Viseiana*, [S.l.], v. 1, p. 1-90, 1923. p. 1-90.

24 Para uma formulação bastante conhecida, ver MCDOUGAL, M. S. *International law, power and policy: a contemporary perspective. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], v. 82, p. 133-259, 1953. Para uma análise produtiva, ver ROSENTHAL, B. *L'étude de l'œuvre de Myres Smith McDougal en matière du droit international public*. Paris: LGDJ, 1970. Ver também os ensaios de Wiessner e Millard e de O'Connell e Abbott em S. R. Ratner e A-M. Slaughter, *The Methods of International Law* (Washington DC, ASIL, 2004).

mente expressou em relação à abordagem normativa. De modo específico, ela parece assumir um naturalismo ilegítimo que – como os críticos que destacam o princípio liberal da subjetividade do valor têm observado – está em constante risco de se tornar apenas uma apologia às políticas de certos Estados.²⁵

A abordagem normativa e a política são duas formas distintas de tentar estabelecer a relevância do direito internacional em face do que parecem ser críticas bem fundadas. A primeira busca salientar a normatividade do direito, mas não consegue ser convincente em razão da falta de concretude. A segunda baseia-se na concretude do direito internacional, mas perde a normatividade, a força crítica desse direito. Não surpreende, pois, que alguns juristas tenham assumido as duas posições restantes: ou pressupõem que o direito internacional não possa ser entendido como normativamente controlador nem amplamente posto em prática (posição céтика), ou continuam produzindo estudos como se tanto a força vinculativa do direito quanto sua correspondência com os desenvolvimentos da prática internacional fossem uma questão de direção (posição idealista). A primeira termina em cinismo, a segunda em contradição.²⁶ A tradição da modernidade tardia muitas vezes se situa entre as abordagens normativa e política. Nas palavras de Richard Falk, a tarefa atual de uma doutrina adequada é fixar “[u]ma posição intermediária, que preserve o caráter distintivo da ordem jurídica ao mesmo tempo que tente demonstrar capacidade de resposta diante da criação extralegal da política, da história e da moralidade”.²⁷

Mas tal movimento rumo ao ecletismo pragmático parece ser autodestrutivo. Não há espaço entre as quatro posições, a abordagem normativa, a abordagem política, o ceticismo e o idealismo. As doutrinas moderadas somente apareciam ter credibilidade na medida em que seus argumentos, doutrinas ou normas não são

25 Para tal crítica, ver, por exemplo, ALLOTT, P. *Language, Method and the Nature of International Law. The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 45, p. 123-125, 1971. p. 123-125; BOYLE, Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language. *Harvard Journal of International Law*, [S.l.], v. 26, 1985.; FITZMAURICE, G. *Vae Victis or Woe to the Negotiators!* *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 65, p. 370-373, 1971.

26 A título de referência, ver KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 197-200, 209-218.

27 FALK, R. The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of the International Legal Order. In: FALK, R.; BLACK, C. (Ed.). *The Future of the International Legal Order*. Princeton: Princeton University Press, 1969. p. 34-35.

alvo de contestação. Mas assim que a discordância vem à tona, elas também devem defender suas posições, seja revelando sua força vinculativa autônoma, seja demonstrando sua íntima relação com aquilo que os Estados efetivamente praticam. Nesse ponto, tornam-se vulneráveis à acusação de serem utópicas ou apologéticas.

O resultado é uma estrutura doutrinária curiosamente incoerente em que cada posição é *ad hoc* e, portanto, apenas sobrevive. A doutrina mainstream recolhe-se a afirmações gerais sobre a necessidade de “combinar” concretude e normatividade, realismo e idealismo, as quais não têm efeito sobre sua conclusão normativa. Ela segue adiante, destacando a contextualidade de cada solução – assim solapando sua própria ênfase no caráter geral e imparcial de seu sistema.

As contradições do direito internacional levam-no forçosamente a um pragmatismo empobrecido e irreflexivo. Por um lado, preserva-se a ilusão “idealista” de que o direito pode e de fato desempenha um papel na organização da vida social entre os Estados. Por outro, as críticas “realistas” são aceitas e o direito é visto como claramente secundário ao poder e à política. A doutrina moderna, como mostra Philip Allott, adota um misto de argumentos positivistas e naturalistas, consensualistas e não consensualistas, teleológicos, práticos, políticos, lógicos e factuais numa alegre confusão, alheia às suas contradições internas.²⁸ O estilo sobrevive porque reconhecemos nele a doutrina liberal no âmbito da qual estamos acostumados a expor, de forma veemente, nossos argumentos políticos.

Uma última questão deve ser abordada. Cada uma das posições elencadas, assim como suas combinações, permanece distintamente moderna. Cada uma delas se recusa a desenvolver seu conceito de direito com base em uma teoria material da justiça. Cada uma entende que o direito é uma criação humana artificial que surge por meio de processos sociais, e que um conceito adequado de direito é aquele apto a fornecer uma descrição confiável de tais processos e seus efeitos. Ademais, cada uma constrói sua pretensão à superioridade perante a outra com base nessa mesma descrição. O ponto em que divergem diz respeito à sua teoria sobre como interpretar tais processos, como entender o que acontece na vida social em termos de criação e aplicação de leis.

28 ALLOTT, P. *Language, Method and the Nature of International Law. The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 45, p. 123-125, 1971. p. 100-105, 113.

A dificuldade em optar pela abordagem normativa ou pela abordagem política corresponde à dificuldade em defender o conjunto de critérios que elas promovem a fim de separar o “direito” de outros aspectos do comportamento estatal. Para o jurista da abordagem normativa, os critérios relevantes são fornecidos por sua teoria das fontes. Para o jurista da abordagem política, os critérios correspondentes são fornecidos por sua teoria dos “valores primários”, autoridade ou por alguma espécie de constelação de interesses e necessidades nacionais ou globais. Uma vez que tais critérios alegam oferecer a descrição correta dos processos sociais, não é possível defendê-los sem a circularidade dos próprios processos sociais.²⁹ A fim de selecionar a melhor abordagem, seria preciso pautar-se em determinada teoria não descritiva (não social) sobre significados ou sobre a justiça relativa dos tipos de direito disponibilizados pelas duas – ou por quaisquer outras – matrizes.³⁰ Tal decisão, segundo a concepção social do direito e o princípio da subjetividade do valor, não teria, para todos os efeitos, qualquer tipo de pretensão à correção objetiva. Seria, pois, uma decisão política.

4. ESTRUTURAS SUBSTANCIAIS

É possível delinear a tensão entre as demandas de normatividade e concretude por meio de dois métodos contrastantes que explicam a origem da substância do direito. Do ponto de vista da concretude, essa substância surge como consequência do fato da soberania de um Estado. Um aspecto da soberania é a liberdade de “legislar” normas internacionais vinculativas a si mesmo. Em todo e qualquer lugar onde normas específicas não tenham sido assim estabelecidas, o metaprincípio

da liberdade soberana – o “princípio Lótus” – permanece válido.

É igualmente possível compreender o direito como consequência do funcionamento de critérios normativos para o surgimento de um corpo jurídico. Do ponto de vista da normatividade, são necessários supostos critérios – “fontes” – que nos permitam distinguir entre o fato da existência e do comportamento de determinados centros de poder (Estados) e o direito. Nesse sentido, toda substância jurídica internacional depende do conteúdo de tais critérios. Essas explicações parecem radicalmente conflitantes e em tese fornecem métodos exaustivos, porém incompatíveis, para a elucidação da origem e natureza do direito internacional. De fato, boa parte da disputa entre “idealistas” e “realistas”, ou entre as abordagens normativa e política, parece engolfada por esse contraste, expresso também na organização da substância de manuais convencionais. Uma opção estilística consiste em preceder a substância do direito com uma análise do caráter da estatalidade e da ordem internacional – as “bases políticas”. Uma outra começa por listar as fontes do direito internacional e permite que a substância do direito prossiga a partir daí.

A despeito de suas perspectivas inicialmente opositas, ambos os “métodos” dependem um do outro. As doutrinas “realistas” adotam critérios para distinguir entre direito e coerção que não se enquadram em uma doutrina das fontes apenas por não receberem essa designação. Os programas “idealistas”, por sua vez, acabam por indicar a prática estatal a fim de defender a relevância de suas fontes e verificar o conteúdo do direito que apoiam.³¹ O fato de que as perspectivas disponíveis fornecem sistemas substanciais idênticos e de que ambos se mantêm vulneráveis a críticas bem ensaiadas corrobora ainda mais o tardio giro moderno em direção ao pragmatismo doutrinário.

No âmbito da prática internacional de resolução de disputas, a falta de uma explicação satisfatória para a origem das regras legais tem levado os juristas a abandonar a busca por justificativas para a resolução de controvérsias interpretativas em quaisquer das explicações sugeridas. Por trás de referências ritualísticas a regras e princípios conhecidos do direito internacional (o conteúdo dos quais permanece alvo de disputas frequentes), a prática jurídica tem apelado cada vez mais para

29 A questão sobre matrizes conceituais, teorias científicas, “paradigmas”, interesses de conhecimento ou preconceitos, se não determina estritamente aquilo que podemos saber a respeito de nosso mundo social, pelo menos influencia nossa percepção de forma significativa, constitui um tema comum em boa parte da epistemologia moderna. Para mais sobre esse tema, ver KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 522-532.

30 Em se tratando da escolha de traços significativos para descrição, ver, por exemplo, J. FINNIS, J. Natural *Law and Natural Rights*. Nova York: Clarendon Press, 1980. p. 3, 9-18. Ver também MACINTYRE, A. The Indispensability of Political Theory. In: MILLER, D.; SIEDENTOP, L. (Ed.) *The Nature of Political Theory*. New York: Clarendon Press, 1983. p. 19-33.

31 Comparar também Kennedy, *International Legal Structures* (1987).

a resolução de disputas por meio de um critério contextual – um esforço voltado para um equilíbrio equitativo. Embora tal estratégia pareça ser bem-sucedida, é preciso questionar se ela pode ser explicada de forma satisfatória em termos do Estado de Direito.

4.1. Soberania

Há um corpo doutrinário que trata da seguinte questão: quais são o caráter e as consequências normativas da soberania? Ele lida com temas como a aquisição e perda da estatalidade, a justificação e extensão (limites) da soberania territorial, os direitos dos Estados, a delimitação de jurisdições concorrentes, etc. A importância retórica dessa doutrina tem oscilado, mas sua urgência no contexto da doutrina liberal mantém-se incontestável. De certa forma, a doutrina da soberania exerce um papel análogo ao da liberdade individual no discurso de legitimação doméstica. Ela explica o que significa ser um sujeito de direito e em seguida estabelece as condições básicas em meio às quais as relações entre os sujeitos devem ser organizadas.

A natureza e as consequências da estatalidade soberania podem, contudo, ser abordadas a partir de perspectivas diferentes. Uma interpretação considera a soberania como básica no sentido de ser simplesmente imposta ao direito pelo mundo dos fatos. A soberania e, com ela, um conjunto de direitos e deveres territoriais são de algum modo exteriores ao direito, algo que este deve reconhecer mas não pode controlar. Chamarei esse fenômeno de “perspectiva do fato puro”.³² Outra interpretação considera a soberania e tudo o mais associado a ela como parte da substância do direito, determinados e constantemente determináveis no âmbito do sistema legal, como qualquer outra norma. Esta poderia ser chamada de “perspectiva jurídica”.³³

O argumento normativo nos diversos domínios da doutrina da soberania adota a divergência entre essas interpretações para constituir-se a si próprio. Uma de-

las elabora sua argumentação em termos de fatos puros (de efetividade, por exemplo), enquanto a outra defende seu ponto de vista recorrendo a um critério exterior aos fatos (reconhecimento geral, por exemplo). Contudo, nenhuma delas é sustentável por si só. Apoiar-se no fato puro do poder é apologético.³⁴ Apoiar-se em um critério independente de efetividade é ao mesmo tempo abstrato e uma “petição de princípio”^{35,36}. Trata-se de uma petição de princípio porque ela meramente levanta a questão adicional sobre qual interpretação do critério ou de sua aplicação deveria ser priorizada. Um argumento defensável parece compelido a abranger ambas questões: deve pressupor que os direitos de soberania são, de alguma forma, assuntos de fatos puros assim como de algum critério exterior aos próprios fatos.

O desenvolvimento dos posicionamentos da Noruega e da Dinamarca durante o *caso da Groenlândia Oriental* (1933) ilustra essa questão. De início, a Noruega pautava seus direitos ao território disputado na sua efetiva ocupação. Recorrer aos pontos de vista de outros Estados teria violado a igualdade soberana da Noruega. A Dinamarca fundamentava sua alegação no reconhecimento geral e desafiou o título norueguês diante da ausência desse reconhecimento. Uma vez que o título teria validade *erga omnes*, ele não poderia depender dos atos da Noruega. Em seus argumentos posteriores, ambos os Estados assumiram a primeira posição do adversário: a Noruega argumentou que sua ocupação era sancionada por uma regra amplamente reconhecida que chancelava títulos com base na ocupação, ao passo que a Dinamarca buscou mostrar que a Noruega, de fato, não poderia ter ocupado o território porque este já havia sido efetivamente ocupado por ela.³⁷

Não seria possível eleger nenhuma das reivindicações com base na simples preferência por “fato puro” ou pelo “critério” de reconhecimento geral porque am-

32 JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlim: Haring, 1925. p. 337, 364-367, e, por exemplo, KOROWICZ, M. Some Present Problems of Sovereignty. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, p. 102, 1961.

33 Ver, por exemplo, VERDROSS, Albert. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Viena: Springer, 1926. p. 35, e, por exemplo, ROUSSEAU, C. Princípios de droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], v. 93, p. 394, 1958. p. 394.

34 Ver, por exemplo, LAUTERPACHT, H. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. p. 341-344.

35 O autor usa a expressão “question-begging” que indica uma retórica falaciosa na qual se afirma uma tese na conclusão, mas que tem tal conclusão como premissa. Optou-se pela expressão “petição de princípio”, mais próxima da sua versão original em latim, *petitio principii* (N.T.).

36 Ver, por exemplo, Island of Palmas Case. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, p. 839, 843-846.

37 Tais questões são discutidas em pormenor nos anais escritos. Ver o caso “Eastern Greenland”, *PCIJ Rep Series C* n. 62 e C n. 63, além da argumentação oral das partes em C n. 66. Para uma análise mais detalhada, ver KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 288-293.

bos os Estados utilizaram os dois argumentos. Consequentemente, a Corte validou os dois cursos argumentativos. Para corroborar sua visão de que a Dinamarca possuía soberania, ela pautou sua argumentação tanto na ocupação dinamarquesa quanto no reconhecimento geral e negou ambos em relação à Noruega.³⁸ A fim de chegar a essa conclusão, a Corte teve que elaborar interpretações sobre os fatos (ocupação efetiva) e o direito (o alcance do reconhecimento geral) que, entretanto, eram exteriores aos fatos aplicáveis e ao direito e de difícil justificativa diante da interpretação soberana conflitante da Noruega em relação a elas. O ponto crucial do julgamento foi o debate em torno da notória “declaração de Ihlen”, que permitiu à Corte proteger a soberania norueguesa ao negar sua posse, aludindo à formulação segundo a qual a Noruega já havia “reconhecido” a soberania dinamarquesa na Groenlândia Oriental.³⁹

A mesma estrutura pode ser detectada em todas as disputas territoriais. Nestas, as abordagens do “fato puro” e “jurídica” dissolvem-se uma na outra de forma a tornar impossível para a corte ou tribunal resolver o caso por meio da simples escolha de uma ou de outra. Há dois entraves. Primeiro, a necessidade de endossar ambas as perspectivas perde o sentido inicial delas: a perspectiva do fato puro baseia-se no pressuposto de que o direito sucede ao que os fatos dizem. Por sua vez, a perspectiva jurídica entende que as regras deveriam determinar o sentido dos fatos. Em princípio, ambas as visões alegam protelar ou *sobrepor-se* à outra. Pressupor que poderiam ser simultaneamente válidas (determinantes) torna-as desprovidas de sentido. Segundo, uma vez que as abordagens em questão se mostram indeterminadas, o tomador de decisão é levado a observar mais atentamente os “fatos” relevantes e o critério “legal” relevante. As decisões voltam-se para interpretações contextuais sobre os fatos e o direito – interpretações essas que, por definição, não podem mais ser justificadas por tais fatos ou critérios.

A prática moderna tardia de resolver disputas de soberania dificilmente passa de declarações levianas no que tange às bases tradicionais do direito territorial. A decisão acerca de tais questões é atualmente pensada no sentido de tentar estabelecer a solução mais equitativa.⁴⁰ O fato é que as várias interpretações e considerações

pragmáticas, bem como a apreciação final acerca da equidade da solução proposta, não podem ser justificadas com base em regras jurídicas. Pelo contrário, apelar para o tipo de justiça imbuída nessa apreciação implica, a partir da perspectiva do Estado de Direito, nada mais que capitulação à arbitrariedade ou comprometimento do princípio da subjetividade do valor, necessário na busca de um Estado de Direito. Permita-me apresentar outro exemplo. Argumentou-se muitas vezes que a existência dos Estados constitui uma “questão de fato” e que o “reconhecimento” seria apenas “declaratório”, e não “constitutivo”, da soberania. Se os Estados fossem criados por um ato externo de reconhecimento, aos Estados existentes seria atribuído o direito político de decidir quais entidades desfrutariam da condição de sujeitos de direito. Isso entra em conflito com os princípios da autodeterminação e da igualdade, consequências lógicas da rejeição do direito natural.⁴¹

Contudo, até mesmo uma visão aparentemente realista e democrática como essa precisou pressupor a existência de certos critérios preexistentes por meio dos quais seria possível verificar se a estatalidade estava presente em alguma entidade ou não. O problema nunca foi, na realidade, que se questionasse seriamente o surgimento dos Estados como um processo sociológico e factual. O problema foi – e continua sendo – que as pessoas enxergam as consequências normativas do processo social por meio de critérios distintos e chegam a conclusões irreconciliáveis mesmo ao adotar os mesmos critérios.

Há, no entanto, certo grau de convergência em relação a um tema tão importante como a estatalidade. Essa convergência, contudo, pouco tem a ver com poder factual ou efetividade. Rodésia, Transkei e Taiwan nunca foram considerados Estados, ao contrário de Tuvalu e Mônaco. Mas explicar tais “anomalias” – a parte de outros casos aparentemente intrigantes de estatalidade – simplesmente com base na visão “constitutiva” é, de igual modo, insatisfatório. As objeções originais ao caráter imperialista dessa teoria continuam tão válidas quanto a posição moderada de Lauterpacht, sobre o dever de reconhecer quando os critérios legais foram

38 Caso “Eastern Greenland”, *PCIJ Rep Series A* n. 53, p. 45-62.

39 *Ibid*, p. 64-74.

40 Ver o caso “Burkina Faso – Mali Frontier” [1986], *ICJ Reports*, p. 567-568, parág. 28 (e n. 48).

41 O texto clássico continua a ser CHEN, T. C. *The International Law of Recognition*. Londres: Stevens, 1951. Ver também KATO, L. Recognition in international law: some thoughts on traditional theory, attitudes of and practice by african states. *Indian Journal of International Law*, [S.l.], vol. 10, p. 299-323, 1970..

cumpridos, continua a ser uma petição de princípio:⁴² se um Estado se recusa a reconhecer uma entidade ao considerar que esta preencheu os critérios relevantes, não faz muito sentido insistir na existência do dever. A questão volta-se para a interpretação das circunstâncias factuais ou do conteúdo da norma relevante. O verdadeiro problema é que se mostra impossível, no âmbito das premissas liberais, contestar qualquer interpretação envolvida de forma legítima. Sob tais premissas, as normas são “autointerpretativas”, e pressupõe-se que cada Estado deva ter liberdade para interpretar o sentido dos eventos factuais circundantes.⁴³

Essas anomalias de estatalidade, bem como o ressurgimento da consagrada prática de não reconhecimento a partir da *Opinião sobre a Namíbia* (1971), sugerem que a obtenção do título territorial de estatalidade – pelo menos se o assunto desfrutar de certa importância – tem relação com aquilo que é decidido externamente.⁴⁴ Entretanto, também revelam que crer que tal decisão possa ser compreendida como “conformidade a uma regra” requer uma regra ou uma imaginação flexíveis a tal ponto que nem a perspectiva jurídica nem a do fato puro merecem o crédito de tentar se impor sobre essa decisão.

Se a presença da qualidade da soberania em determinada entidade é difícil de explicar em termos de fatos puros ou regras jurídicas, tal dificuldade é muito maior no que tange às consequências da soberania. O fato de que as fronteiras da jurisdição doméstica são instáveis e de que a “soberania” tem sido aparentemente compatível com o isolamento hermético e a integração extensiva de um Estado, indica que quaisquer direitos ou liberdades que essa qualidade possa acarretar constituem, como a Corte Permanente de Justiça Internacional observou, uma “questão relativa” – dependente do teor das obrigações do Estado em dado momento no tempo.⁴⁵ Em outras palavras, não há nada determinado que decorra da soberania como uma questão de “fato puro” – pelo contrário, o conteúdo da soberania parece determinável apenas à medida que se conhecem as obrigações de um Estado.

42 LAUTERPACHT, H. *Recognition in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1948.

43 Para uma reformulação profíqua dessa questão (liberal), ver CHENG, B. Custom, the future of general state practice in a divided world. In: MACDONALD, R. St. J.; JOHNSTON, D. M. (Ed.). *The Structure and Process of International Law*. essays in legal philosophy doctrine and theory. Haia: Martinus Nijhoff, 1983. p. 513, 519-523.

44 Caso “Namíbia” [1971], *ICJ Rep*, p. 51, 54, parágs. 112, 117, 119.

45 Caso “Nationality Decrees”, *PCIJ Rep Series B*, n. 4, p. 24.

Os juristas que adotam a “perspectiva jurídica” por vezes acreditam que tal conclusão valida plenamente sua posição. A “soberania” não é uma questão externa mas sim interna ao direito, uma síntese conveniente para os direitos, liberdades e competências que o direito atribui ao Estado – e que podem ser recuperados a qualquer tempo.⁴⁶ Para resolver uma disputa de soberania, basta conferir o corpo de regras legais e verificar se o Estado tem a capacidade que alega por alocação legislativa.

O problema de tal conclusão, todavia, é que na maior parte das áreas de conduta estatal não há nenhum ato legislativo definitivo que estabeleça a competência do Estado de agir de determinada maneira. Ademais, e aqui há outro paradoxo, as regras mais importantes da aplicação geral parecem ser justamente aquelas que fixam o direito de jurisdição exclusiva, autodeterminação, não intervenção e soberania. Não basta que, se a soberania fosse reduzida a uma abstração não normativa, então o direito internacional pareceria ser uma enorme *lacuna* – nos faltaria também uma explicação atrelada, um princípio interpretativo para resolver diferenças de opinião acerca do conteúdo ou da aplicação das poucas regras específicas que poderíamos então discernir.

No que concerne à maior parte das áreas de conduta estatal desvinculadas de tratados, obrigações específicas são, ou podem ser, plausivelmente elaboradas para parecer ambíguas ou insuficientes. Nesse caso, a soberania do Estado – sua liberdade inicial – ressurgiria como um princípio normativo próprio: na ausência de proibições expressas, o Estado deve ser considerado livre. Esse princípio – o princípio *Lótus*⁴⁷ – não constitui apenas uma regra geral. Ele condensa o pressuposto de que o mero fato da estatalidade tem um viés normativo (direito da autodeterminação) e que, na ausência de proibições legislativas inequívocas, qualquer tentativa de solapar a liberdade inerente à soberania seria nada mais que uma restrição ilegítima.

A dificuldade envolvendo o princípio *Lótus* é dupla. Em primeiro lugar, todas as regras e princípios têm conteúdos mais ou menos indeterminados. Se a simples existência de interpretações divergentes fosse suficiente para desencadear a presunção de liberdade, então a

46 SCHWARZENBERGER, G. The Forms of Sovereignty. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 10, p. 248, 1957.; HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961. p. 218.

47 Caso “Lotus”, *PCIJ Rep Series A*, n. 10, p. 30. Ver também Koskenniemi, *From Apology to Utopia* (2005), p. 255-258.

força vinculativa da maioria das regras seria considerada uma ilusão. Em segundo lugar, o que envolve um ente ainda maior, tal princípio é inútil se o caso envolver um *conflito* de liberdades. Contudo, se se pressupor – algo inevitável se a ideia de um direito natural material for descartada – que as liberdades de um Estado são delimitadas pelas de outro, então qualquer disputa referente aos direitos ou deveres de dois ou mais Estados pode ser conceitualizada no sentido de um conflito de suas liberdades e, consequentemente, não pareceria passível de solução simplesmente mediante uma adesão à “liberdade” – tendo em vista que não saberíamos qual liberdade preferir.

Nesse ponto, a prática jurídica rompe com o ciclo argumentativo ao recorrer à equidade – um senso indiferenciado de justiça.

Disputas em torno de plataformas continentais constituem um exemplo disso. A Corte Internacional de Justiça (CIJ), como é amplamente conhecido, partiu do pressuposto de que o direito à plataforma continental era uma questão de aplicar o direito *ab initio* e *ipso facto* do Estado costeiro. Não se tratava de uma questão de “justiça abstrata” mas de fato (objetivo).⁴⁸ Todavia, essa visão tem sido de pouca utilidade. A decisão de quais fatos são relevantes – o problema crucial – é tomada pela Corte de forma *ad hoc* e não se inscreve em nenhum código transcendental *ex ante*. Demarcações posteriores deixaram até mesmo de fingir adesão à teoria *ipso facto/ab initio* e compreenderam que “alcançar um resultado equitativo” seria a tarefa correta a cumprir.⁴⁹ A história do argumento em casos de plataformas continentais consiste na história da Corte constatando primeiro a ausência, ou pelo menos a ambiguidade da regra relevante e em seguida apelando para a perspectiva do fato puro (*ipso facto*); depois abandonando tal visão (porque nenhum “fato” pode ser normativo sem um critério anterior) em prol de um perspectiva jurídica (equidade *infra legem*⁵⁰ como a regra correta), com todo o ciclo culminando na dispersão do conteúdo daquela regra no âmbito da justiça – justiça essa que pode, sob o princípio do valor subjetivo e do Estado de Direito, ser vista

48 Casos “North Sea Continental Shelf” [1969], *ICJ Reports*, p. 22-23, parágr. 19-20.

49 Caso “Tunisia–Libya Continental Shelf” [1982], *ICJ Reports*, p. 59, parágr. 70; caso “Gulf of Maine” [1984], *ICJ Reports*, p. 312, parágr. 155; caso “Libya–Malta Continental Shelf” [1985], *ICJ Reports*, p. 38-39, parágr. 49.

50 Casos “North Sea Continental Shelf” [1969], *ICJ Reports*, p. 20-22, parágr. 15-20.

apenas como arbitrária.⁵¹

A poluição transfronteiriça, para tomarmos outro exemplo, envolve a justaposição das liberdades do Estado-fonte e do Estado-alvo: por um lado, existe o direito soberano do Estado-fonte de explorar seus recursos naturais em conformidade com suas próprias políticas ambientais; por outro, há o direito exclusivo da vítima de decidir quais atos devem ocorrer em seus territórios.⁵² A liberdade do Estado-fonte de buscar usos economicamente benéficos de seu território contrasta com a liberdade do Estado-alvo de desfrutar de um meio ambiente puro. A simples opção pela “liberdade”, ou por um direito inscrito na própria noção de soberania, torna o conflito sem solução. Um equilíbrio mostra-se inevitável na busca por uma decisão.⁵³

Uma estrutura semelhante manifesta-se por toda a doutrina da soberania. Ao passo que a imunidade soberana costuma ser apresentada em termos da (do puro fato da) soberania ou de uma necessidade sistemática de comunicação internacional, a prática jurídica tende a estabelecer a isenção do soberano estrangeiro em relação à jurisdição local equilibrando os interesses de ambos os soberanos entre si.⁵⁴ O mesmo parece valer nos casos que tratam da determinação do alcance permitido da jurisdição extraterritorial de um Estado.⁵⁵ O direito que trata dos usos de cursos d’água⁵⁶ e de recursos de pesca internacionais,⁵⁷ bem como os conflitos concernentes a

51 Para tal crítica, ver, por exemplo, a opinião divergente de Gros sobre o caso “Tunisia–Libya Continental Shelf” [1982], *ICJ Reports*, p. 151-156, e o caso “Gulf of Maine” [1984], *ICJ Reports*, p. 378-380.

52 Princípio 21 Da Conferência Da Onu sobre o Meio Ambiente Humano, 1972, Estocolmo. *UN Doc A/CONF48/14*, 1972.

53 Ver, por exemplo, KOSKENNIEMI, M. International Pollution in the Systems of International Law. *Oikeustiete-Jurisprudentia*, [S.l.], v. 17, p. 152-164, 1984.; LAMMERS, J. ‘Balancing the equities’ international environmental law. *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], p. 153-165, 1984. p. 153-165.

54 CRAWFORD, J. international law and foreign sovereigns, distinguishing immune transactions. *The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 54, p. 114-118, 1983. p. 114-118.

55 MENG, W. Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Hoheitsakte mit auslandswirkung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, [S.l.], v. 44, p. 675-783, 1984. p. 675-783; LOWE, A.V. The problem of extraterritorial jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution. *International & Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 34, p. 730, 1985. p. 730.

56 SCHWEBEL, S. Third report on the non-navigational uses of international watercourses. *Yearbook of the International Law Commission*, [S.l.], p. 75-100, 1982. p. 75-100.

57⁵⁶ Casos “Fisheries Jurisdiction” [1974], *ICJ Reports*, p. 30, parágr. 69-70.

investimentos estrangeiros entre o Estado de origem e o Estado de acolhimento,⁵⁸ implicam o estabelecimento de um limite entre os dois soberanos, ou seja, uma determinação da extensão de sua liberdade soberana. Na ausência de regras determinadas e na impossibilidade de preferir um soberano ao outro, a prática jurídica tem-se voltado para a equidade no intuito de justificar a delimitação das duas soberanias entre si.

A substância do direito no âmbito da soberania tem se dispersado em um chamado generalizado por soluções equitativas ou “equilibradas” à medida que os conflitos surgem. Justificativas acadêmicas convencionais no que tange aos direitos de Estado, como consequência do fato puro da estatalidade ou estabelecidos por meio de legislação, não são aplicáveis. Nem podem sé-lo, uma vez que nem “fatos” nem “regras” são autoevidentes no sentido que os juristas liberais um dia imaginaram. Os fatos que supostamente estabelecem títulos não surgem “automaticamente”, mas resultam da escolha de um critério a partir do qual os fatos podem ser imbuídos de importância normativa.⁵⁹ Contudo, as regras também são sempre sujeitas à interpretação. A fim de associar-se a algo tangível, uma interpretação deveria remeter a determinado tipo de fatos. Para estabelecer o sentido dos fatos, devemos adotar a perspectiva de uma regra; para resolver controvérsias interpretativas sobre a regra, devemos – segundo a concepção social – observar os fatos. Daí o silêncio da modernidade tardia em relação a justificativas teóricas e o salto a um consenso *ad hoc*.

4.2. Fontes

Não obstante sua ênfase inicial no poder efetivo, a doutrina da soberania parecia impraticável em virtude da forma abstrata e arbitrária com que se definia seu conteúdo normativo. É possível recomeçar do zero e imaginar que o direito internacional poderia muito bem ser descrito não como consequência da estatalidade, mas por meio de um conjunto de critérios normativos – fontes – para a criação e identificação de um corpo jurídico.

Não surpreende que a doutrina das fontes seja eivada

de dualismos que expressam, de várias maneiras, o impulso conflitante das demandas por concretude e normatividade. A própria doutrina é muitas vezes entendida a partir de duas perspectivas: como uma descrição dos processos sociais por meio dos quais os Estados criam o direito (concretude) e como uma metodologia para verificar o conteúdo do direito independentemente de opiniões políticas (normatividade). Ao integrar ambas as perspectivas, a doutrina das fontes pode manter sua aparente objetividade. Por um lado, determinado direito não poderia ser considerado como tal simplesmente em decorrência do valor de seu conteúdo, mas como resultado de um processo social. Por outro, a existência de fontes como metodologia restritiva estabelece o devido distanciamento entre esta e o que quer que os Estados possam desejar em determinado momento no tempo.

Embora não haja nenhum desacordo significativo entre os juristas internacionalistas acerca da correta enumeração de fontes (tratados, costumes, princípios gerais), a força retórica das fontes (“força vinculativa”) é definida a partir de pontos de vista contrastantes. Sua importância às vezes relaciona-se com sua capacidade de refletir a vontade estatal (consensualismo). Em outros momentos, tal força vinculativa associa-se à relação dos argumentos das fontes com o que é “justo”, “razoável”, “em conformidade com a boa-fé” ou alguma outra metáfora não consensual.

Disputas ordinárias sobre o conteúdo ou a aplicação de normas jurídicas internacionais empregam a contradição entre consenso e explicações pautadas na justiça. Uma parte elabora argumentos no sentido do consenso, ao passo que a outra o faz em termos do que é justo (razoável etc.). Todavia, nenhum desses argumentos é plenamente justificável por si só. Um argumento puramente consensual não é capaz de justificar, em definitivo, a aplicação de uma norma contra Estados não conscientes (apologismo). Um argumento que se apoie apenas em uma noção de justiça viola o princípio da subjetividade do valor (utopismo). Portanto, ambos devem apoiar-se mutuamente. Os argumentos vinculados ao consenso devem expor a relevância e o conteúdo deste no sentido daquilo que parece justo. Os argumentos associados à justiça devem demonstrar sua correção fazendo referência àquilo que os Estados consentiram. Uma vez que esses movimentos (consenso para a justiça; justiça para o consenso) fazem com que as posições inicialmente opostas pareçam iguais, nenhuma solução pode ser adotada por meio da simples escolha de uma

58 O prêmio LIAMCO [1981], *ILR*, vol. 20, p. 76-77, parágr. 150-151.

59 “No domínio do direito não existe um fato em si mesmo, um fato imediatamente evidente; há somente fatos certificados pelas autoridades competentes em um procedimento estabelecido por lei”. KELSEN, H. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart and Winston, 1966. p. 388.

delas. Uma solução somente parece possível na medida em que se decide o que os Estados “realmente” desejam ou o que o conteúdo da justiça “realmente” é. Nenhuma dessas perguntas, entretanto, pode ser respondida com base nas premissas do Estado de Direito.⁶⁰

Para o jurista moderno, é muito difícil vislumbrar, e mais ainda justificar, um direito que se divorciaria daquilo que os Estados entendem ou desejam como o direito. A aparente necessidade de consensualismo parece pautar-se na própria crítica à noção de normas naturais como superstição. No entanto, as críticas ao consensualismo pleno – sua circularidade lógica, seu distanciamento da experiência, seu apologismo inerente – são notórias.⁶¹ O consensualismo não é capaz de justificar a aplicação de uma norma contra um Estado que se opõe a tal aplicação a menos que crie uma distância entre a norma e a vontade momentânea do Estado em questão. Já se explicou, por exemplo, que, embora o direito surja do consenso, ele não carece do consenso de todo e qualquer Estado todo o tempo, e que um acordo geral, uma *volonté générale* ou uma *Vereinbarung* basta para a aplicação da norma.⁶²

Todavia, tais explicações violam o princípio da igualdade soberana – elas não conseguem dar conta de por que um Estado deve estar circunscrito à vontade de outro. Obviamente, essa questão pode ser definida a partir de determinado conceito de necessidade social. Entretanto, nesse caso já nos afastamos do consensualismo puro e nos deparamos com a dificuldade de explicar o *status legal* dessa suposta necessidade e a razão pela qual deveria apoiar uma norma em detrimento de outra.

Uma estratégia mais comum consiste em explicar que o Estado originalmente consentiu (por meio de reconhecimento, aquiescência, ausência de protesto ou concordância “tácita”), apesar de agora negar tê-lo feito. Tal argumento é de extrema importância no âmbito do discurso liberal de legitimação. Ele permite que se defenda a restrição social de forma consensual à medida que se apliquem restrições contra um Estado que nega seu consenso.⁶³ Todavia, nem mesmo esse argumento é

convincente, tendo em vista que ele deve explicar-se a si próprio, em última instância, de forma plenamente consensual ou plenamente não consensual e, assim, passa a ser vulnerável às objeções em torno do apologismo ou do utopismo.

Por que determinado Estado deveria estar vinculado a um argumento segundo o qual ele consentiu, mesmo que “de forma tácita”? Se a razão for dada no sentido de respeitar seu próprio consenso, então devemos explicar por que temos mais condições que o próprio Estado de saber o que este consentiu. Até mesmo os consensualistas costumam admitir que tal conhecimento não está aberto a observadores externos. Contudo, mesmo se fosse possível “saber mais”, tal argumento não é efetivamente defensável no âmbito das premissas do Estado de Direito. Imbuída nele está a desagradável implicação de que não poderíamos mais nos pautar na vontade expressa do sujeito de direito. O argumento perderia a justificativa central por trás da legislação democrática e tornaria válido o estabelecimento de um Leviatã – aquele que sabe melhor que ninguém o que as pessoas “realmente” desejam. Trata-se de uma estratégia para introduzir opiniões autoritárias sob um disfarce democrático.

Teóricos do consenso tácito costumam explicar que não se trata de uma questão de vontade “real” mas sim “presumida”. Mas então o que permite a aplicação da presunção contra um Estado que nega jamais ter consentido a algo do gênero? Nesse ponto, o jurista defensor do consenso tácito deve afastar-se do consensualismo rumo ao não consensualismo. O consenso tácito – ou a presunção de consenso – é vinculativo porque é “justo” ou conforma-se com a razoabilidade ou boa-fé, ou porque protege expectativas legítimas ou algo do tipo.⁶⁴ Agora a dificuldade consiste em defender a posição não consensual assumida. Sob o princípio do valor subjetivo, porém, a “justiça” não pode ser discutida de forma não arbitrária.⁶⁵ De outro modo, o Estado de Direito seria inútil ou mesmo abertamente prejudicial.

60 Ver também Kennedy, *International Legal Structures* (1987), p. 11-107.

61 KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p. 309-313.

62 Como exemplo de texto clássico do tema, ver TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Hirschfeld, 1899. p. 27, 51-53.

63 Ver, por exemplo, o argumento em BLECKMANN, A. *Grund-*

probleme und Methoden des Völkerrechts. Freiburg: Alber, 1982. p. 81, 184-189. Sobre a construção do consenso tácito de forma geral, ver KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p. 325-333.

64 Ver, por exemplo, MÜLLER, J. P. *Vertrauenschutz im Völkerrecht*. Colônia: Heymann's, 1970.; MARTIN, A. *L'estoppel en droit international public*. Paris: Pedone, 1979.

65 ZOLLER, E. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pedone, 1977. p. 345.

Seria possível afirmar, obviamente, que uma noção de razoabilidade se justifica porque o próprio Estado em questão a aceitou. Todavia, essa defesa trará de volta à cena o problema de como é possível opor uma justificativa consensual a um Estado que refute sua validade e assim por diante, *ad infinitum*.

No caso do *Gulf de Maine* (1984), o Canadá argumentou que os Estados Unidos estavam vinculados a determinada linha de delimitação, tendo em vista que não havia protestado contra seu uso *de facto*. Apoiado na ausência de protesto, o Canadá, por um lado, alegou o consenso estadunidense em relação à sua vinculação e, por outro, fez referência à boa-fé e à equidade. Sua argumentação apelou tanto para o consenso quanto para a justiça. A Câmara da CIJ aceitou ambas as explanações, começando pela última, de natureza não consensual. O que é comum à aquiescência e à preclusão é o fato de que “[...] ambas decorrem do princípio fundamental da boa-fé e equidade”.⁶⁶

Caso a Corte tivesse seguido essa linha de raciocínio, ela deveria – porque nem todo silêncio cria normas – ter se envolvido em uma discussão sobre se as condições de boa-fé ou equidade faziam-se ou não presentes para vincular os Estados Unidos naquele momento. Contudo, tal discussão não aconteceu. Isso é compreensível, uma vez que argumentar com base na justiça não consensual parece altamente subjetivo e abstrato. Em vez disso, a Corte voltou-se para um entendimento consensual sobre a dependência da ausência de protesto e em seguida passou a debater se a “carta de Hoffmann” enviada pela administração estadunidense às autoridades canadenses era uma prova da aceitação dos Estados Unidos acerca da equidistância do Canadá. Não era: “[...] fatos invocados pelo Canadá não levam à conclusão de que o governo dos Estados Unidos reconhecia a linha mediana...”.⁶⁷

Em outras palavras, os Estados Unidos não estavam vinculados porque não havia intenção subjetiva (independentemente de considerações de boa-fé ou equidade). Como a Corte chegou a essa conclusão? Não por contar com a (ausência de) intenção real dos Estados Unidos de se vincular; isso teria sido apologético e uma violação da soberania canadense. A conclusão da Câmara não abordou uma falta de intenção “real”, mas sim de intenção “construtiva” por parte dos EUA. Em quais

princípios pautava-se tal construção? Sobretudo na inconsistência dos fatos e no *status* governamental inferior das autoridades envolvidas.⁶⁸ Todavia, o que justificou essa escolha de fatos relevantes e sua consequente interpretação? O que fez a construção da Corte superar a canadense? O argumento termina aqui. Os princípios de construção não foram discutidos.

Em tese, a Câmara poderia ter empregado dois princípios de construção: 1) uma construção é justificada se corresponder à intenção; 2) uma construção é justificada se for um reflexo da justiça não consensual. Trata-se de justificativas excludentes. No entanto, nenhuma delas mostrava-se acessível para a Câmara. Descartou-se a primeira em virtude do argumento anterior que excluiu a possibilidade de se conhecer a verdadeira intenção norte-americana e de usá-la contra o Canadá. Descartou-se a segunda porque ela teria exigido uma argumentação inteiramente não consensual contra as justificativas não consensuais canadenses. Tal estratégia teria adquirido a correção de uma justiça objetiva e teria entrado em conflito com a recusa prévia da Câmara de pensar a relação aquiescência-preclusão de forma inteiramente não consensual. A Câmara simplesmente adotou uma interpretação da conduta norte-americana que divergia da do Canadá. O porquê de ser uma interpretação melhor não foi debatido uma vez que não poderia tê-lo sido. A decisão não foi, segundo seus próprios pressupostos, determinada por um argumento jurídico.

Uma estrutura argumentativa idêntica é observada no âmbito da interpretação de tratados. Interpretações específicas remetem ou à vontade de determinada parte ou a alguma noção de boa-fé, razoabilidade etc.⁶⁹ Uma vez que a vontade “real” de uma parte não é passível de ser identificada e justificadamente oposta a outra parte que negue tal intenção, e tendo em vista que o conteúdo daquilo que seja uma interpretação “justa” não pode ser estabelecido de maneira legal, as doutrinas da modernidade tardia costumam reconhecer o caráter estético, impressionístico do processo interpretativo.⁷⁰ Aspectos polêmicos concernentes à vontade de determinada parte vão de encontro a aspectos igualmente controversos

68 Ibid.

69 Em relação a esse contraste de forma geral, ver, por exemplo, ZOLLER, E. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pedone, 1977. p. 205-244.

70 SUR, S. *L'interpretation en droit international public*. Paris: LGDJ, 1974. Ver também McDougal, “*International Law, Power and Policy*” (1953), p. 149-157.

66 Caso “Gulf of Maine” [1984], *ICJ Reports*, p. 305, parág. 130.

67 Ibid, p. 307, parág. 138.

a respeito da justiça de interpretações específicas.

No caso *Interpretação das declarações argelinas de 19 de janeiro de 1981*, o Tribunal Arbitral Irã–Estados Unidos deveria decidir se o artigo 2º da Declaração de Resolução de Litígios atribuía ao Irã o direito de prestar queixas contra cidadãos estadunidenses. A maioria concluiu que a questão não poderia ser interpretada dessa forma. Uma “formulação clara” daquele artigo excluía queixas iranianas da jurisdição do tribunal. Tal formulação desfrutava de autoridade por ser o exemplo mais evidente de consenso entre as partes.⁷¹ Uma minoria argumentava que uma construção literal não era capaz de concretizar o caráter recíproco do acordo. Segundo essa minoria, a reciprocidade constituía a própria razão de o Irã ter aceitado participar do acordo. Ao excluir a reciprocidade, a maioria violou o consenso iraniano e injustificadamente preferiu a justiça da literalidade à justiça da reciprocidade.⁷² Ambos os lados evocam consenso e justiça, mas são incapazes de se referir diretamente às perspectivas do outro. Nenhum deles pauta sua argumentação na questão do “consenso real”. Contudo, ao passo que a maioria enxerga a manifestação do consenso no texto, a minoria enxerga-o no âmbito da reciprocidade. Ambos os lados afirmam que seu princípio interpretativo é melhor na medida em que melhor reflete o consenso. Todavia, decidir a disputa com base em tais argumentos exigiria uma maneira de constatar o consenso a despeito de suas manifestações – uma possibilidade rejeitada à medida que se fez referência às manifestações em virtude do pressuposto de que não se poderia ter acesso ao consenso real. Ademais, nem podem os dois lados alegar que sua justiça – a justiça da literalidade ou da reciprocidade – é melhor sem uma argumentação que parte de uma teoria da justiça aparentemente indefensável sob o Estado de Direito. Em última instância, ambas as interpretações são incontestes. Uma doutrina que exclui argumentos oriundos de “um conhecimento maior” e da justiça natural não tem os meios de decidir sobre a superioridade de interpretações conflitantes.

As tentativas de explicar por que os Estados deveriam ser vinculados por declarações unilaterais enfrentam problemas semelhantes. Em primeiro lugar, como a CIJ apontou no *caso dos Testes Nucleares* (1974), tais afirmações podem ser vinculativas “[q]uando for intenção

71 Tribunal Arbitral Irã–Estados Unidos, “*Interpretation of the Algerian Declaration of 19th January 1981*” [1982], *ILR*, vol. 62, p. 599–600.

72 *Ibid.*, p. 603–606.

do Estado proponente da declaração tornar-se vinculado segundo seus próprios termos”.⁷³ Todavia, sua força vinculativa não pode ser inteiramente consensual porque assim o Estado poderia se ver livre simplesmente por um novo ato de vontade. Portanto, a Corte observou também que

[u]m dos princípios que governam a criação e o desempenho de obrigações legais [...] é o princípio da boa-fé [...]. Assim, os Estados interessados podem tomar conhecimento de declarações unilaterais e depositar confiança nelas, e têm o direito de exigir que a obrigação ora criada seja respeitada.⁷⁴

Agora o Estado declarante encontra-se vinculado a despeito de sua vontade, com base na simples afirmação e dependência de terceiros.

A necessidade de propor os dois argumentos parece óbvia. O primeiro argumento – consensual – da Corte justificou a vinculação da França às suas declarações. Entretanto, tal argumento pareceu também ameaçador na medida em que dava a entender que a França poderia modificar ou encerrar sua obrigação a seu bel-prazer. Isso violaria as vontades e a soberania dos requerentes (Austrália e Nova Zelândia). O segundo argumento – não consensual – a respeito da boa-fé e de expectativas legítimas mostrou-se necessário para defender estas últimas. A decisão foi, ao mesmo tempo, consensualista e não consensualista. Ela permitiu que a norma a ser aplicada fosse pautada na defesa da soberania de cada Estado envolvido. Simultaneamente, pareceu dar efeito àquilo que a justiça aparentava exigir.

Contudo, a decisão também se mantém vulnerável sob cada uma dessas perspectivas. Como a Corte pôde pautar sua norma no consenso francês diante de uma clara negação de qualquer consenso por parte daquele país? Ela não explica como pode ser capaz de defender a dependência dos requerentes enquanto estes negam a existência dessa dependência. A Corte também deixa sem explicação sua teoria da justiça, segundo a qual *essas* declarações e ações têm efeito vinculativo *necessas* circunstâncias em conformidade com a boa-fé.

A estrutura, importância e fragilidades do consenso tácito fazem-se mais visíveis no argumento ortodoxo a respeito do direito internacional consuetudinário.

Segundo esse argumento, um costume vinculativo

73 Casos “Nuclear Tests” [1974], *ICJ Reports*, p. 267, parág. 43.

74 *Ibid.*, p. 268.

existe se houver uma prática material de Estados para esse efeito e se tal prática for motivada pela crença em sua obrigatoriedade. Essa “teoria dos dois elementos” exprime o princípio da sociologia liberal, para a qual o sentido – direito ou não direito? – da ação social não reside em sua aparência externa nem naquilo que se possa pensar a respeito dela, mas sim em uma conjunção de ambos: um elemento externo (material) e outro interno (psicológico).⁷⁵ A função do primeiro elemento é garantir que determinado costume possa ser constatado a despeito das perspectivas políticas momentâneas dos Estados. A função do segundo é distinguir o costume da coerção.

O problema com a teoria dos dois elementos é que nenhum deles pode ser identificado independentemente do outro. Portanto, um não pode ser usado para impedir o surgimento do Senhor Hyde⁷⁶ no outro.

Os juristas contemporâneos têm rejeitado explicações totalmente materialísticas de costumes como sendo apologéticas, incapazes de diferenciar restrição factual e direito. Se a possibilidade de que tal distinção possa ser feita pela justiça do comportamento relevante for descartada, então ela só pode ser estabelecida por intermédio do elemento psicológico, a *opinio juris*. Todavia, como muitos alunos da jurisprudência da CIJ têm demonstrado, não há critérios aplicáveis de modo independente para verificar a presença da *opinio juris*. A CIJ tem simplesmente inferido sua presença ou ausência a partir da extensão e intensidade da prática material sobre a qual tem se debruçado.⁷⁷ Ademais, nem parece possível pressupor a existência de tais critérios e que a *opinio* recebida poderia contrapor-se a um Estado não anuente. Este seria um argumento relativo ao deveria “saber mais”. Em outras palavras, embora pareça possível distinguir “costume” daquilo que é realmente efetivo

75 Ver HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 91. Para uma discussão do tema, ver KOSKENNIEMI, M. The Normative Force of Habit: International Custom and Social Theory. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 1, p. 77, (1990).

76 Alterego psicopata do doutor Henry Jekyll na novela gótica *O médico e o monstro*, de Robert Louis Stevenson [N.T.].

77 Ver, por exemplo, SØRENSEN, M. *Les sources du droit international*. Copenhague: Munksgaard, 1946. p. 108-111; VIRALLY, M. *The Sources of International Law*. In: SØRENSEN, M. (Ed.). *Manual of Public International Law*. Londres: Macmillan; Nova York: St Martin's Press, 1968. p. 134-135; H. Günther, *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht* (Berlim, Duncker & Humblot, 1970), p. 70. Ver também KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 428-429.

recorrendo-se apenas àquilo em que os Estados acreditam, tais crenças não parecem estar aptas à identificação, independentemente do que seja, de fato, efetivo.

Poder-se-ia tentar evitar essa circularidade com a pressuposição de que alguns tipos de comportamento são por natureza – “de modo intrínseco” – a ponto de gerar (ou não) um costume normativo. Contudo, os esforços em discriminar listas de tais tipos têm se mostrado infrutíferos. Um conceito “flexível” de prática material tem vindo à tona: qualquer ato ou declaração pode ser considerado uma prática geradora de costumes se os Estados assim o desejarem⁷⁸ (na realidade, qualquer outra conclusão expressaria um naturalismo ilegítimo e violaria os princípios da sociologia liberal: isto é, deixaria de considerar o “aspecto interno”). O uso desse critério (o que é que os Estados desejam), todavia, implicaria conhecer a *opinio* independentemente do ato que a expressa. Essa possibilidade, porém, já havia sido descartada por nosso argumento anterior acerca da necessidade de atentar para práticas materiais desde o princípio. De fato, se pudéssemos conhecer as intenções dos Estados a despeito do que fazem, toda a teoria dos dois elementos se tornaria desnecessária: poderíamos simplesmente colocar tais intenções em prática. Um costume, então, se aglutinaria a um acordo (informal) (nesse caso, obviamente, enfrentaríamos a dificuldade de ter que interpretar o conteúdo inserido em qualquer acordo desse tipo ao recorrer às “verdadeiras” vontades das partes ou a alguma noção de justiça, conforme foi explicado anteriormente).

A doutrina do direito consuetudinário permanece indeterminada em virtude de sua circularidade. Ela pressupõe que dado comportamento é uma prova das intenções dos Estados (*opinio juris*) e que estas evidenciam qual comportamento é relevante como costume. A fim de evitar o apologismo (contando com a vontade atual de um Estado), a doutrina em questão encara o elemento psicológico a partir da perspectiva do material; a fim de evitar o utopismo (distinguindo usos vinculativos e não vinculativos ao recorrer àquilo que é justo), ela encara o elemento material a partir da perspectiva do psicológico. Esta doutrina não pode ocupar nenhuma dessas posições de modo permanente sem

78 Ver, por exemplo, BRAVO, L. Ferrari. La coutume internationale dans la pratique des etats. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.I.], v. 192, p. 243, 1985. p. 243, 261; KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 431-432.

se tornar vulnerável a críticas emitidas pela outra. As próprias pressuposições subjacentes ao direito internacional consuetudinário oferecem o mecanismo para sua autodestruição.

Para a prática internacional da modernidade tardia, a teoria convencional é cada vez mais um disfarce para o que é, na verdade, uma tentativa de compreender os costumes em termos de uma equidade bilateral. A CIJ, por exemplo, sempre se mostrou até certo ponto ambígua no que se refere ao caráter das regras do direito não escrito que ela estabeleceu. Seu argumento sobre o costume relevante nos casos da *Zona Pesqueira (Reino Unido v. Noruega)* (1951) e da *Competência em Matéria Pesqueira (Reino Unido v. Islândia)* (1974) abordou o problema mais em termos do interesse relevante em jogo que da tentativa de encontrar alguma regra geral a ser “aplicada”.⁷⁹ Os diversos casos de fronteira marítima realçaram ainda mais essa tendência. O julgamento do caso *Atividades Militares e Paramilitares na e Contra a Nicarágua (Nicarágua v. Estados Unidos da América)* (1986) nem se esforçou seriamente em justificar suas quatro regras consuetudinárias – não uso da força, não intervenção, respeito à soberania e, sobretudo, normas humanitárias relevantes – em termos da prática material e da *opinio juris*.⁸⁰ Muitas pessoas têm se mostrado insatisfeitas com a estratégia moderna de defender qualquer padrão não escrito como “costume”. Sir Robert Jennings, dentre outros, tem observado que aquilo que nos habituamos a chamar de costume “não apenas não é direito consuetudinário: não lembra nem de longe um direito consuetudinário”.⁸¹ Contudo, se um padrão não escrito não for argumentável em termos de práticas materiais ou de crenças relativas a elas, então ele só pode existir como direito natural – defensável apenas mediante a importância política de seu conteúdo. De fato, grande parte da prática da CIJ a esse respeito permanece *ex cathedra*: a instituição tem “fixado um sistema de tomada de decisão em que a conclusão obtida é determinada pela aplicação de regras consideradas, em larga medida, autoevidentes”.⁸² Na realidade, muitas vezes há consen-

so em torno de tais regras, como atestam as “considerações básicas de humanidade” evocadas pela Corte no caso do *Canal de Corfu* (1949). Entretanto, o problema é claramente menos uma questão de explicar por que as pessoas que concordam são vinculadas e mais de explicar por que aquelas que discordam devem ser vinculadas, bem como de que forma se deveria argumentar no caso de controvérsias interpretativas virem à tona.

5. A POLÍTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

A ideia de um Estado de Direito internacional tem adquirido credibilidade na medida em que o esforço por configurá-lo não implica um compromisso com o conteúdo das normas porventura estabelecidas ou com o caráter da sociedade que se consolidou. As potências europeias do século XIX puderam começar a pensar sobre suas relações em termos de regras jurídicas porque formalizaram relações intensoberanas e porque nenhuma soberania precisou constatar que suas políticas substanciais eram descartadas por tais relações. A Assembleia-Geral da ONU pôde aceitar, via consenso, a declaração da “Década da Lei Internacional” em 1989 com base nessas mesmas razões. Isso é fortemente salientado pelo fato de que a declaração não apresentou nenhum plano de ação substancial. O texto simplesmente apela para a promoção do respeito aos princípios do direito internacional e a resolução pacífica de disputas, bem como para o estímulo ao desenvolvimento e disseminação do direito internacional. Em contrapartida, não aborda a razão pela qual o direito deveria ser aplicado ou que tipo de regras ele deveria promover.

O direito internacional moderno constitui um arcabouço sofisticado de delegação para outros lugares de resoluções substanciais: para mais procedimentos, interpretações, equidade, contextos e assim por diante. A Convenção sobre o Direito do Mar de 1982 é um exemplo típico: em vez de uma lista identificando o que se deve ou não fazer, a Convenção estabelece um quadro que delimita poderes soberanos e designa jurisdições – com base no pressuposto de que os problemas substanciais dos usos do mar podem ser melhor resolvidos por meio da delegação do poder decisório a outras instâncias, incorrendo no contexto e em geral re-

79 Caso “Anglo–Norwegian” [1951], *ICJ Reports*, p. 133; casos “Fisheries Jurisdiction” [1974], *ICJ Reports*, p. 30-33 [69]-[79].

80 Caso “US Military and Paramilitary Activities” [1986], *ICJ Reports*, p. 97-115 [183]-[220].

81 JENNINGS, R. The identification of international law. In: CHENG, B. (Ed.). *International Law, Teaching and Practice*. Londres: Stevens, 1982. p. 5.

82 KEARNEY, C. Sources of Law and the International Court of Justice. In: Gross, L. (Ed.). *The Future of the International Court of*

Justice. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1976. p. 653.

metendo a “princípios equitativos”.⁸³ O êxito do direito internacional depende dessa formalidade, dessa recusa em propor regras determinantes ou resoluções prontas a conflitos futuros. A despeito da existência de um “processo” claramente jurídico – e, nesse sentido, um sistema relativamente autônomo e coerente que pode ser abstruído de tratados acadêmicos –, não há padrões legais determinantes. Permita-me explicar essa questão de modo esquemático.

O Estado de Direito constitui uma tentativa de promover a vida comunitária sem abrir mão da autonomia individual. A vida comunitária é, obviamente, necessária para impedir que o individualismo incorra em anarquia ou tirania. O individualismo é necessário porque, de outro modo, continuaria a ser passível de objeção por parte daqueles que acreditam que o tipo de comunidade provido pelo Estado de Direito não atende a seus critérios políticos. A partir da perspectiva desses indivíduos, as pretensões comunitárias do direito culminariam em apologias totalitárias.⁸⁴

O direito busca cumprir sua dupla função ao tornar-se formal: não adotando nem ideais comunitários específicos nem políticas de soberania específicas. Ou, de outro modo, uma regra, argumento ou doutrina jurídica aceitável é aquela que consegue se justificar tanto do ponto de vista da consolidação da comunidade (porque senão pareceria apologética) quanto da salvaguarda da soberania (porque senão suas implicações continuariam a ser totalitárias). O problema é que, assim que qualquer dessas justificativas seja apresentada para endossar *algum tipo específico de existência comunitária ou algum limite determinado de autonomia soberana*, elas tornam-se vulneráveis a partir de um ponto de vista substancial contrário. Portanto, enquanto um jurista justifica o resultado substancial de sua preferência com base na capacidade desse resultado de apoiar a comunidade, passa a ser simultaneamente possível para seu/sua homólogo/a – que não compartilha do mesmo ideal comunitário – desafiar essa mesma justificativa como totalitária. De modo análogo, uma regra, princípio ou solução justificada com base no modo como defende a soberania pode – para alguém que estabeleça os limites da “soberania” de ma-

neira distinta – ser passível de objeção por estimular o egoísmo e a anarquia.

Considere-se o caso da poluição transfronteiriça, por exemplo. Gases nocivos fluem de um Estado A para o território de um Estado B. O Estado A alega seu “direito soberano de usar seus recursos naturais em conformidade com suas políticas nacionais”. O Estado B argumenta que o primeiro deve dar um basta na poluição, interpretando a posição do Estado A como egoísta ao mesmo tempo que faz seu próprio argumento parecer comunitário. Ele pode se referir a uma norma de “uso não danoso do território”, por exemplo, e justificar tal alegação por meio de analogias a regras relativas a rios e recursos naturais internacionais, bem como de precedentes e resoluções da Assembleia Geral.⁸⁵

O Estado A pode então rebater essa argumentação afirmando que as normas não podem se opor a ele de modo tão totalitário. Ele vincula-se apenas às normas que já aceitou, e nunca aceitou as analogias evocadas pelo Estado B. Isso forçaria o Estado B a argumentar que sua norma eleita é vinculativa a despeito de aceitação – em cujo caso ele teria algo a perder, tendo em vista que seu argumento pareceria utópico – ou a mudar de estratégia a fim de também atribuir à sua posição uma aura protetora da soberania. O Estado B pode então retrucar que a poluição viola sua própria liberdade e constitui uma interferência em seus assuntos internos, como fez a Austrália no caso *Testes Nucleares*.⁸⁶ A posição do Estado B aparentaria ser, então, tanto comunitária (em relação ao Estado A) quanto individualista (em relação a si próprio).

Com o intuito de contestar esse último argumento apresentado pelo Estado B, o Estado A precisa fazer uma observação de cunho comunitário. Ele pode argumentar que existe uma norma concernente à boa vizinhança, a exemplo daquela alegada no caso *Lago Lanoux* (1957), a qual requer que os Estados tolerem inconvenientes menores resultantes de usos legítimos dos territórios de Estados vizinhos.⁸⁷ O Estado B não pode exigir integridade territorial completa. A posição do Estado A é agora tanto individualista (em relação a si próprio) quanto comunitária (em relação ao Estado B).

83 Ver, de modo geral, ALLOTT, P. Power Sharing in the Law of the Sea. *American Journal of International Law*, [S.I.], v. 77, p. 1-30, 1983.

84 Ver também o artigo seminal de KENNEDY, D. The structure of blackstone’s commentaries. *Buffalo Law Review*, [S.I.], v. 18, p. 205, 1979.

85 Para ambos os argumentos, ver o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo (n. 51) e também KOSKENNIEMI, M. International Pollution in the Systems of International Law. *Oikeustiede-Jurisprudensia*, [S.I.], v. 17, p. 100-103, 1984.

86 Casos “Nuclear Tests”, *ICJ Pleadings*, vol. I, p. 14.

87 Caso “Lake Lanoux”, *UNRIAA*, vol. 12, p. 316.

O argumento poderia seguir adiante. Ambas as partes poderiam reforçar o viés comunitário de suas posições fazendo referência à equidade, aos princípios gerais etc., a fim de rejeitar a autonomia (egoísmo) da parte opositora. Poderiam também salientar os argumentos de cunho soberano ao destacar ainda mais sua independência, consenso, integridade territorial, autodeterminação, etc., com o fito de refutar os argumentos comunitários (totalitários) do seu adversário. Consequentemente, o caso não poderia ser decidido pela simples preferência à autonomia em detrimento da comunidade ou vice-versa. Ambos os argumentos reforçam as duas posições. O caso não é passível de solução por meio da referência a qualquer dos conceitos disponíveis (soberania, uso não danoso do território, integridade territorial, independência, boa vizinhança, equidade etc.), uma vez que cada um desses conceitos pode ser elaborado de modo a corroborar qualquer uma das duas posições. Além disso, tais construções não seguem nenhuma preferência *legalmente* determinada. Uma corte poderia declarar que uma das posições é melhor no que se refere à equidade, por exemplo, ou tentar estabelecer um “equilíbrio” entre as alegações. Todavia, ao justificar sua concepção do que é equitativo, a corte terá que adotar uma teoria da justiça – teoria essa, porém, que não poderá justificar ao remeter mais uma vez aos próprios conceitos jurídicos.

Outro exemplo diz respeito às relações entre um investidor estrangeiro e o Estado anfitrião. A perspectiva que salienta o individualismo, a separação e o consenso pode vir à tona para reforçar a soberania desse Estado – seu direito de nacionalizar a empresa sem compensação “plena, imediata e adequada”. Entretanto, a mesma posição pode decorrer de forma igualmente satisfatória de observações comunitárias relativas à justiça, à igualdade ou solidariedade ou ao caráter vinculativo da nova ordem econômica internacional, por exemplo.⁸⁸ O caso do Estado anfitrião pode ser defendido de forma semelhante, em que se enfatize sua liberdade, individualidade e consenso – conforme expresso na doutrina de direitos adquiridos – ou a natureza vinculativa não consensual da norma *pacta sunt servanda*, a boa-fé ou outras conceções pertinentes de justiça. Para efetuar uma escolha, o solucionador de problemas deveria simplesmente ter que optar por uma das soberanias – nesse caso a igualdade soberana é anulada – ou empregar outra teoria de

justiça (ou de equidade) que não pode, contudo, justificar com base no Estado de Direito.⁸⁹

A relação entre os princípios da autodeterminação e da integridade territorial, ambos já sacralizados em inúmeras resoluções da Assembleia Geral da ONU, permanece um enigma.⁹⁰ O problema, da forma como o enxergamos agora, é que não se pode preferir nenhum dos princípios conflitantes na medida em que estes são, em última instância, iguais. Quando um povo clama por integridade territorial, ele exige respeito à sua identidade como entidade autodeterminada e vice-versa. A fim de solucionar o conflito, seria necessário um princípio externo a respeito de quais tipos de associação humana envolvem esse respeito ou não. Isso parece implicar uma argumentação pautada em visões políticas contestadas sobre o tipo de organização que o direito deveria almejar em termos materiais.

A formalidade do direito internacional torna possível a cada Estado compreender sua concepção substancial de sociedade global, bem como sua visão acerca do alcance da liberdade soberana em conceitos e categorias jurídicas. Não se trata aqui de uma distorção ao direito introduzida de fora. Trata-se, pois, de uma consequência necessária da visão segundo a qual inexiste uma “vida boa” natural, um limite à liberdade soberana que existiria por força de alguma necessidade histórica. Se esse tipo de naturalismo for rejeitado – e desde o Iluminismo, todos têm tido boas razões para fazê-lo –, então impor qualquer concepção substancial de vida comunitária ou de limites à soberania pode parecer nada mais que uma restrição ilegítima – expressa pela preferência às políticas de um Estado em detrimento das de outro.

É impossível tomar decisões substanciais no âmbito do direito que não implicariam nenhuma escolha política. O foco na equidade designado pela modernidade tardia nos diferentes domínios do direito internacional é, nesse sentido, a admissão sadia de algo que, para todos os efeitos, já existe: no fim das contas, legitimar ou criticar o comportamento estatal não é uma questão de

88 Ambas as justificativas para esse direito podem ser verificadas, por exemplo, na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, UNGA Res. 3281 (XXIX) (12 dez. 1974).

89 “Uma solução deveria, portanto, reconhecer o direito soberano do Estado de origem e do Estado de acolhimento ao investimento em questão e deveria esforçar-se por encontrar um equilíbrio equitativo entre eles”, em I. Seidl-Hohenveldem, “International Economic Law. General Course on Public International Law” (1986), *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. 198, p. 54.

90 Ver UNGA Res. 1514 (XV), 14 dez. 1960; 2625 (XXV), 24 out. 1970, e os comentários, por exemplo, em M. Pomerance, *Self-Determination in Law and Practice; the New Doctrine in the United Nations* (Boston, Nijhoff, 1982), p. 43-47 e *passim*.

aplicar formalmente regras neutras, pois depende daquilo que se considera politicamente certo ou justo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os teóricos da atualidade muitas vezes explicam nossa condição pós-moderna como resultado de uma tragédia das perdas. Para os juristas internacionalistas, o Iluminismo significou a perda da fé em uma ordem natural de pessoas, nações e soberanias. A fim de conter o subjetivismo político, juristas dos séculos XIX e XX depositaram sua confiança, de modo variável, em lógica e textos, história e poder, com o intuito de encontrar um amparo objetivo e seguro. Cada tentativa culminou em decepção. O uso da lógica dependia de quais axiomas políticos eram inseridos como premissas. Textos, fatos e a história eram passíveis de ser interpretados das formas mais variadas. Ao elaborar suas interpretações, os juristas eram sempre levados a contar com matrizes conceituais que não podiam mais ser defendidas pelos textos, fatos ou histórias a que atribuíam significado. Tais matrizes eram e continuam sendo arenas de luta política.

Todavia, o retorno à fé inabalável de Vitoria ou de Suárez não se abre para nós. Simplesmente não podemos passar a crer que a política – justiça e equidade – poderia ser debatida a ponto de todos concordarem no final. Isso nos ensina uma lição. Na medida em que o mundo, incluindo as concepções dos juristas a respeito dele, é conflituoso, qualquer projeto grandioso de uma “ordem mundial” estará sempre sob suspeição. Qualquer regra ou princípio jurídico e projeto de ordem mundial parecerá aceitável apenas quando for formulado de modo abstrato e formal. Ao ser aplicado, terá se sobreposto a alguma interpretação ou experiência coletiva e parecerá apológético.

Os teóricos sociais têm registrado uma recente virada moderna nas sociedades nacionais que se distancia do *Rechtstaat* rumo a uma sociedade em cujo seio o conflito social é cada vez mais enfrentado por padrões e consensos flexíveis e contextualmente estabelecidos.⁹¹ O afastamento de princípios gerais e regras formais e a aproximação de uma equidade contextualmente deter-

minada pode refletir um fenômeno semelhante no desenvolvimento do pensamento e da prática jurídica internacional. Há razões suficientes para levar essa virada a sério – embora ela implique que os juristas repensem sua autoimagem profissional. Isso porque os assuntos relativos à justiça contextual não podem ser resolvidos por meio da aplicação de regras ou princípios prontos. Sua resolução requer aventurar-se por campos como a política, a causalidade social e econômica, que foram formalmente delimitados além do ponto em que o argumento jurídico deveria parar a fim de permanecer “legal”. Com certeza devemos permanecer incertos. As resoluções baseadas na aceitabilidade política não podem ser efetuadas com o tipo de certeza pós-iluminista que os juristas um dia acreditaram alcançar. E, no entanto, somente a manutenção de sua natureza é que impedirá que elas sejam usadas como apologias à tirania.

REFERÊNCIAS

- ALLOTT, P. Language, Method and the Nature of International Law. *The British Yearbook of International Law*, [S.I.], v. 45, p. 123-125, 1971.
- ALLOTT, P. Power Sharing in the Law of the Sea. *American Journal of International Law*, [S.I.], v. 77, p. 1-30, 1983.
- BEITZ, C. *Political Theory and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- BLECKMANN, A. *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*. Freiburg: Alber, 1982.
- BOYLE, Ideals and Things: International Legal Scholarship and the Prison-House of Language. *Harvard Journal of International Law*, [S.I.], v. 26, 1985.
- BRAVO, L. Ferrari. La coutume internationale dans la pratique des etats. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.I.], v. 192, p. 243, 1985.
- C'EST à une conception fonctionnelle de pouvoir, à une conception sociale du droit que s'attache notre enseignement. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*. v. 86, p. 451, 1954.
- CARTY, A. *The Decay of International Law?*. Manchester: Manchester University Press, 1986.
- CHEN, T. C. *The International Law of Recognition*. Londres: Stevens, 1951.

91 Ver, por exemplo, UNGER, R. M. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. Nova York: Free Press; Londres: Collier Macmillan, 1976.; O'HAGAN, T. *The End of Law?*. Oxford: Blackwell, 1984.

- CHENG, B. Custom, the future of general state practice in a divided world. In: MACDONALD, R. St. J.; JOHNSTON, D. M. (Ed.). *The Structure and Process of International Law: essays in legal philosophy doctrine and theory*. Haia: Martinus Nijhoff, 1983.
- CRAWFORD, J. international law and foreign sovereigns, distinguishing immune transactions. *The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 54, p. 114-118, 1983.
- DICKINSON, E. D. *The Equality of States in International Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1920.
- EASTERN Greenland. *PCIJ Rep*, [s.l.], n. 53, p. 45-62.
- FALK, R. The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of the International Legal Order. In: FALK, R.; BLACK, C. (Ed.). *The Future of the International Legal Order*. Princeton: Princeton University Press, 1969.
- FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Nova York: Clarendon Press, 1980.
- FITZMAURICE, G. Vae Victis or Woe to the Negotiators!. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 65, p. 370-373, 1971.
- GÜNTHER, H. *Zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht*. Berlim: Duncker & Humblot, 1970.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961.
- HEYDTE, A. F. Von der. *Geburtstunde des souveränen Staates*. Regensburg, 1952.
- HINSLEY, F. H. *Power and the Pursuit of Peace*. Cambridge: Cambridge University Press, 1962.
- HOBBES, T. *Leviathan*. Harmondsworth: Penguin Books, 1982.
- ISLAND of Palmas case. *Reports of International Arbitral Awards*, [S.l.], v. 2, p. 839.
- JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. Berlim: Haring, 1925.
- JENNINGS, R. The identification of international law. In: CHENG, B. (Ed.). *International Law, Teaching and Practice*. Londres: Stevens, 1982.
- KATO, L. Recognition in international law: some thoughts on traditional theory, attitudes of and practice by african states. *Indian Journal of International Law*, [S.l.], vol. 10, p. 299-323, 1970.
- KEARNEY, C. Sources of Law and the International Court of Justice. In: Gross, L. (Ed.). *The Future of the International Court of Justice*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1976.
- KELSEN, H. *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Tübingen: Mohr, 1920.
- KELSEN, H. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart and Winston, 1966.
- KENNEDY, D. The structure of blackstone's commentaries. *Buffalo Law Review*, [S.l.], v. 18, p. 205, 1979.
- KOSKENNIEMI, M. *From Apology to Utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KOSKENNIEMI, M. International Pollution in the Systems of International Law. *Oikenstiede-Jurisprudentia*, [S.l.], v. 17, p. 152-164, 1984.
- KOSKENNIEMI, M. The normative force of habit: international custom and social theory. *Finnish Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 1, p. 77, 1990.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- LAMMERS, J. 'Balancing the equities' international environmental law. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], p. 153-165, 1984.
- LAUTERPACHT, H. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.
- LAUTERPACHT, H. *Recognition in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1948.
- LAUTERPACHT, H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.
- LAUTERPACHT, Hersch. Some Observations on the Prohibition of 'Non Liquet' and the Completeness of Law. *Symbolae Verzijl*, [S.l.], p. 196-221, 1958.
- LEVINE, A. *Liberal democracy: a critique of its theory*. Nova York: Columbia University Press, 1981.
- LOCK. *Two Treatises on Government*. Londres: Everyman's, 1984.
- LOWE, A.V. The problem of extraterritorial jurisdiction: economic sovereignty and the search for a solution. *International & Comparative Law Quarterly*, [S.l.], v. 34, p. 730, 1985.

- MACINTYRE, A. The Indispensability of Political Theory. In: MILLER, D.; SIEDENTOP, L. (Ed.) *The Nature of Political Theory*. New York: Clarendon Press, 1983.
- MACINTYRE, A. *After Virtue: a study in moral theory*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.
- MALI Frontier. *ICJ Reports*, Burkina Faso, n. 48, p. 567-568, 1986.
- MARTIN, A. *L'estoppel en droit international public*. Paris: Pedone, 1979.
- MCDOUGAL, M. S. International law, power and policy: a contemporary perspective. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], v. 82, p. 133-259, 1953.
- MENG, W. Völkerrechtliche zulässigkeit und grenzen der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen hoheitsakte mit auslandswirkung. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, [S.l.], v. 44, p. 675-783, 1984.
- MÜLLER, J. P. *Vertrauenschutz im Völkerrecht*. Colônia: Heymann's, 1970.
- NORTH Sea Continental Shelf. *ICJ Reports*, [S.l.], p. 22-23, 1969.
- O'HAGAN, T. *The End of Law?*. Oxford: Blackwell, 1984.
- POLITIS, N. *Les nouvelles tendances du droit international*. Paris: Hachette, 1927.
- POMERANCE, Michla. *Self-determination in law and practice: the new doctrine in the united nations*. Boston: Nijhoff, 1982.
- POUND, R. Philosophical Theory and International Law. *Bibliotheca Visseiana*, [S.l.], v. 1, p. 1-90, 1923.
- PRINCÍPIO 21 DA CONFERÊNCIA DA ONU SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO, 1972, Estocolmo. *UN Doc A/CONF48/14*, 1972.
- RATNER, S. R.; SLAUGHTER, A. M. *The Methods of International Law*. Washington: DC, ASIL, 2004.
- ROSENTHAL, B. *L'étude de l'œuvre de Myres Smith McDougal en matière du droit international public*. Paris: LGDJ, 1970.
- ROUSSEAU, C. Principes de droit international public. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], v. 93, p. 394, 1958.
- ROUSSEAU, J-J. *The Social Contract*. Tradução de Maurice Cranston. Harmondsworth: Penguin Books, 1986.
- SCELLE, G. *Précis de droit des gens: Principes et systématique I-II*. Paris: Sirey, 1932.
- SCHWARZENBERGER, G. The Forms of Sovereignty. *Current Legal Problems*, [S.l.], v. 10, p. 248, 1957.
- SCHWARZENBERGER, G. *The Inductive Approach to International Law*. Londres: Stevens; Nova York: Oceana, 1965.
- SCHWEBEL, S. Third report on the non-navigational uses of international watercourses. *Yearbook of the International Law Commission*, [S.l.], p. 75-100, 1982.
- SEIDL-HOHENVELDEM, I. International economic law: general course on public international law. *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, [S.l.], v. 198, p. 54, 1986.
- SØRENSEN, M. *Les sources du droit international*. Copenhague: Munksgaard, 1946.
- STONE. Non-Liquet and the Function of Law in the International Community. *The British Yearbook of International Law*, [S.l.], v. 25, p. 124-16, 1958.
- SUR, S. *L'interpretation en droit international public*. Paris: LGDJ, 1974.
- TRIBUNAL ARBITRAL IRÃ-ESTADOS UNIDOS. Interpretation of the Algerian Declaration of 19th January 1981. *ILR*, v. 62, p. 599-600, 1982.
- TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Hirschfeld, 1899.
- UNGA, *Memorandum: on enhancing the role of international law*. UN Doc. A/44/585. 1989.
- UNGER, R. M. *Knowledge and Politics*. New York: The Free Press, 1975.
- UNGER, R. M. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. Nova York: Free Press; Londres: Collier Macmillan, 1976.
- VERDROSS, Albert. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Viena: Springer, 1926.
- VERZIJL, J. H. W. *International Law in Historical Perspective*. Leiden: Sijthoff, 1968.
- VINOGRADOFF, P. *Historical Types of International Law*. Leiden: Brill, 1920.

- VIRALLY, M. The Sources of International Law. In: SØRENSEN, M. (Ed.). *Manual of Public International Law*. Londres: Macmillan; Nova York: St Martin's Press, 1968.
- WALZER, M. *Just and Unjust Wars*. Nova York: Harper and Collins, 1980.
- WEIL, P. Towards Relative Normativity in International Law. *American Journal of International Law*, [S.l.], v. 77, p. 413-442, 1983.
- WHEATON, H. *Elements of International Law*. Londres: Clarendon Press, 1936.
- WIGHT, M. Western Values in International Relations. In: BUTTERFIELD, W. (Ed.). *Diplomatic Investigations; Essays in the Theory of International Politics*. Londres: Allen and Unwin, 1966.
- Woolsey, T. D. *Introduction to the Study of International Law*: designed as an aid in teaching and in historical studies. 5. ed. Londres: Searle and Rivington, 1879.
- ZOLLER, E. *La bonne foi en droit international public*. Paris: Pedone, 1977.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

**A política do direito
internacional: 20 anos depois**

**The politics of international law:
20 years later**

Martti Koskenniemi

A política do direito internacional: 20 anos depois*

The politics of international law: 20 years later

Martti Koskeniemi**

Tradutor João Roriz***

RESUMO

Este texto examina algumas das mudanças em meu curso de pensamento sobre a política de engajamento no direito internacional desde a publicação original do artigo que abriu a primeira edição do *European Journal of International Law*, em 1990. O texto aponta a mudança de foco que vai da indeterminação (com a qual continuo comprometido) dos argumentos legais para os enviesamentos estruturais das instituições internacionais. Em seguida, discute a política de definição, ou seja, a prática estratégica de definir situações e problemas internacionais por meio de novas linguagens especializadas a fim de se obter controle sobre eles. O texto ataca o crescente “gerencialismo” da área e encerra com algumas reflexões sobre a importância do momento histórico do estabelecimento do *European Journal*, há vinte anos.

ABSTRACT

The essay examines some of the changes in my own thinking about the politics of engaging in international law since the original publication of the article that opened the first issue of EJIL in 1990. The essay points to the change of focus from indeterminacy (to which I am as committed as ever) of legal arguments to the structural biases of international institutions. It then discusses the politics of definition, that is to say, the strategic practice of defining international situations and problems in new expert languages so as to gain control over them. It attacks the increasing “managerialism” in the field and ends with a few reflections about the significance of the moment of the establishment of the Journal 20 years ago.

1. DE DOUTRINAS A INSTITUIÇÕES

* Recebido em 07/11/2017
Aprovado em 28/11/2017

** Professor de Direito Internacional, Universidade de Helsinque.

*** Professor de Direito Internacional, Universidade Federal de Goiás. Email: joao.roriz@gmail.com

O artigo que inaugurou o *European Journal of International Law*, há vinte anos, ressaltou a inevitabilidade da “política” no âmbito do direito internacional público.¹ Ele o fez analisando em pormenores os problemas doutrinários — soberania, fontes, história, jurisprudência — que são familiares

1 KOSKENIEMI, Martti. The Politics of International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, n. 1, p. 1-38, 1989.

a todos os juristas internacionalistas. Foi, obviamente, escrito sob um viés “crítico”. Seu estilo e perspectiva seguiram os do realismo legal e dos estudos jurídicos críticos, do estruturalismo convencional e de aspectos da hermenêutica jurídica — embora o texto tenha tentado deixar seus compromissos metodológicos em segundo plano a fim de se dirigir diretamente à área. O artigo foi inspirado por uma profunda frustração com o isolamento do direito internacional público em relação aos avanços da teoria e metodologia jurídicas, bem como pela convicção de que a ingenuidade da profissão era tudo menos inocente — que ela era, de certa forma, responsável pelo envolvimento do direito internacional público na perpetuação dos próprios problemas que ela oficialmente declarara atenuar. O artigo não explicitou qual era seu alvo, além da falta de imaginação profissional, e deixou seus próprios compromissos em aberto, isto é, o que pretendia “alcançar” (além de mais complexidade e mais autoconsciência no contexto da profissão). Tampouco explicou o que entendia pela “política” expressa em seu título, a não ser em relação ao tipo de questões que os juristas sempre assinalavam quando discutiam o uso da “discricionariedade” no direito.

O artigo pode ter sido um pouco ingênuo em supor que a demonstração da natureza contraditória e inconsequente do argumento jurídico — a forma como tudo relacionado ao direito manifestava deferência a pressupostos (“políticos”) contestados sobre o mundo — alteraria a visão de mundo desses profissionais; que o artigo forçaria um processo de autoexame que transformaria as preferências das instituições internacionais, levando-as a apoiar causas “progressistas”. O tipo de crítica imanente de que era parte realmente não funciona assim. Acima de tudo, é impotente, diante da experiência de que os próprios juristas especialistas podem não levar muito a sério reivindicações de determinação e coerência: “[c]ertamente sabemos que não é tão simples. Claro que há mais elementos por aí.” Nesse caso, a intervenção crítica apenas confirma o que todos já (secretamente) sabiam — e volta-se contra o crítico com a acusação de que este, simplesmente, dormiu no ponto. Além disso, chamar a atenção para a incoerência e o conflito parece implicar que o direito internacional é uma disciplina *intelectual* que está (ou deveria estar) muito atenta a problemas lógicos. Isso pode ser um equívoco completo. Como ofício, o direito pode, simplesmente, ignorar suas ambições intelectuais como sendo não essenciais.

Lidamos com sérios problemas de paz e guerra, de governança e distribuição. E você está preocupado com coerência. Como se *isso* fosse, de alguma forma, progressista! E se a coerência e a determinação nunca serão alcançadas de qualquer maneira, por que sua incoerência seria melhor que a nossa?

A demonstração de que “tudo depende da política” não move um centímetro em direção a uma política *melhor*.

Muitos desses problemas foram discutidos e ressaltados de formas inovadoras ao longo das duas últimas décadas. Uma nova geração de juristas tem avaliado o poder e a fraqueza das críticas, e minhas próprias respostas e revisões foram publicadas em muitos lugares, cujas versões mais completas encontram-se no epílogo da edição de 2005 de *From Apology to Utopia* e em uma palestra ministrada na London School of Economics em 2007.² Atualmente, há muito mais disposição para refletir sobre os papéis políticos do direito internacional, seus lados sombrios e promissores, do que há vinte anos. Estudantes com ambição intelectual engajam-se, cada vez mais, com temas apresentados, inicialmente, no trabalho de David Kennedy e aprofundados por ele e por muitos outros. As direções desses novos trabalhos são exploradas allures.³ Uma faceta particularmente importante das novas abordagens na área é a forma como lidam com temas pós-coloniais e o fato de serem muitas vezes provenientes de estudantes do Terceiro Mundo, mesmo que estes tenham estudado em universidades do Hemisfério Norte. De qualquer modo, muitas vezes parece que o maior desafio político consiste em saber se uma nova geração de intelectuais terceiro-mundistas é capaz de combinar profissionalismo jurídico com uma nova consciência estratégica dos limites e das possibilidades oferecidas pelo direito internacional para o engajamento político.

2 KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*. New York: Cambridge University Press, 2005. Para comentários detalhados de leitores, ver sobretudo os textos nos números especiais que marcam a publicação da nova edição do livro (*German Law Journal*, v. 7, 2006).

3 Ver, por exemplo, CASS, D. *Navigating the Newstream. Nordic Journal of International Law*, v. 65, p. 341, 1996; RATNER, S.; SLAUGHTER, A-M. (Ed.). *The Methods of International Law* Washington: ASIL, 2004; ORFORD, Anne. *International Law and its Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; KOSKENNIEMI, Martti. *International Legal Theory and Doctrine. Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008. Ver também: JOUANNET, E.; RUIZ-FABRI, H.; SOREL, J-M. (Ed.). *Regards d'une nouvelle génération sur le droit international*. Paris: Pedone, 2008; MARKS, Susan (Ed.). *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

O artigo de vinte anos atrás abordou a estrutura da linguagem jurídica internacional. O acréscimo mais significativo ao texto original é a ênfase no *enviesamento estrutural* que deixa a análise doutrinária para uma discussão sobre as práticas institucionais, o modo como padrões de preferências fixas são formados e operam em instituições internacionais. Uma demonstração da falta de coerência (“política”) do argumento legal é apenas um preâmbulo para uma questão mais importante: a de que, embora todas as justificativas oficiais de tomadas de decisão possam apoiar posições ou resultados contrários, na prática nada é tão aleatório. Juristas competentes sabem que o mundo da prática jurídica é, de fato, bastante previsível. Como Susan Marks argumentou recentemente, a par da demonstração da “falsa necessidade” — hoje um tema crítico clássico —, o que requer demonstração é a “falsa contingência”, a ideia de que, uma vez que as estruturas argumentativas estão abertas, tudo é válido.⁴ Os recentes debates sobre governança global e, sobretudo, sobre a fragmentação do direito internacional expuseram, de forma efetiva, o surgimento e funcionamento do enviesamento estrutural. Por meio da especialização — isto é, da criação de regimes especiais de conhecimento e especialização em áreas como “direito comercial”, “direito internacional dos direitos humanos”, “direito ambiental”, “direito e segurança”, “direito internacional penal”, “direito europeu” e assim por diante —, o mundo da prática jurídica vem sendo fatiado em projetos institucionais que atendem públicos especiais com interesses e princípios também especiais. O motivo da criação de tais instituições especializadas é justamente afetar os resultados produzidos no mundo internacional. Muito pouco é totalmente aleatório por aí, como os juristas praticantes sabem muito bem, ao direcionar seus assuntos para instituições onde esperam encontrar uma receptividade maior.

É por isso que grande parte da busca por direcionamento político hoje assume a forma de conflitos jurídicos, de disputas entre vocabulários especializados concorrentes, cada um equipado com um enviesamento específico. Se esses regimes forem ousados em termos de ambição e contarem com o apoio de algum setor poderoso do mundo político, então, podem conseguir mudar o enviesamento geral no direito. Por exemplo, o aumento no número de tratados bilaterais de investimento certamente transformou a relação entre o in-

vestidor privado e o Estado anfitrião em comparação com vinte anos atrás. Em menor escala, o esforço empreendido pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no caso *Tadić*, que responsabilizou Estados alheios ao conflito pelo comportamento das partes em uma guerra civil com base no controle geral que exerceram sobre estas, constitui outro exemplo de uma tentativa (talvez malsucedida) de mudar o direito em favor do projeto “contra a impunidade” dos anos 1990. Outros exemplos referem-se à reinterpretação de vocabulários jurídicos gerais como “direitos humanos” em virtude das preferências de novos interesses setoriais — como aqueles relativos à propriedade privada ou à segurança. Uma vez que o termo “direitos humanos”, como qualquer outro vocabulário jurídico, é intrinsecamente indeterminado, o que se lê nele (ou fora dele) resume-se a uma útil estratégia interpretativa. Se um tribunal britânico entender a detenção por tempo indeterminado de uma pessoa no Iraque como uma expressão de direitos humanos, então, essa decisão passará a fazer parte de um padrão mutável de resultados produzidos por instituições que recorrem aos vocabulários de direitos humanos.⁵

Uma atitude mais modesta, mas não necessariamente menos eficaz, é abster-se de ataques ao enviesamento antigo e argumentar “apenas” em termos de uma exceção padronizada. É assim que as novas preferências são geralmente consolidadas. O argumento é o de que, em virtude de “desenvolvimentos recentes” no campo técnico, econômico, político ou de outra natureza (tipicamente ligados a alguma linguagem sociológica sobre “globalização”), surgiram novas necessidades ou interesses que exigem um novo tratamento. O novo regime — por exemplo, de proteção ambiental ou sobre segurança — procura responder a novos “desafios” não por meio da substituição da norma antiga, mas da simples formulação de uma “exceção” a ela. Às vezes, no entanto, a exceção pode ganhar mais terreno até se tornar a nova regra. Isso, certamente, ocorreu no caso de “di-

5 Com relação ao primeiro exemplo, verificar *Case CO/3673 The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzag Ali Al-Jedda) v Secretary of Defence [2005] EWHC 1809 (Admin), (2007) QB 621 [104]*. No mesmo sentido, ver a discussão sobre os argumentos do Procurador-Geral da Austrália a respeito de medidas contrateroristas como implementação de direitos humanos em Carne, “Reconstituting ‘Human Security’ in a New Security Environment. An Australian, two Canadians and Article 3 of the Universal Declaration on Human Rights”. *Australian Year Book of International Law*, v. 25, p. 1, 2006.

4 MARKS, Susan. False Contingency. *Current Legal Problems*, v. 62, p. 1-22, 2010.

reitos humanos” e “comércio”. O fato de que muitas faculdades de Direito dos Estados Unidos (e algumas europeias) substituíram cursos de “direito internacional público” por cursos sobre “direito ambiental internacional”, “transações comerciais internacionais”, “direito internacional penal” ou “direito e globalização” sugere que o centro pode ter desmoronado por completo e que seu lugar tenha sido ocupado por uma pletora de especializações, cada uma com seu próprio idioma preferido, perspectivas de carreira e, é claro, enviesamento estrutural. É por isso que os conflitos políticos mais importantes no âmbito internacional são muitas vezes legalmente articulados como conflitos de jurisdição e de direito aplicável. Tópicos como “comércio e meio ambiente”, “segurança e direitos humanos”, “desenvolvimento e investimento” dão nome a alguns desses conflitos, enquanto noções como “desenvolvimento sustentável”, “responsabilidade de proteger” ou “segurança humana”, dentre várias outras, destacam consensos frágeis em áreas em que a luta entre grupos opositos de especialistas e suas preferências (ainda) não foi finalizada. Tais tópicos também revelam temas inovadores no âmbito dos quais juristas ambiciosos gostam de intervir cada vez mais a título de efeito político. Tudo isso se baseia na percepção de que é de grande relevância saber, independentemente do que constitua o direito, qual instituição terá o poder de decisão — por exemplo, se um problema de poluição em uma usina de reprocessamento nuclear é tratado com base no direito universal do regime marítimo ou em um esquema regional de integração econômica; se a gestão dos estoques de pesca é direcionada a funcionários dos setores de alimentos e agricultura (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO), especialistas em comércio (Organização Mundial do Comércio – OMC) ou conservacionistas (Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e da Flora Selvagem Ameaçadas de Extinção – Cites); ou se as atividades de oficiais militares em zonas de conflito devem ser avaliadas pelo prisma dos direitos humanos ou do direito internacional humanitário.⁶

6 O primeiro exemplo é da usina MOX. Para meus comentários sobre esse tema, ver: KOSKENNIEMI, M. Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, p. 1-18, 2007. Para o segundo exemplo, ver: YOUNG, M. A. A Legal Framework for Regime Interaction: Lessons from International Trade and Fisheries Regimes. *Lauterpacht Centre of International Law*, Cambridge, 21 nov. 2008. Para um apelo recente em prol da aplicação dos padrões de direitos humanos (sobrepondo-se ao direito humanitário) em conflitos internacionais, ver: ORAKHELASHVILI, A. The Interaction between Human

Nos dias atuais, a intervenção política é, em muitos casos, uma política de redefinição, ou seja, a definição estratégica de uma situação ou problema ao se recorrer a um idioma técnico, de modo a permitir a aplicação da experiência relacionada a tal idioma, em conjunto com o enviesamento estrutural associado. Nesse caso, apenas a imaginação estabelece o limite. Pensem em uma ocorrência internacional rotineira, como o transporte marítimo de produtos químicos perigosos. Tal ocorrência pode ser conceitualizada por, pelo menos, meia dúzia de vocabulários acompanhados pelo mesmo número de formas de especialização e tipos de preferência: direito do comércio, direito dos transportes, direito do meio ambiente, direito do mar, “direito químico” e direito internacional dos direitos humanos. Cada uma delas teria algo a dizer sobre o assunto, narrando-o como parte de um conjunto diferente de atividades, valores e prioridades humanas. O direito comercial poderia abordar os acordos comerciais entre os países e suas relações com terceiros. O direito dos transportes poderia destacar as relações jurídico-técnicas entre as diferentes partes em um único contrato de transporte e atribuir jurisdição de forma distinta entre os sistemas jurídicos aos quais elas se submetem. O direito ambiental poderia examinar a natureza da carga e as propriedades do meio ambiente por onde ela passa. O direito do mar poderia tratar da jurisdição do Estado costeiro e do Estado portuário, ou talvez dos padrões relevantes da Organização Marítima Internacional (OMI), enquanto o “direito químico” poderia pautar sua análise na perspectiva das melhores práticas, formas de operação padrão e posição econômica da indústria. Por fim, o direito internacional dos direitos humanos poderia concentrar-se nos perigos para as pessoas envolvidas na viagem, nas condições a bordo do navio e durante o desembarque da carga para as populações locais, e assim por diante. Cada um desses vocabulários provavelmente destacará certas soluções, atores e interesses. Nenhum deles é “mais verdadeiro” que os outros. Cada um atribui visibilidade a algum aspecto enquanto relega outros para segundo plano, preferindo certas maneiras de lidar com o problema em detrimento de outras. O que é considerado significante e o que é empurrado para a escuridão é determinado pela escolha da linguagem por meio da qual se analisa um assunto e que fornece a base para a aplicação de determinado tipo

Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?. *European Journal of International Law*, v. 19, p. 161, 2008.

de direito e de *expertise* jurídica. O fato de essa escolha não ser geralmente vista como tal — isto é, como uma *escolha* — pelos vocabulários, mas sim como algo natural, torna-os ideológicos. Se, há vinte anos, parecia intelectualmente necessário e politicamente útil demonstrar a indeterminação (e, portanto, a preferência política) do idioma do direito internacional público, a crítica atual terá que se concentrar no choque entre diferentes idiomas — o direito internacional público como apenas um concorrente entre muitos em relação à autoridade global — e destacar a forma como suas descrições correntes operam para impulsionar certos atores ou interesses, relegando outros às sombras.

A política de redefinição diz respeito às mudanças na produção de tipos de resultados nas instituições internacionais, refletindo os esforços dos falantes nativos de algum idioma local em elevar o *status* desse idioma a uma espécie de esperanto. É disso que se trata a ênfase na “universalidade” em nossa profissão. Pode não ser suficiente simplesmente ocupar o lugar de decisão. Pode-se, também, querer garantir que as decisões pareçam emanar de alguma lógica ou método externos que sejam neutros entre os participantes, que o que entra em ação não é, de fato, o método “de alguém”, mas o método universal (ou “científico”) — ou, melhor ainda, não um “método”, mas a própria *realidade*.⁷ Não há nada de novo ou fora de ordem nesse processo — além do fato de que as lutas são descritas pela linguagem neutra do conhecimento especializado.⁸ Isso esconde ou obscurece a natureza contingente das escolhas feitas, o fato de que o que está em jogo é o enviesamento estrutural e não a aplicação de alguma *racionalidade* neutra, seja ela econômica, ambiental, de direitos humanos ou de segurança. Nessa medida, os vocabulários atuam como “ideologias” no sentido técnico de reificar, de fazer parecer necessário ou neutro algo parcial e contestado. A conscientização do enviesamento, nesse sentido, sugere duas conclusões em relação ao ensino de alunos, à redação de artigos ou à colaboração com colegas. Uma é examinar mais de perto as escolhas estratégicas disponibilizadas por vocabulários específicos de governança global. A outra diz respeito à atitude adequada a se to-

mar em relação ao gerencialismo subjacente aos atuais debates jurídicos internacionais.

2. PRÁTICA: ESCOLHAS ESTRATÉGICAS À VISTA

O direito internacional hoje oferece uma grande variedade de instituições e vocabulários especializados com os quais interagimos na prática jurídica. Muitas vezes, como David Kennedy já observou, nos comprometemos com eles sem refletir sobre seus efeitos no mundo dos resultados.⁹ Existe uma crença de que atuar no “direito internacional”, nos “direitos humanos” ou no “livre comércio”, ou de que trabalhar para instituições comprometidas com “refugiados”, “direito humanitário” ou “segurança humana” é, *por si só*, uma atitude progressista, e que juntar-se aos falantes nativos desses idiomas constitui, automaticamente, um procedimento positivo. No entanto, se a crítica da indeterminação de vinte anos atrás estiver correta, então, tal crença não pode ser automaticamente válida. Pelo contrário, os próprios vocabulários e instituições devem surgir como pontos de controvérsia e acordo no âmbito dos quais “as convenções” predominantes chocam-se, constantemente, contra desafiantes minoritários. Ampla concordância sobre os objetivos institucionais entre juristas de uma mesma área, geralmente, leva a um completo desacordo acerca de como esses objetivos devem ser entendidos e qual seria a melhor forma de abordá-los em dada situação; existem vieses de esquerda e de direita no direito comercial, bem como formas conservadoras e anticonservadoras de falar sobre direitos humanos. A globalização pode ter mudado o *locus* de engajamento político de “Estados soberanos” para “regimes funcionais”.¹⁰ Contudo, ela, praticamente, não alterou a dinâmica desse engajamento. Trata-se, ainda, de conquistar a posição decisória em uma instituição e, em seguida, de colocar em pauta a agenda de reforma.

É útil pensar no “regime funcional” em analogia com o “Estado soberano” que já existiu um dia. À maneira desse último, os regimes são caracterizados ideologicamente pelo solipsismo e pelo imperialismo, ambos

7 Descrivo isso em termos da luta pela hegemonia no Capítulo 9 da seguinte obra: KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 219-240.

8 Ver também: KENNEDY, D. The Mystery of Global Governance. *Ohio Northern University, Petit College of Law*, 25 jan. 2008). Disponível em: <www.harvard.edu/faculty/faculty-workshops/kennedy.workshop.pdf>.

9 KENNEDY, D. *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

10 Ver: TEUBNER, G.; FISCHER-LESCANO, A. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 2006.

sinais de autoabsorção, e pelo desejo de traduzir tudo à volta para seu próprio idioma de preferência. Entretanto, não são “bolas de bilhar”, mas estão divididos segundo sua relevância e propósito, e segundo as escolhas estratégicas corretas a serem adotadas em vista de qualquer situação particular, assim como os Estados-nações também o estão. A essa altura, já aprendemos que ter uma identidade nacional específica é algo indeterminado. Ter tal identidade não se vincula a formas particulares de pensar ou de se comportar, ao menos a não ser que se incorpore de forma irrefletida algum fantasma do “espírito nacional” — algo a que os juristas internacionalistas são, por ofício, fortemente contrários. De modo análogo, os vocabulários funcionais são indeterminados, coexistindo com as formas mais variadas de pensar e atuar no mundo. Economistas, ambientalistas e especialistas em direitos humanos estão tão divididos quanto os finlandeses, os franceses ou os fijianos no que tange ao modo como entender o mundo e o que fazer com ele. Os regimes, as instituições e os vocabulários oferecidos aos juristas como linguagens para gerir a “globalização” não têm consequências automáticas: juntar-se a uma instituição ou escolher uma linguagem profissional não equivale mais a encerrar-se em uma gaiola de ferro do que ser um cidadão da Finlândia, da França ou de Fiji. A crítica de vinte anos atrás expôs a indeterminação do direito internacional público. Hoje, a análise crítica terá que fazer o mesmo em relação a esses vocabulários alternativos.¹¹ Esta é uma boa notícia na medida em que se consideram as perspectivas de uma vida profissional relevante: há muitas coisas passíveis de redefinição e inovação nos próprios vocabulários. Todavia, para tirar proveito disso, é necessário adotar uma atitude mais matizada diante dos conflitos jurisdicionais e das escolhas associadas sobre efeitos distributivos. Raras vezes é óbvio o lado que se deve tomar nas disputas sobre competência: o idioma comercial pode ser usado para vincular e liberar, assim como o idioma ambiental. Tal opção exige uma sensibilidade crescente para as escolhas estratégicas.

11 Nada é mais fácil do que isso, e muito trabalho tem sido feito, por exemplo, para mostrar a indeterminação dos vocabulários dos direitos humanos, da segurança e do meio ambiente — e assim apontar as escolhas políticas preferidas ou minimizadas por tais tipos de discurso. Até o momento, os enviesamentos do regime comercial têm sido mais presumidos do que rigorosamente demonstrados. Um começo profícuo, não obstante, é ORFORD, A. Trade, Human Rights, and the Economy of Sacrifice. *International Law and its Others*, p. 166-192, 2006.

Deixe-me dar um exemplo familiar. Ativistas de direitos humanos e especialistas em segurança, freqüentemente, escolhem estratégias para “transformar algo em tendência” a fim de aumentar sua influência na política comercial, no governo de Estados falidos ou na cooperação para o desenvolvimento.¹² Se a estratégia for bem-sucedida, a instituição objeto usará cada vez mais a linguagem dos direitos humanos ou da segurança em seus documentos oficiais, e novas posições administrativas serão abertas para “especialistas em direitos humanos” ou “especialistas em segurança”. Embora tudo isso possa, efetivamente, empoderar os ativistas de direitos humanos ou profissionais de segurança, ainda se está muito longe de ter qualquer efeito nos resultados institucionais. Em primeiro lugar, como tentei argumentar anteriormente, *qualquer* política pode, com algum grau de ingenuidade, ser descrita em termos de “direitos humanos” ou “segurança” graças à amplitude desses termos. Se os resultados institucionais não forem alterados, então, a mudança de vocabulário acabará apenas por espantar a capacidade de transformação originalmente buscada. No entanto, muitas vezes não é claro o que a “preferência por direitos humanos” ou a “preocupação com a segurança” pode implicar. Em projetos de desenvolvimento, por exemplo, é possível recorrer aos direitos humanos para endossar a propriedade privada indígena, mas também para estabelecer cooperativas apoiadas pelo Estado. Podem ser invocados para atacar ou apoiar algum projeto agrícola de larga escala, dependendo se se priorizam as preocupações com a produção de alimentos ou com a prevenção da poluição. Ademais, e os ataques maciços a “postos avançados de terrorismo” suspeitos em países formalmente neutros? Eles realmente limitam ou fomentam o terrorismo? A questão não é que tais perguntas não possam ser respondidas, mas sim que aplicar determinada linguagem pode não acarretar ainda diretrizes claras de ação. É preciso saber *de quem* o entendimento sobre “direitos humanos” ou *qual noção* de segurança serão eleitas e, uma vez estabelecida a preferência, que tipo de ação a endossará de forma mais efetiva.¹³

12 Dois estudos sobre tais estratégias aos quais fui recentemente associado incluem: Seppänen, S. *Possibilities and Challenges of the Human-Rights Based Approach to Development*. Helsinque: The Erik Castrén Institute, 2005 e PAJUSTE, T. *Mainstreaming Human Rights in the Context of the European Security and Defence Policy*. Helsinque: The Erik Castrén Institute, 2008.

13 Outro estudo recente publicado em Helsinque apresenta alguns desses argumentos: ver NIEMELÄ, P. *The Politics of the Responsibility to Protect: Problems and Prospects*. Helsinque: The Erik

É uma experiência corriqueira que, quanto mais ativistas participam do gerenciamento administrativo, mais eles terão dificuldade em identificar as políticas que realmente corroboram os interesses que eles queriam apoiar quando começaram. A abertura de vocabulários profissionais a escolhas discutíveis leva os juristas a análises cada vez mais detalhadas sobre eficiência econômica, adequação administrativa e causalidade social. Todavia, quanto mais urgentes tais questões se tornam, mais o trabalho jurídico passará a ser indistinguível da atividade de *outros* especialistas, como os especialistas econômicos, os coordenadores administrativos, os sociólogos e assim por diante. Por fim, o que se questiona é se existe (ou *se pode* existir) *qualquer* compromisso claro com os “direitos humanos” ou a “segurança” — ou mesmo com o “direito” — que não seria um comprometimento com uma teoria *específica* de desenvolvimento econômico, equidade na distribuição ou adequação administrativa.

É difícil perceber de que forma os perigos de buscar transformar reformadores institucionais em administradores convencionais poderiam ser evitados sem se estabelecer uma distância crítica completa do “conventionalismo”. Há muito a ser dito em favor das vozes críticas que se apresentam à *margem dos procedimentos administrativos comuns*, a exemplo dos críticos e dos ativistas que defendem os interesses e as preferências daqueles que não são regularmente representados em instituições internacionais. Isso os protege da necessidade de fazer o tipo de escolhas mundanas que cabem aos administradores de forma rotineira e que exigem a redução das preferências de um indivíduo a regras pragmáticas, rationalizadas conforme práticas existentes. No entanto, corre-se o risco de gerar marginalização, irrelevância ou até mesmo a arrogância do martírio, e isso não pode ser recomendado em termos gerais mais que sua contraparte. A escolha de participar ou não é um dilema constante de qualquer política institucional e não pode ser resolvida por uma fórmula geral. Somente podem ser recomendadas a sensibilidade estratégica e a busca pelo distanciamento crítico — qualidades que se opõem à imersão total na cultura administrativa em que se é chamado a trabalhar, ou seja, que se opõem ao gerencialismo.

3. TEORIA: CONTRA O GERENCIALISMO

Desde aquele artigo inicial, muita coisa aconteceu na academia jurídica internacional. Hoje, um corpo crescente de escritos críticos emprega os tipos de técnicas que aquele texto apresentou e incorpora o mesmo tipo de impulso transformador, mas talvez explicitando melhor aquilo que rejeita e o que quer alcançar no mundo. O projeto crítico foi estendido ao direito dos direitos humanos, ao direito internacional penal, ao direito ambiental, à governança pós-conflito, à construção estatal e à “intervenção”, entre outros. Novos textos têm buscado estabelecer vínculos com novas linhas de pensamento em direito comparado, direito internacional privado ou direito privado *tout court*, direito e desenvolvimento, bem como na história jurídica.¹⁴ Estudos sobre práticas institucionais (em vez de meramente argumentativas) de atores internacionais (Organização das Nações Unidas, organizações intergovernamentais, esquemas e redes especializadas) têm se centrado na lacuna entre promessa e realização.¹⁵ Tornou-se comum adotar um vocabulário feminista, terceiro-mundista, pós-colonial ou mesmo marxiano e, assim, colocar em primeiro plano os compromissos políticos da análise.¹⁶ Não é de forma alguma incomum ver textos jurídicos temperados por linguagens antropológicas ou sociológicas, ou por referências e percepções oriundas das relações internacionais, da teoria política ou da economia política.

Mas a “interdisciplinaridade” geralmente é acompanhada de uma política duvidosa.¹⁷ Penso especificamen-

14 Essa tendência é ampla demais para ser abordada de forma adequada aqui. Para alguns exemplos, ver: Riles, A. (Ed.). *Rethinking the Masters of Comparative Law*. Oxford & Portland/Oregon: Hart Publishing, 2001; Knop, K.; Michaels, R.; Riles, A. (Ed.). *Transdisciplinary Conflicts of Laws. Law and Contemporary Problems*, v. 71, 2008; Trubek, D.; Santos, A. *The New Law and Economic Development*. Nova York: Cambridge University Press, 2006; Orford (n. 3); Anghie, A. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; Berman, N. *Passions et ambivalences: Le colonialisme, le nationalisme et le droit international*. Paris: Pedone, 2008.

15 Ver, por exemplo: Wilde, R. *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*. Oxford: Oxford University Press, 2008; Bhuta, N. *Against State-Building Constellations*, v. 15, p. 517, 2008.

16 Ver, por exemplo: Chinkin, C.; Charlesworth, H. *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000; ANGHIE. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, 2004; MARKS (Ed.). *International Law on the Left*, 2008.

17 Sem falar da forma como ela serve para *fortalecer* as fronteiras entre as disciplinas ao dá-las como garantidas e ao perpetuar as

te no tipo de “gerencialismo” que sugere que os problemas internacionais — problemas da “globalização” — devem ser resolvidos por meio do desenvolvimento de vocabulários técnicos cada vez mais complexos para a formulação de políticas institucionais. Encontra-se isso muitas vezes na recomendação de substituir os *costumes* arcaicos do direito internacional por uma linguagem inspirada na ciência política de “governança”, “regulação” ou “legitimidade”. A abordagem gerencial é crítica em relação aos aspectos formais do ofício jurídico, que considera muitas vezes como um obstáculo para a ação efetiva. Sua preferência reside nos “regimes” informais e seu foco centra-se na (no fato da) “conformidade”, não na análise (normativa) daquilo a que se deve conformar. O gerencialismo pretende efetivar os “interesses” mais ou menos não problemáticos dos “atores” (geralmente identificados como Estados de bola de bilhar). Para tal, os objetivos da ação institucional são dados e as únicas questões remanescentes dizem respeito ao seu modo otimizado de realização. A posição fantasia do gerencialista é a de segurar a orelha do princípio — daí a ânsia por resultados concretos, isto é, a insistência em uma proposta política no final do artigo.¹⁸ Para o gerencialista, questões normativas sobre os fins de uma ação ou sobre a ordem certa entre fins conflitantes surgem, apenas, na linguagem da “legitimidade”, que as traduz em “sentimentos” empiricamente manobráveis no seio de determinado público.¹⁹ Uma vez que o comportamento não é causado pelo direito, mas sim pela “coincidência entre interesse e coerção”, o gerencialista só consegue enxergar a “interdisciplinaridade” como um caminho para a aquisição acadêmica: “existe uma literatura de direito internacional mais sofisticada no subcampo de relações internacionais da ciência política”²⁰.

Contudo, quanto mais se concebe o direito internacional nesses termos, mais tolo se parece. As causalida-

identificações disciplinares dos participantes apresentando-os como “representantes” de determinadas orientações acadêmicas.

18 Discuti essa questão em: KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9, 2007. Ver também o Capítulo 13 da seguinte obra: KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 307-330.

19 Ver também: KOSKENNIEMI, Martti. Legitimacy, Rights and Ideology: Notes towards a Critique of the New Moral Internationalism. *Associations. Journal of Legal and Social Theory*, v. 7, p. 349, 2003.

20 Goldsmith, J.; Posner, E. *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 15.

des do mundo são por demais complexas, e as simplificações estratégicas, por demais grosseiras. O “interesse” funcional não é um pressuposto político sólido para se “aplicar”, mas um objeto de controvérsia interpretativa, instável no lugar e no tempo e tão indeterminado como a “regra” que deveria substituir — embora, obviamente, acompanhado por um enviesamento diferente, o da elite da ciência política. Não se trata apenas de um problema sobre o anacronismo de um sugerido retorno no tempo (de inocência?) anterior ao *Positivismusstreit* das décadas de 1960 e 1970, ou seja, antes do colapso da ideia de que a ciência social normativa deveria ser construída por meio do idioleto da explicação e da previsão comportamental.²¹ Obviamente, os conhecimentos empírico e técnico têm seus usos. Eles aguçam a análise e oferecem uma visão mais clara das alternativas de ação disponíveis. Entretanto, não têm nada a dizer que seja de interesse normativo e muito menos emancipatório.²² Ainda assim, o gerencialismo tem uma normatividade oculta que privilegia valores e atores que ocupam posições dominantes em instituições internacionais, os quais, portanto, não têm razão para assumir uma atitude crítica em relação a estas. O gerencialismo reforça a ideia de que questões de distribuição e preferência já foram decididas alhures, e tudo o que resta são questões técnicas, questões de como suavizar o caminho do princípio.

Por outro lado, quanto mais penso na tradicional Teoria (europeia) da Exegese e no gerencialismo que procura desafiá-la, mais os dois parecem habitar o mesmo espaço conceitual. A busca pela interpretação correta de um conceito e a derivação ótima de uma política a partir de alguma noção de “interesse” parecem igualmente atraídas pela busca por uma resposta correta e pela crença de que é possível ter acesso a ela por meio de um raciocínio técnico — no primeiro caso, por meio de interpretação, e, no segundo, de uma “escolha racional”. Ambos são igualmente insistentes em minimizar o papel da vontade e da aleatoriedade, da paixão e da ideologia na forma como o mundo é governado, bem como suas próprias implicações sobre ele. Embora ambos recaiam modestamente no contextualismo de cada solução oferecida, cada um ainda considera a si mesmo como uma teoria ou método *geral*. Com isso, atribuem

21 Para uma introdução, ver: Adorno, T. (Ed.). *The Positivist Dispute in German Sociology*. Londres: Verso, 1976.

22 Para outra introdução, ver: Habermas, J. *Knowledge and Human Interest*. Cambridge, MA: MIT Press, 1976.

poderes de decisão aos falantes nativos de seus vocabulários auxiliares e, portanto, conseguem mudanças sutis no padrão de decisões e resultados institucionais. Na melhor das hipóteses, ambos revelam alguma experiência participante do mundo e, assim, nos permitem planejar e nos comunicar de modo profissional nas instituições internacionais. Na pior das hipóteses, obscurecem o modo como o poder funciona e fazem hierarquias intelectuais ou sociais específicas parecerem aspectos naturais de nossas vidas.

Isso sugere que a justaposição entre o formalismo constitucional europeu e o desafio “imperial” às instituições internacionais perpetrado pelos Estados Unidos nos últimos anos — tema de muita preocupação no meio acadêmico — é, de certo modo, equivocada. Entender que o compromisso com o “direito” constitui uma escolha automaticamente progressiva é uma diretiva política tão grosseira quanto a crença de que tudo precisa ser simplificado rumo à obtenção de preferências imperiais. A pergunta sempre permanece: que tipo de direito (ou de quem) e que tipo de preferência (e de quem)? O constitucionalismo e o império vão bem juntos, como testemunharam tanto a experiência europeia do século XIX quanto a estadunidense de hoje. Obviamente, o constitucionalismo proposto sobretudo pelas universidades alemãs nos dias atuais está culturalmente vinculado à (ou tem um enviesamento para) transparência e responsabilização, aspectos valiosos das vidas institucionais.²³ Todavia, estas não são provas de que constituem uma fachada para a estase, e é sempre necessário perguntar o que está incluído na constituição e o que é deixado de fora (como “privado”, por exemplo, ou “científico”) e quem a constituição atual alça a cargos de tomada de decisão. Aprovo totalmente o movimento político que visa redefinir o mundo gerencial das instituições internacionais por meio de vocabulários constitucionais ou administrativos — não em virtude do valor intrínseco desses vocabulários, contudo, mas do desafio crítico que representam para a atual cultura de um domínio especialista apolítico, e talvez do apego da perfectibilidade (kantiana) que criaram como um objetivo regulador para as instituições humanas.²⁴ No

entanto, o direito não é uma panaceia. Problemas na “guerra contra o terror”, por exemplo, não emergem da ausência do “direito” ou de “direitos” — na verdade, uma grande quantidade de leis e regulações permite e direciona as atividades dos indivíduos envolvidos.²⁵ Isso significa que, simplesmente, tornar algo “legal” ou uma questão de “direitos” não será suficiente para assegurar o beneficiamento de determinada escolha. Será que uma autorização do Conselho de Segurança para a Guerra do Iraque teria de fato mudado nosso entendimento sobre o conflito? Deveria tê-lo feito? Mais uma vez não se pode evitar o recurso a escolhas estratégicas. Ou, de forma mais realista, não se pode evitar oscilar entre descobrir a escolha estratégica correta e recuar a formas institucionalmente convencionais de atuar como verdadeiras regras relativas a políticas adequadas.

Um antídoto para a exegese e o gerencialismo consiste em focar a história, tendência tão marcante no contexto recente do direito internacional. Tal foco pode ter sido inspirado em uma preocupação puramente historiográfica: a noção de que pouco tem sido feito para elucidar o papel frequentemente ambivalente que o direito e os juristas desempenham na formulação de políticas e nos conflitos, ou de que as histórias convencionais pecaram por excesso no que tange à hagiografia ou espremeram as causalidades do mundo em narrativas históricas excessivamente homogêneas. As novas histórias têm tentado estabelecer um entendimento corrente de que a profissão não consiste somente em *limitar* o uso do poder, mas em permitir e facilitar o uso do poder. Elas têm sido muitas vezes motivadas por uma preocupação normativa, sobretudo pela intuição de que algum aspecto da política de hoje é mais bem entendido como uma versão ultrapassada de algum antigo padrão de privilégio (tipicamente o eurocentrismo, o colonialismo ou a “missão civilizatória”).²⁶ A *historia magistra vitae* pode

Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2007 (acima da nota 18, p. 33-36).

25 Ver: Kennedy, D. *Of War and Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006; JOHNS. *Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception*. *European Journal of International Law*, v. 16, p. 613, 2005.

26 Ver especialmente os trabalhos de: BERMAN. *Passions et ambivalences: Le colonialisme, le nationalisme et le droit international* (2008) e Anghie. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* (2004), e, por exemplo, o trabalho fortemente histórico de Mieville, C. *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*. Leiden: Brill, 2005 e o de Jouannet, E.; Ruiz-Fabri, H. *Imperialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*. Paris: Société de Législation comparée, 2007.

23 Para a política do constitucionalismo, consultar: por Bogdandy, A. von et al. *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. *German Law Journal*, v. 9, p. 1375, 2008. Para o foco nos vocabulários administrativos, ver: Kingsbury, B.; Krisch, N.; Stewart, R. B. (Ed.). *The Emergence of Global Administrative Law. Law & Contemporary Problems*, v. 68, 2005.

24 Ver: KOSKENNIEMI, Martti. *Constitutionalism as Mindset*.

ser uma base metodologicamente duvidosa sobre a qual argumentar em prol da importância da história. Como um estilo de escrita legal, porém, a narrativa histórica liberta a imaginação política para se mover mais livremente no mundo das escolhas alternativas, lançando luz tanto sobre suas necessidades falsas quanto sobre suas contingências falsas.

4. O EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Há alguns anos, publiquei um relato sobre o estabelecimento do primeiro periódico de direito internacional, a *Revue de droit international et la legislation comparée*, em 1869, e sobre a primeira sociedade profissional internacional, o *Institut de droit international*, em 1873, como parte do entrincheiramento liberal europeu depois de um período de progresso no continente, à medida que as nuvens da futura crise começavam a aparecer no horizonte político.²⁷ O direito internacional nasceu de um movimento voltado para a defesa de um projeto liberal-internacionalista em um momento de perigo e de oportunidade. Os homens de 1873 sabiam o que Lênin sabia, ou seja, que um periódico é não apenas um propagador ou um agitador coletivo, mas também um organizador coletivo. Suponho que também houve muito dessa mentalidade na criação do *European Journal of International Law* em 1989 e da *European Society of International Law* alguns anos depois. Há vinte anos, tal qual ao final do século XIX, os juristas, animados com aquilo que os “homens de 1873” chamavam de seu *esprit d'internationalité*, reagiram às mudanças em curso no mundo, voltando-se para um profissionalismo intensificado com um *ethos* modernizador.²⁸ Tal reação seria organizada com base em uma variedade de locais distintivos. Em 1873, os locais-chave eram a Universidade de Columbia, Ghent, Heidelberg e Genebra; em 1989, Florença, Munique, mais uma vez Genebra, e Greenwich Village. O objetivo era transformar uma posição de privilégio em causas progressivas (e, inevitavelmente, vice-versa). O *European Journal* tornou-se, desde então,

uma das publicações mais interessantes da área, e a Universidade de Nova York passou a ser considerada o lar da escola de direito europeu mais prestigiada do mundo. Contudo, é mais difícil dizer se isso se traduziu em influência política ou que rumo tomou tal influência. O fato de o periódico ter deixado de aceitar manuscritos em francês diz muito sobre a “Europa” constante do seu título. No entanto, projetos políticos significativos não estão, necessariamente, ligados a determinada base territorial, a um *Nomos*. Os argumentos anteriormente mencionados sugerem que rotular um projeto sob o título “Europa” pode evocar todo tipo de associações culturais e políticas ambivalentes. Trata-se de uma escolha estratégica que não pode reduzir-se ao alinhamento com um *ethos* utópico inerente em um nome tão sobre-carregado. Ainda assim, deve-se ter em mente que o que essa escolha empreende no mundo não pode ser continuamente repensado em termos estratégicos. Como qualquer nome ou conceito, ela recebe independência; ela passa a ser portadora autônoma de um enviesamento, e a adotamos como uma segunda natureza, um lar e uma fé, uma prisão e uma porta aberta.

27 Koskenniemi, M. *The Gentle Civilizer of Nation: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 11-97.

28 De fato, durante e após 1989, a mudança internacional pareceu muitas vezes retrógrada, em direção a um futuro que deveria ter sido *naquela época*.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

**Abordagens terceiro-mundistas
para o Direito Internacional: Um
Manifesto.**

**Third World Approach to
International Law - A Manifesto**

Bhupinder S. Chimni

Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto

Third World Approach to International Law - A Manifesto

Bhupinder S. Chimni**

RESUMO

O processo de globalização tem tido efeitos deletérios no bem-estar das populações de terceiro mundo. O direito internacional desenvolve um papel crucial ao ajudar na legitimização e manutenção de processos e estruturas desiguais que se manifestam através da crescente divisão Norte-Sul. Infelizmente, as TWAIL (abordagens terceiro-mundistas ao direito internacional) não têm sido capaz de criticar efetivamente o direito internacional neoliberal e tampouco de projetar uma visão alternativa do direito internacional. Este artigo busca dar um pequeno passo nessa direção, apresentando uma crítica à globalização do direito internacional e propondo um conjunto de estratégias voltadas para a criação de uma ordem mundial baseada na justiça social. O objetivo é de iniciar um debate sobre o assunto e não de fazer uma afirmação definitiva. O trabalho está dividido em cinco seções. A Seção II considera se ainda faz sentido falar sobre um “terceiro mundo”. A Seção III discute as diferentes maneiras pelas quais a relação entre o Estado e o direito internacional está sendo reconstituída na era da globalização, em clara desvantagem aos Estados e povos do Terceiro Mundo. A Seção IV examina a ideologia da globalização do direito internacional. A Seção V analisa a teoria e o processo de resistência às leis internacionais injustas e opressivas. A Seção VI identifica certos elementos de uma agenda futura das TWAIL. Seção VII contém breves observações finais.

Palavras-chave: direito internacional, terceiro mundo, TWAIL, manifesto

* Este texto foi originalmente publicado como *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*, na International Community Law Review 8: 3–27, 2006, e versado para o português por Ricardo Flores Filho, graduando em relações internacionais na UFRGS; Julio Cesar Veiga Bezerra e Alessandro Hippler, graduandos em ciências jurídicas e sociais na UFRGS.

** Gostaria de agradecer a Antony Anghie por seus comentários sobre um rascunho anterior do documento. A caução usual se aplica. Primeiro publicado em: Antony Anghie, Bhupinder Chimni, Karin Mickelson e Obiora Okafor (Eds), *Terceiro Mundo e Ordem Internacional: Direito, Política e Globalização* (Martinus Nijhoff Publishers, 2003).

ABSTRACT

The process of globalization has had deleterious effect on the welfare of third world peoples. International law is playing a crucial role in helping legitimize and sustain the unequal structures and processes that manifest themselves in the growing north-south divide. Unfortunately, TWAIL (third world approaches to international law) has neither been able to effectively critique neo-liberal international law or project an alternative vision of international law. This paper seeks to take a small step in that direction. It presents a critique of globalising international law and proposes a set of strategies directed towards creating a world order based on social justice. The aim is to initiate a debate on the subject rather than to make a definitive statement. The paper is divided into five sections. Section II considers whe-

ther it is still meaningful to talk about a “third world”. Section III discusses the different ways in which the relationship between State and international law is being reconstituted in the era of globalization to the distinct disadvantage of third world States and peoples. Section IV examines the ideology of globalising international law. Section V looks at the theory and process of resistance to unjust and oppressive international laws. Section VI identifies certain elements of a future TWAIL agenda. Section VII contains brief final remarks.

Keywords: international law, third world, TWAIL, manifesto

1. INTRODUÇÃO

A ameaça de recolonização está assombrando o terceiro mundo.¹ O processo de globalização tem tido efeitos deletérios no bem-estar dos povos do terceiro mundo. Três bilionários no Norte hoje detêm mais ativos do que o PIB conjunto de todos os países menos desenvolvidos e os seus 600 milhões de cidadãos². O direito internacional está desempenhando um papel crucial ajudando a legitimar e sustentar os processos e estruturas desiguais que se manifestam na crescente divisão norte-sul. De fato, o direito internacional é a principal linguagem em que a dominação vem se expressando na era da globalização³. Está deslocando os sistemas jurídicos nacionais em sua importância e tendo um impacto sem precedentes sobre a vida das pessoas comuns. Mu-

nido dos poderes das instituições financeiras e comerciais internacionais para impor uma agenda neoliberal, o direito internacional de hoje ameaça reduzir o significado da democracia para a eleição de representantes que, independentemente de suas afiliações ideológicas, são obrigados a perseguir as mesmas políticas sociais e econômicas. Mesmo o discurso internacional dos direitos humanos está sendo manipulado para promover e legitimar os objetivos neoliberais. Em resumo, a independência econômica e política do terceiro mundo está sendo minada pelas políticas e leis ditadas pelo primeiro mundo e pelas instituições internacionais que o mesmo controla.

Infelizmente, as Abordagens Terceiro-mundistas para o Direito Internacional (TWAIL, em inglês) não foram capazes de criticar efetivamente o direito internacional neoliberal ou de projetar uma visão alternativa do direito internacional. A dominação ideológica das instituições acadêmicas do Norte, o punhado de estudiosos do direito internacional críticos ao terceiro mundo, os problemas de pesquisa no mundo pobre e a fragmentação dos estudos jurídicos internacionais, entre outras coisas, impediram que as TWAIL promovessem uma visão holística crítica ao papel regressivo da globalização do direito internacional ou que fizessem um esboço de mapas que levassem a futuros alternativos. Por conseguinte, é imperativo que as TWAIL encontrem urgentemente meios para globalizar as fontes de conhecimento crítico e que abordem as preocupações materiais e éticas dos povos do terceiro mundo.⁴

Este artigo procura dar um pequeno passo nessa direção. Ele apresenta uma crítica da globalização do direito internacional e propõe um conjunto de estratégias voltadas para a criação de uma ordem mundial baseada na justiça social. O objetivo é iniciar um debate sobre o assunto, em vez de fazer uma declaração definitiva. O artigo está dividido em cinco outras seções. A Seção II considera se ainda é significativo falar sobre um “terceiro mundo”. A Seção III discute as diferentes maneiras pelas quais a relação entre o direito do Estado e o direito internacional está sendo reconstituída na era da globalização, para a desvantagem dos Estados e dos povos do terceiro mundo. A Seção IV examina a ideologia por

1 A palavra “recolonização” está sendo usada para indicar primeiro a reconstituição da relação entre o direito do Estado e o direito internacional, a fim de minar a autonomia dos Estados do terceiro mundo e em desvantagem de seus povos. Em segundo lugar, a expansão dos direitos de propriedade internacional que devem ser aplicados pelos Estados do terceiro mundo sem possuir a autoridade para assumir a tarefa de redistribuição dos rendimentos e recursos. Em terceiro lugar, a deslocalização de poderes econômicos soberanos no comércio internacional e instituições financeiras. Em quarto lugar, a incapacidade dos Estados do terceiro mundo de resistir às esmagadoras dominações ideológica e militar do primeiro mundo.

2 Ver PNUD, *Human Development Report* (1999).

3 Adotamos aqui a definição de dominação oferecida por Thompson: “Podemos falar de dominação quando as relações de poder estabelecidas são sistematicamente assimétricas”, isto é, quando agentes ou grupos de agentes particulares são dotados de poder de forma duradoura que exclui, e, em algum grau significativo, permanece inacessível para outros agentes ou grupos de agentes, independentemente da base sobre a qual essa exclusão é realizada”. Veja J. Thompson, *Ideologia e Cultura Moderna*, em *The Polity Reader in Social Theory* (1994), 133, p. 136.

4 Nossos referentes políticos, “terceiro mundo” ou “povos do terceiro mundo”, “não existem em algum sentido primordial, naturalístico” ou “refletem um objeto político unitário ou homogêneo”. Veja H. Bhabha, *The Location of Culture* (1994), p. 26. Há divisões entre a classe e o gênero, entre outras, a serem compostas.

trás da globalização do direito internacional. A Seção V analisa a teoria e o processo de resistência a leis internacionais injustas e opressivas. A Seção VI identifica certos elementos de uma futura agenda do *TWAIL*. A seção VII contém breves observações finais.

2. O FIM DO TERCEIRO MUNDO?

Muitas vezes, é argumentado que a categoria “terceiro mundo” é anacrônica hoje e sem valor para abordar as preocupações de seus povos.⁵ De fato, da própria inatividade é dito ter “especificidade obscurecida em sua busca pela generalização”⁶. O fim da guerra fria (ou a extinção do segundo mundo) só fortaleceu a tendência à diferenciação.⁷ Segundo Walker, as grandes dissoluções de 1989 destruíram todas as categorias de guerra fria e “como um rótulo a ser afixado a um mundo em movimento dramático, o Terceiro Mundo tornou-se cada vez mais absurdo, um resto esfarrapado de outro momento(...)”⁸.

Não se pode negar que a categoria ‘terceiro mundo’ é constituída por “um conjunto diversificado de países, extremamente variados em suas heranças culturais, com experiências históricas muito diferentes e diferenças marcantes nos padrões de suas economias (...)”⁹. Todavia, demasiado é muitas vezes composto de números, variações e diferenças na presença de estruturas e processos do capitalismo global que continuam a ligar e unir. São essas estruturas e processos que produziram o colonialismo e agora geraram neocolonialismo. Em outras palavras, uma vez que a história comum de sujeição ao colonialismo e/ou o contínuo subdesenvolvimento e marginalização dos países da Ásia, África e América Latina tem um significado suficiente, a categoria ‘terceiro mundo’ assume vida.

De qualquer forma, a diversidade do mundo social

5 Ver J. Ravenhill, *The North-South Balance of Power*. 66:4, Assuntos internacionais, 1990. p. 731. Veja também M. Berger, *The End of the Third World*. 15: 2 Third World Quarterly, 1994. p. 257-275.

6 Ver S.N. Macfarlane, *Taking Stock: The Third World and the End of the Cold War*, em L. Fawcett e Y. Sayigh (Eds.), *The Third World Beyond the Cold War: Continuity and Change*. 1991. p. 15-21.

7 IBID.

8 Ver R.B.J. Walker, *Space / Time / Sovereignty*, em M.E. Denham e M.O. Lombardi (Eds.), *Perspectives on Third World Sovereignty: The Postmodern Paradox*. 1996. p. 13-15.

9 Ver P. Worsley, *The Three Worlds: Culture and World Development*. 1984, p. 306.

não impediu a consolidação e articulação do direito internacional em abstrações universais. Hoje, o direito internacional prescreve regras que deliberadamente ignoram os fenômenos de desenvolvimento desigual a favor da prescrição de padrões globais uniformes. Ele tem mais ou menos lançado às chamas o princípio do tratamento especial e diferenciado¹⁰. Em outras palavras, o processo de agregação, no direito internacional, de um conjunto diverso de países com diferenças nos padrões de suas economias também valida a categoria ‘terceiro mundo’. Ou seja, porque a imaginação e a tecnologia legais tendem a transcender as diferenças para impor regimes jurídicos globais uniformes, o uso da categoria ‘terceiro mundo’ é particularmente apropriado no mundo do direito internacional. É uma resposta necessária e efetiva às abstrações que fazem violência à diferença. Sua presença é, para ser diferente, crucial para organizar e oferecer resistência coletiva às políticas hegemônicas.

Importância desnecessária é frequentemente anexada ao fim da guerra fria. A crescente divisão norte-sul é evidência suficiente, se for necessária, da relevância contínua da categoria “terceiro mundo”. A sua continuidade na utilidade reside em apontar certas restrições estruturais que a economia mundial impõe a um conjunto de países em oposição aos outros. Em determinado ponto, a chegada dos países recém-industrializados foi considerada um pronunciamento definitivo sobre a inadequação da categoria ‘terceiro mundo’¹¹. Mas seu destino na crise financeira, no final dos anos noventa, revela que a divisão entre esses países e o resto não é tão acentuada como apareceu pela primeira vez. Além disso, como os críticos da categoria ‘terceiro mundo’ concedem, a alternativa de multiplicar o número de categorias para cobrir casos distintivos pode não ser de muita ajuda. O próprio Worsley reconheceu que “todos podemos pensar em muitas dificuldades, exceções, omissões, etc. para qualquer sistema de classificação de países, mesmo que aumentemos o número de mundos”¹². Crow identificou acentuadamente neste contexto que “uma tipologia que tem tantos tipos quanto tem casos possui um valor

10 O princípio foi substituído em diferentes regimes jurídicos pela ideia de períodos de transição ou sua extensão aos países menos desenvolvidos. Quando o tratamento especial e diferenciado foi concedido a todos os países do terceiro mundo, a obrigação foi lançada no idioma de *soft law*.

11 Ver N. Harris, *The End of the Third World: Newly Industrializing Countries and the Decline of an Ideology*. 1987.

12 Ver *Development* em P. Worsley (Ed.), *The New Introducing Sociology*. 2^a Ed., 1987.

analítico limitado, uma vez que não fez o movimento necessário além do reconhecimento da singularidade de cada caso individual para identificar pontos-chave de similaridade e diferença”¹³.

No entanto, a presença ou ausência do terceiro mundo, vale a pena salientar, não é algo que possa ser dogmaticamente afirmado ou completamente negado. Não deve ser visto como uma escolha entre um ou ambos em todos os contextos. A categoria ‘terceiro mundo’ pode coexistir com uma pluralidade de práticas de resistência coletiva. Assim, as identidades regionais e de outros grupos não prejudicam necessariamente a agregação no nível global. Estes podem coexistir com agrupamentos e identidades trans-regionais. Em última análise, a categoria ‘terceiro mundo’ reflete um nível de unidade imaginado e constituído de formas que permitiriam a resistência a uma série de práticas sistemáticas de vantagem ou subordinação de um grupo de pessoas outrora diversificada. Essa unidade pode se expressar de diversas maneiras. Como a unidade interna do ‘terceiro mundo’ deve ser mantida em meio a uma pluralidade de preocupações individuais e as identidades de grupo só pode ser determinado através de um diálogo prático, o qual abandona um *apriorismo* prejudicial. Não há, outro modo, nenhum substituto para a análise concreta de regimes e práticas particulares de direito internacional para determinar as demandas, a estratégia e as táticas do terceiro mundo. Mas há uma necessidade de estar atento à política de crítica da categoria ‘terceiro mundo’. Distorcer e minar a unidade do outro é um elemento crucial em qualquer estratégia de nomeação – da qual decorre a sugestão de que a categoria ‘terceiro mundo’ é irrelevante para a era da globalização. Trata-se da antiga estratégia de divisão e regra com a qual os povos do terceiro mundo são extremamente familiares. Essa política busca impedir que uma coalizão global de estados e povos subalternos se desenvolva através da criação de divisões de todos os tipos. Assim, a elite transnacional procura subverter modos de reflexão coletivos sobre problemas e soluções comuns. A crítica não é a única arma que os Estados hegemônicos utilizam contra a unidade do terceiro mundo. Estados dominantes também tomam medidas diretas para enfraquecer a coalizão do terceiro mundo. Assim, por exemplo, o Norte não levou gentilmente no passado ao espírito de Bandung.¹⁴ Como Samir Amin escreve:

13 Ver C. Graham, *Comparative Sociological and Social Theory: Beyond the Three Worlds*. 8^a Ed., 1997.

14 Em 1955, uma Conferência Africana Asiática foi realizada em

É apenas acidental que, um ano depois, França, Grã-Bretanha e Israel tentaram derrubar Nasser através da agressão de 1956. O verdadeiro ódio que o Ocidente teve para os radicais líderes do terceiro mundo dos anos 60, Nasser no Egito, Sukarno na Indonésia, Nkrumah em Gana, Modibo Keita no Mali, quase todos derrubados no mesmo tempo (1965-1968) – um período que também viu a agressão israelense de junho de 1967 –, mostra que a visão política de Bandung não foi aceita pelo capital imperialista. Era, portanto, um campo politicamente enfraquecido e não alinhado que teve que enfrentar a crise econômica global após 1970-71. A recusa absoluta do Ocidente em aceitar a proposta de uma Nova Ordem Econômica Internacional mostra que havia uma lógica real ligando a dimensão política e a dimensão econômica da tentativa afro-asiática cristalizada após Bandung.¹⁵

Pode-se adicionar aos nomes das listas acima (Lumumba, Che Guevara, Allende) e movimentos à esquerda (Indonésia, Nicarágua, Angola) que estiveram no fim receptor das estratégias subversivas do Norte.¹⁶ Milhões de dólares foram gastos para desvendar regimes e movimentos não favoráveis aos Estados dominantes. Isso evitou que uma coalizão efetiva do terceiro mundo emergisse como contrapeso à unidade do Primeiro mundo.

É importante ressaltar que a nossa compreensão da categoria ‘terceiro mundo’ diverge fortemente daquela de sua elite dominante. Esta última negligencia escrupulosamente as divisões de classe e gênero existentes. Além disso, na era da globalização, a elite governante no terceiro mundo seria parte integrante de uma elite dominante transnacional emergente que procura estabelecer a regra global do capital transnacional com o pretexto de buscar ‘interesses nacionais’. O bem-estar dos povos do terceiro mundo não tem prioridade neste esquema de coisas. Assim, há uma dialética óbvia entre as lutas dentro dos países do terceiro mundo e nos fóruns externos. Pode haver pouco progresso em uma frente sem algum progresso no outro. Ao mesmo tempo, uma

Bandung na Indonésia. “A importância de Bandung foi que, pela primeira vez, um grupo de antigos territórios coloniais (29 Estados atendidos) reuniu-se com as potências europeias e todos os que participaram ... isso foi uma afirmação de sua independência.” Veja P. Willets, *The Non-Aligned Movement: Origins of a Third World Alliance*. 3^a Ed., 1978. Mais tarde veio o movimento não alinhado que teve suas raízes em Bandung.

15 Ver A. Samir, *The Social Movements in the Periphery: An End to National Liberation*, em S. Amin et al. (Eds.), *Transforming the Revolution: Social Movements and the World-System*. 1990. p. 96.

16 See P. James and V. Steve, *The Decline of Revolutionary Politics: Capitalist Detour and the Return of Socialism*, 24, *Journal of Contemporary Asia*, 1, 1994. p. 1.

coalizão global dos países pobres continua sendo um modelo viável de resistência coletiva. No que diz respeito às aspirações das pessoas, apesar do surgimento das organizações não governamentais, essas ainda são representadas pelo Estado em fóruns internacionais. Mas o Estado de terceiro mundo deve ser obrigado a se envolver em ações coletivas por meio de lutas populares.

3. ESTADO E DIREITO INTERNACIONAL NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

O Estado é o principal sujeito do direito internacional. Mas a relação entre o direito do Estado e internacional evolui continuamente. Cada era vê a reconstituição material e ideológica da relação entre a soberania do Estado e o direito internacional. As mudanças são impulsionadas principalmente por forças sociais dominantes e por estados da época. A era da globalização não é uma exceção a esta regra. A globalização não é um fenômeno autônomo, sendo muito facilitado pelas ações dos Estados, em particular dos Estados dominantes¹⁷. A adoção de regimes jurídicos apropriados desempenha um papel fundamental nesse processo.¹⁸ A reestruturação em curso do sistema jurídico internacional não é inteiramente diferente daquela que viu o capitalismo estabelecer e consolidar-se na esfera nacional. Nesse caso, o Estado “moldou-se em estruturas políticas pré-existentes, inserindo-se entre elas, forçando sempre que possível, sua autoridade, sua moeda, sua tributação, justiça e linguagem de comando. Este foi um processo de infiltração e superposição, de conquista e de acomodação”¹⁹. Neste caso, o que está em jogo é a criação de um espaço econômico global unificado com direito internacional apropriado e instituições internacionais para acompanhar. Para este fim, o direito internacional vem definindo o significado de um “Estado democrático” e deslocando as forças econômicas soberanas nas instituições internacionais, limitando bastante as possibilidades dos países do terceiro mundo para desenvolver um desenvolvimento autônomo indepen-

dente. Esses desenvolvimentos procuram acomodar os interesses de uma elite dominante transnacional que passou a ter uma influência sem precedentes na definição de políticas e leis globais.

Mapear as mudanças que estão visitando a relação entre o direito estadual e internacional e compreender as consequências da metamorfose é a tarefa mais importante para os estudiosos do direito internacional do terceiro mundo. Pois a relação transformada entre a soberania do Estado e o direito internacional pode ter consequências de longo alcance para os povos do terceiro mundo. Pode-se chamar atenção a este respeito para alguns dos principais projetos sobrepostos que estão redefinindo e reconstituindo a relação de leis e instituições estaduais e internacionais, embora com impacto diferencial nos Estados e os povos do terceiro mundo.

Primeiro, o direito internacional está agora em processo de criação e definição do ‘Estado democrático’²⁰. Isso levou à estrutura interna dos Estados que se enquadram no escrutínio do direito internacional. Uma norma de direito internacional emergente exige que os Estados realizem eleições periódicas e genuínas. No entanto, dá pouca atenção ao fato de que a democracia formal exclui grupos grandes, em particular marginais, do poder decisório²¹. A tarefa das democracias de ‘baixa intensidade’, de todas as evidências, é criar as condições em que o capital transnacional pode florescer. Para facilitar isso, o Estado (leia o terceiro Estado mundial) se separou, através de obrigações ‘voluntárias’, de espaço econômico soberano nacional (pertencentes aos campos de investimento, comércio, tecnologia, moeda, meio ambiente, etc.) instituições internacionais que aplicam as regras relevantes²². Mas, apesar da deslocalização

20 Ver T. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, 86 American Journal of International Law 46, 1992. p. 46.

21 Ver J. Crawford and M. Marks, *The Global Democracy Deficit: an Essay in International Law and its Limits*, em D. Archibugi et al. (Eds.) *Re-imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy*, p. 72-90, 1998. p. 80.

22 No que diz respeito à OMC, é necessário pontuar duas coisas em relação à natureza “voluntária” das obrigações realizadas no âmbito do Ato Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais. Em primeiro lugar, as negociações que levaram à adoção dos acordos que constituíram o Ato final não tinham transparência e a prática das consultas sobre o espaço verde deixou uma grande quantidade de países do terceiro mundo efetivamente fora das negociações. Em segundo lugar, todo o conjunto de acordos foi oferecido como uma única empresa. Portanto, os Estados não poderiam escolher os acordos que desejavam aceitar. Isso foi justificado com o argumento de que o Ato Final representava um acordo em bloco que se desviaaria se a política de escolha fosse permitida. No entanto, está claro

17 Ver B. Jones, *The World Upside Down? Globalisation and the Future of the State*. 4^a Ed., 200. Carnoy, Martin and Castells, Manuel, *Globalisation, the Knowledge Society, and the Network State: Poulantzas at the Millennium*, I Global Networks, 1, 2001. p. 5

18 IBID. p. 63.

19 Ver F. Braudel, *Civilization and Capitalism 15th-18th Century*, Vol. II, 1979. p. 513.

de poderes soberanos nas instituições internacionais, o direito internacional não leva a sério a democracia global. Sistemas globais ou transnacionais de representação e responsabilização ainda não foram estabelecidos. Em suma, o direito internacional hoje opera “com um conjunto de ideias sobre a democracia que oferece pouco apoio aos esforços para aprofundar a democracia dentro dos Estados-Nação ou para estender a democracia à tomada de decisão transnacional e global”²³.

Em segundo lugar, o direito internacional agora pretende regular diretamente os direitos de propriedade. Uma característica-chave da nova era é a internacionalização dos direitos de propriedade. Por “internacionalização de direitos de propriedade” entende-se a sua especificação, articulação e execução através do direito internacional ou o fato de que a mudança na forma e substância dos direitos de propriedade é trazida através da intervenção do direito internacional. Há uma série de desenvolvimentos/medidas legais através das quais os direitos internacionais de propriedade estariam arraigados: (a) a especificação internacional e a regulamentação dos direitos de propriedade intelectual; de fato, como aponta um observador, “o TRIPS (isto é, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio) marca o início da época da propriedade global”²⁴; (b) a privatização de propriedade estatal por meio de recursos financeiros internacionais instituições e legislação monetária internacional; (c) a adoção de uma rede de leis internacionais que levem restrições à mobilidade e operação do setor corporativo transnacional²⁵; (d) a definição de desenvolvimen-

to sustentável de forma que implique a redistribuição de direitos de propriedade entre o primeiro e o terceiro mundos²⁶ e também, sujeito a algumas condições, a regulação dos processos e métodos de produção²⁷; e (e) a metamorfose da área do patrimônio comum da humanidade (seja o domínio do conhecimento, do ambiente ou espaços geográficos específicos, como, por exemplo, o fundo do mar) em um sistema de direitos de propriedade corporativa.²⁸

cluíram 1857 BITs (acima de 165 no final dos anos setenta e 385 no final dos anos oitenta), um número predominante dos quais foram concluídos entre o mundo industrializado e os países do terceiro mundo, ver UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties, 1959 to 1999*, nº 1, 2000. Em segundo lugar, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas com o Comércio tomou uma série de medidas nesta direção, viz. O conteúdo local e os requisitos de equilíbrio não podem ser impostos ao capital estrangeiro. Para o texto do acordo, ver OMC, Os Resultados do Acto Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais (1994). Em terceiro lugar, existem textos de soft law, como as Diretrizes do Banco Mundial sobre Investimento Estrangeiro (1992), que recomendam que as restrições à entrada e operação de capital transnacional sejam limitadas. (Para o texto, ver UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium vol. I - Multilateral Instruments*, 1996. p. 247. Em quarto lugar, há a proposta de negociação de um acordo multilateral sobre investimentos na agenda das negociações comerciais de Doha. Veja OMC, WT / MIN (01) / DEC / W / 1, 14 de novembro de 2001 - Conferência Ministerial, Quarta Sessão, Doha, 9-14 de novembro de 2001: Declaração Ministerial. Em quinto lugar, foi criada uma Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) sob os auspícios de o Banco Mundial para assegurar o capital estrangeiro contra riscos não comerciais. (Para o texto do acordo que estabelece o MIGA, veja UNCTAD, 1996, p. 213). Em sexto lugar, há a declaração de setembro de 1997 do Comitê Provisório do FMI aprovando uma mudança para o capital a conversibilidade das contas apesar de todas as evidências que mostram as graves consequências para as economias que o abrangem. Isto contrasta com as obrigações originais contidas nos artigos de 1944, que exigiam a “evitação de restrições sobre pagamentos para transações correntes”, ver J. Bhagwati, *The Capital Myth*, Foreign Affairs, nº 7, maio-junho, 1998. Finalmente, é necessário mencionar o fato de que o Projeto de Código de Conduta sobre Empresas Transnacionais que impôs certas funções - respeito pelos objetivos do país de acolhimento, transparência, respeito ao meio ambiente etc. - foi abandonado (para o texto, ver UNCTAD, 1996, p. 161. E o Centro das Nações Unidas para as Corporações Transnacionais que trazia alguma transparência para o funcionamento das empresas transnacionais foi encerrado em 1993.

26 Para os países industrializados desenvolvidos, os direitos privados globais foram concedidos aos poluidores; agora, os países em desenvolvimento são convidados a concordar com a distribuição desses direitos de propriedade sem compensação por recursos já esgotados “, ver P.Uimonen e J.Whalley, *Environmental Issues in the New Trading System*. 1997. p. 66.

27 Ver Uimonen and Whalley, IBID. Ver também B.S. Chimni, *WTO and Environment: The Shrimp-Turtle and EC-Hormone Cases*. Economic and Political Weekly 1752-1762, May 13, 2000; *WTO and Environment: Legitimization of Unilateral Trade Sanctions*, Economic and Political Weekly, p. 133-140, Jan.12-18, 2002.

28 Ver G. Teeple, *Globalization as the Triumph of Capitalism: Pri-*

Em terceiro lugar, ao nível da circulação de mercadorias, o direito internacional define as condições em que o intercâmbio internacional deve ocorrer. É uma verdade que “os mercados não podem existir sem normas ou regras de algum tipo, e o pedido de transações de mercado ocorre através de camadas de regras, formais e informais”²⁹. A este respeito, o direito internacional estabelece regras em matéria de vendas de bens, acesso ao mercado, compras governamentais, subsídios e dumping. Muitas dessas regras são projetadas para proteger o ator corporativo no primeiro mundo de uma produção eficiente no exterior, mesmo quando os mercados do terceiro mundo estão sendo abertos em seu benefício. Assim, busca-se que as regras de acesso ao mercado estejam ligadas à regulamentação de processos e métodos de produção, a fim de permitir que os Estados do primeiro mundo construam barreiras não tarifárias contra commodities exportadas pelo terceiro mundo.³⁰ Do mesmo modo, as regras em matéria de antidumping destinam-se a proteger as empresas ineficientes no Estado de origem desenvolvida.³¹ Por outro lado, algumas formas de intervenção no mercado são mal interpretadas. Assim, os acordos internacionais de mercadorias que procuram estabilizar os rendimentos dos países do terceiro mundo as exportações de produtos primários são ativamente desencorajadas.³²

Em quarto lugar, o direito internacional exige cada vez mais a ‘desterritorialização das moedas’, o que sujeita a ideia de uma ‘moeda nacional’ a uma crescente pressão. As vantagens da soberania monetária são conhecidas. É, entre outras coisas, “um possível instrumento para gerenciar o desempenho macroeconômico de uma economia; e (...) um meio prático para isolar a nação de influência ou restrição estrangeira”³³. O primeiro mundo está usando hoje as instituições financeiras internacionais e as negociações em andamento

rate property, Economic Justice and the New World Order, em T. Schrecker (Ed.), *Surviving Globalism: The Social and Environmental Challenges*, p. 15-38, 1997. p.15.

29 Ver D.Campbell e S. Picciotto, *Exploring the Interaction Between Law and Economics: the Limits of Formalism*, Legal Studies, n. 8, p. 249-278, 1998. p. 265.

30 Ver B.B. Chimni, 2000 e 2002. Nota superior, p. 27.

31 Ver B.M. Hoekman and M. Kostecki, The Political Economy of the World Trading System: from GATT to WTO, p. 174, 1995.

32 Ver B.S. Chimni, International Commodity Agreements: A Legal Study (1987), Marxism and International Law: A Contemporary Analysis, Economic and Political Weekly p. 337-349, February 6, 1999. p. 341.

33 Ver B. Cohen, Money in a Globalized World, in N. Woods (Ed.), The Political Economy of Globalization, 77, p. 84, 2000.

relativas ao Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS, sigla em inglês), para obrigar os Estados do terceiro mundo a aceitar acordos monetários, como a conversibilidade das contas de capital, que não estão necessariamente dentro de seus interesses.³⁴ Assim, não tardará até que a convertibilidade da conta de capital se torne norma – apesar de suas consequências negativas para as economias do terceiro mundo. A perda da soberania monetária, como a crise do leste asiático mostrou, tem sérias consequências para as pessoas comuns do terceiro mundo.³⁵ Os padrões de vida podem diminuir substancialmente do dia para a noite.

Em quinto lugar, a internacionalização dos direitos de propriedade foi acompanhada pela internacionalização do discurso dos direitos humanos. A discussão dos direitos humanos chega a ter uma presença generalizada nas relações internacionais e no direito. Este desenvolvimento tem sido expressado de forma variada: “um novo ideal triunfou no cenário mundial: direitos humanos”³⁶, “o discurso dos direitos humanos tornou-se globalizado”³⁷, “os direitos humanos podem ser vistos como um dos valores políticos mais globalizados do nosso tempo”³⁸. O fato de que a omnipresença do discurso dos direitos humanos no direito internacional coincidiu com a crescente pressão sobre os Estados de terceiro mundo para implementar políticas neoliberais não são um acidente; o direito à propriedade privada, e tudo o que acompanha, é fundamental para o discurso dos direitos humanos³⁹. Embora a linguagem dos direitos humanos possa ser efetivamente implantada para denunciar e lutar contra o predador e o estado de segu-

34 Ver C. Raghavan, GATS may result in Irreversible Capital Account Liberalization(2002), on-line <<http://www.twinside.org.sg/>>; as relações monetárias podem ser utilizadas coercitivamente, como todos os outros instrumentos econômicos, não devem ser surpreendentes . De acordo com Kirshner: “o poder monetário é um componente notavelmente eficiente do poder estatal ... o instrumento mais poderoso de coerção econômica disponível para estados em posição de exercer” (citado por Cohen, supranote 33, em 87). É o elemento coercivo que diz respeito aos estados do terceiro mundo e distingue sua situação da renúncia à soberania monetária pelos Estados da União Européia (UE). Para o texto do GATS, ver OMC 1994: 325.

35 Ver Bagwati. Nota 25, *supra*, p. 7-12.

36 Ver C. Douzinas, The End of Human Rights: Critical Legal Thought At the Turn of the Century 1, 2000.

37 Ver G. Teubner, *The King's Many Bodies: The Self-Destruction of Law's Hierarchy*, 31 Law and Society Review 763, p. 770, 1997.

38 Ver R.A. Wilson, *Introduction*, em R.A. Wilson (Ed.), Human Rights, Culture and Context: Anthropological Perspectives 1, 1997.

39 Ver B.S. Chimni, International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches 291, 1993.

rança nacional, sua promessa de emancipação é limitada pelo próprio fator que facilita sua presença generalizada, a saber, a internacionalização dos direitos de propriedade. Essa contradição é, por sua vez, o fundamento em que se justifica a intervenção intrusiva em espaços soberanos do terceiro mundo. Pois a implementação de políticas neoliberais é pelo menos uma causa significativa de conflitos internos crescentes no terceiro mundo⁴⁰.

Em sexto lugar, a desregulamentação do mercado de trabalho prescrito pelas instituições financeiras internacionais e pela lei monetária internacional causou a deterioração das condições de vida dos trabalhadores do terceiro mundo. As políticas de desregulamentação são parte integrante dos programas de ajuste estrutural. Baseiam-se na crença de que a intervenção excessiva do governo nos mercados de trabalho – por meio de medidas como as políticas de remuneração e de emprego do setor público, a fixação do salário mínimo, as regras de segurança do emprego – constitui um sério impedimento ao ajuste e, portanto, deve ser removida ou relaxada⁴¹. A crescente concorrência entre os países do terceiro mundo para atrair investimentos estrangeiros levou a uma flexibilização dos padrões trabalhistas e a uma “corrida para o fundo”⁴². No ano 2000, quase 93 países em desenvolvimento tinham zonas de processamento de exportação (ZPE), em comparação com 24 em 1976⁴³. As mulheres fornecem até 80% dos requisitos de mão-de-obra nas ZPE e são objeto de exploração econômica e sexual⁴⁴. O próprio Secretário-Geral das Nações Unidas apontou para “condições de trabalho adversas como um fator importante que contribui para o aumento da feminização da pobreza”⁴⁵. A posição do trabalho de migrantes no primeiro mundo não é muito diferente da das classes trabalhadoras nos mercados de trabalho desregulamentados do terceiro mundo. Há res-

trições cada vez maiores sobre os seus direitos na União Europeia e nos Estados Unidos⁴⁶.

Em sétimo lugar, o conceito de jurisdição está sendo tornado mais complexo do que nunca no passado. Entre outras coisas, o capitalismo digital ameaça fazer “uma confusão de fronteiras geopolíticas” e reduzir a capacidade dos Estados do terceiro mundo de regular o comércio transnacional⁴⁷. Há, na era da globalização, uma interseção de jurisdições que dá origem a jurisdição múltipla (ou concorrente) e extraterritorial em muito maior extensão do que antes. Onde o direito internacional não penetra nos espaços nacionais, estados poderosos implementam leis que têm um efeito extraterritorial; os Estados do terceiro mundo têm pouco controle sobre processos iniciados sem seu consentimento em espaços distantes⁴⁸. Existe, portanto, um medo legítimo entre os Estados do terceiro mundo de “uma tirania da semelhança” ou a “extensão transnacional da lógica da governança ocidental”⁴⁹. O medo é acentuado pelo fato de as leis internacionais serem cada vez mais compreendidas de forma a redefinir o conceito de jurisdição. Assim, por exemplo, o direito internacional dos direitos humanos está sendo interpretado para delimitar a jurisdição soberana de diversas maneiras, como se reflete em desenvolvimentos que vão desde o caso de Pinochet até intervenções humanitárias armadas⁵⁰. Embora esses desenvolvimentos tenham uma dimensão progressiva, eles podem ser facilmente abusados para ameaçar líderes e povos do terceiro mundo, a menos que estejam dispostos a aceitar os ditames do primeiro mundo.

Em oitavo lugar, houve uma proliferação de tribunais internacionais que subordinam o papel dos sistemas jurídicos nacionais na resolução de disputas. Estes vão desde os tribunais penais internacionais até a arbitragem comercial internacional e o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC (SSC). Não é a maior internacionalização da interpretação e aplicação de regras que são problemáticas, mas seu significado e impacto diferenciados nos Estados e povos do terceiro mundo.

40 Ver A. Orford, *Locating the International: Military and Monetary Interventions after the Cold War*, 38 Harvard International Law Journal 443-485, 1997. Ver também OAU Report of the International Panel of Eminent Personalities asked to Investigate the 1994 Genocide in Rwanda and the Surrounding Events, 2000, disponível em: <<http://www.oau-oua.org/Document/ipep/ipep.htm>>.

41 L.L. Lim, *More and Better Jobs for Women: An Action Guide*, Geneva: ILO 19-20.

42 J. Oloka-Onyango; D. Udigama, The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights Rights, E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52^a Sessão, parágrafo 34.

43 *Id.*, parágrafo 35.

44 *Id.*, parágrafo 35.

45 *Id.*, parágrafo 39.

46 *Id.*, parágrafo 28.

47 Ver D. Schiller, *Digital Capitalism: Networking the Global Market System* 72, 1999.

48 Ver M. Shaw, *International Law*, 3^a ed., 1997 e B. Chimni, (2002), nota 27, *supra*.

49 Ver J. Weiner, *Globalisation and the Harmonisation of Law* 195 e 188, 1999.

50 Ver B.S. Chimni, *The International Law of Humanitarian Intervention*, em *State Sovereignty in the 21st Century*, p. 103-132, 2001, New Delhi: Institute for Defense Studies and Analyses.

A negligência dos pontos de vista e dos sistemas jurídicos das sociedades visitadas por conflito interno na criação de tribunais criminais internacionais ad hoc, mesmo quando os Estados Unidos se recusam a ratificar o Estatuto de Roma, é um exemplo de tais práticas⁵¹. Tome também o impacto diferencial do SSC da OMC. Foi aceito na crença de que um SSC orientado e obrigatório para a regra protegeria os interesses dos países do terceiro mundo. Essa expectativa foi desmentida porque, entre outras coisas, as próprias regras substantivas são tendenciosas em favor do primeiro mundo, e, portanto, não obteve os ganhos esperados em termos de acesso ao mercado⁵². Em segundo lugar, os países do terceiro mundo não possuem conhecimentos e recursos financeiros para fazer uso efetivo do SCC. Em terceiro lugar, o Órgão de Apelação da OMC interpretou os textos de uma maneira para alterar o equilíbrio dos direitos e obrigações acordados pelos Estados do terceiro mundo. Por exemplo, o assunto da interface de comércio exterior recebeu uma interpretação que nunca foi visionada pelos Estados do terceiro mundo. Como resultado, suas exportações são ameaçadas por medidas comerciais unilaterais tomadas pelos Estados do primeiro mundo⁵³.

Em nono lugar, o Estado já não é o participante exclusivo no processo legal internacional, embora continue sendo o principal ator no processo legislativo. O processo de globalização está rompendo a unidade histórica do direito e do Estado e criando “uma multidão de processos de lei descentrados em vários setores da sociedade civil, independentemente dos estados-nação”⁵⁴. Embora este não seja inteiramente um desenvolvimento indesejável, o “caso paradigmático” do “direito global sem o estado” é a *lex mercatoria*, revelando que o ator corporativo transnacional é a principal força

motriz no processo de lei descentralizada⁵⁵. As práticas da *lex mercatoria* incluem contratos-padrão, costumes de comércio, códigos de conduta voluntários, instituições privadas que formulam regras legais para adoção, contratos intra-empresa e similares⁵⁶. Algumas dessas práticas não suscitam preocupações para países do terceiro mundo. Outros, porém, merecem nossa atenção por vários motivos. Primeiro, há a falta de uma voz “pública” no surgimento do direito corporativo sem um Estado. Em segundo lugar, as corporações aproveitam sua “legalidade interna” para evitar impostos e outras responsabilidades. Assim, por exemplo, as transações intra-empresas são usadas para evitar o pagamento de impostos e o respeito das leis cambiais de muitos países do terceiro mundo. Em terceiro lugar, a ordem jurídica interna pode ser usada para, entre outras coisas, apresentar uma imagem da lei e observância dos direitos humanos quando o contrário for verdadeiro. Tal é, por exemplo, o caso dos códigos de conduta voluntários que são adotados por corporações transnacionais⁵⁷.

Em décimo lugar, há a recusa em diferenciar afirmativamente os Estados em diferentes estágios do processo de desenvolvimento. O direito internacional hoje articula regras que buscam transcender o fenômeno do desenvolvimento global desigual e desenvolver padrões globais uniformes para facilitar a mobilidade e o funcionamento do capital transnacional. Não há mais espaço para reconhecer as preocupações dos Estados e dos povos sujeitos a um longo domínio colonial. Os estados pobres e ricos devem ser tratados igualmente no novo século e o princípio do tratamento especial e diferenciado deve ser lento, mas certamente descartado. A igualdade em vez da diferença é a norma prescrita. A

55 *Id.*, p. 3 e 8.

56 Em resposta à crítica de que a *lex mercatoria* ainda depende das sanções dos tribunais nacionais, Teubner escreve que “é a construção do mundo fenomenológico dentro de um discurso que determina a globalidade do discurso e não o fato de que a fonte de uso da força é local”. Ver Teubner, nota 37, *supra*, p. 13.

57 As leis globais sem o Estado são, de um modo geral, “locais de conflito e contestação”, envolvendo a renegociação e redefinição dos limites entre, e de fato, a natureza e formas do estado, do mercado e da empresa”. Ver S. Picciotto, J. Haines, *Regulating Global Financial Markets*, 26:3 *Journal of Law and Society*, p. 351-368, p. 360, 1999. Assim, por exemplo, o trabalho do Comitê de Basileia foi crucial na regulação da liquidez e solvência dos bancos em jurisdições individuais nos Estados Unidos e na União Européia; ver J. Wiener, *Globalisation and the Harmonisation of Law*, Chapter 3, 1999. O trabalho do Comitê levou a uma legislação (o Foreign Bank Supervision Enhancement Act de 1991) promulgada pelos EUA para incorporar as diretrizes sugeridas por ela e que poderia levar à exclusão dos bancos do terceiro mundo de operar lá.

51 Ver B. Rajagopal, *The Pragmatics of Prosecuting the Khmer Rouge*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1, p. 189-204, 1998 e *From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions*, 41 *Harvard International Law Journal*, p. 531-578, 2000.

52 Ver UN A/CONF. 198/3, 1 March 2002: Monterrey Consensus on Financing for Development, paras 26-38 UNGA, 2001, A/CONF. 191/12, 2 July 2001: Brussels Declaration on Least Developed Countries para 6.

53 Ver B.S. Chimni, nota 27, *supra*. Em problemas relacionados à arbitragem internacional, ver M. Sornarajah, *The Climate of International Arbitration*, 8:2 *Journal of International Arbitration*, p. 47-86, p. 79, 1991 e *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, 14 *Journal of International Arbitration*, p. 103-140, p. 103, 1997.

54 Ver Teunber, nota 37, *supra*, em xiii.

prescrição de padrões globais uniformes em áreas como os direitos de propriedade intelectual significou que o Estado de terceiro mundo perdeu a autoridade para conceber políticas de tecnologia e saúde adequadas às suas condições existenciais. Entretanto, como o capital reside agora em todos os lugares, aborta a diferença e globaliza as peças internacionais⁵⁸.

Em décimo primeiro lugar, a relação entre o Estado e as Nações Unidas está sendo reconstituída. Existe a tendência de se recorrer ao ator corporativo transnacional para financiar a organização. O ator corporativo também passou a desempenhar um papel maior em diferentes órgãos da ONU⁵⁹. Sua crescente influência e vínculos estão sendo usados pelo ator corporativo para legitimar suas atividades menos que saudáveis. Como Onyango e Udigama advertem, “existe um risco de que tais ligações sejam exploradas pelo último, ao mesmo tempo em que pagam o serviço dos leigos aos ideais e princípios para os quais as Nações Unidas foram criadas e para as quais continua a ser dedicada. Além disso, como os atores que estão sendo vinculados têm consideravelmente mais influência financeira e política, existe o perigo de as Nações Unidas saírem perdedoras”⁶⁰. O que pode ser chamado de *privatização do sistema das Nações Unidas* reduz, entre outras coisas, a possibilidade da organização estar no centro da ação coletiva dos países do terceiro mundo.

Em suma, o significado da reconstituição da relação entre direito estatal e internacional é a criação de condições férteis para a operação global do capital e a promoção, extensão e proteção dos direitos de propriedade internacionalizados. Surgiu uma elite dominante transnacional, com a elite governante do terceiro mundo desempenhando um papel secundário, que orienta esse processo. Procura criar um sistema global de governança adequado às necessidades do capital transnacional,

58 O significado que a Declaração de Doha no Acordo TRIPS e Saúde Pública adotado em 14 de novembro de 2001 está longe de claro. Ver WTO, WTiMIN (01)/DEC/W/2, 14 November 2001 –Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001: Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (2001). Entretanto, claramente se reconhece que o Acordo TRIPS ignora seu impacto na saúde pública.

59 Ver B.S. Chimni, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, Economic and Political Weekly, p. 337-349, 1999.

60 Ver J. Oloka-Onyango and D. Udigama, The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its Impact on the Full Enjoyment of Human Rights Rights E/CN.4/Sub.2/2000/13, 15 June 2000, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Fifty-Second session, 1999.

mas em detrimento dos povos do terceiro mundo. Todo o processo contínuo de redefinição da soberania do Estado está sendo justificado através dos aparelhos ideológicos dos Estados do Norte e das instituições internacionais que controlam. Mesmo a linguagem dos direitos humanos foi mobilizada para esse fim. Se esta tendência deve ser revertida em termos de equidade e justiça, a batalha pelas mentes dos tomadores de decisão e dos povos do terceiro mundo deve ser conquistada. Em resumo, a mudança de constelação de poder, conhecimento e direito internacional precisa ser urgentemente compreendida se os povos do terceiro mundo tiverem que resistir à recolonização.

4. IDEOLOGIA, FORÇA E DIREITO INTERNACIONAL

Há a velha ideia, que tem resistido a passagem do tempo, que as forças sociais dominantes na sociedade mantêm sua dominação não através do uso da força, mas por ter sua visão de mundo aceita como natural por aqueles sobre quem a dominação é exercida. A força só é usada quando absolutamente necessária, quer para subjuguar um desafio ou para desmoralizar as forças sociais que desejam questionar a ordem “natural” das coisas. A linguagem da lei sempre desempenhou, neste esquema das coisas, um papel significativo na legitimação de ideias dominantes para o seu discurso, que tende a ser associado à racionalidade, neutralidade, objetividade e justiça. O direito internacional não é uma exceção a esta regra. Ele legitima e traduz um certo conjunto de ideias dominantes em regras e, portanto, coloca significado ao serviço do poder. O direito internacional, em outras palavras, representa uma *cultura* que constitui a matriz em que os problemas globais são abordados, analisados e resolvidos. Esta cultura é moldada e enquadrada pelas ideias dominantes da época. Hoje, essas ideias incluem uma compreensão particular da ideia de “governança global” e acompanham concepções de estado, desenvolvimento (ou não-desenvolvimento) e direitos.

O processo através do qual a cultura do direito internacional é moldada é multifacetado. As instituições acadêmicas do Norte, com seu prestígio e poder, desempenham um papel fundamental nela. Essas instituições, em associação com agências do Estado, influenciam muito a agenda global de pesquisa⁶¹. Estudantes do ter-

61 Assim, é bem assinalado, “as ideias sobre o direito internac-

ceiro mundo de direito internacional tendem a extrair a sua opinião de livros e revistas publicados no Norte. Ao ler estes, eles decidem quanto ao que vale a pena fazer e o que não? Quem são bons estudiosos e quem são ruins ou, o que é o mesmo, quais são os padrões pelos quais o conhecimento deve ser avaliado? Por conseguinte, é importante que os advogados internacionais do terceiro mundo se recusem a reproduzir sem questionamento um conhecimento suspeito do ponto de vista dos interesses dos povos do terceiro mundo. Os estudiosos progressistas em particular precisam ser cuidadosos. Pois, “o imperialismo cultural (americano ou não) nunca se impõe melhor do que quando é servido por intelectuais progressistas (ou por “intelectuais de cor” no caso da desigualdade racial) que parecem estar acima de suspeitas de promover os interesses hegemônicos de um país [e se pode falar em sistema] contra o qual exercem as armas da crítica social”⁶².

As instituições internacionais também desempenham um papel importante na manutenção de uma cultura particular do direito internacional. Essas instituições “legitimam ideologicamente as normas da ordem mundial”, optam pela elite dos países periféricos e absorvem ideias contra-hegemônicas⁶³. As instituições internacionais também enquadram ativamente questões para o debate coletivo de maneira que aproxima o quadro normativo dos interesses dos Estados dominantes. Isso também é feito através do exercício da autoridade para avaliar as políticas dos Estados membros⁶⁴. As funções de produção e divulgação de conhecimento das instituições internacionais são, em outras palavras, lideradas pela coalizão dominante das forças sociais e dos Estados para legitimar sua visão de ordem mundial. Somente uma coalizão de oposição pode evoluir contra-discursos que desconstruem e desafiam a visão hegemônica. A visão alternativa precisa responder aos

ional populares em um determinado momento em alguns países são mais influentes do que as populares nos outros, simplesmente porque alguns países são mais poderosos: dinheiro, acesso a recursos institucionais, relacionamentos com padrões subjacentes de hegemonia e influência - são fundamentais para que uma determinada ideia se torne influente ou dominante na profissão de direito internacional”. Ver D. Kennedy, *What is New Thinking in International Law?*, ASIL Proceedings of the 94th Annual Meeting, p. 104-125, p. 121, 2000.

62 Ver P. Bourdieu and L. Wacquant, *On the Cunning of Imperial Reason*, 16 Theory, Culture & Society, p. 41-58, p. 51, 1999.

63 Ver R.W. Cox, *Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method*, in S. Gill (Ed.), Gramsci, Historical Materialism and International Relations, p. 49-66, 1993.

64 Ver B.S. Chimni, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, Economic and Political Weekly, p. 337-349, 1999.

elementos individuais que constituem o discurso hegemônico.

4.1. A ideia da boa governança

Hoje, a globalização do direito internacional, ignorando a sua história, e abandonando o princípio do tratamento diferencial, legitima-se através da linguagem da culpa. O Norte procura ocupar o alto nível moral ao representar os povos do terceiro mundo, em particular os povos africanos, incapazes de governar-se e, assim, com a esperança de reabilitar a ideia do imperialismo⁶⁵. A incapacidade de governar é projetada como a raiz de conflitos internos frequentes e a violação dos direitos humanos que acompanha a necessidade de assistência humanitária e intervenção pelo Norte. Vale lembrar que o colonialismo foi justificado com base em argumentos humanitários (a missão civilizadora). Hoje não é diferente⁶⁶. O discurso contemporâneo sobre o humanitarismo não só procura justificar retrospectivamente o colonialismo, mas também legitimar a crescente intrusividade da era atual⁶⁷. De fato, como observamos em outro lugar, “o humanitarismo é a ideologia dos estados hegemônicos na era da globalização marcada pelo fim da Guerra Fria e uma crescente divisão Norte-Sul”⁶⁸. O papel desempenhado pelas estruturas e instituições econômicas e políticas internacionais no meio do processo é perpetuar a dependência dos povos do terceiro mundo e gerar conflitos dentro deles.

4.2. Direitos Humanos como panaceia

A ideia de humanitarismo é definida pelo discurso dos direitos humanos. A sua globalização é uma função da crença de que o domínio dos direitos, embora numa visão particular dos direitos, oferece uma cura para quase todos os males que afigem os países do terceiro mundo e explica a recomendação do mantra dos

65 Ver F. Furedi, *The Moral Condemnation of the South*, in C. Thomas and P. Wilkins (Eds.), *Globalization and the South*, p. 76-89, p. 79, 1997.

66 Ver A. Anghie, *Universality and the Concept of Governance in International Law*, in E.K. Quashigah; O.C. Okafor (Eds.), *Legitimate Governance in Africa* 21-40, at 25 (1999) e J. Gathii, *Good Governance as a Counter-Insurgency Agenda to Oppositional and Transformative Social Projects in International Law*, 5 Buffalo Human Rights Law Review, p. 107-177, p. 107 1999.

67 *Id.*, p. 78.

68 Ver B.S. Chimni, 2000, nota 27, *supra*, p. 244.

direitos humanos para as sociedades em pós-conflito⁶⁹. Poucos negariam que a globalização dos direitos humanos oferece uma base importante para promover a causa dos pobres e marginais nos países de terceiro mundo. Mesmo o foco nos direitos civis e políticos é útil na luta contra as políticas prejudiciais do Estado e das instituições internacionais. Há uma certa dialética entre os direitos civis e políticos e a prática democrática que pode ser negada em nosso próprio perigo. Mas é igualmente verdade que o foco permite a busca da agenda neoliberal privilegiando os direitos privados sobre os direitos sociais e econômicos. Assim, por exemplo, o preâmbulo do texto do TRIPs afirma que os “direitos de propriedade intelectual são direitos privados”. Por outro lado, não fala do direito à saúde de indivíduos ou povos⁷⁰; de fato, a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPs e Saúde Pública devem ser insistidas por esse motivo⁷¹. O argumento aqui não está enraizado em “uma concepção de direitos excessivamente estreita e proprietária”⁷², mas sim na falta contínua de perceber os direitos do bem-estar social. É este o fracasso que dá origem à crença de que a linguagem dos direitos civis e políticos mistifica as relações de poder e fortalece os direitos privados. Essa crença é reforçada pelo fato de que o discurso oficial dos direitos humanos internacionais evita qualquer discussão da responsabilidade de instituições internacionais como o FMI e o Banco Mundial, que combinados com a OMC promovem políticas com graves implicações tanto para os direitos civis como políticos e direitos sociais e econômicos dos pobres. Finalmente, há o preço de levar direitos civis e políticos a sério. Existe “a violência que sustenta o desejo dos direitos”, de realizar direitos a qualquer custo⁷³. Guerras e as intervenções são desencadeadas em seu nome.

4.3. Salvação através da internacionalização dos direitos de propriedade

Nos últimos anos, uma forma particular de Estado (o Estado neoliberal) passou a ser considerada como sendo apenas uma forma sensata e racional. Foi o fundamento para justificar a erosão da soberania através da sua deslocação nas instituições internacionais. O que isso permitiu é a privatização e internacionalização da propriedade nacional coletiva. Para entender o processo em andamento, o Estado precisa ser entendido de duas maneiras diferentes. Primeiro, “os estados são claramente instituições de propriedade territorial”⁷⁴. Como Hont explica, “ter território é uma questão de direitos de propriedade, e os estados, incluindo “estados-nação”, são proprietários de propriedade coletiva em terra (...)”⁷⁵. Ele explica por que a diplomacia do terceiro mundo, através de várias resoluções relativas aos “recursos naturais”, enfatizou “a função da soberania como demarcação dos direitos de propriedade na sociedade internacional”⁷⁶. Isso começou a mudar sob o ataque ideológico que declara que a internacionalização dos direitos de propriedade é o caminho mais seguro para levar o bem-estar social aos povos do terceiro mundo. A ideia de desenvolvimento sustentável também foi implantada para este fim. Em segundo lugar, o Estado deve ser entendido “como uma forma social, uma forma de relações sociais”⁷⁷. Isso permite desmistificar o conceito de “interesse nacional” e a visão de que a elite governante do terceiro mundo está colaborando ativamente com seus homólogos do primeiro mundo em consolidar o processo de privatização e internacionalização dos direitos de propriedade em seu próprio interesse. Este processo é legitimado através do descrédito ideológico de todas as outras formas de Estado. Tal pensamento precisa ser contestado com o objetivo de salvaguardar a riqueza dos povos do terceiro mundo. A soberania permanente sobre os “recursos naturais” deve se revestir nas pessoas.

69 Ver B. Chimni, *Post-conflict Peace Building and the Repatriation and Return of Refugees: Concepts, Practices and Institutions*, 2002.

70 Mesmo quando a questão da saúde é mencionada, como no artigo 8º do texto do TRIPs, está sujeita aos direitos dos detentores de patentes.

71 Para o texto da declaração, ver WTO, WT/MIN (01)/DEC/W/2, 14 November 2001 – Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001: Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health. (2001).

72 Ver K. Baynes, *Rights as Critique and the Critique of Rights: Karl Marx, Wendy Brown, and the Social Function of Rights*, 28 Political Theory 451-468 (2000).

73 Ver Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought At the Turn of the Century*, p. 315 2000.

74 Ver I. Hont, *The Permanent Crisis of a Divided Mankind: 'Contemporary Crisis of the Nation State' in Historical Perspective*, in J. Dunn (Ed.), *Contemporary Crisis of the Nation State?*, p. 166-231 1995.

75 *Id.* p. 173.

76 Ver D.L. Blaney; N. Inayatullah, *The Third World and a Problem with Borders*, in Mark E. Denham; Mark Owen Lombardi (Eds.), *Perspectives on Third World Sovereignty: The Postmodern Paradox*, p. 83-102, p. 91, 1996, e N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, 1997.

77 J. Holloway, *Global Capital and the National State*, in Werner Bonefeld and J. Holloway, (Eds.), *Global Capital, National State and the Politics of Money*, p. 116-141, 1995 e R. Palan, J. Abbott, P. Deans, *State Strategies in the Global Political Economy*, p. 43, 1999.

4.4. A ideia do não-desenvolvimento

Nos últimos anos, argumentou-se que o “desenvolvimento” em si é o Cavalo de Tróia e que a ideologia que ele encarna é responsável por povos e Estados do terceiro mundo serem voluntariamente atraídos para a abrangência imperial⁷⁸. Sugere-se que o imaginário pós-colonial tenha sido colonizado, permitindo o principal princípio organizador da cultura ocidental, que é “a ideia de desenvolvimento infinito como possibilidade, valor e objetivo cultural” ser implantado no mundo pobre⁷⁹. Se apenas os países do terceiro mundo escolhessem o não-desenvolvimento (de qualquer variedade local), suas pessoas se poupariam da miséria que sofreram na era pós-colonial. A ideia geral aqui é deslocar as aspirações dos povos do terceiro mundo e reduzir o desenvolvimento para níveis mais toleráveis. Isso ajudaria a evitar que o fardo do desenvolvimento sustentável falhe no Norte e ajude a sustentar seus altos padrões de consumo.

Com certeza, a era pós-colonial testemunhou a enorme violação dos direitos humanos dos povos comuns em nome do desenvolvimento. Mas é um tipo particular de políticas de desenvolvimento que são responsáveis por essas violações e não por desenvolvimento. É o desenvolvimento através de programas de ajuste estrutural ou políticas neoliberais que precisam ser indiciados, e não as aspirações das pessoas de poderem exercer maiores escolhas e um padrão de vida mais elevado. A celebração acrítica de tudo o que é não-moderno é apenas uma forma de obstruir o desenvolvimento dos países do terceiro mundo.

Essa celebração também corre o risco de romantizar estruturas tradicionais opressivas no terceiro mundo. De alguma forma, é o destino dos pobres, marginais e indígenas ou tribais preservar os valores tradicionais da destruição, enquanto a elite goza dos frutos do desenvolvimento, muitas vezes no primeiro mundo. O que talvez seja necessário é uma abordagem crítica que reconheça os descontentamentos gerados pela modernidade sem ignorar suas atrações sobre as sociedades pré-capitalistas⁸⁰.

4.5. O Uso da Força

Estados Poderosos, argumentamos, exercem domínio no sistema internacional pelo mundo das ideias e não pelo uso da força. No entanto, de tempos em tempos, a força é utilizada para manifestar tanto a superioridade militar esmagadora desses Estados quanto para afastar a possibilidade de qualquer desafio montado à sua visão de ordem mundial. Nessas ocasiões, os Estados dominantes não parecem ser limitados pelas normas de direito internacional, seja no que se refere ao uso da força ou ao respeito mínimo ao direito internacional humanitário. A intervenção estadunidense na Nicarágua e na Guerra do Golfo, bem como a intervenção da OTAN no Kosovo são apenas alguns exemplos dessa verdade. Portanto, a paz no mundo contemporâneo é, de muitas maneiras, a função do domínio.

5. A HISTÓRIA DA RESISTÊNCIA E DO DIREITO INTERNACIONAL

A crítica da ideologia dominante é necessária para salvaguardar os interesses dos povos de terceiro mundo. Porém, essa deve andar de mãos dadas com uma teoria da resistência. A crítica deve estar integralmente relacionada com as lutas dos povos contra normas internacionais injustas e opressivas. Entre outras coisas, deve ser registrada e levada em consideração no processo legal internacional. Uma proposta de teoria da resistência deve evitar, de um lado, as armadilhas do *otimismo liberal* e, de outro, o *pessimismo da esquerda*. A primeira visão acredita que o mundo está se movendo progressivamente em direção a uma ordem mundial justa. Ela acredita que mais leis e instituições são passos nesse sentido, em formas particularmente imaginativas de garantir a aplicação de normas e princípios acordados. A segunda visão rejeita completamente essa narrativa de progresso. Ela apenas vê “o jogo de dominações repetido infinitamente”.⁸¹ Nesta visão, “a humanidade instala cada uma de suas violações em um sistema de regras e assim procede de dominação para dominação”⁸². Esse entendimento está vinculado ao ceticismo das regras radicais: “Regras são vazias em si mesmas, violentas e

78 Ver A. Escobar, *Anthropology and Development*, 154 International Social Science Journal, p. 497-515, p. 497, 1997.

79 Ver J. Tomlinson, *Cultural Imperialism: A Critical Introduction*, p. 156 e 163, 1991.

80 *Id.*, p. 144.

81 Ver M. Foucault, *Nietzsche, Genealogy, History*, em Paul Rabinow (Ed.), *The Foucault Reader* 76-100, p. 85 (1984).

82 *Id.*, p. 86.

não finalizadas; elas são impessoais e podem ser inclinadas para qualquer propósito”.⁸³ Essa compreensão pessimista (formulada no vocabulário do realismo político) é também compartilhada pelos temas “de volta ao futuro” que emergiram na era pós-guerra fria.⁸⁴ Há lugar aqui para uma terceira visão que espera ocupar o vasto espaço intermediário entre o otimismo liberal e o pessimismo da esquerda. Esta ideia não subscreve nem a visão simples de que a humanidade está inevitável e inexoravelmente movendo-se em direção a um mundo justo, nem a ideia de que a resistência à dominação é um ato histórico vazio.

Uma questão-chave da perspectiva de uma teoria da resistência é a Questão de Agência. Mais especificamente, trata-se do papel dos antigos movimentos sociais (OSMs, sigla em inglês) em inaugurar uma ordem mundial justa. Hoje, cada vez mais, a história da resistência está a ser identificada com novos movimentos sociais (NSMs, sigla em inglês) no terceiro mundo.⁸⁵ Os NSMs chegaram em cena no Norte na década de 1970, com foco em áreas envolvendo questões individuais: movimento de mulheres, movimentos de ecologia, movimento de paz, movimentos de gays e lésbicas, etc.⁸⁶ Sua presença começou a ser sentida no Sul uma década depois. O colapso do “socialismo realmente existente” e da subsequente marginalização dos movimentos de classe levaram a uma acentuada presença de NSMs. O rápido crescimento das organizações não governamentais (ONGs), com sua capacidade de alcance através do uso de meios de comunicação modernos, contribuiu muito para tal presença. Os NSMs, em geral, tendem a ver com suspeita os OSMs com sua ênfase em luta de classes.

Os OSMs emergiram no século XIX quando a classe operária tornou-se suficientemente organizada para nutrir ambições de capturar o poder do Estado. A data-chave talvez seja 1848, já que a “revolução na França marcou a primeira vez que um grupo político de base proletária fez uma séria tentativa de alcançar o poder político e legitimar o poder dos trabalhadores (legaliza-

ção dos sindicatos, controle do local de trabalho)”.⁸⁷ O processo de globalização, com o aumento da mobilidade de capital e a intensificação do comércio internacional interestatal e intra-estatal, tem significado “movimentos enormes” na força de trabalho global.⁸⁸ Segundo Harvey, “o proletariado global está mais numeroso do que nunca e o imperativo para que os trabalhadores do mundo se unam é maior do que nunca”.⁸⁹ Há um crescente número de desempregados no Norte que tem testemunhado o aumento da falta de emprego. Claro, “(...) a maior parte do exército industrial de reserva está localizado geograficamente nas periferias do sistema”.⁹⁰ Esse é constituído pela enorme massa de desempregados e semiempregados urbanos, assim como a grande massa de desempregados rurais.⁹¹ Em outras palavras, nunca antes o slogan “trabalhadores do mundo, unidos” significou tanto para tantas pessoas.

No entanto, não é de todo surpreendente que a luta de classes venha a ser negligenciada pelos NSMs, uma vez que os OSMs falharam em alcançá-la. O privilégio das lutas não baseadas em classe também é encorajado pela elite governante transnacional, pois lutas de tal natureza evitam uma oposição efetiva às políticas neoliberais dessa elite. Afinal, estratégias globais e poderes concentrados não podem ser combatidos por meios e formas descentralizadas de resistência. Nessas circunstâncias, o que precisamos fazer é “preservar o que foi obtido nas lutas do período 1850-1890 (tanto as circunstâncias concretas quanto o pensamento intelectual) e adicionar a isso um forte traço de novas abordagens ousadas advindas da experiência pós-1945”.⁹² Apela-se por um diálogo entre os novos e antigos movimentos para que, conforme observa Wallerstein, “todos os movimentos existentes estejam em algum gueto”.⁹³ O que se requer é “um esforço consciente na compreensão”.

87 *Id.*, p. 16.

88 Ver D. Harvey, *Spaces of Hope* 42 (2000). E a China não está sozinha nisso. A indústria de vestuário orientada para a exportação de Bangladesh dificilmente existia há vinte anos, mas agora emprega mais de um milhão de trabalhadores (80% deles são mulheres, assim como metade deles estão lotadas em Dhaka). Cidades como Jakarta, Banguecoque e Bombaim, conforme relata Seabrook (1996), tornaram-se Meccas para a formação de uma classe trabalhadora transnacional - fortemente dependente das mulheres - vivendo em condições de pobreza, violência, degradação ambiental crônica e repressão feroz. Ver Harvey p. 42.

89 *Id.*, p. 45.

90 Ver Amin, nota superior 15, p. 99.

91 *Id.*

92 Ver Wallerstein, nota superior 86.

93 *Id.*, p. 53.

83 *Id.*

84 Ver J. George, “Back to the Future”?, em Greg Fry and Jacinta O’Hagan (Eds.), *Contending Images of World Politics* 33-48 (2000).

85 Ver B. Rajagopal, *From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of International Institutions*, 41 *Harvard International Law Journal* 531-578 (2000).

86 Ver I. Wallerstein, *Antisystemic Movements: History and Dilemmas*, em S. Amin, et al. (Eds.), *G. Transforming the Revolution: Social Movements and the World-System* 13-54, p. 41 (1990).

são empática dos outros movimentos, de suas histórias, prioridades, bases sociais, e preocupações atuais.”⁹⁴ Sua necessidade de serem alianças estratégicas não apenas a curto, mas também a médio prazo.

Naturalmente, há também a necessidade de pensar em objetivos a longo prazo. De nossa parte, gostaríamos de rever a ideia do socialismo. Este não deve ser visto como um ideal fixo ou um conceito congelado. Hoje, deve ser percebido como uma expressão das aspirações de igualdade e justiça de povos subalternos. O ideal é ser realizado através de meios não-violentos e deve excluir todo o tipo de pensamento dogmático e de práticas antidemocráticas. O ideal do socialismo democrático seria atualizado por meio de reforma e não de revolução, bem como não excluiria a dependência em relação às instituições de mercado. Seria realizado por meio de lutas coletivas de diferentes grupos oprimidos e marginalizados. A identidade e o papel desses grupos, conforme destacado acima, não são invariáveis na história. Novas identidades de opressão emergem e competem por espaço com outros grupos. Se esse entendimento é aceito, precisamos de “um movimento político internacional capaz de unir, de forma apropriada, os inúmeros descontentes que derivam do exercício sem disfarces do poder burguês em busca de um neoliberalismo utópico”.⁹⁵ Isto exige “a criação de organizações, instituições, doutrinas, programas, estruturas formalizadas e similares, que trabalhem por algum propósito comum”.⁹⁶ Há, em outras palavras, uma necessidade de construir um movimento que atravesse o espaço e o tempo, envolvendo NSMs e OSMs em cada luta, para formar uma força de oposição global que possa desafiar as forças sociais transnacionais que reforçam o regime do capital à custa dos interesses dos povos.

Hoje, de Seattle a Gênova, somos testemunhas de um aumento de sentimento contra a forma neoliberal de globalização. Novas formas de lutas têm sido inventadas para mobilizar pessoas contra as injustiças da globalização. Houve um hábil e imaginativo uso do espaço digital para criar uma esfera pública global em que a sociedade civil internacional possa registrar seu protesto. Enquanto os sentimentos que são expressos não possuem perspectiva unificada, e de fato estão cheios de contradições, o significado do protesto não pode ser desconsiderado. Se esses protestos puderem

atrair os OSMs, e estes responderem a tal chamado e apresentarem uma frente *únida*, haveria muito pelo qual se alegrar. Não obstante, em termos de enquadramento de uma teoria da resistência, precisamos distinguir as demandas que não são boas para os países de terceiro mundo daquelas que são. Assim, por exemplo, a demanda por incorporar padrões trabalhistas na OMC é contrária aos interesses dos países de terceiro mundo, pois esses seriam usados como um instrumento de proteção pelo Norte.⁹⁷

Do ponto de vista da *TWAIL*, é necessário, primeiramente, tornar a história da resistência uma parte integral da narração do direito internacional. Talvez haja uma necessidade de experimentar com formas literárias e artísticas (peças, exibições, novelas e filmes) para capturar a imaginação daqueles que acabaram de ingressar no mundo do direito internacional. Em segundo lugar, precisamos atingir alianças com outras críticas à abordagem neoliberal do direito internacional. Assim, por exemplo, tanto a escola feminista quanto a terceiro-mundista aborda a questão da exclusão pelo direito internacional. Há, portanto, a possibilidade de desenvolver alternativas coerentes e abrangentes às principais escolas do Norte. Em outras palavras, devemos colaborar com as abordagens feministas a fim de reconstruir o direito internacional para que esse vise os interesses das mulheres e de outros grupos marginalizados e oprimidos. Em terceiro lugar, precisamos estudar e sugerir mudanças concretas nos regimes jurídicos internacionais existentes. A articulação das demandas auxiliaria os OSMs e NSMs a enquadrar seus interesses de forma a não prejudicar os povos de terceiro mundo.

6. O CAMINHO A SEGUIR: MAIS REFLEXÕES SOBRE UMA AGENDA DE PESQUISA EM *TWAIL*

Identificar as futuras atribuições da *TWAIL* é severamente restrinido pelos protocolos do que são metas aceitáveis e do que é considerado bom trabalho acadêmico. Isso obriga a academia a desempenhar um papel auto-realizável, pois os protocolos, por assim dizer, envergonham acadêmicos em imaginar apenas certos tipos de arranjos sociais. Para aqueles que aceitam, os protocolos são sustentados como modelos de pensamento

94 *Id.*, p. 52.

95 Ver Harvey, nota superior 88, p. 49.

96 *Id.*

97 Ver S. Gopal, *American Anti-Globalization Movement*, Economic and Political Weekly, (25 de Agosto de 2001) p. 3226-3233.

claro. Por outro lado, uma variedade de pressões sociais e dos pares são levadas a cabo por acadêmicos dissidentes para neutralizar suas energias críticas. Mesmo as personalidades eminentes são incapazes de ser ousadas e corajosas na avaliação de tendências contemporâneas e na imaginação de futuros alternativos. Assim, por exemplo, Falk escreve sobre o relatório *Nossa Bairro Global*, produzido pela Comissão de Governança Global: “Sua deficiência mais séria foi uma falta de pulso quando se tratou de abordar as consequências adversas da globalização, um foco que teria colocado tal comissão em curso de colisão com adeptos da imagem de mundo economista neoliberal”⁹⁸. Em contraste, pediríamos que os estudiosos da crítica terceiro-mundista julguem “irresponsabilidade” de bom grado, se isto for o necessário para criticar audaciosamente o presente processo de globalização e projetar alternativas futuras justas. O compromisso de inaugurar uma ordem mundial justa deve ser, naturalmente, traduzido em uma agenda de pesquisa concreta no mundo do direito internacional. Além dos deveres ideológicos e substantivos já identificados, listamos abaixo alguns assuntos que merecem atenção dos estudiosos terceiro-mundistas.

6.1. Aumentando a Transparência e Responsabilidade das Instituições Internacionais

O direito internacional hoje, argumentamos, não promove democracia nem nos Estados nem na arena transnacional. Aqueles que buscam contestar o estado atual da relação entre direito doméstico e internacional precisam identificar as restrições impostas à realização da democracia nas arenas interna e internacional e promover a agenda da democracia global. Os passos que conduzem à democracia global não estarão em conformidade com um modelo puro. Ao invés, serão o resultado de lento aumento da transparência e responsabilidade de atores-chave como Estados, instituições internacionais e corporações transnacionais. Há muito trabalho que precisa ser feito a este respeito. Desse modo, por exemplo, um correlato de instituições internacionais que possuem personalidade jurídica e direitos é *responsabilidade*. Este é “um princípio geral de direito internacional” relacionado com “a incidência e conse-

quências de atos ilegais”, em particular o pagamento de compensação por perda causada.⁹⁹ Há uma necessidade de elaborar esse entendimento e desenvolver o direito (seja sob a forma de declaração ou de convenção) no tema da responsabilidade de instituições internacionais. Isso permitiria que poderosas instituições, como o FMI, Banco Mundial e OMC, fossem responsabilizadas, entre outros, pelos pobres globais.¹⁰⁰ Para tal fim, há também uma urgente necessidade de democratizar a tomada de decisão em instituições internacionais como o FMI e Banco Mundial, a fim de que essas passem a exercer influência, sem precedentes, sobre vida de pessoas comuns no terceiro mundo.¹⁰¹ Isso exige soluções que temperem o desejo por mudança com uma forte dose de realismo.

6.2. Aumentando a Responsabilidade das Empresas Transnacionais

Há diversas medidas que podem ser tomadas para que empresas transnacionais (TNCs, em inglês) sejam responsabilizadas no direito internacional. Tais medidas podem incluir: (i) adoção do projeto de código de conduta das Nações Unidas sobre TNCs; (ii) a afirmação da soberania do consumidor manifestada no boicote dos bens das TNCs que não respeitarem os padrões mínimos de direitos humanos; (iii) monitoramento dos códigos de conduta voluntários adotados pelas TNCs na esperança de melhorar sua imagem pública; (iv) o uso dos direitos dos acionistas para atrair atenção às necessidades de igualdade e justiça nas operações das TNCs; (v) o uso imaginativo de sistemas jurídicos domésticos para expor as práticas opressivas das TNCs; (vi) crítica

99 Ver I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^a ed., p. 701 e 433 (1990).

100 Ver A. Anghie, *Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions and the Third World*, 32:2 New York University Journal of International Law and Politics 243-290 (2000).

101 Para tomar o caso do FMI, o processo de tomada de decisão está baseado em um sistema de votação ponderada que exclui seus principais usuários, o mundo pobre, do que diz na formulação de políticas. A voz do Terceiro Mundo não é ouvida, mesmo quando as políticas do Fundo impõem enorme dor e morte às pessoas que o habitam. Quase 4,4 bilhões de pessoas ou 78% da população mundial de 1990 vivem no Terceiro Mundo. Apesar de constituir uma esmagadora maioria dos membros, os países do Terceiro Mundo como um todo tinham uma participação de voto de aproximadamente 34% no FMI em meados da década de 1990. Ver R. Gerster, *Proposals for Voting Reform within the International Monetary Fund*, *Journal of World Trade* 121-133 (1993). Sem os países da OPEP (que atuam como estados credores na instituição), essa participação é reduzida para 24%.

98 Ver R. Falk, *Global Civil Society and the Democratic Prospect*, em B. Holden (Ed.), *Global Democracy: Key Debates* 62-179, p. 170 (2000).

a órgãos como as Câmaras Internacionais de Comércio por perseguirem os interesses das TNCs em negligência aos interesses de cidadãos comuns.¹⁰² Todas essas medidas pedem por uma intervenção crítica da escola do direito internacional.

6.3. Conceituando a Soberania Permanente como Direito dos Povos e não dos Estados

A pesquisa precisa ser direcionada para traduzir o princípio da soberania permanente sobre os “recursos naturais” em um conjunto de conceitos jurídicos que incorporem os interesses dos povos de terceiro mundo, que se opõem aos da sua elite dominante. No passado, o Programa e a Declaração de ação para uma nova Ordem Econômica Internacional, assim como a Carta de Direitos Econômicos e Deveres dos Estados eram estatistas em sua orientação. Embora seja verdade que o Estado é, em termos de demarcação internacional de territórios, uma instituição de propriedade coletiva, o controle definitivo sobre essa propriedade deve ser conferido às pessoas. A partir dessa perspectiva, há uma necessidade de abordar a difícil questão de como dar conteúdo legal aos direitos soberanos dos povos? Muitas vezes, a este respeito, há a ausência de categorias jurídicas apropriadas e a dificuldade de implementá-las na prática. Sendo assim, por exemplo, o Artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica apela por fortalecimento das comunidades locais.¹⁰³ No entanto, não tem sido fácil implementar tal previsão devido à falta de clareza quanto à definição legal de comunidades locais.

102 Ver the Irene Report, Controlling Corporate Wrongs: The Liability of Multinational Corporations: Legal Possibilities, Strategies and Initiatives for Civil Society, (2000), disponível em: <<http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2000-1/irene.html>>. Ver também J. Madeley, Big Business Poor Peoples: The Impact of Transnational Corporations on the World's Poor 169-180 (1999).

103 O Artigo 8(j) da Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1982, declara: “Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: [...] Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; [...] (tradução adotada pelo Ministério do Meio Ambiente da República Federativa do Brasil, em 2000. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf). Para o texto da Convenção, ver N. Arif, International Environmental Law: Basic Documents and Select References 279 (1996).

6.4. Fazendo Uso Efetivo da Linguagem dos Direitos

Existe a necessidade de fazer uso efetivo da linguagem dos direitos humanos para defender os interesses dos grupos pobres e marginalizados. As recentes resoluções aprovadas por diferentes órgãos de direitos humanos que chamam a atenção aos aspectos problemáticos dos regimes econômicos internacionais oferecem o potencial para conquistar concessões do Estado e do setor corporativo.¹⁰⁴ As implicações dessas resoluções precisam ser analisadas em profundidade e exercidas nos processos legais nacionais e internacionais. Uma segunda função relacionada é expor a hipocrisia do primeiro mundo quanto à observância do direito internacional dos direitos humanos e das normas de direito internacional humanitário.

6.5. Introduzindo Interesses dos Povos em Ordens Jurídicas não-Territoriais

Do ponto de vista do desenvolvimento do direito internacional, o surgimento do direito global sem o Estado é tanto fortalecedor quanto preocupante. A tendência precisa ser analisada a partir de uma perspectiva dos povos. O processo é fortalecedor na medida em que pode ser usado por OSMs e NSMs contínuos para projetar uma visão alternativa de ordem mundial por meio da produção de textos de direito internacional apropriados. Muito trabalho precisa ser feito nessa direção. Ao mesmo tempo, existe uma necessidade de explorar “a tensão entre a legalidade *geocêntrica* do Estado-nação e a nova legalidade egocêntrica de agentes econômicos privados internacionais” a fim de garantir que o interesse dos povos de terceiro mundo não seja sacrificado.¹⁰⁵

6.6. Proteger a Soberania Monetária por meio do Direito Internacional

Uma grande quantidade de pesquisa precisa ser direcionada para encontrar formas e meios de proteger a so-

104 E/CN.4/Sub.2/2000/7, Comissão de Direitos Humanos: Subcomissão sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos - Realização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Direitos de Propriedade Intelectual e Direitos Humanos, 17 de agosto de 2000. O parágrafo 3 da resolução “lembra a todos os governos a primazia das obrigações de direitos humanos em relação às políticas e acordos econômicos”.

105 Ver J. Robe, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in G. Teubner (Ed.), *Global Law Without a State* 45-79 (1997).

berania monetária dos países de terceiro mundo. Estados de terceiro mundo estão fazendo-o, entre outras coisas, através da criação de controle de capital (por exemplo, Malásia após 1997), imposto sobre transações financeiras (Chile), prescrição de um período fixo de permanência antes da partida, um fundo monetário regional e etc. Porém, há uma necessidade por uma nova arquitetura financeira que responda mais prontamente às ansiedades dos Estados e povos de terceiro mundo. Isso exige a intervenção informada do direito internacional. No entanto, o papel do mercado financeiro internacional e das instituições na erosão da soberania monetária dos países de terceiro mundo é pouco compreendido até hoje. De fato, poucas áreas clamam por mais atenção que o direito monetário e financeiro internacional. Esta situação precisa ser imediatamente corrigida.

6.7. Garantindo Desenvolvimento Sustentável com Equidade

Há uma necessidade urgente de moldar uma resposta integrada aos problemas ambientais globais. Neste contexto, “toda a questão da construção de um modo alternativo de produção, intercâmbio, e consumo que seja redutor de risco e ambientalmente, bem como socialmente, justo e sensível pode ser colocada”.¹⁰⁶ A partir de uma perspectiva do direito internacional, o conceito vazio de desenvolvimento sustentável precisa ser preenchido com conteúdo legal que não bloqueie o desenvolvimento dos países de terceiro mundo.¹⁰⁷ No momento, o Norte está explorando todos os fóruns para evitar o que Jameson chama de “terror da perda”.¹⁰⁸ Este explica, por exemplo, a abordagem da administração Bush para com o protocolo de Kyoto. Em outras palavras, há uma necessidade de garantir que o ônus da realização do objetivo de desenvolvimento sustentável não seja transferido para o mundo pobre ou usado como ferramenta de proteção.

6.8. Promovendo a Mobilidade Humana

Embora capital e serviços tenham se tornado cada vez mais móveis na era da globalização, o trabalho tem

sido limitado em termos especiais. Mais significativamente, no domínio da migração forçada (em posição à voluntária), o primeiro mundo, através de uma série de medidas legais e administrativas, tem enfraquecido o instituto do asilo, estabelecido após a segunda guerra mundial. A era pós-Guerra Fria tem visto uma série de práticas restritivas que impedem refugiados, fugindo do mundo subdesenvolvido, de entrar no Norte.¹⁰⁹ É necessária uma crítica sustentada dessas práticas. Essa, entre outras coisas, impedirá o primeiro mundo de ocupar uma posição de superioridade moral.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito internacional tem atendido sempre os interesses das forças sociais dominantes e dos Estados nas relações internacionais. Contudo, a dominação, a história testifica, pode coexistir com variados graus de autonomia para os Estados dominados. O período colonial viu a negação completa e aberta da autonomia dos países colonizados. Na era da globalização, a realidade da dominação é melhor conceituada como um processo mais sigiloso, complexo e cumulativo. Uma crescente reunião de leis, institutos e práticas internacionais se funde para erradicar a independência dos países de terceiro mundo em favor do capital transnacional e dos Estados poderosos. A elite governante do terceiro mundo, por outro lado, não tem conseguido e/ou estado disposta a elaborar, desenvolver e sustentar estratégias políticas e jurídicas efetivas para proteger os interesses dos povos de terceiro mundo.

No entanto, precisamos nos proteger da armadilha do niilismo legal através de uma condenação geral e completa do direito internacional contemporâneo. Certamente, apenas uma crítica abrangente e sustentada do direito internacional atual pode dissipar a ilusão de que esse é um instrumento para estabelecer uma ordem mundial justa. Porém, é preciso reconhecer que o direito internacional contemporâneo também oferece um escudo protetor, ainda que frágil, para os Estados menos poderosos do sistema internacional. Em segundo lugar, a crítica que não é seguida pela construção equivale a uma

106 Ver Harvey nota superior 88, p. 223.

107 Ver B. Chimni, *Permanent Sovereignty over Natural Resources: Toward a Radical Interpretation*, 38 Indian Journal of International Law 208-217, p. 216 (1998).

108 Ver M. Hardt and K. Weeks, (Ed.), *The Jameson Reader* 167 (2000).

109 Ver B. Chimni, *The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South*, 1:4 Journal of Refugee Studies 350-374 (1998) e First Harrell-Bond Lecture *Globalization, Humanitarianism and the Erosion of Refugee Protection*, 13:3 Journal of Refugee Studies 243-262 (2000).

atitude vazia. São necessárias soluções imaginativas no mundo do direito e das instituições internacionais, caso a vida dos grupos pobres e marginalizados no terceiro e primeiro mundos seja melhorada. Exige-se, entre outras coisas, que se explore as contradições que marcam o sistema jurídico internacional. Os interesses econômicos e políticos da elite transnacional hoje não são diretamente traduzidos em normas internacionais. Há a necessidade de sustentar a ilusão de progresso e manter a coerência interna do sistema jurídico internacional. Além disso, regimes jurídicos individuais têm de oferecer algumas concessões aos grupos pobres e marginalizados a fim de limitar a resistência a esses no terceiro mundo e, dian-

te de uma consciência global em evolução, no primeiro mundo. As contradições que marcam o direito internacional contemporâneo talvez se mostrem, da melhor forma, no campo do direito internacional dos direitos humanos, que, mesmo legitimando a internacionalização de direitos de propriedade e intervenções hegemônicas, codifica uma série de direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos que podem ser invocados pelos grupos pobres e marginalizados. Mantém-se firme à esperança de que o processo legal internacional possa ser usado para trazer um mínimo de bem-estar aos povos de terceiro e primeiro mundos que tem passado por longo sofrimento.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance

Em torno da pirâmide: Desafios políticos-teóricos para o direito na era da governança global

Salem Hikmat Nasser

José Garcez Ghirardi

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance*

Em torno da pirâmide: Desafios políticos-teóricos para o direito na era da governança global

Salem Hikmat Nasser**

José Garcez Ghirardi***

ABSTRACT

The idea of global governance has become central to debates on international relations. It has been hailed as the most performing strategy to articulate the multiple, concurring, sometimes conflicting interests of the increased number of global players. The relevance of this popularity goes much beyond the practical reasons often invoked in favor of its adoption. It bespeaks a process of a deep transformation of the very theoretical frameworks within which Law, in general, and international Law, in particular, have been conceived. This paper argues that prevailing understandings of global governance risk contributing to depoliticize the exchange between States, as it usually overemphasizes the supposedly technical, objective dimension of performance indexes while underemphasizing the political choices embodied in their design. It has as its main theoretical sources the works of OST and KERCHOVE¹, SUPIOT², FOUCAULT (1998), SOUSA SANTOS & RODRIGUEZ-GARAVITO³.

Keywords: global governance – international Law – depoliticization - rational choice

RESUMO

A ideia da governança global se tornou central nos debates sobre relações internacionais. Ela tem sido proclamada como a estratégia com melhor desempenho na articulação de interesses múltiplos, concorrentes, e por vezes conflitantes de um número cada vez maior de atores globais. A relevância dessa popularidade vai muito além das razões práticas frequentemente evocadas a favor de sua adoção. Ela evidencia um processo de profunda transformação das próprias molduras teóricas dentro das quais o Direito,

1 OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.

2 SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les Nombres*. Cours au Collège de France (2012 – 2014). Paris: Fayard – Poids et mesures du monde, 2015.

3 DE SOUZA SANTOS, Boaventura; RODRIGUEZ-GARAVITO, César A(orgs). *Law and Globalization from Below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

* Recebido em 31/10/2017

Aprovado em 21/12/2017

** Full-time professor of International Law at FGV Direito SP. Doctorate in International Law from USP (Universidade de São Paulo). DEA in Public International Law and DSU in Private International Law from the University of Paris II (Panthéon-Assas). Visiting researcher at the Lauterpacht Centre for International Law and at the European University Institute. Email: salem.nasser@fgv.br

*** Lawyer. Bachelor of Law, Universidade de São Paulo (1985). Full-time professor at Direito SP/SP. MA and PhD in English Language and Literature, USP. Visiting researcher at the Collège de France, Chair État Social et Mondialisation (2017). Adjunct Faculty at Gonzaga Law School (WA/USA) (2010; 2013) and visiting professor at IDC-Israel (2014). Visiting researcher at the Wayne State University (Detroit-MI, USA) with a scholarship granted by CNPq. Postdoctoral research at the State University of Campinas (UNICAMP) (2003-2004). Email: jose.ghirardi@fgv.br

no geral, e o Direito Internacional, no particular, foram concebidos. Esse artigo sustenta que os entendimentos predominantes sobre a governança global correm o risco de contribuir para despolitizar as trocas entre os Estados, dado que em geral enfatizam a dimensão supostamente técnica e objetiva dos índices de desempenhos ao mesmo tempo que reduzem a importância das escolhas políticas incorporadas em seu desenho. O artigo tem como principais referências os trabalhos de OST e KERCHOVE, SUPIOT (2015), FOUCAULT (1998), SOUSA SANTOS & RODRIGUEZ-GARAVITO (2005).

Palavras-chave: Governança Global – Direito Internacional – despolitização – escolhas racionais

1. NEUTRALITY AND NATURALIZATION: ASSUMPTIONS OF THE DISCOURSE ON GLOBAL GOVERNANCE

In their celebrated *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, François Ost and Michel van de Kerchove suggest that the analysis of the transformations of Law in a post-modern, globalized world must take into account three interconnected elements:

The sliding from pyramid to network is an evolution coupled with two other major transformations in the legal-political universe: the passage from ordinances to regulation and the strengthening of governance in face of government. Network, regulation and governance form thus a new device of which, though it would undoubtedly be excessive to say that it may replace the classic triad represented by pyramid, ordinances and government, certainly surpasses and subverts their mode of functioning.⁴

Ost and Kerchove's argument aptly synthetizes some of the key themes in the current academic debate on Law and institutions, namely: a) a broad, inevitable transformation is reshaping legal-political landscapes; b) this

⁴ « Le glissement de la pyramide au réseau est une évolution qui s'accompagne de deux autres transformations majeures de l'univers juridico-politique: le passage de la réglementation à la régulation, et la montée en puissance du thème de la gouvernance en lieu et place de celui du gouvernement. Réseau, régulation et gouvernance forment ainsi un nouveau dispositif dont il serait sans doute excessif de dire qu'il s'est substitué à la triade classique pyramide, réglementation, gouvernement, mais qui la déborde certainement et en subvertit parfois les modes de fonctionnement ». OST, François ; KERCHOVE, Michel van de *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 26 .

phenomenon both springs from and reinforces the enfeeblement of the socio-political institutions inherited from Modernity; c) this enfeeblement is due to the fact that such institutions have been proving themselves incapable of coping with the implications of globalization and of post-modern societal arrangements; d) new, emerging modes of social, political and economic exchanges hold a better chance of organizing present and future human interaction than their Modern ancestors. With marginal variations, these four points appear recurrently in contemporary scholarly appraisals of legal transformation.⁵

The argumentative framework within which such themes are developed is as emblematic of contemporary discourse as the themes themselves, articulating widely accepted axiological and methodological assumptions. The former have to do with the feasibility of separating *description* and *assessment* when discussing social phenomena. The latter have to do with an approach to such phenomena which involves what Foucault calls the *naturalizing* of society.⁶

In what regards the axiological assumptions, they bespeak the belief that it is possible to describe social events without evaluating them. From this point of view, one could neutrally depict a certain state of affairs, that is to say, without making any value judgment on the picture being presented. An observer would thus be able to say that the process of shifting is *so* without discussing whether it *should be so*, or whether it is *desirable* that it be so. Observation, description and evaluation would be three inter-connected, but ultimately distinct, moments.

Ost and Kechove seem to cautiously embrace these basic tenets, whose perils they nevertheless acknowledge:

One last caveat must be made, axiological in nature. It aims at bringing to mind the basic distinction, from which one should never depart in social sciences, between describing, explaining and evaluating a situation. Describing and explaining legal situations with the help of the network method (and its corollaries, regulation and governance) does not mean to evaluate positively, nor to unconditionally approve such evolution. Without aiming at an (impossible) neutral stance, we will always strive to keep things separate: take note of an evolution when this seems undeniable, try to explain its causes and consequences and, afterwards, at the axiological level, make – if this is the case – a critical value judgment.⁷

⁵ LECHNER, Frank S.; BOLI, John. *The Globalization Reader*. 4th Edition. Wiley-Blackwell, 2011.

⁶ FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population*; Gallimard, Paris, 2004.

⁷ Une dernière mise en garde s'impose, d'ordre axiologique. Elle

The process thus presented is that of a gradual strengthening of the newcomers (network, regulation, governance) as well as a fading out of the old strongholds (pyramid, ordinances, government). It assumes a deep connection between new social needs and new legal-political forms. Crucially important, it suggests that this connection is an attempt by social players, albeit often tentative and not fully conscious, to find more suitable ways to carry on their interactions.

Implicit in this narrative is, therefore, the hypothesis that this shifting towards new forms is not accidental but motivated. Academic analyses of social transformations presuppose that things do not just change; they change for a reason. The search for this causal link is at the heart of their explanatory efforts. In what regards assessments of globalization and post-modernity, analyses have been typically framed around the notion of *social adjustment*.

This is a consequential argumentative choice. For the idea of adjustment implies a process of accommodation between conflicting elements, in the case at hand, between old (government, ordinances, pyramid) and new (governance, regulation, network) legal-political forms. This process involves the testing of different social dynamics and institutional designs and the assumption that some designs will be better than others in producing the necessary *adjustment* of things. This ranking between the quality of individual solutions is necessarily evaluative in nature, as it is true of any comparative construction.

The reference to an (*impossible*) *neutral stance* underscores, nevertheless, the perceived difficulty of separating the actions of describing and evaluating when it comes to Law and the social sciences. The idea that it is possible to *keep things separate* has been repeatedly called into question, as well as the viability of explaining

vise à rappeler la distinction élémentaire, dont il ne faut pas se départir en sciences sociale, entre décrire, expliquer, et évaluer une situation. Décrire et expliquer des situations juridiques à l'aide du modèle du réseau (et ses corollaires, la régulation et la gouvernance) ne signifie pas évaluer positivement, approuver de façon inconditionnelle cette évolution. Sans prétendre à une (*impossible*) neutralité, on s'efforcera toujours de faire la part des choses : prendre acte d'une évolution quand celle-ci paraît s'imposer, tenter d'en expliquer les raisons et les conséquences, et ensuite, au plan axiologique, prononcer s'il le faut un jugement de valeur critique. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002. p. 19 (our translation)

causes and consequences *first*, leaving value judgments for *afterwards*.

In the legal arena, the Fish-Dworkin dispute is perhaps the best-known example of the heated controversies around this problem. Against Dworkin's defense of the possibility of *some* disjunction between describing and assessing,⁸ Fish suggests that such distinction is untenable as these do not constitute two different actions but rather two dimensions of the same action ("*information only comes in an interpreted form - it does not announce itself*")⁹

Current analyses of the transformations of Law have for the most part declined to tackle this issue, requiring readers (often, implicitly) to assume that it is conceivable to separate the description of social events and their *moral* and *political* evaluation. Their tacit understanding seems to be, as Ost and Kerchove argumentative drive illustrates, that though narrative neutrality may be impossible, moral-political neutrality is not.¹⁰

This silencing of their critical assumptions is of consequence to the very substance of such studies. The *willing suspension of disbelief* in neutrality (to borrow Coleridge's famous phrase), works to *naturalize* the diagnoses these studies advance and to veil the ideological tenets informing them. Given the fact that diagnoses may vary widely according to the viewpoint one adopts and that they form the ground basing theoretical explanations (and reform proposals for governments and States), such naturalizing appears highly problematic.

Historians have been particularly sensitive to this difficulty, often referred to as the *narrativity issue*, and to its deep implications for scientific discourse. Hayden White warns his fellow scholars that:

8 Dworkin presents even more clearly his argument in his illuminatingly entitled *My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels)* : Please don't talk about objectivity any more in which he says Fish's reading of his previous work was simply « incompetent ». MITCHELL, W. J. T. (editor). *The Politics of Interpretation (A critical Inquiry Book)*. Chicago: University of Chicago Press Journals, 1983. « *My purpose was pragmatic. Once we understand how people can and do make these discriminations, then we can grasp the special character of enterprises, like law, in which people aim to interpret rather than invent* » (pp. 287; 291). The successive, separable moments (*once...then...*) remain clear in his characteristically sophisticated reasoning.

9 FISH, Stanley. "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism." *Critical Inquiry*, vol. 9, no. 1, 1982, p. 204. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1343280.

10 This concern with the problem of neutrality in assessments of globalization is far from being a methodological quiddity, as Ost and Kerchove's indicate by their elegant caveat.

...it is precisely because the narrative mode of representation is so natural to human consciousness, so much an aspect of everyday speech and ordinary discourse, that its use in any field of study aspiring to the status of a science must be suspect. For whatever else a science may be, it is also a practice which must be as critical about the way it describes its object of study as it is about the way it explains structures and processes.¹¹

Contemporary accounts of shifts in Law face the same challenge of critically justifying the diagnoses they make, especially when they present themselves as anodyne renderings of reality. They have to validate their claim of judgment-free description vis-à-vis charges that such accounts must inevitably build themselves around value assessments (v.g. on what gets included or excluded, what is central and what is peripheral, what is cause and what is consequence in their version of change).

The fact that usually this methodological step remains rare (Ost and Kerchove being an outstanding exception) bears testimony to the depth of the belief in the possibility of morally and politically neutral descriptions of legal and societal changes. Thus, rather curiously, discourses on globalization and post-modernity often advance, if often without avowing it, by reaffirming the core belief of Modern science: an impartial observer describes, through a neutral means, an objective reality.

This axiological stance on the neutrality of the subject gets translated into a methodological strategy on the stability of the object presented. Society, in these accounts, is usually presented as a quasi-natural entity, thus becoming more suited to *neutral* diagnoses. In *Society, Territory, Population*, Michel Foucault describes at length the process by which this naturalization of social phenomena became a defining element in contemporary readings of the State and society.

For the author, the new forms of governmentality would be focused not on ruling “*a set of legal subjects capable of voluntary actions*”¹² but a *population* in the biological denotation of the term:

In other words, with the population we have something completely different from a collection of subjects of right differentiated by their status, localization, goods, responsibilities, and offices: [We have] a set of elements that,

¹¹ WHITE, Hayden. “The Question of Narrative in Contemporary Historical Theory.” *History and Theory*, vol. 23, no. 1, 1984, pp. 1.

¹² FOUCAULT, Michel. *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977—1978* Palgrave, 2009. pp. 36-37

on one side, are immersed within the general regime of living beings and that, on another side, offer a surface on which authoritarian, but reflected and calculated transformations can get a hold. The dimension in which the population is immersed amongst the other living beings appears and is sanctioned when, for the first time, men are no longer called “mankind (le genre humaine)” and begin to be called “the human species (l’espèce humaine).¹³

From this perspective, the behavior of the human species would be fundamentally as predictable as those of other living beings and this *natural* regularity would allow for *calculated transformations*. Crucially important, these transformations would be based on a primarily technical understanding of the forces shaping social interactions based on the so-called hard sciences. Governing would be gradually understood as an essentially technical, not political a task. Much of today’s dissatisfaction with democracy arguably springs from just such a naturalizing reading of human affairs.¹⁴

John K. Galbraith’s observations at the beginning of his popular *The Age of Uncertainty* are emblematic of such perspective. Galbraith argues that ideological differences are ultimately irrelevant to the definition of the best solutions for air pollution or inflation, for instance (as circumstances force us all to adopt the same attitude). If we want to survive and solve these problems, he proposes, we had better get rid of partisan political lenses, see things as they are and do what has to be done.¹⁵ This core belief continues to enjoy substantial prestige today, even if it is usually coated in less candid terms.

The idea that societies are quasi-natural beings whose problems ask for technical, not political solutions, often gets coupled with the discursive strategy of flattening, or veiling, the volitive dimension intrinsic to social exchanges. The more social arrangements and changes are seen as the result of humans making value judgments, the more difficult it is to sustain that they can effectively be understood without some assessment of the culture specific, value-laden elements constitutive of such judgments or the moral horizon against which they are made.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977—1978* Palgrave, 2009. pp. 104-105

¹⁴ For different perspectives on the issue, see ROSANVALLON, Pierre. *La Contre-Démocratie. La politique à l’âge de la défiance*. Seuil, 2006. and POSNER, Richard. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Harvard University Press, 2011.

¹⁵ GALBRAITH, J. K. *The Age of Uncertainty: A History of Economic Ideas and Their Consequences*. Houghton Mifflin, 1977.

Performing this type of culture-based assessment represents a major hurdle to sustaining both the value-neutral character of descriptions and the quasi-natural character of society. Analyses purporting to offer a politically and morally neutral account of social events, as well as proposals for intervention in different cultures, must thus assume some form of general law presiding over human behavior which overcomes the troubling methodological consequences of culturally-bound intentionality.

From the middle of the 20th century onwards, the *rational choice theory* has been increasingly used to fill this argumentative need.¹⁶ Downs' seminal article *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, illuminates the intellectual move which allows this theory to perform such generalizing role. On a footnote (arguably, a rather striking place for a central definition), he offers a distinction that would be absolutely key to the viability of his whole argument:

*The term “rational” in this article is synonymous with “efficient.” This economic definition must not be confused with the logical definition (i.e., pertaining to logical propositions) or the psychological definition (i.e., calculating or unemotional).*¹⁷

Rational is thus circumscribed to its *economic* meaning, linked to the idea of efficiency as a maximizing of resources: “*Every agent in the model...behaves rationally at all times; that is, it proceeds toward its goals with a minimal use of scarce resources and undertakes only those actions for which marginal return exceeds marginal cost*”.¹⁸ The adoption of the economic connotation over any other reduces the number and complexity of variables (as human choices are disconnected from socio-historically embedded logical and psychological elements), thus making it much more feasible to explain and predict paths of social transformation.¹⁹

When this common (supra-cultural) rationality is accepted, then it becomes possible to assess the quality of social institutions around the world by measuring how

16

17 DOWNS, Anthony. “An Economic Theory of Political Action in a Democracy.” *Journal of Political Economy*, vol. 65, no. 2, 1957, p. 137. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1827369.

18 DOWNS, Anthony. “An Economic Theory of Political Action in a Democracy.” *Journal of Political Economy*, vol. 65, no. 2, 1957, p. 137. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1827369.

19 Richard Taylor, who won the Nobel Prize for economics in 2017, has importantly challenged some of these assumptions. See TAYLOR, Richard. *The Winner’s Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*. Princeton University Press, 1994.

close or how far they are from being the result of *rational choices*. It is also possible to suppose that conflicting interests may ultimately be overcome by reference to the common standard of rationality. This seems to be the principle underneath what has been called the contractualization of Law²⁰ and the surge of ADR methods within national boundaries. It is also a central element in the case for *global governance* as an *evolution* taking place in the international arena.

2. A KALEIDOSCOPIC PYRAMID: POLITICAL UNDERPINNINGS OF THE IDEA OF GOVERNANCE

Transported into the international area the discussion on governance, and on the related notions of network and regulation becomes substantially different. In the absence of the gravitational pull of *government* and unconstrained by the spatial limits of the State, the pyramid, in curious kaleidoscope-manner, has indeed assumed many other forms, depending on the way observers choose to look at it.

The mainstream position considers the international space as being constituted primarily by the community of sovereign States, to which all the other players would necessarily have to make reference to. In this scenario, substantial adaptation would be necessary if one wished to still use the triad government-ordinance-pyramid to explain change. The standards and certainties of domestic law are too dissimilar from those of public international law for the explanatory force of the metaphor to survive intact.

For the international legal order, even when seen as primarily a structured system of norms, the image of a pyramid was never really appropriate. Not even in oversimplified versions of the Kelsenian chain of validation of the norms (in which the validating principle for treaties would be found in the customary law of *pacta sunt servanda*) the integrity of the allegory would stand. No verticality or hierarchy between the norms or the sources of law is recognized by the system.

Nor would any formal hierarchy be found between the actors of the system, the States. They enjoy identical status as law makers and the addressees of norms,

20 CHEVALLIER, J. *L’Etat post-moderne*. LGDJ, 2017. pp. 138-139

in a level field of sovereign equality. The idea of a government, therefore, as a central authority charged with the creation of law and its application, is absent from the system.

As a corollary to these two previous traits, one cannot speak of Law as being made of ordinances or commandments, since there is no authority to issue them, but always as a result of negotiations between States or of the accumulated practice combined with the conviction that such practice is legally binding. In a discursive reversal not exempt from irony, international Law, which was once challenged to justify its legal status exactly because it lacked exactly such elements, is now seen as a blueprint for understanding the future of Law in post-modern times.

These dynamics of international Law, perceived as intrinsically consensual, has made it a prime setting for the idea of global governance to thrive. The aging institutions of the Modern State, and the weight of government-ordinances-pyramid not being a real factor here, the contractual logic governance embodies could rapidly gain terrain. In this context, the ideological assumptions shaping such discourse tend to become even less visible as the clash with standing institutions is less evident.

In fact, essentially the same process of naturalization and neutralization takes place here. The mainstream argument suggests that due to the growing complexity of international societal life, governability cannot be insured by the formal law and institutions produced by states. Their rigidity would make them unsuitable to regulate the *liquid Modernity*²¹ of a globalized world.

The answer to a changing world would be therefore to understand, as a natural process, the rise of more flexible types of regulations, which, together with treaties and customs, will come to form the fabric of a regulatory network. The idea of *adjustment*, with the corollaries mentioned above, is elemental to this reading of the current change, as it is the assumption of a Darwinist-style institutional selection.

In this new scenario, the states which collectively represent the locus of international power – legitimized by the functional fiction of sovereign equality – gain the company of other governing agents, of other re-

gulators who now share with them the same horizontal field. Law becomes one component of governance, with the latter being the broader term. This move to an instrumental understanding of *Law* within the *global governance* framework works to efface their different legitimation processes in the name of the advantages of rational consensus on an efficient solution.

Here as well is at work the vision of society – this time of States – as a natural, quasi biological mechanism. Here the axiological problem stated above, of conflating description and evaluation, is also at work. Here the same strong idea of the irrelevance of ideology resonates. And, most importantly, the implications of the rational choice approach are to be seen working in their full capacity.

Such comparing of incomparable realities (Law, governance) gets reinforced and discursively naturalized by the widespread practice of creating numerical indexes and rankings to assess performance. In spite of customary disclaimers and qualifications on the way such indexes and rankings should be approached, one of their most prominent actual effects is that of making it easier to simplify the comparison of often complexly unequal realities.

An example, taken from the World Bank's *Systematic Country Diagnostic* may help illustrate the point. Though mindful of the potential pitfalls attached to this kind of measurement, the Guidelines in the document suggest that using such indexes may prove ultimately beneficial to all:

Benchmarking a country's performance on key development indicators against carefully selected comparators can provide useful evidence to inform the framing of key development challenges, taking into account contextual factors. Benchmarking is particularly informative when it does not limit the set of comparator countries to geographic neighbors or an arbitrary list of countries that a country might like to be compared to, but uses objective criteria to select comparators taking into account the questions the exercise is seeking to address. [...] Benchmarking certain social, human development and governance indicators against countries that are at a similar stage of economic development might help identify areas where a country is under (or over) performing relative to its income levels.²²

The language used bespeaks the tension between the intent to be respectful of national idiosyncrasies and the constraints of the neutral-natural discourse perspective

21 For the concept, see BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Polity Press, 2000.

22 IBRD/IDA/IFC/MIGA Guidance - Systematic Country Diagnostic p. 7, item 28.

framing the whole document. Notions such as *key development indicators* have to be used across-borders if they are to serve at all as comparative entities. As suggested above, however, this raises again the issue of the non-neutrality of universal standards. It may indeed be very useful to decide on a few indicators to apply to analysis of every society, but the admittedly thorny task of doing so without risking incur in *top-down processes* seems to require novel approaches.²³

This critical reappraisal of perspectives would have to take into account that the similarity supposed by *carefully selected comparators* is not a fact of nature but an intellectual construction and, thus, culture-determined. In *Alice in Wonderland*, Lewis Carroll's (a mathematician) uses his spectacular mock-logical humor to suggest the – ultimately meaningless – possibility of comparing the most disparate realities (and find a moral in it!): “*Very true,’ said the Duchess: ‘flamingoes and mustard both bite. And the moral of that is-- “Birds of a feather flock together.” ‘Only mustard isn’t a bird,’ Alice remarked.’ ‘Right, as usual,’ said the Duchess: ‘what a clear way you have of putting things!’*”. The *comparators* may indeed say more about those making the comparison than about the reality observed.

It also requires calling into question, and addressing more directly, the naturalizing drive quietly at work in the global governance logic at work in the Guidelines. The reference to “*similar stage[s] of economic development*” echoes 19th and 20th versions of ideas of *progress* which critics have denounced as *social Darwinism*. As mentioned above, this unstated evolutionary belief would be at the heart of policies of intervention by global governance institutions:

*This type of social Darwinism is today implemented by what managers (private and public) calls benchmarking. This “selection of best practices” consists in using one practice which has achieved better results than others as a rule to measure (benchmark) the latter. This “good practice” is itself always susceptible to be perfected, benchmarking leading to a never-ending process of emulation.*²⁴

23 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World (French Studies in International Law)*. Hart Publishing, 2009.

24 SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les Nombres*. Cours au Collège de France (2012 – 2014). Paris: Fayard – Poids et mesures du monde, 2015.

p. 207.« Ce type de darwinisme est aujourd’hui mis en œuvre par ce que le management (privé et public) nomme le benchmarking. Cette “sélections des meilleures pratiques” consiste à utiliser une pratique obtenant de meilleurs résultats que d’autres, comme étalon de mesure (benchmark) ce ces dernières. Cette “bonne pratique” est elle-même susceptible d’amélioration, le benchmarking engageant

Challenges to global governance are thus substantial and profound, to a large extent because a substantial amount of the questioning, as this analysis tries to illustrate, aims at the very philosophical fabric from which this idea emerges. This acknowledgement does not necessarily translate, as it is sometimes assumed, embracing an equally problematic notion of *nationalism, communitarianism, authenticity* or *autonomy*. But it does imply suggesting that the current hegemonic mode of global governance has a tremendous – if unintended – disruptive power over local realities. The widening socio-political turmoil around the world, in special the rise of radical governments and the mounting xenophobia, seem to be, to an important measure, a response to the logic and practice that such governance has helped implement so far.

REFERENCES

- BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Polity Press, 2000.
- CHEVALLIER, Jacques. *L’Etat post-moderne*. LGDJ, 2017
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura; RODRIGUEZ-GARAVITO, César A(orgs). *Law and Globalization from Below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World (French Studies in International Law)*. Hart Publishing, 2009.
- DOWNS, Anthony. “An Economic Theory of Political Action in a Democracy.” *Journal of Political Economy*, vol. 65, no. 2, 1957, p. 137. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1827369.
- FISH, Stanley. “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism.” *Critical Inquiry*, vol. 9, no. 1, 1982, p. 204. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1343280.
- FISH, Stanley. “Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism.” *Critical Inquiry*, vol. 9, no. 1, 1982, p. 204. JSTOR, JSTOR, www.jstor.org/stable/1343280.

un processus sans fin d’émulation».

- FOUCAULT, Michel. *Sécurité, Territoire, Population*; Galimard, Paris, 2004.
- GALBRAITH, J. K. *The Age of Uncertainty: A History of Economic Ideas and Their Consequences*. Houghton Mifflin, 1977.
- LECHNER, Frank S.; BOLI, John. *The Globalization Reader*. 4th Edition. Wiley-Blackwell, 2011.
- MITCHELL, W. J. T (editor). *The Politics of Interpretation (A critical Inquiry Book)*. Chicago: University of Chicago Press Journals, 1983
- OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.
- POSNER, Richard. *The Crisis of Capitalist Democracy*. Harvard University Press, 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*. Seuil, 2006.
- SUPIOT, Alain. *La Gouvernance par les Nombres*. Cours au Collège de France (2012 – 2014). Paris: Fayard – Poids et mesures du monde, 2015.
- THALER, Richard. *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*. Princeton University Press, 1994.
- WHITE, Hayden. “The Question of Narrative in Contemporary Historical Theory.” *History and Theory*, vol. 23, no. 1, 1984.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Voice and exit: How emerging powers are promoting institutional changes in the international monetary system

Voz e saída: Como os países emergentes estão promovendo mudanças institucionais no sistema monetário internacional

Camila Villard Duran

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Voice and exit: How emerging powers are promoting institutional changes in the international monetary system*

Voz e saída: Como os países emergentes estão promovendo mudanças institucionais no sistema monetário internacional

Camila Villard Duran**

ABSTRACT

In the aftermath of the 2008 crisis, emerging powers engaged in political and legal strategies to challenge the actual framework for global monetary governance. This article examines two categories of monetary strategies designed as “voice” and “exit” plans (Hirschman 1970). In the case of the former, they aimed at gaining more participation inside the International Monetary Fund (IMF). In the latter case, strategies were built as legal alternatives to manage future liquidity crises outside the current framework. Using this theoretical classification, this paper identifies institutional responses formulated by the G20 emerging powers in Asia and Latin America after 2008 crisis. The specific approach proposed by this article is to analyze how the legal framework for the management of international money influences their strategies’ designs and outcomes. Up to the present, it seems voice strategies are promoting only incremental modifications in institutions. Exit strategies, however, have the potential to be more successful. These strategies have been built as a network of bilateral swap contracts between central banks. Asian powers are more engaged in this type of legal strategy. Latin American countries tend to be recipients of these plans. Exit strategies, however, are moving multilateral cooperation away from the IMF, reinforcing institutional fragmentation and uncertainty on how the next liquidity crises would be managed.

Keywords: international monetary system, international monetary architecture, International Monetary Fund (IMF), international money, central bank swap contracts.

RESUMO

No pós-crise de 2008, países emergentes formularam estratégias jurídicas e políticas para contestar o atual arcabouço institucional da governança monetária global. Este artigo examina duas categorias de estratégias monetárias, identificadas como planos de “voz” e de “saída” (Hirschman 1970). Em relação às primeiras, o objetivo era alcançar maior participação no âmbito do Fundo Monetário Internacional (FMI). Quanto às segundas, as estratégias

* Recebido em 30/10/2017
Aprovado em 21/12/2017

** Professora Doutora do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Email: camiladuran@usp.br

gias foram construídas como alternativas jurídicas para a gestão de futuras crises de liquidez, fora do marco vigente. Valendo-se dessa classificação teórica de Hirschman, este artigo identifica as respostas institucionais formuladas pelos países emergentes da América Latina e da Ásia, membros do G-20, após a crise de 2008. A abordagem específica proposta por este artigo consiste em analisar como o arcabouço jurídico para a gestão monetária internacional influencia o desenho de suas estratégias e de seus resultados. Até o presente, percebe-se que as estratégias de voz estão promovendo apenas modificações incrementais nas instituições. As estratégias de saída, por outro lado, têm maior potencial de sucesso. Tais planos têm se apoiado em uma rede de contratos bilaterais de swap de moeda entre bancos centrais. As potências asiáticas têm se empenhado mais ativamente nesse tipo de estratégia jurídica. Os países latino-americanos, por sua vez, tendem a figurar na posição de receptores. As estratégias de saída estão, contudo, afastando a cooperação multilateral do FMI, reforçando a fragmentação institucional global e as incertezas sobre como será implementada a gestão de uma próxima crise de liquidez.

Palavras-chave: sistema monetário internacional, arquitetura monetária internacional, Fundo Monetário Internacional (FMI), moeda internacional, contratos de swap de moedas entre bancos centrais.

1. INTRODUCTION

The global financial architecture has been stable since the end of World War II and the establishment of the Bretton Woods institutions.¹ Since its creation, the International Monetary Fund's (IMF) responsibilities on monetary governance evolved along with significant changes in the international financial system.² Howe-

1 The single exception was the creation of the Financial Stability Board (FSB). The FSB has its headquarters at the Bank for International Settlements (BIS) in Basel, Switzerland.

2 For a critical and special account on the history of international monetary cooperation, see James, H. (1996) *International Monetary Cooperation Since Bretton Woods*, Oxford University Press, Oxford. For the history of the IMF, see Boughton, J. M. (2001) *Silent Revolution: The International Monetary Fund, 1979– 1989*, International Monetary Fund, Washington DC.; De Vries, M. G., Horsefield, J.K. (1969) *The International Monetary Fund, 1945–1965: Twenty Years of International Monetary Cooperation, Volume II: Analysis*, International Monetary Fund, Washington DC.; De Vries, M. G. (1976) *The International Monetary Fund, 1966–*

ver, it has maintained its governance structure relatively constant with the predominance of traditional powers in the decision-making process and a special role assigned to the United States and its currency.

In the last three decades, however, a major shift in global economic power has occurred, but governance structures in the monetary field did not adjust accordingly. The share in global GDP (PPP basis)³ for advanced economies changed from more than 58% in 1992 to approximately 43% in 2014. In the same period, the share for emerging and developing countries increased from 41% to 57%, respectively, and it is expected to be more than 60% in 2020.⁴ Nevertheless, emerging and developing economies' share in the IMF quotas only changed (and after long periods of negotiations) from 36% in 1992 to 42.4% in 2016.

In the post-2008 crisis, the emerging countries in the Group of 20 (G20)⁵ called for changes in the balance of voting power at the Fund, arguing that the IMF's decisions would be more legitimate and efficient in responding to emerging needs of monetary cooperation.⁶ There is a demand for more participation and representation in international institutions to better reflect the global shift of economic power.

This article focuses on the fundamental changes that happened within monetary governance at the global

1971: *The System Under Stress, Volume I: Narrative*, International Monetary Fund, Washington DC. and De Vries, M. G. (1985) *The International Monetary Fund, 1972-1978, Volume I: Narrative and Analysis*, International Monetary Fund, Washington DC.

3 PPP means Purchasing Power Parity.

4 Source: IMF statistics.

5 The G20 is an informal network created in 1999, after the Asian and Latin American liquidity crises. It became an important forum for global governance when an inaugural leaders' summit in 2008 brought together the head of states and governments of these countries. See the Communiqués of London and Seoul Summits at: <https://www.g20.org>

6 In 2009, the G20 communiqué of the London Summit registered that: “[i]n order for our financial institutions to help manage the crisis and prevent future crises we must strengthen their longer term relevance, effectiveness and legitimacy. So alongside the significant increase in resources agreed today we are determined to reform and modernise the international financial institutions to ensure they can assist members and shareholders effectively in the new challenges they face. We will reform their mandates, scope and governance to reflect changes in the world economy and the new challenges of globalisation, and that emerging and developing economies, including the poorest, must have greater voice and representation. This must be accompanied by action to increase the credibility and accountability of the institutions through better strategic oversight and decision making” (item 20, G20 London Summit – Leaders' Statement 2 April 2009).

level, notably involving the IMF. The goal is to stress the modifications on institutional arrangements in the aftermath of the 2008 crisis and identify how the emerging powers in Asia and Latin America are formulating their “voice” and “exit” strategies.⁷ This theoretical framework is helpful to describe two kinds of monetary actions, which emerging countries are adopting in relation to global monetary governance: (1) member countries are expressing their dissatisfaction with the management of monetary affairs at the Fund (voice option); and (2) some member countries are pursuing other institutional arrangements, with the same functions of the IMF, to promote monetary cooperation at the international level (exit option).

In the case of monetary governance, up to the present, there is no decline in the Fund’s membership, as the traditional framework of Albert O. Hirschman would suggest. However, this theoretical approach allows us to investigate how voice and exit options come into play jointly and interact with each other, reinforcing themselves in particular situations related to the management of international money and to the legal design of its framework.

Voice and exit strategies are creating an impact on global monetary architecture and reinforcing institutional fragmentation through the emergence of a network of bilateral and regional arrangements based on currency swaps⁸ among central banks. In this sense, the combination of voice and exit monetary strategies could be described as “contested multilateralism”.⁹

This concept emphasizes that “contemporary multilateralism is characterized by competing coalitions and shifting institutional arrangements, informal as well as formal”.¹⁰ The main institutional innovation for monetary governance is the creation of bilateral and regional arrangements based on currency swaps, which have a multilateral intent: to promote monetary cooperation at the global level. There is a difference, however: the

7 HIRSCHMAN, A. O. *Exit, voice, and loyalty: Responses to decline in firms, organizations, and states*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

8 In a currency swap agreement, a central bank swaps its own currency for another (usually, a stronger currency) and assumes the obligation of repurchasing its currency on a later date at a predetermined rate.

9 Morse, J. C., Keohane, R. O. (2014) “Contested Multilateralism”. *The Review of International Organizations* 9.4.

10 MORSE, J. C., KEOHANE, R. O. Contested Multilateralism..., 2014, p. 386 (note 10, above).

cooperation is based on central banks’ actions - and not on international organizations’ arrangements. This is an important change in terms of institutional design of international monetary governance with the emergence of other types of formal agreements.

Therefore, I am testing the arguments of Morse and Keohane¹¹ in relation to global monetary governance. Legal rules and institutions created after the 2008 crisis, notably by what I called exit strategies, challenged the current global monetary order in two ways: by challenging the IMF as a central organization for monetary cooperation and by challenging the US dollar as the key currency for the Bretton Woods system. Emerging powers, especially in Asia, are promoting actions of “competitive regime creation”¹², i.e. a “coalition of dissatisfied actors” is creating new arrangements for multilateral cooperation to challenge the existing institutional *status quo*, since the IMF’s progress has been slow in expanding its political legitimacy and economic efficiency.

The main findings of this article are: (1) after the 2008 crisis, emerging powers in Latin America and Asia combined voice and exit strategies to challenge the actual legal framework for monetary governance; (2) voice strategies were focused on changes of the IMF power structure and were constructed in two forms: the G20 calls for a quota increase and shifts in voting power at the Fund, as well as proposals to reinforce the role of the SDR (Special Drawing Rights) as an international reserve asset;¹³ and (3) exit strategies involved the establishment or the reinforcement of parallel monetary institutions through bilateral and regional agreements, as well as the promotion of new global currencies to challenge the US dollar’s hegemony as the key currency of the Bretton Woods system (e.g. bilateral currency swaps between central banks and pooling of foreign exchange reserves).

Up to the present, these strategies seem to have had only an incremental impact on the legal design of the global financial architecture. Voice strategies had a deferred and incomplete victory due to institutional iner-

11 MORSE, J. C., KEOHANE, R. O. Contested Multilateralism..., 2014 (note 10, above).

12 MORSE, J. C., KEOHANE, R. O. Contested Multilateralism..., 2014 (note 10, above).

13 The SDR was created in 1969. It is an international asset allocated by the IMF among all the SDR Department’s participants. For details on the functioning of the SDR, see LASTRA, R. M. International and financial law, Oxford University Press, Oxford, 2015.

tia. Only 5.7% of the Fund's voting power was allocated to emerging countries. Five years was needed to accomplish this movement due to the hostility of the U.S. Congress in confirming the quota increase. Nevertheless, the United States remains with veto power over key decisions at the Fund, retaining 16.5% of the voting share.

In 2015, the Chinese currency, the Renminbi, was included in the IMF's SDR basket of currencies. This decision took effect in October 2016. This asset, however, has minor practical relevance in the global monetary system, representing less than 3.2% of international reserves.¹⁴ Yet it can produce a symbolic effect: it could reinforce the emergence of alternatives to the US dollar as the main currency of the Bretton Woods system (a type of exit strategy).

Exit strategies have been relatively more successful. In fact, a type of monetary strategy viable in a global system of national monies, without capital controls, is the State ability and economic capacity of issuing a national currency accepted as global means of payment and vehicle for investments. The inclusion of the Renminbi in the IMF's SDR basket may be mainly symbolic as a voice strategy, but it reveals a path to the emergence of new global currencies.

Nonetheless, exit strategies are producing important consequences for the international economic architecture. They are reinforcing institutional fragmentation of the monetary system: fewer multilateral organizations, more flexible contracts at the regional and bilateral levels. As a consequence, they are contributing to adding more uncertainty to the handling of the next liquidity crises, since cooperation is based on central bank discretion rather than on international organizations with specific mandates at the global level.

Moreover, monetary structures based on exit strategies are not horizontal, as one might believe. Regional and bilateral agreements in the monetary field have a hierarchical component due to the hegemony of certain currencies in the global financial system. This hierarchical component reproduces an essential characteristic of international money¹⁵: monetary orders are hierarchical

and tend to continue to be so in the medium-term, even if emerging currencies could challenge the U.S. dollar's key role.

My analysis of exit strategies provides a different conclusion if compared to Armijo and Katada's¹⁶ investigation on the emerging powers' "financial statecraft". They argued that emerging economies' financial strategies "to date remain primarily defensive, aiming at participation rather than transformation of the existing international market and regulatory system".¹⁷ I argue, in fact, that exit strategies already implemented by emerging powers have the potential to be successful in the medium and long-term, notably in Asia. Their financial strategies are based on very particular monetary knowledge: what the functions of international money are and how emerging countries' governments could effectively intervene in this regulatory and market environment - mainly, through central bank interventions and swaps.

To better evaluate exit and voice strategies, I propose to examine them from the perspective of how international money plays its role in the global financial system and how the US dollar as an international currency has evolved since the founding of the Bretton Woods system. The analysis of this global system based on national currencies is essential to understand how the management of international money impacts differently developed and developing countries, issuers and "consumers" of global currencies. It also enables the appraisal of how and why emerging powers are designing their strategies to challenge the Bretton Woods framework as exit strategies, while they simultaneously express their voice strategies.

In the first section, I present an analysis on the evolution of the Bretton Woods framework and how the US dollar became its key currency. Particularly, I will explore what constitutes international money and its functions at the global level. In the second section, the paper explores the institutional design of voice and exit strategies formulated by emerging powers in Asia and

engagement with an evolving international monetary system, CIGI special report, 2015, p. 5. Available at: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/china_engagement_cigi-inet_special_report_web_0.pdf>. Last accessed: 10 April 2018.

16 ARMijo, L. E., KATADA, S. N. Theorizing the financial statecraft of emerging powers, *New Political Economy* 20 (1), 2015.

17 ARMijo, L. E., KATADA, S. N. Theorizing the financial..., at 58.

14 IMF-related assets (SDR holdings and reserve tranche) accounted for 3.4 percent of total international reserves at the end of 2013 (Source: IMF - <https://www.imf.org/external/pubs/ft/ar/2014/eng/pdf/a1.pdf>)

15 BERNES, T. A., Jenkins, P., Mehrling, P., Neilson, D. China's

Latin America in the 2008 aftermath. I will stress the relationship between the functioning of international money and the emerging monetary structures underlying it. I also present some reflections on the practical consequences of emerging countries' monetary plans, notably their impact on the global monetary architecture. A concise conclusion follows.

2. THE GLOBAL FINANCIAL ARCHITECTURE: EVOLVING CHALLENGES IN MANAGING INTERNATIONAL MONEY

The institutionalization of monetary cooperation, i.e. the enactment of rules and institutions, provides a framework in which economic actors (market and government agents) can assure the continued access to international money. The global monetary order provides international means of payment (liquidity) and institutions that can address balance of payment imbalances in times of crisis – i.e., to serve as lender of last resort. In the contemporary world, international money is represented by currencies managed at the national level but accepted as monetary standard across boundaries. These so-called “hard currencies” serve as vehicles for movement of capital.

The international monetary system is premised on hard currencies serving monetary functions at private and official levels (Table 1). To be qualified as such, a hard currency would be able to be traded in international transactions (medium of exchange), to be accepted for the settlement of obligations in trade and finance (means of payment), to serve as a denominator of international contracts as well as an anchor in monetary systems (unit of account) and to keep its value stable while being perceived as a credible vehicle for investments (store of value).

Table 1. Economic and institutional functions of hard currencies

| Level / Monetary Functions | 1. Medium of Exchange | 2. Means of Payment | 3. Unit of account | 4. Store of value |
|----------------------------|---|--|---|---|
| 1. Private use | 1.1. Foreign exchange trading | 1.2. Trade and financial settlements | 1.3. Denominator for financial transactions and trade invoicing | 1.4. Investment currency |
| 2. Official use | 2.1. Intervention currency and object of bilateral swap contracts between central banks | 2.2. Settlement of international obligations | 2.3. Exchange rate anchor | 2.4. Reserve currency for central banks |

Source: based on the foundational work of Benjamin Cohen¹⁸ and the author's reflections on the means of payment function (column 2).

In the 1940s, through a treaty agreed upon by states, the Bretton Woods system aimed at reorganizing international monetary architecture.¹⁹ Bretton Woods was conceived as a system of “national monies” based on control of capital movements. This agreement established the IMF to carry out monetary cooperation. Initially, the Fund managed the dollar-gold system through control on exchange rate parity and, since the 1970s, it acts in an even more complex global credit-based system.

Similar to the domestic sphere, the international monetary environment is a credit-based system. Since its creation in the 1960s, the Eurocurrency market has assured the supply of international *private* money²⁰,

¹⁸ COHEN, B. J. *The geography of money*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998. COHEN, B. J. *The Future of Sterling as an International Currency*, Macmillan: London, 1971.

¹⁹ This is a very different framework if one compares to the monetary system during the international gold standard between 1879 and 1913. The development of this monetary system was based on unilateral actions taken by individual states. However, this feature does not imply that the gold standard was not managed, see McKinnon, R. *The Eurocurrency market*, Essays on International Finance, n. 125, Princeton University, 1977, pp. 3-10.

²⁰ See: McKinnon, R. *Private and official international money: the case for the dollar*, Princeton: Princeton University Press, 1969. ; McKinnon, R. *The Eurocurrency market*, Essays on International Finance, n. 125, Princeton University, 1977; Kindleberger, C *International money: a collection of essays*, London-Boston: Allen & Unwin, 1981, pp. 9-112; CARREAU, D. *Le système monétaire*

a structure that has gained importance with increased financial globalization. A Eurocurrency is a currency held in a financial institution outside the country of its issuer. The Eurodollar is the most significant one and it is followed distantly by the euro and other hard currencies such as the sterling and the yen.²¹ This market is the most important money market at the global level, which creates and sustains global liquidity in hard currencies.²² The Eurocurrency market is a private, non-regulated and decentralized structure where global currencies are negotiated on a *continuum* basis. Through it, international economic actors can have access to monetary vehicles to invest, or to settle obligations in foreign currencies at the global level.

This “private” legal structure is imperfectly connected to the Bretton Woods system of “official” money, i.e. onshore currencies issued by national systems and subjected to specific and very limited international obligations related to current account transactions (and not to capital account transactions). In fact, during normal times, economic actors presuppose that there is a *par value* between onshore (national money) and offshore currencies (i.e. the international money represented as Eurocurrencies, which serve as means of payment outside the issuer’s country).

However, when crises arise, international money tends to “come back home”: to financial institutions inside the issuer’s country, which have access to central bank money as the last resort. The price of onshore currencies and Eurocurrencies tends to differ in global markets. As Merhling²³ explains, one symptom of the breakdown of the international money market in the 2008 crisis was a large and persistent spread between Eurodollar interest rates and the onshore dollar (the LIBOR-OIS spread).

international privé (UEM et euromarchés), 274 Recueil des Cours 309, 1998; _____. Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés. In Kahn (org.), Droit et monnaie: Etats et espace monétaire international, CREDIMI, Litec : Dijon, 1988.

21 Here, I am referring to the Eurocurrency market as a framework for Eurocurrencies and Eurobonds, i.e. monetary as well as investment vehicles in foreign currencies.

22 MERHLING, P. Elasticity and discipline in the global swap network, working paper for the conference ‘China and the global financial system’, Shanghai Development Research Foundation, August, 2015, pp. 9-14. Available at: < <https://www.ineteconomics.org/uploads/papers/WP27-Merhling.pdf> >. Last accessed 10 April 2018.

23 MERHLING, P. Elasticity and discipline in the global swap network..., 2015, pp. 13-14 (note 23, above).

Since its conception, the rules and the real practice of the Bretton Woods system greatly differed.²⁴ The idea of its founders was to assure macroeconomic autonomy to states, a major intellectual change if one compares it to the international gold system before the World Wars. In the 1940s, the international monetary system was originally conceived as a global order in which different currencies were supposed to be used in international transactions *without hierarchy* among them. The agreement’s original intention was to use national currencies symmetrically in foreign transactions.

Nevertheless, the US dollar became the key currency of the Bretton Woods system. In practical terms, the system evolved to a “fixed-rate dollar standard” in the 1960s.²⁵ In this monetary order, born from practices of the post-Bretton Woods agreements, the US dollar and its issuer, the Federal Reserve (Fed), became the most important engines for the functioning of the international monetary system. The Eurodollar became the most important offshore currency in the world.

In fact, since the failure of the *par value* system in the 1970s, the US dollar and the Fed became even more central to the Bretton Woods system. Since the US dollar is no longer linked to gold by an international agreement, the Fed’s monetary policy determines the *value* of this currency in global money markets and decisively influences its demand by other countries. In other words, the American central bank influences the value of the Eurodollar, the international money of the Bretton Woods order, even though the Fed has no direct control over this money created outside the US.

At the same time, with the increasing episodes of international crises after the 1970s, the IMF started to gain more power as global lender of hard currencies, with a growing number of credit operations. For instance, the Fund’s total outstanding credit grew from US\$ 20bn in 1981 to US\$ 60bn in 1995, reaching US\$ 100bn in 2001 and more than US\$ 140bn in 2012.²⁶ The consolidation of the Fund as an international lender of last

24 MCKINNON, R. The Rules of the Game: International Money in Historical Perspective, Journal of Economic Literature 31, 1993.

25 MCKINNON, R. The Rules of the Game..., 1993, at p. 15 (note 25, above).

26 MOHAN, R., KAPUR, M. Emerging powers and global governance: whither the IMF?, IMF working paper 15/219, 2015. Available at: < <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15219.pdf> >. Last accessed 10 April 2018.

resort was heavily reinforced during crises in Asia and Latin America, in the 1990s.²⁷ It was also a period in which the Fund was highly criticized for its approach to political conditionalities.

The Fund's international reserve asset - i.e. the SDR, created in 1969 -, however, was not successful. Since its creation, the percentage of this asset in the global foreign exchange reserves never exceeded 6%.²⁸ The IMF Article of Agreements established that each member undertakes the obligation to make the SDR "the principal reserve asset in the international monetary system" (Article VIII, Section 7).

I believe the SDR failed, in the 1970s and the 1980s, because it did not evolve into a genuine currency. At that time, other international contracts (mainly, currency derivatives) had an important development at the global level and replaced units of account, such as the SDR, as a more efficient instrument to hedge international financial operations. Since SDR-denominated claims, created by the initiative of economic actors²⁹, did not evolve into significant means of payment and investment vehicles at the global level (such as the Eurocurrencies), the demand for this asset decreased. In contrast, the European Currency Unit – ECU (the embryo of the euro) was a supranational unit of account, created in the same context as the SDR and inspired by its design, which became a denominator for private contractual claims and a legal mechanism to settle international obligations between European economic actors³⁰. The difference is that the ECU evolved to an actual currency traded by private actors. The SDR re-

mained an official asset with limited monetary functions and was restricted to the Fund's members.

However, the SDR represents an unconditional liquidity, which can be readily exchanged for hard currencies, such as the US dollar. It represents a potential claim on international money. This is the main economic function of the SDR in the current system and what induced its demand from emerging and developing countries after the 2008 crisis.

At the global level, the American currency is still the main reserve for central banks, representing more than 60% of international reserves.³¹ Consequently, emerging and developing countries rely on the supply of a hard currency by the Fed (in the US) and the Eurodollar market (outside the US). In times of crisis, they can have access to it through a multilateral institution, the IMF. Since the Fund is not a central bank, this monetary system is based on "limited discounting"³², i.e. the economic capacity of the multilateral organization is linked to the contribution of member countries in hard currencies.

I argue that there is an *inherent inconsistency* in the Bretton Woods framework. The IMF is the main organization for global monetary cooperation. Yet it cannot issue the major currency for global transactions. The Fund is merely an intermediary between the issuers of hard currencies, or surplus countries, and deficit countries. The price of this intermediation is political conditionalities (in *ex ante* or *ex post* forms). The Fed has national mandates, but it issues and manages the key currency for the Bretton Woods system.

In the 2000s, benefiting from high prices in international commodity markets, emerging countries in Latin America and Asia could accumulate foreign exchange reserves to counter capital flows (Figure 1). This type of unilateral action had precautionary purposes.³³ The motivation behind the accumulation of reserves was attributed to political stigma towards the Fund, created by political conditionalities imposed in lending programs during the 1990s³⁴.

27 In the 1990s, with M. Camdessus as managing director, the IMF was the central organisation in monetary cooperation, formulating responses to the Asian and Latin American crises. For a comparison of the Fund's responses to emerging powers' crisis in the 1990s and in 2008, see DURAN, C. V. The international lender of last resort for emerging countries: a bilateral currency swap? GEG working paper, n. 108, University of Oxford, 2015a. Available at: < https://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/documents/WP_108%20%20The%20International%20Lender%20of%20Last%20Resort%20for%20Emerging%20Countries%20-%20Camila%20Duran.pdf >. Last accessed 10 April 2018.

28 OBSTFELD, M. The SDR as an international reserve asset: what future?, International Growth Centre, Rapid Response 11/0885, 2011.

29 GOLD, Sir J. Development of the SDR as reserve asset, unit of account and denominator: a survey, 16 Geo. Wash. J. Int'l. & Econ. 1, 1981.

30 VISSOL, T. Les monnaies composites: innovation financière, innovation monétaire. In Kahn (org.), Droit et monnaie: Etats et espace monétaire international, CREDIMI, Dijon: Litec, 1998.

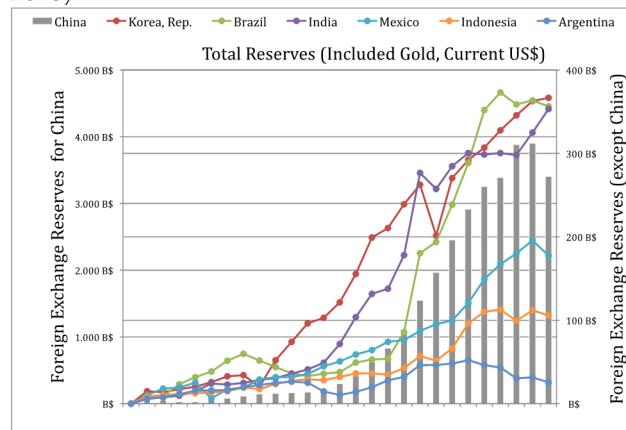
31 The US dollar even achieved more than 70% of global reserves in the end of the 1990s. Source: IMF statistics; COFER.

32 KINDLEBERGER, C., ALIBER, Z. R. Manias, panics, and crashes: a history of financial crises. New York: Palgrave Macmillan, 2011 [1978].

33 It had also intervention objectives to influence the value of the emerging countries' currencies and incentivize exports.

34 IMF – International Monetary Fund. Review on flexible

Figure 1. G20 emerging countries in Asia and Latin America: foreign exchange reserve accumulation (1990-2015)



Source: World Bank. Elaborated Developed by the author.

Notwithstanding the economic costs of reserve accumulation, this type of unilateral action secured political leverage for emerging countries once the 2008 crisis hit.³⁵ They could choose their lender of last resort. A small number of emerging powers had direct access to currency swaps directly with the Fed (i.e. Brazil, Mexico, South Korea and Singapore), instead of going to the IMF. In addition, emerging countries, using the power granted by their reserves, formalized bilateral commitments with the Fund as lenders, and not as borrowers.

Furthermore, in the 2008 aftermath, these countries were able to formulate new agreements for monetary cooperation to respond to future liquidity crises by pooling their reserves in US dollars. The accumulation of reserves created economic and political conditions for emerging powers to design exit and voice strategies for monetary cooperation. They were able to challenge the *status quo* of the Bretton Woods system, since they could accumulate the key currency for the functioning of the global monetary order.

credit line, the precautionary and liquidity line, and the rapid financing instrument, IMF Policy Paper, Washington DC, 2014. Available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Review-of-the-Flexible-Credit-Line-the-Precautionary-and-Liquidity-Line-and-the-Rapid-PP4846>>. Last accessed 10 April 2018.; IEO – Independent Evaluation Office of the International Monetary Fund. IMF response to the financial and economic crisis: evaluation report. Washington DC: IMF, 2014. Available at: <<http://www.ieo-imf.org/ieo/pages/EvaluationImages227.aspx>>. Last accessed 10 April 2018.

35 DURAN, C. V. The international lender of last resort for emerging countries..., 2015a (note 28, above).

In fact, in 2008, the Fed confirmed the US dollar hegemony and played the role of lender of last resort for selected market and countries.³⁶ Thus, the management of the crisis reaffirmed the US dollar's centrality: quantitative easing policy (as well as the latter "taper tantrum") sent shockwaves through countries worldwide, the so-called 'spillover' effects. The former Brazilian Minister of Finance, Guido Mantega, coined the term "currency war" in 2010 and blamed the US for the "tsunami" of liquidity that flooded emerging countries.³⁷ Nevertheless, the Fed's actions supported the supply of international money at the global monetary order along with multilateral organizations, such as the IMF.

3. BRETON WOODS SYSTEM IN THE 2008 AFTERMATH: WHICH MONETARY STRATEGIES?

The IMF power structure is predominantly governed by traditional powers reflecting the context of the Bretton Woods agreements in the 1940s and the consolidation of the US leadership in the post-world wars.³⁸

36 See: AIZENMAN, P. Selective swap arrangements and the global financial crisis: analysis and interpretation, International Review of Economics and Finance 19 (3), 2010.; ALLEN, W., MOESSNER, R. Central bank co-operation and international liquidity in the financial crisis of 2008-9", LSE Financial Markets Group Paper series 187, 2010.; MOESSNER, R., Allen, W. Banking crises and the international monetary system in the Great Depression and now, BIS working paper 333, 2010. Available at: <<https://www.bis.org/publ/work333.htm>>. Last accessed 10 April 2018.; McDOWELL, D. The US as 'sovereign international last-resort lender': the Fed's currency swap programme during the great panic of 2007-2009, New Political Economy, v. 17, n. 2, 2012; The emergent international liquidity network: central bank cooperation after the global financial crisis", working paper presented at the 2015 ISA annual conference.; BROZ, J. L. The Politics of Rescuing the World's Financial System: The Federal Reserve as a Global Lender of Last Resort, San Diego: University of California, 2014.; DESTAIS, C. Central Bank Currency Swaps and the International Monetary System, Policy brief CEPPII, Sep, 2014. Available at: <<http://www.cepii.fr/CEPII/en/publications/pb/abstract.asp?NoDoc=7203>>. Last accessed 10 April 2018.

37 See the news at the Financial Times "Brazil in 'currency war' alert", September 27, 2010 (available at: <http://www.ft.com/cms/s/0/33ff9624-ca48-11df-a860-00144feab49a.html#axzz41CrZoFUD>)

38 The US decisively consolidated this role contributing to the management of the Bretton Woods' par value system in the 1960s. Kindleberger developed what became known as the "theory of hegemonic stability". According to him, the world needs at least one leader (a "bénéfice" hegemon) to sustain the global monetary order. See: KINDLEBERGER, C. The World in Depression, Berkeley: University of California Press, 1973.

Even if their share in global GDP (in PPP basis) for the Group of 7 (G7) is approximately 32%, the G7 countries (Canada, France, Germany, Italy, Japan, the United Kingdom and the United States) accumulate more than 41% of the Fund's voting shares. The corresponding share for emerging and developing countries at the Fund is 44%, despite their GDP representing almost 57% of global wealth.³⁹

Currently, the Fund is an organization of 189 nations. Despite the growing membership adherence after the 1960s and the 1990s, with the decolonization of countries in Africa and Asia and the breakdown of the Soviet Union,⁴⁰ the distribution of the Fund's quotas changed little over time. Quotas are an important feature of the IMF. They determine its total economic capacity and represent a permanent commitment of each member to lend to the organization. They are also a crucial element of the IMF's structure, because quotas define the limits to borrow, the voting power and the allocation of SDRs for each member.⁴¹

The Fund conducts general quota reviews in five-year intervals (Article III, Section 2 (a), Articles of Agreement). There have been 14 general reviews to date. The far-reaching reforms in the Fund's history were proposed in 2010, as part of a package to manage the 2008 crisis.⁴² This group of reforms doubled its economic capacity (from US\$ 329bn to US\$ 659bn) and shifted 6% of the quotas' share towards emerging and developing countries (representing 5.7% of voting power). This quota reform was called by the G20 in 2009 and 2010, notably during the London and Seoul Summits. However, despite persistent calls by the group,⁴³ the US Congress only confirmed the Fund's

39 Source: IMF statistics.

40 The IMF membership grew from 69 countries in 1960 to 138 in 1978.

41 The actual quota formula is defined as a weighted average of the country's GDP (50%), its degree of economic openness (30%), the economic variability (15%) and its international reserves (5%). Source: IMF website.

42 This package was influenced by the 2008 Quota and Voice Reforms implemented in 2011. As a result of this ad hoc review, the Fund had an increase of US\$ 27bn in its economic capacity and the quotas were distributed among 54 countries. It also tripled the basic votes of low-income countries.

43 The last call was expressed at the Antalya Summit, in Turkey. The Communiqué registered: "We remain deeply disappointed with the continued delay in implementing the IMF quota and governance reforms agreed in 2010. The 2010 reforms remain our highest priority for the IMF and we urge the United States to ratify these reforms as soon as possible. Mindful of the aims of the 2010 re-

quota change at the end of 2015. Thus, the 14th general quota review became effective on January 26, 2016.⁴⁴

In addition to calls for greater participation and representation in the Fund, emerging powers looked for other forms of monetary cooperation. First, they formalized note purchases and the New Arrangements to Borrow (NAB) with the Fund, investing as lenders of the IMF. These actions reveal that they are looking for other ways of participating in the Bretton Woods system. Secondly, they reinforced or created parallel monetary structures, such as the Asian Chiang Mai Initiative Multilateralization (CMIM)⁴⁵ and the BRICS⁴⁶ Contingent Reserve Arrangement (CRA).

3.1. Voice monetary strategies

There were four main voice strategies implemented by these countries: (1) calls through the G20 meetings for the quota's increase and voting power shift in the IMF structure; (2) calls for new allocation of SDRs; (3) formalization of temporary financial agreements with the Fund as lenders (note purchases and NAB); and (4) specifically in relation to China, calls for a more important role for the Fund's SDR as a global currency and calls for the inclusion of the Renminbi in the SDR basket.⁴⁷ This last strategy aimed at challenging the US dollar's hegemony in the Bretton Woods system.

forms, we ask the IMF to complete its work on an interim solution that will meaningfully converge quota shares as soon as and to the extent possible to the levels agreed under the 14th General Review of Quotas" (item 17, G20 Leaders' Communiqué Antalya Summit, 15-16 November 2015).

44 Source: IMF. See the official description of the quota's reform at: <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/quotas.htm>

45 This regional monetary arrangement is formed by the ten members of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) and Japan, China and South Korea ("plus 3" countries).

46 BRICS is an acronym for Brazil, Russia, India, China and South Africa.

47 The G20 communiqué of the Antalya Summit endorsed the Chinese interests in relation to the SDR: "We reaffirm that the Special Drawing Rights (SDR) basket composition should continue to reflect the role of currencies in the global trading and financial system and look forward to the completion of the review of the method of valuation of the SDR" (item 17, G20 Leaders' Communiqué Antalya Summit, 15-16 November 2015).

Table 2. G20 emerging powers in Asia and Latin America: voice monetary strategies in the 2008 aftermath

| Voice strategies | G20 emerging powers |
|--|--|
| Calls for quota review (IMF's 2010 general quota review) | China, South Korea, Indonesia, India, Brazil, Mexico and Argentina |
| Call for new allocations of SDRs | China, South Korea, Indonesia, India, Brazil, Mexico and Argentina |
| NAB and/or note purchase with the Fund | China, South Korea, India, Brazil and Mexico |
| Renminbi as a currency of the Fund's SDR basket and calls for a more important role for the SDR as a global currency | China |

Source: IMF and G20 meetings' minutes. Developed by the author.

In the immediate aftermath of the 2008 crisis, the biggest emerging powers in Latin America and Asia (for instance, China, South Korea, India, Brazil and Mexico) expected to be recognized in a different way at the international level: not as deficit countries, but instead as surplus countries. The engagement of some emerging economies as lenders rather than borrowers of the IMF (Table 2) suggests that the Fund may in fact be the site of future cooperation on global monetary governance, even as a political stalemate over reforms continues to undercut its legitimacy and mires the institution in inertia.

As a whole, I argue that the emerging powers' voice strategies had a partial and delayed victory. In January 2016, the IMF had finally confirmed a quota increase, which expanded its economic capacity in dealing with liquidity crises. It also contributes to additional certainty in monetary support, since the quotas are more permanent financial commitments if compared to note purchases or other temporary arrangements, such as the NAB.

Nevertheless, the increase of quotas combined with its correspondent voting power modification only impacted incrementally the Fund's governance. Merely 5.7% of voting power was shifted towards emerging countries, notably to the benefit of China, Brazil, India, Mexico and South Korea. Argentina had a slight cut in its voting share due to the devaluation of its currency for the calculation of GDP size, reflecting its economic

conditions after the 2001 crisis.⁴⁸ Indonesia had a very small addition to its voting power. For the countries in this sample, the individual increase in voting shares is identified below (Table 3). Only for China was this voice strategy a relatively more important victory. China saw its voting share almost double (from 3.6% to 6%) and it is today the third-largest member country, after the US and Japan.

Table 3. IMF voting shares before and after the 2010 general quota review (effective on January 26, 2016)

| G20 emerging powers (Asia and Latin America) | As of March 2, 2011 (in %) ¹ | Post-2010 Reform As of January 26, 2016 (in %) |
|--|---|--|
| China | 3.651 | 6.068 |
| South Korea | 1.328 | 1.730 |
| Indonesia | 0.947 | 0.950 |
| India | 1.882 | 2.627 |
| Brazil | 1.377 | 2.217 |
| Mexico | 1.430 | 1.795 |
| Argentina | 0.964 | 0.661 |

Source: IMF (Link: https://www.imf.org/external/np/sec/pr/2011/pdfs/quota_tbl.pdf)

The shares reallocated to emerging countries came mostly at the expense of European members - in particular, Germany, France, United Kingdom, Netherlands and Belgium. The US still maintains relevant veto power at the Fund (16.5% of the voting share), since key decisions require a majority of 85% – i.e. the adjustment in quotas, any amendment to the Articles of Agreement and the allocation of SDRs.

The relative failure of voice strategies could also be attributed to the forum used to articulate them. My main argument is that the G20, as an informal governmental network, could not promote substantial structural changes to the global monetary system. International private money (i.e. “Eurocurrencies”) is global private liquidity⁴⁹, which is used by foreign exchange markets and in-

48 Argentina, however, sustained at the G20 the IMF reform and called for a more important role for emerging economies. That was the declaration of Miguel Pesce, vice governor of the Argentinean central bank in 2009 (“Nuestro país buscará impulsar cambios en el sistema de préstamos del Fondo y conseguir un mayor poder de voto para las economías emergentes”, see at: <http://www.infobae.com/2009/02/11/431190-para-argentina-reformar-el-fmi-es-prioridad-cumbre-del-g20>).

49 For the economic perspective on global liquidity, see also LANDAU, J. P. Global liquidity: public and private. In Global di-

ternational banking institutions. From 2007, this market relied on *central banks*, issuers of hard currencies (and not on the IMF), to sustain the *par value* between onshore and offshore money. For instance, the Fed assured the *par value* between the onshore US dollar and the Eurodollar by providing financial support to US branches of foreign institutions, and currency swaps with foreign central banks, including emerging countries.

Starting from December 2007, the Fed established a temporary network of swaps based on bilateral agreements with central banks in advanced economies (the Bank of England, the European Central Bank - ECB, the Bank of Japan, the Swiss National Bank, the Reserve Bank of Australia, the Bank of Canada, Denmark's Nationalbank, the Reserve Bank of New Zealand, Norges Bank and Sveriges Riksbank), and later with emerging countries (Brazil, South Korea, Singapore and Mexico). In 2013, the Fed set up a permanent and unlimited network of swaps with the ECB, the Bank of Japan, the Bank of England, the Swiss National Bank and the Bank of Canada, the so-called "C6".⁵⁰ These swaps tend to sustain the regular functioning of the Eurodollar money market, offering direct access to international money by the Fed through central banks in advanced economies. In this sense, the US unilateral actions supported the Bretton Woods system by saving international private money in US dollars.

At the peak of the crisis, the Fed's currency swaps attained a value of US\$ 580bn in December 2008 representing more than 45% of its total assets.⁵¹ At that time, as a comparison, the Fund had only SDR 238bn in quotas (approximately US\$ 355bn at the December 1, 2008 exchange rate). Its funding was boosted by the G20 meetings after 2009 through temporary additional pledges and committed resources, not as readily available funding. Also in 2009, the IMF attempted to create two lending instruments based on *ex ante* conditions and with precautionary effects, i.e. the Flexible Credit Line (FCL) and the Precautionary Credit Line (PCL). However, the demand for these instruments was low and it remains low.⁵² Only Mexico, Colombia and Poland had

mensions of unconventional monetary policy, Federal Reserve Bank of Kansas City Jackson Hole symposium, 2013.

50 MERHLING, P. Elasticity and discipline in the global swap network..., 2015, p. 15 (note 24, above).

51 LANDAU, J. P. Global liquidity..., 2013, p. 49 (note 51, above).

52 IMF – International Monetary Fund. Review on flexible credit line..., 2014 (note 34, above).

access to the FCL and Morocco to the PCL. Mexico and Colombia are still attached to this instrument and they are suffering from "exit stigma".⁵³

Therefore, focusing on the IMF instead of central bank networks was perhaps a less effective political action implemented by emerging countries. As argued by Helleiner⁵⁴, during the 2008 crisis management, the currency swaps between the Fed and other central banks were greater in value and in importance for stabilizing international turbulence compared to the Fund's lending agreements. The Fund's new lending instruments and SDR allocations came too late (only in 2009), when the Fed had already implemented the major actions months before.

From an economic perspective, as suggested by Mehrling⁵⁵, more important than official borrowing or reserve flows to manage liquidity crises is the network of central bank swaps that serve as backstop to money markets. In his view, the role of central banks as bankers' banks (and not government banks) is central to understand what stabilized money markets in the post-2008 crisis. The modern international private money (offshore Eurodollar market) is sustained by central bank actions, not by governments and their borrowing relations with international organizations, such as the IMF.

In this sense, voice strategies aimed at influencing the global monetary landscape could be more usefully implemented at the central bankers' fortress for cooperation, the Bank for International Settlements (BIS), rather than at the Fund. The BIS is a site for central bank cooperation for financial regulation and supervision, and could be more utilized for monetary governance as well, since bilateral agreements based on currency swaps became a key instrument to manage global crises.

In addition, at the time of the 2008 crisis, the Fund was suffering from political stigma related to its lending programs implemented during the 1990s. The major institutional flaw of the Bretton Woods system – i.e. an international organization (the IMF) in charge of monetary cooperation and a national central bank (the Fed)

53 IMF – International Monetary Fund. Review on flexible credit line..., 2014 (note 34, above).

54 HELLEINER, Eric. The Status Quo Crisis: Global Financial Governance after the 2008 Crisis, Oxford: Oxford University Press, 2014.

55 MERHLING, P. Elasticity and discipline in the global swap network..., 2015 (note 24, above).

responsible for the issuance and the management of the key currency – surfaced aggressively. Thus, taking into account the economic and political context of 2008, the IMF could contribute less to the stability of the global (private) monetary system compared to the network of developed economies' central banks, issuers of hard currencies.

Meanwhile, the choice of emerging countries in becoming lenders of the IMF was perhaps a less valuable strategy. It may have contributed to the delay of the US Congress' confirmation of the 2010 reform. It clearly vocalized the economic power of emerging countries and it had a symbolic effect. Yet it ruled out the pressing needs of the Fund's financing by providing temporary resources. The lack of sufficient resources could have been used as a source of economic pressure. It proved to be useful to force the US Congress to confirm the Fund's quota increases in other critical historical moments, particularly in 1978 and 1983, during the 7th and 8th general quota review. This was a tactic employed twice by De Larosière, managing director of the Fund between 1978 and 1987.⁵⁶ A late US legislative confirmation of the 14th quota review (only after five years) could also be explained by the fact that the Fund's resources were, in a certain way, assured if larger countries were to apply for it.

Finally, the revival of the old idea involving a global monetary standard,⁵⁷ i.e. the reinforcement of the IMF's SDR, was expressed by the president of the People's Bank of China (PBoC) in 2009, Zhou Xiaochuan. The statement "Reform the international monetary system" was a contribution to rethink the global order that resulted as a practice of the Bretton Woods agreements based on one key currency.⁵⁸ None of the SDR refor-

56 MOHAN, R., KAPUR, M. Emerging powers and global governance..., 2015, p. 24; BOUGHTON, J. M. Silent Revolution..., p. 859.

57 Originally, Keynes proposed the "bancor" as a global currency to be issued (and not merely allocated) by the Bretton Woods' monetary institution (named by him as the "International Clearing Union"). For the historical and innovative Keynes Plan, KEYNES, J. M. Proposals for an International Clearing Union (Keynes Plan). In: HORSEFIELD, J. K. (ed.), The International Monetary Fund 1945-1965, vol. III: Documents, IMF, Washington, (1969 [1943]). Nussbaum identifies the first idea of world money in the Italian work of Gasparo Scaruffi, in 1582 (Alitinonfo). His plan was based in an idea of the moneta imaginaria, which would serve as a global unit of account. See: NUSSBAUM, A. A note on the idea of world money, Political Science Quarterly, v. 64, n. 3, 1949.

58 XIAOCHUAN, Z. Reform the international monetary system, BIS, 23 March, 2009. Available at: <<https://www.bis.org/review/r090402c.pdf>>. Last accessed 10 April 2018.

ms vocalized by M. Xiaochuan was adopted, except the proposal of new general allocation called for during the G20 Summit in London.

Accomplished by the Fund in August 2009, the SDR allocation, despite its unprecedented size (US\$ 250bn), had a minor economic impact for emerging powers. Since the allocation of SDRs is defined by quotas, the impact tends to be less significant for the largest emerging countries. The SDR is more valuable, as an unconditional source of financial support, for smaller developing countries. For instance, Brazil, South Korea and Mexico are examples of how low the impact of the SDR was: all had formalized currency swaps with the Fed during the crisis (US\$ 30bn each) that outstripped ten times their SDR holdings (at about US\$ 3bn each). Meanwhile, Ecuador, a smaller developing country, coped with the crisis by using loans from the Latin American Reserve Fund (FLAR) on three occasions: in 2009 (US\$ 480 million), 2010 (US\$ 515 million) and in 2014 (US\$ 618 million). These values are close to Ecuador's SDR holdings, a total of US\$ 411 million.

Despite the incomplete victory of voice strategies among emerging powers, the major Chinese success came in 2015 with the inclusion of the Renminbi in the SDR value along with the US dollar, the euro, the sterling and the yen.⁵⁹ Even if, up to the present, the SDR basket is only the "backdoor" of the Bretton Woods system, I believe that this decision potentially has the capacity to transform the global monetary architecture.

The Renminbi carries a different concept of international money, which is based on the idea of "managed convertibility".⁶⁰ China declared that it intends to maintain capital account management, which means: (1) macroprudential management of the private sector's external debt; (2) management of short-term speculative capital flows; (3) adoption of temporary capital con-

59 The Fund's decision will take effect in October 2016.

60 XIAOCHUAN, Z. IMFC Statement by the Honorable Zhou Xiaochuan Governor of the IMF for China to the Thirty-First Meeting April 18, 2015. Available at: <<https://www.imf.org/External/spring/2015/imfc/statement/eng/chn.pdf>>. Last accessed 10 April 2018 LUBIN, D. China and the SDR: a big change in 2015?, Emerging Markets Macro View, Citi Research Economics, March, 2015.; DURAN, C. V. Avoiding the next liquidity crunch: how the G20 must support monetary cooperation to increase resilience to crisis, GEG / BSG policy brief, University of Oxford, October, 2015b. Available at: <<http://www.geg.ox.ac.uk/avoiding-next-liquidity-crunch-how-g20-must-support-monetary-cooperation-increase-resilience-crisis>>. Last accessed 10 April 2018.

trols in case of “abnormal” fluctuations in international markets, or balance of payments problems; and (4) monitoring of cross-border financial transactions, which involve money laundering and financing of terrorism, as well as the exploitation of tax havens.⁶¹

Thus, China may promote significant modifications to the practices of the Fund’s concept of “freely usable currency”, which represented, up to present, free and ready convertibility of hard currencies. The inclusion in the SDR basket was also especially relevant for another Chinese plan: a type of exit strategy, which tends to challenge the US dollar hegemony over time.

3.2. Exit monetary strategies

From the perspective of monetary governance, exit plans seem to confirm the idea of “contested multilateralism” proposed by Morse and Keohane.⁶² Monetary strategies designed as exit options created competing institutional arrangements through bilateral and regional agreements based on currency swaps.

The main exit strategies formulated by G20 emerging powers were: (1) the reinforcement or the creation of parallel monetary arrangements based on the “pooling” of reserves in US dollars; and (2) specifically in relation to China and to a lesser extent South Korea, India and Indonesia, the creation of alternatives to the US dollar through the formalization of bilateral agreements between central banks in national currencies with trade purposes and/or short-term liquidity financing. China is the main emerging economy driving changes in the international monetary system by formulating exit strategies.

Table 4. G20 emerging powers in Asia and Latin America: exit monetary strategies in the 2008 aftermath

| Emerging powers | Exit strategies |
|--------------------|---|
| China | Reinforcement of the CMIM Total of US\$ 240bn Creation of the BRICS’ CRA Total of US\$ 100bn Bilateral currency swaps in Renminbi (32 agreements - Hong Kong SAR, South Korea, Singapore, Australia, Malaysia, Indonesia, Thailand, New Zealand, Mongolia, Pakistan, Sri Lanka, Kazakhstan, Uzbekistan, European Central Bank, United Kingdom, Canada, Brazil, Russia, Switzerland, Argentina, United Arab Emirates, Qatar, South Africa, Chile, Ukraine, Turkey, Hungary, Belarus, Iceland, Albania, Suriname and Armenia) Total: equivalent of US\$ 465.67bn |
| South Korea | Reinforcement of the CMIM Total of US\$ 240bn Bilateral currency swaps in Korean Won (4 agreements - China, Australia, Indonesia and Malaysia) Total: equivalent to US\$ 74.5bn |
| Indonesia | Reinforcement of the CMIM Total of US\$ 240bn Bilateral currency swaps in Rupia (3 agreements - China, Korea and Japan) Total: equivalent to US\$ 13.8bn |
| India | Creation of the BRICS’ CRA Total of US\$ 100bn Bilateral currency swaps in Rupee (Japan and SAARC nations – Afghanistan, Bangladesh, Bhutan, Maldives, Nepal, Pakistan and Sri Lanka). Total: equivalent to US\$ 52bn |
| Brazil | Creation of the BRICS’ CRA Total of US\$ 100bn Bilateral currency swaps in Real (1 agreement - China) Total: equivalent of US\$ 18.3bn Creation of the SML - System of Payments in Local Currencies (Argentina and Uruguay) Total: equivalent to US\$ 160 million |
| Mexico | <i>No exit strategy announced</i> |
| Argentina | Bilateral currency swaps in Peso (1 agreement - China) Total: equivalent of US\$ 2.5bn Creation of the System of Payments in Local Currencies - SML (Brazil and Uruguay) Total: equivalent to US\$ 160 million |

Source: IMF 2015; World Bank and central banks’ websites; *The Hindu*, *The Financial Times*; Brazilian Law n. 11.803/2008. Developed by the author.

The first exit strategy was materialized in two arrangements: the expansion and multilateralization of the

61 XIAOCHUAN, Z. IMFC Statement by the Honorable Zhou Xiaochuan..., 2015, p. 5.

62 MORSE, J. C., KEOHANE, R. O. Contested Multilateralism..., 2014 (note 10, above).

Asian Chiang Mai Initiative (CMI) and the establishment of the BRICS' CRA. Asian countries added to the former CMI agreement, created originally in 2000: (i) a multilateral framework for currency swaps based on a single contractual agreement and a regional macroeconomic office in Singapore for surveillance, (ii) a precautionary credit instrument (inspired by the Fund's FCL and PCL), (iii) an increase of the members' financial commitments (from US\$ 80bn in 2000 to US\$ 240bn in 2014); and (iv) a decrease of *de jure* link with the IMF lending programs (from 80% to 70%).⁶³ The CRA was created by the BRICS countries in 2014 and it was inspired by the CMIM. The total amount of the agreement reaches US\$ 100bn.⁶⁴

Both agreements have an inherent flaw (a shared trait with the IMF): they are dependent on the supply of US dollars by the Fed and the continuity of reserve accumulation as a model of unilateral action. This strategy, based on regional arrangements, reveals the emerging countries' dependence on the supply of international money. Therefore, their capacity in promoting significant changes in global monetary governance may be less effective than one would expect.

In fact, these new regional arrangements have a specific legal structure: they are international treaties, which formalize currency swaps between national authorities (i.e. central banks). They are not organized as international institutions, such as the IMF. Regional agreements based on swaps entail pre-commitment of resources, which are not "transferred" to an institution with a specific mandate. Instead, all these reserves in US dollars are held in national hands until the activation of a swap contract. It means that, in an event of

63 For the history of the CMI, see SUSSANGKARN, C. Chiang Mai Initiative Multilateralization: origin, development, and outlook, Asian Economic Policy Review 6, 2011 and GRIMES, W. W. The Asian Monetary Fund reborn? Implications of Chiang Mai Initiative Multilateralization, Asia Policy 11, 2011.

64 For more details on the BRICS CRA, see its treaty published at Brazilian Ministry of Foreign Affairs' website: <http://brics6.italmaraty.gov.br/media2/press-releases/220-treaty-for-the-establishment-of-a-brics-contingent-reserve-arrangement-fortaleza-july-15>. In the 2012 BRICS Summit, countries were also discussing also a master agreement for credit in local currencies. See the statement: "[w]e welcome the conclusion of the Master Agreement on Extending Credit Facility in Local Currency under BRICS Interbank Cooperation Mechanism and the Multilateral Letter of Credit Confirmation Facility Agreement between our EXIM/Development Banks. We believe that these Agreements will serve as useful enabling instruments for enhancing intra-BRICS trade in coming years" (item 18, BRICS' Delhi Declaration, March 2012).

a crisis, there is no guarantee that a central bank will actually provide the resources. For instance, the BRICS' members can opt out of providing support in the CRA framework and can request early repayment if a problem occurs in the balance of payment. This is also the case for the CMIM, even if it has already established a macroeconomic office in Singapore, which could be an embryo of a monetary organization in the future.

A specific political factor was relevant to the expansion of monetary structures based on swaps: the growing power of national central banks at the international level in developed and emerging countries⁶⁵. The Great Moderation (1984-2008) and the process of *de jure* and *de facto* political autonomy achieved after the 1990s empowered central banks inside their countries' bureaucracies. These institutions could influence the political choices in designing monetary arrangements in the 2008 aftermath. International institutional arrangements based on currency swaps (instead of international organizations) allow central banks to maintain control over foreign exchange reserves they manage, or the currency they issue.

Notably Asian emerging countries, i.e. China, South Korea, India and Indonesia, are heavily using an exit strategy model, which could be relatively more successful in changing the international monetary architecture: they are formalizing currency swaps in national currencies. China has 32 agreements with different countries as well as offshore structures to assure payment settlement and investments in Renminbi.⁶⁶ The total amount of the swap network reaches RMB 3.159 tri (equivalent of US\$ 465,67 bn).

This type of monetary structure is based on specific knowledge: how international money is used at the global level (through Eurocurrencies) and how State institutions (mainly, central banks) interact with financial markets to assure the international value of a currency (as a backstop in times of crisis).

65 DURAN, C. V. The international lender of last resort for emerging countries..., 2015a (note 28, above).

66 IMF – International Monetary Fund. Review on flexible credit line, the precautionary and liquidity line, and the rapid financing instrument, IMF Policy Paper, Washington DC, 2014. Available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Review-of-the-Flexible-Credit-Line-the-Precautionary-and-Liquidity-Line-and-the-Rapid-PP4846>>. Last accessed 10 April 2018.; BERNES, T. A., Jenkins, P., Mehrling, P., Neilson, D. China's engagement..., 2015 (note 16, above).

Thus, China clearly has two levels of exit strategies: regional arrangements as an alternative to the Bretton Woods institutions (such as the IMF), and the promotion of the Renminbi as an international currency to exit from the US dollar-centered order. Both strategies are linked to each other, since member countries of these new regional arrangements are still dependent on the US dollar. However, the choice of using another currency depends on the capacity of the PBoC to assure access to the Renminbi even in times of crisis (i.e. through bilateral swaps), which is the main challenge of this type of “contested multilateralism” in monetary governance.

The functioning of international money could also explain why emerging countries have been investing in voice and exit strategies at the same time. It is not just about using exit to amplify voice.⁶⁷ It involves concerns about political legitimacy of the IMF as well as *economic efficiency* of monetary agreements. The most efficient way of shifting power from the US towards other actors and structures is investing in the emergence of new global currencies. To do so, the contribution of the Fund tends to be small: in the short-term, mainly through the “symbolism” of the SDR basket and, in the long-term, only promoting a fundamental modification on the concept and operations of international money.

The network of currency swaps between emerging powers’ central banks seem to be a more important arrangement to promote this exit plan and to implement the strategy of contested multilateralism. In this regard, countries in Asia are more engaged in this type of monetary scheme. Emerging powers in Latin America are merely recipients of these contracts. Argentina, for instance, is using swaps with China to exchange Renminbi for US dollars in foreign exchange markets.⁶⁸ It is an indirect way of obtaining international money, until the Renminbi consolidates itself as a global currency. Mexico seems to be the most loyal emerging power to the Bretton Woods institutions: it has announced no exit strategy. The only NAFTA⁶⁹ member, who has swaps in

67 HIRSCHMAN, A. O. *Exit, voice, and loyalty...*, 1970 (note 8, above).

68 See the news entitled: “El Banco Central logró convertir a dólares 3086 millones del swap con China”, *La Nación* December 22, 2015 available at: <http://www.lanacion.com.ar/1856429-el-banco-central-logro-convertir-a-dolares-3086-millones-del-swap-con-china>

69 The North American Free Trade Agreement (NAFTA) comprises United States, Mexico and Canada.

Renminbi with China, is Canada.

Brazil and Argentina are re-investing in a traditional Latin American way of monetary cooperation: the establishment of clearinghouses and official credit lines between central banks mainly for trade purposes (and not for short-term financing). The SML is a clearinghouse to settle commercial transactions using the Brazilian real and Argentinean peso (as well as the Uruguayan peso).⁷⁰ The total amount, however, is very low if compared to the emerging power’s central bank network in Asia.

Despite the inertia of international monetary schemes, the most effective plan, as alternative to the Bretton Woods system, seems to promote more cross-border transactions in new currencies. The institutional framework to sustain these transactions is under construction: a network of central bank swaps in national currencies. The institutional intent is to build a public backstop for short-term financing in times of crisis, when economic actors challenge the *par value* between onshore and Eurocurrencies.

However, it is important to emphasize that these structures come with a cost. Regional treaties based on swaps, or on the less formal network of central bank arrangements in national currencies, tend to contribute to the fragmentation of global monetary governance. Contested multilateralism in monetary affairs can promote more uncertainty in times of crisis. Even though exit plans created more sources of liquidity, they are based on flexible contracts among national authorities.

3.3. Practical consequences of G20 emerging powers’ voice and exit strategies

The combination of relatively failed voice strategies with potentially successful exit arrangements has a practical and critical consequence: the institutional fragmentation of the global monetary system. Emerging powers with growing foreign exchange reserves, managed by independent central banks, are changing the landscape of monetary cooperation.⁷¹ The system tends to be more

70 The SML is a *continuum* of the Agreement on Reciprocal Payments and Credits (CCR), created in 1982 by the ALADI (Latin American Integration Association) and formalized by the central banks of central banks of Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, the Dominican Republic, Uruguay and Venezuela.

71 DURAN, C. V. The international lender of last resort for emerging countries..., 2015a (note 28, above).

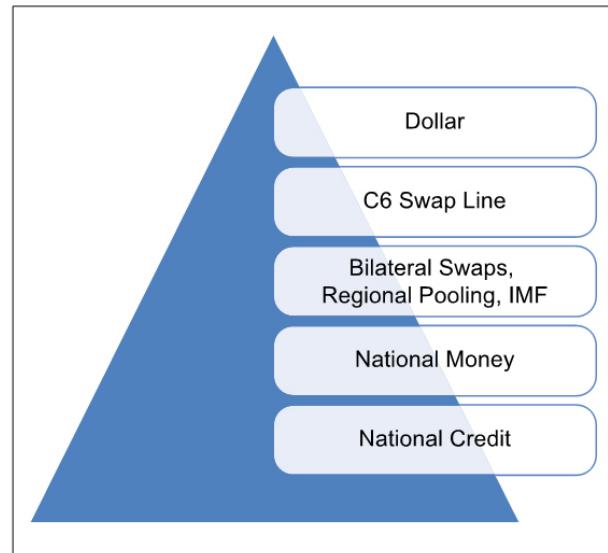
complex and fragmented with the decentralization of multilateral cooperation.

New forms of regional and bilateral monetary arrangements have been reinforced or created in the post-crisis world. This institutional change points to more currency competition in the future⁷², despite the current centrality of the US.⁷³ The interesting institutional feature of these global monetary initiatives is that they are not established as international organizations, but rather as networks of currency swaps (i.e. contracts).

Emerging powers are developing the same model of cooperation established by advanced economies. I refer to temporary currency swaps established by the Fed after 2007, as well as the permanent and unlimited network announced in 2013. However, these structures carry more uncertainty in times of crisis because swaps rely on national decisions for the transfer of resources and central banks have national mandates and interests as priorities. Generally, swaps are three-year term renewable contracts and limited to a certain value. Thus, this legal structure tends to create more transaction costs. It is also difficult to anticipate how the interplay between the three levels (multilateral, regional and bilateral) will take place in a crisis. Systemic risks and contagion can arise out of this complex structure of liquidity. In this sense, contested multilateralism can promote less certainty in the event of an economic downturn.

Furthermore, this multifaceted network of global liquidity is not horizontal. It is essentially hierarchical. Even if new actors, such as G20 emerging countries, gained more power at the international level and are trying to internationalize their own currencies, they are still relying on international money issued by developed countries to build regional arrangements in the short and medium-term. Monetary governance reveals that institutional inertia is hard to overcome. The “international hierarchy of money”⁷⁴ tends to be replicated in monetary arrangements, with a seemingly less important role for international organizations at the multilateral level (Figure 2).

Figure 2. The international hierarchy of money



Source: Bernes et al. (2015)

Global liquidity in hard currencies from different sources is available to developed countries, emerging powers and less developed countries as a result of the fragmentation of the monetary system. Central banks gained more space to define their counterparties in swaps at the international level and can limit or expand the options for each country's access to financial support in the event of a crisis.

Multilateral institutions tend to play a less important role for emerging powers. They seem to prefer avoiding multilateral institutions and to rely on reserve accumulation, or regional arrangements based on swaps for liquidity in traditional hard currencies. Since there is no international organization with a specific mandate, once a crisis hits, it can be difficult to assess the solvency of their counterparties and uncertainty tends to be greater.

4. FINAL CONSIDERATIONS

Despite G20 emerging powers' efforts to change the global monetary landscape through voice and exit strategies, to date they have not caused significant challenges to the international monetary structure, but only incremental changes in the Bretton Woods institutions. Voice and representation reforms at the IMF merely secured a symbolic power shift towards emerging powers. The US remains with its institutional veto power over the Fund's key decisions.

72 EICHENGREEN, B. *Exorbitant privilege: the rise and the fall of the dollar and the future of the International Monetary System*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

73 COHEN, B. J., BENNEY, T. M. What does the international currency system really look like?, *Review of International Political Economy* v. 21, n.5, 2014.

74 BERNES, T. A., Jenkins, P., Mehrling, P., Neilson, D. China's engagement..., 2015 (note 16, above).

In addition, the parallel monetary arrangements created or reinforced by emerging powers in the 2008 aftermath rely on the supply of international money by the Fed and the permanence of foreign exchange reserve accumulation, with its inherent economic costs. These regional structures are contributing to the fragmentation of the global monetary system without guaranteeing certain and timely access to liquidity in the event of a crisis. They are based on currency swaps among central banks (i.e. national authorities), instead of an international organization with specific global mandates.

Currently, emerging powers and other developing countries seem to depend on the Chinese prospective, and to a lesser extent South Korean and Indian initiatives, in assuring (1) new global currencies that could be used as an alternative to the US dollar and (2) new institutional providers (i.e. central banks) to assure liquidity backstops in times of crisis. This is the model of exit strategy, which could be more successful in challenging the actual framework of the Bretton Woods system. Nonetheless, even if a more multicurrency world emerges in the future, the inherent hierarchical component of a monetary order tends to persist. Some global currencies would be stronger than others. Monetary orders are hierarchical and at present seem to be more fragmented than they were prior to the 2008 crisis. Contested multilateralism in monetary affairs may produce more uncertainty on how countries will respond to the next financial crisis.

REFERENCES

- AIZENMAN, P. Selective swap arrangements and the global financial crisis: analysis and interpretation, *International Review of Economics and Finance* 19 (3), 2010.
- ALLEN, W., MOESSNER, R. Central bank co-operation and international liquidity in the financial crisis of 2008-9", *LSE Financial Markets Group Paper series* 187, 2010.
- BERNES, T. A., Jenkins, P., Mehrling, P., Neilson, D. China's engagement with an evolving international monetary system, *CIGI special report*, 2015. Available at: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/china_engagement_cigi-inet_special_report_web_0.pdf>. Last accessed 10 April 2018.

ARMIJO, L. E., KATADA, S. N. Theorizing the financial statecraft of emerging powers, *New Political Economy* 20 (1), 2015.

BOUGHTON, J. M. Silent Revolution: The International Monetary Fund, 1979– 1989, International Monetary Fund, Washington DC, 2010.

BROZ, J. L. The Politics of Rescuing the World's Financial System: The Federal Reserve as a Global Lender of Last Resort, San Diego: University of California, 2014.

CARREAU, D. Le système monétaire international privé (UEM et euromarchés), 274 *Recueil des Cours* 309, 1998.

_____. Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les opérateurs privés. In Kahn (org.), *Droit et monnaie: Etats et espace monétaire international*, CREDIMI, Litec : Dijon, 1988.

COHEN, B. J. The geography of money, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1998.

_____. The Future of Sterling as an International Currency, Macmillan: London, 1971.

COHEN, B. J., BENNEY, T. M. What does the international currency system really look like?, *Review of International Political Economy* n. 21, n.5, 2014.

de VRIES, M. G., HORSEFIELD, J.K. The International Monetary Fund, 1945- 1965: Twenty Years of International Monetary Cooperation, Volume II: Analysis, International Monetary Fund, Washington DC, 1969.

de VRIES, M. G. The International Monetary Fund, 1966-1971: The System Under Stress, Volume I: Narrative, International Monetary Fund, Washington DC, 1976.

_____. The International Monetary Fund, 1972-1978, Volume I: Narrative and Analysis, International Monetary Fund, Washington DC, 1985.

DESTAIS, C. Central Bank Currency Swaps and the International Monetary System, Policy brief CEPPII, Sep, 2014. Available at: <<http://www.cepii.fr/CEPII/en/publications/pb/abstract.asp?NoDoc=7203>>. Last accessed 10 April 2018.

DURAN, C. V. The international lender of last resort for emerging countries: a bilateral currency swap?, *GEG working paper*, n. 108, University of Oxford, 2015a. Available at: <https://www.geg.ox.ac.uk/sites/geg/files/documents/WP_108%20-%20The%20International>

- nal%20Lender%20of%20Last%20Resort%20for%20Emerging%20Countries%20-%20Camila%20Duran.pdf>. Last accessed 10 April 2018.
- _____. Avoiding the next liquidity crunch: how the G20 must support monetary cooperation to increase resilience to crisis, *GEG / BSG policy brief*, University of Oxford, October, 2015b. Available at: <<http://www.geg.ox.ac.uk/avoiding-next-liquidity-crunch-how-g20-must-support-monetary-cooperation-increase-resilience-crisis>>. Last accessed 10 April 2018.
- EICHENGREEN, B. *Exorbitant privilege: the rise and the fall of the dollar and the future of the International Monetary System*, Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GOLD, Sir J. Development of the SDR as reserve asset, unit of account and denominator: a survey, *16 Geo. Wash. J. Int'L. & Econ.* 1, 1981.
- GRIMES, W. W. The Asian Monetary Fund reborn? Implications of Chiang Mai Initiative Multilateralization, *Asia Policy* 11, 2011.
- HELLEINER, Eric. The Status Quo Crisis: Global Financial Governance after the 2008 Crisis, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HIRSCHMAN, A. O. *Exit, voice, and loyalty: Responses to decline in firms, organizations, and states*. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- IEO – Independent Evaluation Office of the International Monetary Fund. *IMF response to the financial and economic crisis: evaluation report*. Washington DC: IMF, 2014. Available at: <<http://www.ieo-imf.org/ieo/pages/EvaluationImages227.aspx>>. Last accessed 10 April 2018.
- IMF – International Monetary Fund. Review on flexible credit line, the precautionary and liquidity line, and the rapid financing instrument, *IMF Policy Paper*, Washington DC, 2014. Available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Review-of-the-Flexible-Credit-Line-the-Precautionary-and-Liquidity-Line-and-the-Rapid-PP4846>>. Last accessed 10 April 2018.
- _____. Review of the method of valuation of the SDR – initial considerations, *IMF Policy Paper*, August 3, 2015. Available at: <<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Review-of-the-Method-of-Valuation-of-the-SDR-Initial-Considerations-PP4975>>. Last accessed 10 April 2018.
- JAMES, H. *International Monetary Cooperation Since Bretton Woods*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- KEYNES, J. M. Proposals for an International Clearing Union (Keynes Plan). In: HORSEFIELD, J. K. (ed.), *The International Monetary Fund 1945-1965*, vol. III: Documents, IMF, Washington, (1969 [1943]).
- KINDLEBERGER, C. *The World in Depression*, Berkeley: University of California Press, 1973.
- _____. *International money: a collection of essays*, London-Boston: Allen & Unwin, 1981.
- KINDLEBERGER, C., ALIBER, Z. R. *Manias, panics, and crashes: a history of financial crises*. New York: Palgrave Macmillan, 2011 [1978].
- LASTRA, R. M. *International and financial law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- LANDAU, J. P. Global liquidity: public and private. In *Global dimensions of unconventional monetary policy*, Federal Reserve Bank of Kansas City Jackson Hole symposium, 2013.
- LELART, M. Le système de l'écu privé: comment as t-il fonctionné, comment aurait-il prévaluer ?, *Revue d'Economie Financière* 113, 2013.
- LUBIN, D. China and the SDR: a big change in 2015?, *Emerging Markets Macro View*, Citi Research Economics, March, 2015.
- MERHLING, P. Elasticity and discipline in the global swap network, *working paper for the conference 'China and the global financial system'*, Shanghai Development Research Foundation, August, 2015. Available at: <<https://www.ineteconomics.org/uploads/papers/WP27-Mehrling.pdf>>. Last accessed 10 April 2018.
- MCDOWELL, D. The US as 'sovereign international last-resort lender': the Fed's currency swap programme during the great panic of 2007-2009, *New Political Economy*, v. 17, n. 2, 2012.
- _____. The emergent international liquidity network: central bank cooperation after the global financial crisis", *working paper presented at the 2015 ISA annual conference*.
- MCKINNON, R. The Rules of the Game: International Money in Historical Perspective, *Journal of Economic Literature* 31, 1993.
- _____. The Eurocurrency market, *Essays on International Finance*, n. 125, Princeton University, 1977.

_____. Private and official international money: the case for the dollar, Princeton: Princeton University Press, 1969.

MOESSNER, R., Allen, W. Banking crises and the international monetary system in the Great Depression and now, *BIS working paper 333*, 2010. Available at: <<https://www.bis.org/publ/work333.htm>>. Last accessed 10 April 2018.

MOHAN, R., KAPUR, M. Emerging powers and global governance: whither the IMF?, *IMF working paper 15/219*, 2015. Available at: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15219.pdf>>. Last accessed 10 April 2018.

MORSE, J. C., KEOHANE, R. O. Contested Multilateralism. *The Review of International Organizations* v. 9, n. 4, 2014.

NUSSBAUM, A. A note on the idea of world money, *Political Science Quarterly*, v. 64, n. 3, 1949.

OBSTFELD, M. The SDR as an international reserve asset: what future?, *International Growth Centre, Rapid Response 11/0885*, 2011.

SUSSANGKARN, C. Chiang Mai Initiative Multilateralization: origin, development, and outlook, *Asian Economic Policy Review* 6, 2011.

VISSOL, T. Les monnaies composites: innovation financière, innovation monétaire. In Kahn (org.), *Droit et monnaie: Etats et espace monétaire international*, CREDIMI, Dijon: Litec, 1998.

XIAOCHUAN, Z. IMFC Statement by the Honorable Zhou Xiaochuan Governor of the IMF for China to the Thirty-First Meeting April 18, 2015. Available at: <<https://www.imf.org/External/spring/2015/imfc/statement/eng/chn.pdf>>. Last accessed 10 April 2018.

_____. Reform the international monetary system, BIS, 23 March, 2009. Available at: <<https://www.bis.org/review/r090402c.pdf>>. Last accessed 10 April 2018.

ACKNOWLEDGEMENTS

I would like to acknowledge and thank the Department of Legal Theory and Philosophy of Law of the Faculty of Law at the University of São Paulo (USP) and all the members of the Oxford-Princeton GLF programme, notably professors Ngaire Woods, Bob Keohane, John Ikenberry, Emily Jones and Thomas Hale, Alexa Zeitz, Taylor St John and all the GFL fellows. Also, I am incredibly grateful to professors John Armour (Oxford) and Rosa Lastra (Queen Mary University of London). Furthermore, I had the opportunity to discuss early versions of this article at the Law Department of the University of Oxford, the Institute of International Relations (IRI) of the University São Paulo, the University Lumière Lyon 2 and at the Queen Mary University of London. I am in doubt to the comments of Dan Awrey (Oxford); Alberto do Amaral (USP); Maria Antonieta del Tedesco Lins, Felipe Pereira Loureiro, Adriana Schor, Feliciano de Sá Guimarães, Michelle Ratton Sanchez Badin, Caio Borges and all the members of the “NEPEI” (group of international political economy) of the IRI – USP; Sylvie Bernigaud, Guillaume Protière, Geneviève Iacono and the PhD students of Lyon 2; and Daniel Wang, Valsamis Mitsilegas, Isobel Helene Roele, Ruth Fletcher, Gabriel Gari and Maksymilian Del Mar (Queen Mary University of London). Matheus Prates (IRI) also provided an important support for the empirical research. All remaining errors are mine.

(Footnotes)

1 Shares prior to the entry in effect of the ad hoc 2008 Voice and Participation Reform.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



La libre autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI:
Una aproximación de la historia del colonialismo y el neo-colonialismo desde los pueblos del tercer mundo en el derecho internacional

The self-determination of peoples in the 21st century:
An approach of the history of colonialism and neo-colonialism from the peoples of the third world in the international law

Germán Medardo Sandoval Trigo

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

La libre autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI: Una aproximación de la historia del colonialismo y el neo-colonialismo desde los pueblos del tercer mundo en el derecho internacional*

The self-determination of peoples in the 21st century: An approach of the history of colonialism and neo-colonialism from the peoples of the third world in the international law

Germán Medardo Sandoval Trigo**

“También el león debe tener quien cuente su historia. No sólo el cazador”

Chinua Achebe¹

RESUMEN

En este documento se explorará la libre determinación de los pueblos a partir de una óptica cifrada en la historia del derecho internacional. Para ello el autor parte de los estudios del TWAIL y reconstruye un contexto desde el tercer mundo para comprender el ejercicio del colonialismo, imperialismo como parte del proceso contextual a la libre determinación de los pueblos. De tal suerte que este artículo pretende provocar una discusión sobre los procesos de descolonización y las alternativas más allá del pensamiento moderno.

Palabras clave: Twail, libre determinación de los pueblos, descolonización

ABSTRACT

The intention of this paper leads to understand the self-determination of the people from a particular view: The history of International law. The author uses the theoretical frame of TWAIL trying to understand the colonialism and imperialism as a context for the third world context in the self-determination reach. In that vein this paper tries to provoke a discussion over the decolonization process and the alternatives beyond the modern thought.

Keywords: TWAIL, self determination of peoples, decolonization

* Recebido em 03/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. Professor en la Facultad de Derecho de la UNAM y vencedor por oposición en Filosofía del Derecho en esa misma entidad. También es profesor del CIDE, Universidad Iberoamericana y otras universidades. Su principal interés se centra en la descolonización del derecho, la historia del derecho internacional desde abajo, movimientos sociales y epistemologías del sur. Cuenta con publicaciones en diferentes revistas y textos especializados. Forma parte de distintas redes de investigación como IGIP, TWAIL y SLADI. Email: germansandoval@hotmail.com

¹ Gentili, Anna María. *El león el cazador: Historia de África Subsahariana*. Buenos Aires: CLASCSO, 2012. p. 21.

1. INTRODUCCIÓN

Por su propia naturaleza el derecho internacional es una de las disciplinas jurídicas en las que existe una mayor distancia entre el sujeto y el objeto. En esta disciplina normalmente los discursos y los conceptos le son más cercanos al investigador, que los pueblos y sus causas al Derecho mismo. De tal manera que el encubrimiento de los procesos sobre los que éste se desarrolla, suele construirse desde un discurso que pocas veces deja de ser englobado por representaciones tan generales como las dimensiones de sus contenidos; su retórica parte de la inercia concebida en el interior de un juego conceptual cuyos referentes en el plano de la realidad social son tan grandes como las expresiones de nación, soberanía, pueblos o libertad, que en obviedad es difícil determinar el contenido de éstos. Empero, en este juego de palabras es esencial dar cuenta de su genealogía y las reglas de su construcción, por tanto, se hace necesaria una revisión histórica que dé cuenta de la afirmación de los modelos que han diseñado la normalización del derecho occidental y así, comprender el génesis y vida del derecho internacional desde su relación con los fundamentos epistémicos de la última etapa del renacimiento hasta la praxis del neo colonialismo de nuestros días. Por ello es seminal comprender la cercanía entre el derecho internacional moderno y el origen de la modernidad.

En este orden de ideas, hablar sobre la modernidad es un tema por demás complejo que advierte un sinfín de desacuerdos sobre su concepción y el alcance de su esencia. Para este documento es fundamental comprenderla como una construcción epistémica que desplegó una serie de elementos contextuales sobre las otras civilizaciones y saberes fuera de aquella. De esta suerte, su contenido paradigmático transformó la sustancia de la producción del fundamento epistémico y la reproducción disciplinaria de sus contenidos a partir de la re-fundamentación de su fuente. De ello, que la transformación del paradigma derivado de la edad media hacia el renacimiento y posteriormente en la ilustración, requiere un examen mucho más serio de lo que un artículo puede aportar; sin embargo, como dice Enrique Dussel, la modernidad nació: “cuando Europa pudo confrontarse con “el Otro” y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un “ego” descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma Modernidad. De todas maneras, ese Otro no fue “des-cubierto” como

Otro, sino que fue “en-cubierto” como “lo Mismo” que Europa ya era desde siempre”² En esta suerte, se hace patente el proceso desde el que occidente diseñó una estrategia de continuidad que hasta nuestros días se percibe como un ejercicio de dominación. Ya desde las cruzadas se fundamentó la racionalidad del expansionismo europeo que, desde su origen judeo-cristiano, reflejó la producción centralizada del “yo”³ como categoría fundacional de una nueva concepción de modelo y articulación del mundo. De ello, la separación bipolar de las categorías y sustancias que forman dicotomías inseparables, y que desde su afirmación, Europa tiende a estar siempre en el pináculo de la superioridad: Hombre-Mujer, Civilizado-Bárbaro, Saber-Ignorancia, Verdad-Mentira, Hombre-Naturaleza, Razón-Pasión, etcétera.

En este sentido, es seminal comprender que la repercusión de la transformación del paradigma, desde el siglo XVI hacia el Renacimiento e Ilustración, reinventó un sinfín de estrategias y estructuras que sirvieron para preservar la invención de Europa como construcción de dominación y medio de expansión de poder y saber. De ello, que las principales fuentes de derecho del mundo occidental se reformaron para concebir el desdoblamiento del derecho natural y no solamente la afirmación de la ley divina o humana, sino que más allá, Europa se apropió de una serie de fundamentos filosóficos cuya reproducción secular transformó la integración de las instituciones sociales y las finalidades de la civilización. En tal sentido, se ha construido en el imaginario colectivo la idea de que el derecho moderno ha sido el modelo predilecto del orden social y que aún en el basamento de su fundación, su historia corresponde a los postulados y presupuestos racionales que dieran origen al orden jurídico tal como le conocemos. De ello que es posible normalizar la idea de que las estructuras, los contenidos y los fundamentos que usamos dentro de los sistemas del derecho moderno corresponden a fines derivados de la razón, y que su demostración, inclusive dentro del derecho internacional se hace por si misma evidente y universal.

En este orden de ideas, el tema concurrente sobre la historia del derecho internacional toma sentido, pues la historia normalmente se escribe por el vencedor; no

2 DUSSEL, Enrique. 1992: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz: UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Plural Editores, 1994. p. 8.

3 DUSSEL. *Filosofía de la liberación*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011. p. 30.

es casualidad que en la representación ilustrada de la filosofía de la historia de Hegel se conciba a Europa como el progreso y la continuidad del espíritu, a lo que en sentido opuesto, los países de Asia, África, Oceanía y América del Sur se les impone un papel subalterno en dicha concepción. De ello que la producción institucional y los fundamentos de la razón eurocéntrica aún en las postrimerías de la modernidad, apuntalaron una serie de premisas que fortalecieron la concepción de la universalidad, que como enuncia Dussel, no descubrieron la diferencia del Otro sino por el contrario, le encubrieron con su misma significación. En este orden de ideas, la propia historia del derecho internacional nos muestra cómo, su origen provino de la replicación del saber-poder que posteriormente fue representado en el colonialismo y más aún, en el imperialismo creado como discurso de dominación-subordinación que replica las condiciones duales de supremacía eurocéntrica: Civilización-Barbarie. De tal suerte que temas tan relevantes como los derechos humanos, los derechos de los pueblos originarios, la soberanía e incluso la libre autodeterminación de los pueblos pueden guardar un cierto avance en el progreso de las instituciones jurídicas, e incluso, podrían manifestarse en la conciencia jurídica como el contraste de un nuevo sistema internacional apegado a nuevos cánones. Es evidente que el análisis discursivo puede aportar cuestionamientos de orden analítico e incluso deconstructivos, sin embargo, la postura metodológica del TWAIL parte de la afirmación material de las consecuencias de los discursos como continuidad del colonialismo y del imperialismo sobre el tercer mundo.⁴ Por ello, este documento se centra en el análisis teórico construido desde el siglo pasado sobre la re-significación de la historia del derecho internacional a partir de la mirada del tercer mundo, por tanto, la influencia de los estudios del TWAIL sobre el objeto de estudio cifrado en la libertad de autodeterminación de los pueblos, puede aportar una visión crítica y dar apertura a otras miradas fuera del optimismo ingenuo sobre los instrumentos internacionales, así como también, pensar en rutas y alternativas sobre la emancipación y re construcción de otras formas de emergencia social e internacional.

⁴ ESLAVA; SUNDHYA. Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Trade, Law and Development*, India, n. 1, 2011.

2. PRIMERA PARTE: A TRAVÉS DEL REFLEJO

Al respecto de los instrumentos de derecho internacional concebidos en el siglo XX, es posible que existan diversas perspectivas sobre la libre determinación de los pueblos, y que ahora en pleno siglo XXI apuntan a ser objeto de alabanza y progreso. Sin embargo, existen voces que no solamente se conforman con la interpretación de los derechos, sino que para éstas es fundamental incidir en una versión más completa de la retórica del Derecho internacional. Por tanto, en ocasiones la visión diacrónica nos puede mostrar cierto optimismo derivado de algunos procesos generales y de acciones jurídicas particulares, que dentro de su ámbito pueden encubrir el recuento sincrónico de otras significaciones sociales e históricas. En este sentido, como se dijo anteriormente el presente artículo parte de una posición singular: La historia del derecho internacional desde el tercer mundo. Esta posición se ha tratado abundantemente desde los dictámenes y discusiones del TWAIL, por lo que la pretendida lectura estará relacionada con esta posición original.

De lo anterior, el argumento revisado posee una posición crítica sobre la producción histórica del Derecho internacional a partir de una perspectiva descolonial. De tal suerte que la proyección pretende mostrar que la fundación y replicación de los fines del derecho internacional nacieron a la par de las necesidades coloniales e imperiales de los centros de producción del poder-saber desde el siglo XVI y que, hasta la fecha, sus finalidades no se han alejado demasiado. Sin embargo, el uso y producción de discursos internos del derecho internacional ha servido para fomentar luchas, identidades y transformaciones sociales, que contra-hegemónicamente sostienen la voz de pueblos enteros y causas por la dignidad humana. Bajo este orden de ideas, el uso del discurso del derecho internacional dentro de la proyección de luchas populares invierte su posición hegemónica y a partir de retóricas post coloniales se antepone a la dependencia simbólica de la producción del derecho, sin embargo, existen marcados ejemplos que muestran que los procesos de neo-colonialismo se centran en la reproducción de fines universales, contenidos y determinados por la unificación civilizacional del sistema capitalista y neo liberal.

De tal suerte, que la historia del derecho internacional puede cifrarse como uno de los productos con mayor cercanía al momento de la fundación paradigmá-

tica que diera origen a la modernidad. En este sentido, la incidencia de los fundamentos del pensamiento moderno dentro de la proyección de occidente como fundamento del derecho de los pueblos, se nutre de conceptos como soberanía, libre determinación y Estado nación que bajo la producción moderna adquieren un matiz y una centralidad argumentativa determinada por un fundamento epistémico que repercute en el encubrimiento de otras posibilidades de entendimiento y producción de poder. Por tanto sus fundamentos están repletos de instituciones y concepciones de diversas eras, pero que celosamente derivan de la afirmación de una sola civilización: Europa. De ello, el origen del derecho internacional está claramente marcado en la disputa por los órdenes seculares y la representación de sus diversos discursos, es decir, Lex divina, Lex humana y Lex natural.

En concordancia con lo anterior, basta mirar un ejemplo: Pocos años luego de la caída de Tenochtitlán, el aragonés Julián Garcés fue designado como el primer obispo en su diócesis de Tlaxcala. Así, el dominico se dio cuenta de los abusos y violencia sufrida por el pueblo pre-hispánico y dirigió una denuncia al Papa, cuya respuesta hacia 1537⁵ se plasmó en la bula conocida como “Sublimis Deus”. Éste documento otorga la calidad racional y la potencia de los indígenas de pertenecer a la sustancia divina custodiada por el discurso Cristiano:

El Dios sublime amó tanto la raza humana, que creó al hombre de tal manera que pudiera participar, no solamente del bien de que gozan otras criaturas, sino que lo dotó de la capacidad de alcanzar al Dios Supremo, invisible e inaccesible, y mirarlo cara a cara; y por cuanto el hombre, de acuerdo con el testimonio de las Sagradas Escrituras, fue creado para gozar de la felicidad de la vida eterna, que nadie puede conseguir sino por medio de la fe en Nuestro Señor Jesucristo, es necesario que posea la naturaleza y las capacidades para recibir esa fe; por lo cual, quienquiera que esté así dotado, debe ser capaz de recibir la misma fe.

Ello, implicó un doble discurso. Primeramente les concedía a los indígenas la protección para no esclavizarlos y no enajenar sus propiedades, cuestión que retomaré más adelante, y por otro lado a partir de la fundamentación sobre el “humanismo” del renacimiento,

se estableció que al compartir la sustancia racional pertenecían al reino de su Dios cristiano, y que por tanto estaban obligados a recibir el camino y dirección de la Fe. En esta misma tesitura se plantea la relación colonial, pues la sustancia vital y racional de las civilizaciones pre-colonizadas fueron categorizadas por la racionalidad eurocéntrica, duplicando el discurso sobre la racionalidad en una esencia completamente diferente, que a final de cuentas terminó por condicionar su libertad y desarrollo a partir del discurso de los derechos naturales y la concepción teológica de su tiempo. De lo anterior se desprende que la fundamentación jurídica de la capacidad de los indígenas, tenía que ser subsanada por los contenidos racionales que el código interpretativo del colonizador dispuso como eje para discernir entre conocimiento e ignorancia.

Es importante destacar que desde la fundación del *ius gentium*, la pretendida alternativa creada por Vitoria para defender a los pueblos originarios del “nuevo” mundo, construyó una estratagema derivada de la confrontación entre la ley divina y la ley natural. Al respecto, para evitar el ejercicio jurisdiccional de la soberanía de la ley divina, Vitoria reconoció que los indígenas americanos manifestaban y poseían un tipo de razón, que de acuerdo a las tesis de su tiempo, el ejercicio de aquella bastaba para atribuir la vigilancia del sistema universal de la ley natural. Así, la afirmación del *ius gentium* estableció un orden determinado por la ley natural más allá del dominio articulado por el Papa.

Sin embargo, la disputa de Vitoria y los argumentos de Gines de Sepulveda fueron reinstrumentalizados en la salvaguarda de De las Casas. En esta línea argumentativa, esta posibilidad se centró en el origen común de la razón y ya que se había demostrado que las comunidades originarias tenían instituciones y podían dar cuenta de contenidos morales, su estatus y personalidad jurídica parecía corresponder al carácter humano, pues compartían de origen la suerte de la razón natural. Sin embargo, esta posición derivó en la subordinación de los indígenas a la civilización europea que se autoafirmó como civilizada. De tal suerte que como explica M. Koskenniemi:

[...]their response to the conquest through the twin argument from dominium and *ius gentium* developed into a kind of universal sociology or philosophical anthropology that far from being limited to marginal aspects of external State policy became foundational for the idea of universal law divided in two parts: a public law governed structure

5 RODRÍGUEZ LOIS. La Bula Sublimis Deus: Fundamento de los derechos humanos de los Indios. *Revista Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 32, p. 486-488, 2002.

of diplomatic relations and war on the one hand, and a world of individual private rights that set up a global system of economic relationships on the other.⁶

En este mismo sentido como afirma Emmanuel Tourme-Jouanett, el ejercicio económico a partir de los principios de la fisiocracia supuso una igualdad de circunstancias para realizar un intercambio “igualitario” entre España y las *indias*, que obviamente favoreció a la colonización encausada por la igualdad o igualación racional de los indígenas desde los europeos. No cabe duda, que el reconocimiento desde el saber-poder Europeo de la diferencia de los pueblos americanos fue una estrategia esencial en la que se contempló la colonización como un principio de normalización e igualación desigual. En este sentido, la potencia sobre la cual se ejerció el comercio afirmó la fuerza de las campañas de extractivismo de metales y la consecuente dominación bélica y religiosa sobre la nueva España. Debemos tomar en cuenta que desde la justificación racional de la colonia el intercambio comercial sólo pudo ser justificado entre iguales, por tanto el origen común de aquella ley natural supuso un cierto grado de igualdad a partir de la imposición de una medida de razón.⁷ Consecuentemente, la afirmación de la racionalidad sirvió para comerciar en igualdad de circunstancias y el ejercicio de la guerra para defender las diferencias: *War is the means by which Indians and their territory are converted into Spaniards and Spanish territory, the agency by which the Indians thus achieve their full human potential.*⁸

De tal suerte que la apropiación del discurso moderno por cualquiera de las sustancias pre-hispánicas garantizó el dominio de una retórica que sujetó a cualquier diferencia a partir de la totalidad discursiva de occidente. Singularmente, este punto se pone de manifiesto en el ejercicio de la soberanía. Ello es así pues ésta se sosténía en la potencia de la guerra, de esta suerte, el principal ejercicio soberano se expresaba en la declaración de guerra pues replicaba el anhelo de conservación y de continuidad de la racionalidad dominante, por lo que incluso, el argumento de la guerra justa prevaleció como un discurso válido de la extensión de la soberanía y que

6 KOSKENNIEMI. *Colonization of the Indies? The Origin of International Law?* Helsinki: Conferencia en la Universidad de Zaragoza, 2009. p. 5.

7 ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 326.

8 ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 327.

también proyectaba su propio ejercicio de defensa en contra de los indígenas que podían vulnerar la naturaleza de su razón. En este orden de ideas, la fundamentación de la modernidad se observó con suma naturalidad desde la subalternidad del indio y la hegemonía del conquistador, lo que tuvo por lógica consecuencia una producción bio-política⁹ del orden internacional determinado por la raza y condición epistémica del fundamento discursivo de la (des) “igualdad”.

De esta suerte el colonialismo fue una de las principales estrategias para mantener una diferencia entre lo principal y subalterno a partir de un discurso que le permitiera crear una ilusión centrada en la paradoja de la igualación y normalización de la diferencia. Es decir, el colonialismo se instaura como un discurso que primeamente pretendió construir una igualdad sustantiva del “diferente” a partir de las propias reglas del fundamento hegemónico y que luego se le implementó como discurso aceptable en la idea de la igualación formal como ejercicio material, sin embargo, este rompimiento establece la separación de dos condiciones netamente distintas, dos naturalezas que se obligan a entrar en un sólo código interpretativo; en otras palabras se construyó una dialéctica sin opuestos en la que se somete al subalterno a partir de la fundamentación tópica del principal. Por tanto, desde esta lógica la separación entre la “Civilización” y el mundo incivilizado se describe por los instrumentos de quien impone las reglas del discurso, con lo que lógicamente reafirma la esencia del bárbaro y del “salvaje”. En este orden de ideas la afirmación del derecho natural pudo haber construido un puente hacia la naturaleza de la humanidad occidental, pero quizás también tuvo un efecto secundario, es decir, a las otras civilizaciones se les tomó como salvajes y bárbaras del discurso principal.

En este mismo sentido, es importante destacar que la producción y reproducción de las categorías del derecho internacional están determinadas por factores absolutamente claros dentro la lógica de la producción saber-poder. Por tanto, la producción simbólica del derecho internacional se normalizó como una estructura cuyos contenidos universales y de afirmación absolutamente racional contiene en sus fines la misma sustancia. Hacia la ruta de la modernidad nos explica Luis Eslava:

9 CASTRO-GÓMEZ. *La hibris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

Like many other international discourses, trade, development and human rights are potent transmitters of particular modes of being. At the same time, they are proxies for the promise of future perfection, perhaps of a Kantian state of universal brotherhood. In this way, the regimes of trade, development and human rights endow with content the “universal” embedded in temporary calls for the international, just as the trilogy of Civilization, Commerce and Christianity did before them.¹⁰

De lo anterior, las fuentes del pensamiento moderno al centrarse desde su producción filosófica reprodujeron la sustancia del yo y la correlación del mundo situado en el giro copernical, pero más allá, se instrumentó secularmente los límites de la civilización y la afirmación de la barbarie, de ello que las categorías principales condicionaron a las subalternas desde tres ejes: La condición judeo-cristiana; la fundamentación moderna de la civilización situada a partir del cogito y de la descripción del plano trascendental; y el capitalismo. En este tenor, la reproducción de las estructuras dentro de los actores y conciencia colectiva se reprodujeron desde la educación del derecho y su aplicación por los diplomáticos que intervienen en la creación e interpretación de las relaciones diplomáticas y aplicación del derecho internacional. De lo anterior, es notable dar cuenta del argumento de Gustavo Gozzi:

But the 19th-century writers on international law could equally have done without such racists considerations, and still they would have been able to proclaim the superiority of European civilization and its international law: Colonial expansion and dominion over the lands of the non-civilized peoples enjoyed unanimous support, however much with different accents. Particularly revealing for us today are the legal doctrines devised to justify colonial conquest.¹¹

Bajo este sentido, la proyección colonial del derecho internacional estableció un régimen de dominación entre la civilización occidental y los incivilizados colonizados. Por tanto, la sujeción de las principales categorías del derecho internacional desde su fundación hasta el ejercicio del imperialismo mantuvieron una tutela de las culturas civilizadas sobre la producción irracional de aquellas que estaban destinadas a la dependencia. Sin

embargo, la proyección uniforme de la historia universal se fragmentó ante la emergencia de otras fuentes discursivas que, bajo la presión del polo retórico de otras formas de poder, trastocaron la unidad del discurso internacional como se abordará en el siguiente punto.

3. SEGUNDA PARTE: DEL OTRO LADO DEL ESPEJO

Particularmente la proyección del colonialismo sobre el “nuevo mundo”, adquirió un matiz diferente en la producción de su putativa emancipación política, pues el siglo XIX dio cuenta del paralelismo discursivo de la libertad, a partir de retóricas fundadas en Europa para conseguir la independencia y soberanía de las emergentes burguesías nacionalistas (normalmente criollas). Sin embargo, es necesario aclarar que en lo referente al Derecho Internacional existen diversas versiones sobre el colonialismo, pero sobre todo, sobre el post colonialismo y es algo que debe comenzar a tomarse en cuenta por los estudiosos del derecho internacional del tercer mundo, pues la post colonialidad Latinoamericana también ha contribuido desde los actores de la política internacional hasta las construcciones doctrinarias, que si bien es cierto, no se han desarrollado como disciplinas dentro de las academias particulares, también lo es, que existen reflexiones que se construyeron un siglo antes que las reflexiones post coloniales de la India, África y Asia. El dialogo post colonial necesariamente debe construirse de manera intercultural a partir de la construcción contextual, a-universal y contrahegemónica. De ello que, los procesos socio históricos y los modelos económicos que supeditaron la realidad concreta y colonial de cada sociedad estuvieron determinada por un paradigma económico singular, y que, por obviedad, la fundamentación del comercio y explotación internacional (humana y de recursos naturales) giraron en torno a las presiones de los diversos modelos del capitalismo. Es de notarse que, si hablamos del Derecho Internacional moderno, sin importar su fuerza en la periferia o su progresiva gramática, debemos dar cuenta de tres influencias esenciales: A. La concepción judeocristiana de mundo; B. El fundamento epistémico centrado en el Yo y la concentración del análisis por vía de las sustancias; y C. El capitalismo.

Por otro lado, es fundamental dar cuenta de la distancia post colonial entre América Latina, África, Asia y otras experiencias fuera del continente. Esto es así pues

10 ESLAVA; SUNDHYA. Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Trade, Law and Development*, India, n. 1, p. 8, 2011.

11 GOZZI. History of International Law and Western Civilization. *International Community Law Review*, Estados Unidos, v. 9, p. 357, 2007.

los tres puntos señalados en el párrafo anterior pueden coincidir gradualmente, sin embargo, en la experiencia concreta difieren del tipo de colonialismo epistémico y también económico que se haya implementado en cada región. En tal virtud, los modelos de producción cifrados en todos los continentes corresponden a las tecnologías de poder instauradas por el colonizador (A, B y C) y los discursos sobre los que cada una de las racionalidades y comunidades pretendieron emerger como “naciones” “libres” dentro de la retórica moderna ¡Aquí el signo de admiración!

Primeramente es importante rescatar la denuncia sobre el encubrimiento que argumenta Dussel con el origen de la modernidad, de tal suerte que las independencias y creaciones soberanas de las naciones no fueron creadas a partir de racionalidades diversas y autónomas, sino más bien como parte de un “dialogo” (monocultural) de una afirmación discursiva, sin tomar en cuenta los procesos y contenidos sociales; es decir, se trató de la replicación de la gramática moderna, a partir de sus conceptos, contenidos y referentes que, parcialmente fueron instrumentados por cada una de las representaciones sociales que pretendieron su liberación o posición anti colonial. Sin embargo, el periodo entre guerras (primera y segunda guerra mundial) cifró un reacomodo de la producción económica de las potencias capitalistas. Por tanto, hacia la segunda guerra mundial los polos de influencia en las dinámicas económicas tuvieron que ser re dirigidas en dos polos: La economía norteamericana y sus aliados europeos o bien la Unión Soviética.

De ello, que ya en los años 50 del siglo pasado, desde los países colonizados o en procesos de semi-colonización, se instrumentara una serie de procesos (formales o informales) solicitando el fin del colonialismo, y que hacia la década de los años 60 y 70 existió un proceso descolonial de gran alcance. De tal suerte que se trastocó el colonialismo en su forma política, como un medio de control soberana y a partir de la re-fundamentación de nuevas soberanías se pretendió construir la afirmación de esquemas constitucionales y soberanos que al final del día, replicaron el colonialismo económico:¹² Por ende, de nueva cuenta la misión salvadora del gentil civilizador sostuvo al discurso del progreso y el desarrollo a partir de la economía e incluso el intento de diseñar un discurso económico desde el tercer mundo implicó su propia transformación y limitación emancipatoria.

12 SUNDHYA. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the, politics of Universality*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 22.

Sin embargo, las peticiones realizadas del tercer mundo hacia los países desarrollados no tuvieron la capacidad de transformar el sistema económico ni la relación entre riqueza y explotación. En este orden de ideas, es preciso dar cuenta que la noción del tercer mundo nació como un discurso igualitario bajo una concepción guiada por un referente coetaneo de la re estructura del reparto geo político y económico de la post guerra. Como explica Wallerstein:

Son mérite fut de rappeler l'existence d'une zone immense de la planète pour laquelle la question primordiale n'était pas sur quel camp s'alligner, mais quelle serait, à son égard, l'attitude des États-Unis et de l'Union soviétique. En 1945, la moitié de l'Asie, la presque totalité de l'Afrique ainsi que des Caraïbes et de l'Océanie demeuraient des colonies. Sans parler des pays “semi-colonisés”. Pour ce vaste monde sous tutelle, où la pauvreté surpassait – et de loin – celle des pays “industrialisés”, la priorité allait à la “libération nationale”.¹³

Por tanto, la cuestión del tercer mundo como un eje descolonizador que pretendía forjar una separación de la dominación política e invasora de las decisiones soberanas de cada “nación” e imaginar nuevas relaciones internacionales a partir de la plenitud de ésta, se afirmó en la agenda de la segunda mitad del siglo XX como un ingrediente esencial de la lucha por la geo política internacional y el devenir de dos modelos económicos. Sin embargo, las luchas por la liberación nacional no sólo se celebraron dentro del rigor discursivo, sino que en cambio se trasladaron a ejercicios de violencia concreta dentro del sistema mundo. Para Boaventura de Sousa Santos:

La teoría del sistema mundial afirma que la economía mundial está constituida por una red de procesos productivos interconectados y de cadenas de mercancías, en la que los procesos centrales están concentrados en las áreas centrales, mientras que los procesos periféricos están concentrados en las áreas periféricas; la transacción desigual sobre la que esta división del trabajo está basada desemboca en una polarización económica y política entre los países más fuertes, ubicados en las áreas centrales, y los más débiles, localizados en las periféricas. De acuerdo con Wallerstein, un Estado es más fuerte que otro en la medida en que puede maximizar las condiciones necesarias para la obtención de ganancias por parte de sus empresas (incluyendo empresas estatales) dentro de la economía mundial.¹⁴

13 WALLERSTEIN. De Bandung à Seattle, c'était quoi, le tiers-monde? *Le Monde Diplomatique*, Francia, año 47, n. 557, p. 20, 2000.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Traducción de César Rodríguez. Colombia: Universidad Nacional de Colombia-

En este sentido, el tercer mundo, como producto de la retórica moderna supuso un “locus” desde el que su anhelo descolonial fue plasmado en diversas causas. Por lo que la afirmación descolonizadora del siglo XX desde la lógica del desarrollo y el progreso se cifró en procesos legales, declaraciones internacionales, debates económicos y también ideologías y luchas armadas por la liberación nacional.

4. TERCERA PARTE: EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL REFLEJO SIN ESPEJO

Al respecto de lo anterior, la evolución y refundación del derecho internacional, Rajagopal nos explica que este discurso se ha diseñado sobre tres principales ejes. Primeramente la fundación Cristiana que hemos explicado previamente. El segundo movimiento se cimienta en la división entre civilizados e incivilizados, cuyo epicentro se define por el modelo económico sobre el que cada sociedad se sostiene. Asimismo la radicalidad del capitalismo y su relación con el colonialismo toma sentido cuando se plantea su afirmación como un ejercicio racional, cuyo desarrollo atiende a los fines de la civilización y sociedades progresistas. Finalmente, el último se focaliza en los movimiento descoloniales que se dieron desde la década de los 40 hasta los años 50.¹⁵

En este orden de ideas, luego de la segunda guerra mundial y la posición anticolonial de los países subalternos, se comenzó a fraguar la concepción del tercer mundo. Esta vinculación política de países y naciones que re configuraron su argumento desde la potencia de la unificación post colonial evidenciaron el agotamiento del discurso que sostenía a los mandatos frente a la vida política de las naciones colonizadas que comenzaban a trasmutarse hacia una novedosa alternativa: la descolonización política y la construcción de un nuevo horizonte económico, que como vimos al final del punto anterior, replicó los fundamentos civilizacionales de la producción del imperialismo y de los fundamentos coloniales.

A pesar de ello, la concepción sustancial de los derechos fue replicada por las reflexiones de los practicantes

y educadores del tercer mundo, sin lograr construir y menos imponer una nueva narrativa a partir de ejercicios prácticos que re construyeran su fuente soberana como ejercicio de producción de saber, sino que tristemente, retomaron la gramática sobre el desarrollo de occidente y el sistema capitalista o las luchas “emancipatorias” en pro del comunismo. De esta suerte, los puntos críticos de la emancipación se concentraron en la replicación del progreso y el núcleo de los derechos humanos.

La concepción del tercer mundo estableció la ruta del desarrollo y el ejercicio de una pretendida igualación sustancial a partir de los derechos otorgados por el derecho internacional y el discurso imperial, colonial y occidental. Por tanto la relevancia de la declaración de la ONU de 1950 sobre la Libre determinación de los pueblos, así como su inherente vinculación con la Conferencia de Bandung de 1965 cifró formalmente hablando la vía formal de la liberación de los pueblos colonizados, pero que en términos materiales, replicó los conceptos y las prácticas coloniales desde la afirmación del imperialismo al que se sometió al tercer mundo.

La aparente independencia del tercer mundo se afirmó como una nueva voz política en la era de la guerra fría, sin embargo, a pesar de la reconstrucción de sus independencias la vocación política y económica no logró producir conceptos, derechos y prácticas más allá de las propuestas de organización política y económica encumbradas por la Unión Soviética y el capitalismo Euro Americano. Sin embargo, aquí es preciso dar cuenta de un fenómeno mucho más sociológico que jurídico, pues es seminal notar que las peticiones y decisiones tomadas dentro del derecho internacional por los países del tercer mundo se cimentaron desde una base decidida por el mandatario de aquel país y que en ocasiones sus representaciones políticas no coincidían con el ideario colectivo de su propia sociedad, sino que solamente contaban con la legitimidad desde aparato internacional. Esto es relevante pues normalmente los países del tercer mundo fueron golpeados por intereses locales cuyas élites étnicas, raciales o económicas reconfiguraron los discursos sobre la liberación nacional, que en ocasiones dejó de lado a las necesidades y formas de saber-poder y vida encubiertas por las categorías occidentales del discurso internacional. Un ejemplo simple de lo anterior el concepto de Nación.

Esto tiene un significado singular dentro de la construcción de la libertad de la determinación de los pueblos en el derecho internacional. Revista de Derecho Internacional, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p.90-104

ILSA, 1999. p. 71.

15 BALAKRISHNA. *International Law from Below Development: Social Movements and Third World Resistance*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 24-25.

blos, ya que los discursos formales del aparato internacional fueron retomados desde la afirmación de la totalidad de los mandatarios quienes usaron sus discursos para continuar con sus ideologías políticas, como fue el caso en las luchas armadas y guerrillas que se siguieron de la liberación nacional, sometiendo a otras culturas y civilizaciones a la presión uniforme del Estado-nación en nombre de la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, a partir de estos discursos internacionales no sólo las cúpulas de poder y las burguesías nacionalistas se apropiaron de sus contenidos, sino que también los actores sociales re habitaron los conceptos, los derechos y sus sustancias a partir de necesidades materiales y concretas.

Bajo este orden de ideas, la fundamentación de la libertad desde el orden internacional tuvo un complejo abordamiento desde perspectivas “emancipadoras” como hegemónicas. De tal suerte que el planteamiento desde la afirmación formal de los derechos entre las naciones construyó procesos duales a las manifestaciones sociales que propugnaban por el fin del colonialismo. En este orden de ideas tanto el discurso del derecho internacional y los ejercicios militares de las luchas por la liberación nacional coincidieron dentro de una retórica anti-colonial. Desde la afirmación de las luchas por las liberaciones nacionales es importante destacar que la construcción hegemónica del discurso descolonizador tuvo al menos dos momentos relevantes en el siglo XX dentro de la concepción formal del derecho internacional. A. La Declaración sobre Derechos Humanos de 1948; y B. La declaración sobre la Libertad de autodeterminación de los pueblos.

Mientras que materialmente, en el plano de la política internacional la Conferencia de Bandung y El giro del Nuevo Orden Económico Internacional establecieron una ruta sobre el abandono del colonialismo como una forma políticamente correcta hacia la reconstrucción del orden geo político.

En este sentido el Nuevo Orden Internacional Económico fue un proceso cifrado por la ONU en 1974, del cual no se desprende otra transformación de la organización económica de las naciones capitalistas, sino que se trataba simplemente de reaccionar ante el paradigma del tercer mundo de nuevo, desde el mismo código interpretativo. En general prendió establecer:

- a. Orientation of the international monetary system toward the interests of the developing

countries; production cartels along the lines of OPEC;

- b. Production cartels along the lines of OPEC;
- c. Commodity agreements to regulate process and quantities;
- d. linkage of export prices in the developing countries to the prices in the developing countries to the prices they have to pay for imports (under the general heading of “indexation”);
- e. extension of preferential treatment in trade;
- f. recognition of developing countries permanent sovereignty over their natural resources, covering also the issue of exploiting the ocean floor and related question of territorial waters;
- g. transfer of advanced technology to the developing countries on preferential terms –to some extent without a quid pro quo but with guarantees by governments.¹⁶

Por otro lado, también existieron movimientos sociales, que a partir de sus dimensiones particulares, tomaron como ruta emancipatoria la vía armada, las milicias y la guerrilla. De tal suerte que comprender el proceso llamado descolonizador (Por la ONU) es mucho más amplio que el ejercicio de la libre autodeterminación de los pueblos o el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Es fundamental destacar que en cada uno de estos movimientos guiados por la centralidad discursiva de los *Estados Nación* y la retórica internacional creada sobre la dimensión geo política de la post guerra, debe evidenciarse la afirmación histórica del saber poder como ejercicios ocultados por las dinámicas coloniales e imperiales, de otra manera, la auto determinación y las liberaciones nacionales sólo corresponderían a un intento de reconfiguración contextual de conceptos creados por una lógica superior, lo que de facto establece la subalternidad de aquel que les cuestiona en el régimen de dominación.

Contextualmente, es necesario dar cuenta de que los procesos de organización de la geo política luego de la segunda guerra mundial configuraron dos polos distintos sobre la interpretación de la civilización posible. Por un lado, la civilización propuesta de los países capitalistas y por otro, el bloque soviético. De ello, que la creación de la ONU corresponda a una sola versión de civilización y que cuyos contenidos de derechos y me-

16 OTOMAYO. *The New International Economic Order (NIEO): A review*, Foro Nigeriano, mar./abr. 1987.

dios para comprender al mundo estén limitados por su propio discurso. Basta revisar el preámbulo de la declaración de derechos humanos de 1948 para cuestionar:

Qué significa (re)conocimiento. ¿El sistema internacional planteado por los miembros de la Organización de las Naciones Unidas [...] tienen la facultad epistémica para conocer y validar contenidos materiales de las diversas formas de vida? Es decir, ¿constituye una autoridad en el saber universal? ¿Constituye la ONU una Meta ética imperial? b) Qué entienden los miembros de la ONU por dignidad intrínseca. ¿los campos de la dignidad se someten inductivamente? c) ¿Es una declaración universal sobre Derechos Humanos de toda la familia humana (todos), hecha por los pueblos de las Naciones Unidas (algunos)? Y ¿los que no firman estas declaraciones, no tienen derechos humanos? d) La conciencia de la humanidad: ¿es universal? De ser así, los hechos de barbarie ultrajante ¿también lo son? Situación que se complica más cuando preguntamos: ¿De existir una “única” (meta)ética, debemos someternos a ella? e) El hombre, la humanidad y persona humana (en términos del preámbulo) ¿son los límites de la extensión de los derechos humanos? Su comunidad, que infiere fauna y medio ambiente, los no presentes, bienes comunes (no sólo de la humanidad), los otros no mencionados ¿no tienen derechos humanos, no forman parte del patrimonio universal aquellos que no reconocen la categoría del yo moderno? f) ¿Los contenidos de la dignidad, libertad, igualdad, progreso son universales? Pero, sobre todo, ¿son descubiertamente universales?¹⁷

Por otro lado, en este acomodo de fuerzas políticas es visible que el desarrollo del Estado Nación y el ejercicio de los sistemas constitucionales fueron esenciales para establecer el imperialismo como base de organización geo política hacia la segunda parte del siglo XX. Por tanto, la relación crítica o positiva de la concepción social del tercer mundo (1952) estuvo influenciada por dos posiciones imperiales (URSS y el capitalismo euro-americano) que, particularmente para este argumento situó la afirmación hegemónica sobre la reconstrucción de las naciones periféricas ante la polarización del mundo.

En el caso, el reconocimiento de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de igualdad y libre determinación de los pueblos se puede encontrar desde sus orígenes de esta organización a partir de sus intenciones de igualdad y respeto sobre los derechos hu-

manos; sin embargo, retóricamente parece ser que esta igualdad está como en otra, supeditada a una igualdad formal que proviene de un esquema epistémico superior y que los actores solo pueden adherirse a aquél. En este mismo sentido, la posición del “tercer mundo” sobre el colonialismo atravesó la historia colonial desde la denuncia y la celebración de la Conferencia de Bandung en 1965 así como el llamado para la confrontación de la Conferencia Tricontinental en 1966 y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del mismo año, que establece: *Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.*

En suma, estos movimientos guiaron el discurso sobre el ejercicio autónomo de la soberanía, el fin del colonialismo y la independencia política de las naciones “ex” colonizadas. Empero, cada uno de éstos está determinado por una articulación ideológica que supuso el replanteamiento de la comunidad internacional. Materialmente, la historia puede demostrar cómo las luchas por liberación nacional instauraron una era de afirmación de la guerra como un medio de acceso a la libertad, mientras que la producción del colonialismo, imperialismo y la reivindicación de la totalidad como producción de conceptos, definió los contenidos discursivos del replanteamiento descolonizador. Es menester destacar que en el discurso internacional los conceptos fundados en la producción occidental establecieron un posicionamiento total sobre cualquier otra manifestación de pensamiento, reduciendo a la retórica internacional cualquier pedimento local.

Como vimos en la primera parte, occidente tiene una tradición singular sobre el uso de la guerra como ejercicio de la soberanía y como medio de afirmación de la libertad, por lo que bajo el propio discurso “contrahegemónico” de los movimientos armados para la liberación nacional y la posición bélica de las independencias a través de los discursos instrumentalizados por las izquierdas en África, Latinoamérica y Asia, pretendieron reconfigurar las relaciones de desigualdad a partir de la propia lógica que buscaba derrocar. Es decir, el ejercicio soberano manifiesto en la guerra como residuo del colonialismo del siglo XVI.

El ejemplo de Cuba de 1959 representa un ejercicio sobre la base discursiva del pensamiento de izquierda producido por el discurso comunista, sin embargo, no

17 SANDOVAL TRIGO. Los derechos humanos como descolonización y luchas sociales. *Métodos: Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, México, año 3, n. 6, p. 16-17, enero/junio 2014.

es el único ejemplo. Al respecto, el ejercicio de este supuesto de liberación condicionó dos posibilidades sobre el primer y segundo mundo: Continuar la ruta sobre el capitalismo o bien usar el discurso opuesto. El grado de elección se imitó por la propia base discursiva, que, si bien es cierto, se postuló a partir del consenso, la dimensión racional de los fundamentos fueron contextuales y determinados por la apropiación de los movimientos que estuvieron detrás de cada una de las luchas locales. En este orden de ideas los otrora países ex colonias o bien semi coloniales (como Cuba) sostuvieron los contenidos discursivos y las acciones desde la óptica anti-imperial, sin embargo; terminaron por reproducir un ejercicio imperial de cada estamento sobre las bases libertarias. Por tanto, los ejercicios contrahegemónicos reconstruyeron un orden ortodoxo sobre la liberación nacional.

Por otro lado, dentro del carácter institucional las dos opciones formales sobre el fin del colonialismo se erigieron a partir de la base de la reproducción de un nuevo imperialismo, que a la fecha se ha reproducido en una lógica neo-colonial del modelo económico, cuyas repercusiones internacionales suponen la integración de un sistema neo-liberal sin contrapesos y que, sea en la dimensión ordoliberal o neo liberal, suponen los límites de la misma civilización. De ello que los contenidos emancipatorios de nuestros días suponen al menos formalmente hablado.

5. CUARTA PARTE: EL REFLEJO QUE ROMPE AL ESPEJO

A lo largo de este documento he pretendido construir una descripción sobre el desarrollo del contexto y supuesto ejercicio de la libertad de autodeterminación de los pueblos, sin embargo, luego de la crítica es necesario dar cuenta de procesos de reconstrucción de la retórica del Derecho Internacional y su ejercicio contrahegemónico, pues a partir de movimientos sociales concretos y ejercicios continuados de resistencia, la significación de conceptos tan generales y poco concretos, como los mencionados al principio de este documento, los movimientos sociales que nacieron a la par de la experiencia del colonialismo e imperialismo del siglo pasado, dieron pauta a la reflexión sobre la adaptación del discurso hegemónico por diversas actores en el juego

del Derecho Internacional. Al respecto Rajagopal establece:

Unlike the national Liberation movements, which saw themselves and were seen mainly in political and economic terms, this new movements have embraced culture as a terrain of resistance and struggle. This turn to culture among mass movements in the Third World during the last two decades has emphasized rights to identity, territory, some form of autonomy and most importantly, alternative conceptions of modernity and development.¹⁸

En este sentido, la participación de pueblos originarios y voces disidentes de la sociedad en general, tomaron un papel más activo luego de la primera mitad del siglo XX hasta nuestros días en el plano de las relaciones internacionales y su ejercicio por parte del Derecho Internacional. Pues a partir de la aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas, la personalidad jurídica y las implicaciones de los derechos fueron reconocidos por parte del propio sistema internacional, a lo que con dependiendo de la legislación local y de la pertenencia o no a tal sistema y los derechos específicamente violados se habitan y transforman el catálogo de derechos desde los pueblos y movimientos sociales, es decir, desde abajo.

Sin embargo, la fundación de los derechos humanos comparte la misma trayectoria civilizacional que el Derecho Internacional, por lo que la crítica sobre su universalidad, de acuerdo con su propia naturaleza, se hace patente. En este sentido, el uso de los derechos humanos ha sido instrumentalizado por los movimientos sociales, no como ejes de la política o proyectos económicos, sino como una clave de resistencia por la que la defensa de su espacio, territorio, visión de mundo y dignidades se alza en contra del capitalismo, el imperialismo y el colonialismo. A pesar de ello, la sustancia que anima los contenidos de los derechos continúa reivindicando un tipo de civilización y el ejercicio de dominación del saber poder, que a partir de cada lucha concreta es posible abrir y re-habitar el contenido de las normas desde ejercicios estratégicos que correspondan a las necesidades sociales y a la proyección del ejercicio relativo de sus dignidades.

Como ejemplo de lo anterior es notable un caso particular en la adaptación del discurso internacional

18 BALAKRISHNA. *International Law from Below Development: Social Movements and Third World Resistance*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 165-166.

desde los movimientos sociales, me refiero al reclamo de reconocimiento de autonomía por parte del pueblo de Cherán¹⁹ en el Estado de Michoacán, México. Por primera vez, una comunidad de pobladores originarios utilizó interpretativamente el orden jurídico (internacional y nacional) apropiándose del orden constitucional que permite el ejercicio de la organización y autonomía al interior de los pueblos originarios, a la par de la libre auto determinación, los derechos humanos de procedencia internacional. Su pretensión fue crear una forma de gobierno distinta de la organización política del municipio. Así pues, el fallo judicial no sólo resolvió una cuestión de reconocimiento de derechos políticos electorales, sino que también delimitó un marco de flexibilidad dentro de la propia estructura del Estado para abrir espacio al reconocimiento de una legitimidad alterna al de las propias instituciones formales y que ésta a su vez conllevaría la aceptación de un cambio de régimen político ya existente y formal, por un régimen autócrata producto de la efervescencia social de una comunidad que rechazaba los procesos legales e institucionales para la elección de representantes y organización estructural de los poderes.

Así pues, el caso de Cherán, se apropió concretamente de los derechos reconocidos por el sistema jurídico mexicano a partir de la armonización del marco internacional, que dentro del proceso de judicialización se reconoció la autonomía y libre determinación de su ejercicio político. En todo caso, el reconocimiento de la autonomía de Cherán como un proceso democrático asimila la voluntad del movimiento social, sus necesidades, sus derechos y la relación dinámica con las instituciones formales del Estado, que, en el caso, suponen el ejercicio favorable de su pretensión sobre la autodeterminación.

Cabe señalar que desde un primer momento la división de poderes prevaleció durante todo el proceso del movimiento por la autonomía en Cherán, pues la decisión sobre el reconocimiento de los usos y costumbres como forma de elegir representantes no fue tomada de manera unilateral por los miembros de la comunidad, sino que puntualmente el fallo quedó en manos de un órgano jurisdiccional formal exógeno y que aplicó leyes generales creadas por un poder legislativo independien-

te al tribunal y a los promoventes. De tal suerte que al existir un apropiamiento del derecho a la libre determinación reconocido en el artículo 2º constitucional como eje central de la demanda, el gobierno autónomo que emanara de la elección por usos y costumbres necesariamente estaría limitado por las condiciones que la propia constitución impone al ejercicio de este derecho. En este sentido se instrumentó desde abajo una relación entre el sistema constitucional y los marcos del derecho internacional a partir del empuje de una manifestación informal de democracia de alto impacto, a fin de proteger sus integridades y desarrollos vitales.

Sin embargo, en este mismo sentido debemos de dar cuenta de los procesos de Descolonización del siglo XXI a partir de las experiencias de las transformaciones constitucionales en Ecuador y Bolivia, desde las que los fundamentos de orden colonial se re-sitúaron, permitiendo con ello la emergencia y la afirmación de otra relación de saber-poder al interior del ejercicio político y del orden social. De ello que valga la pena leer parte del preámbulo de la Constitución de Ecuador:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad.

Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay.

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades.

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.

En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente Constitución de la República del Ecuador.

Al respecto de la centralidad de este texto, vale la pena reflexionar sobre la libertad de autodeterminación de los pueblos como un ejercicio anti imperial, descolonial y bajo una afirmación anti capitalista, pues de otra manera, el ejercicio soberano estará determinado a un

19 ARAGÓN ANDRADE. El derecho en insurrección: El uso contra-hegemónico del Derecho en el movimiento Purépecha de Cherán” *Revista de estudios e pesquisas sobre as Américas*, v. 7, n. 2, 2013.

código interpretativo como un marco epistémico creando sin la participación dialógica o producción política de los actores, continuando la intervención del imperialismo y el colonialismo desde los márgenes del saber y del poder moderno. Por lo que valdría la pena pensar en los puentes del diálogo intercultural como una vía de producción de libre determinación de los pueblos, pero más importante aún, es necesario pensar si dentro de la conformación de las diversas comunidades internacionales y sus intereses geo políticos hay espacio para el diálogo intercultural o afrontar su conformidad neo colonial. De ello, que establecer una ruta descolonial como se planteaba por la ONU sobre la década de los años 60 del siglo pasado parece ingenuo tratándose de fin del capitalismo, imperialismo o colonialismo, pues la mayoría de los criterios conservadores apuntan a la normalización de las naciones y actores nacionales e internacionales a los márgenes determinados por un solo proceso histórico, que como hemos evidenciado en este texto, ha recreado el ocultamiento y la dominación, explotación y subalternidad de individuos, pueblos y naciones. Por lo que valdría la pena pensar más allá del neo liberalismo, del neo colonialismo y de los instrumentos internacionales cifrados en la retórica de la totalidad y la guerra como una nueva cruzada por la seguridad global.

Finalmente, la implicación de pensar en la libre determinación de los pueblos implica una responsabilidad en los académicos y los actores internacionales. Primero hay que des pensar la historia como universal y como una lógica progresiva para entender que el derecho moderno e internacional fue construido desde una sola civilización y que si se pretende una comunidad de las naciones, deberá comprenderse que existen diferentes manifestaciones relativas (en si mismas) de la civilización, proyectos de vida y formas económicas más allá de las fuentes modernas, del neo liberalismo y la neo colonialidad. Valdría la pena pensar en la descolonización del concepto del Estado Nación, pues a partir de la lógica mono cultural su significación ha ocultado otras posibilidades de ejercicio político y debemos aper- turar la producción de conceptos tal como lo hiciera la última constitución de Bolivia al comprender su organización desde una base plurinacional, que desde las implicaciones del saber poder, son fundamentales para la re construcción de la imagen del mundo, sobre las que las normas nacionales e internacionales habrán de ser compartidas o bien, luchadas desde abajo. Por último, la descolonización del Derecho Internacional y del

Derecho moderno implica una revisión histórica, pero más importante aún, implica un compromiso ético: La desobediencia al imperialismo es la obediencia por la emergencia de la dignidad. El primer paso para desobedecer siempre será pensar.

REFERENCIAS

- ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2004
- ARAGÓN ANDRADE. El derecho en insurrección: El uso contra-hegemónico del Derecho en el movimiento Purépecha de Cherán" *Revista de estudios e pesquisas sobre as Américas*, v. 7, n. 2, 2013.
- BALAKRISHNA. *International Law from Below Development: Social Movements and Third World Resistance*. New York: Cambridge University Press, 2003
- CASTRO-GÓMEZ. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del outro: hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: UMSA, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Plural Editores, 1994.
- DUSSEL. *Filosofía de la liberación*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- ESLAVA; SUNDHYA. Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law. *Trade, Law and Development*, India, n. 1, 2011.
- GENTILI. *El león y el cazador*. Historia de África Subsahariana. Buenos Aires: CLASCSO, 2012.
- GOZZI. History of International Law and Western Civilization. *International Community Law Review*, Estados Unidos, v. 9, 2007.
- KOSKENNIEMI. *Colonization of the Indies?: The Origin of International Law?* Helsinki: Conferencia en la Universidad de Zaragoza, 2009.
- OTOMAYO. *The New International Economic Order (NIEO): A review*, Foro Nigeriano, mar./abr. 1987.
- RODRÍGUEZ LOIS. La Bula Sublimis Deus: Fundamento de los derechos humanos de los Indios. *Revista Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universi-*

dad Iberoamericana, México, n. 32, 2002.

SANDOVAL TRIGO. Los derechos humanos como descolonización y luchas sociales. *Métodhos: Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos*, México, año 3, n. 6, enero/junio 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Traducción de César Rodríguez. Colombia: Universidad Nacional de Colombia-ILSA, 1999.

SUNDHYA. *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the politics of Universality*. New York: Cambridge University Press, 2011.

TOURME-JOUANNET. *On the colonial origins of International Law: About the modern law of Nations in the Eighteenth Century*. En Pierre-Marie Dupuy y Vincent Chetail (eds). *The roots of international law/Les fondements droit international: Liber Amicorum Peter Hagenmacher*. Brill. EUA. 2014

WALLERSTEIN. De Bandung à Seattle, c'était quoi, le tiers-monde? *Le Monde Diplomatique*, Francia, año 47, n. 557, 2000.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



International climate change regime as a promoter of colonial systemic and symbolic violence: Its relationship with international environment security and food system thru the lens of feminist approach

Régimen internacional de los cambios climáticos como promotor de la violencia sistemática y simbólica: Su relación con la seguridad ambiental internacional y el sistema alimentario a través de las lentes del enfoque feminista

Douglas Castro

Bruno Pegorari

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

International climate change regime as a promoter of colonial systemic and symbolic violence: Its relationship with international environment security and food system thru the lens of feminist approach*

Régimen internacional de los cambios climáticos como promotor de la violencia sistemática y simbólica: Su relación con la seguridad ambiental internacional y el sistema alimentario a través de las lentes del enfoque feminista

Douglas Castro**

Bruno Pegorari***

ABSTRACT

* Recebido em: 09/10/2017.
Aprovado em: 06/03/2018.

This paper was presented at the Conference Rethinking and Renewing the Study of International Law in/from/about Latin America, September 26-28, 2017, Bogota, Colombia.

We want to thank especially the UNIP law students Caroline Romano Pelucio, Giuliana Lopes Simões Romeiro, and Paula Fernandes Maschio for helping me with the collecting data process in regard to the climate change conferences.

** Pós-doutorando da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Doutor em Ciência Política - Relações Internacionais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH-USP). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Internacional pela Brigham Young University. Professor de Direito Internacional e Relações Internacionais na Universidade Paulista. E-mail: dougcastro@gmail.com.

*** Pesquisador em tempo integral do Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento da Escola de Direito da FGV-SP. Mestrando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Bolsista do Fundo Sasakawa (SYLFF). E-mail: bpegorari@gmail.com.

Climate change regime is formed to ameliorate the impacts of anthropocentric activities over the environment. The structure of the regime is formed by multilateral international agreements that reproduce a colonial logic in which metanarratives are used to cast the shadow of domination thru the language of international law. In this study the metanarratives are challenged by a feminist approach that provides the dialectic tools to expose the attempt to perpetuate the colonial ruling thru law. The empirical dimension of the study is conducted using the content analysis to identify the subtext and context underlying the text of international law in the climate change regime and its perverse relationship with the international environmental security and food system, being such task conducted using a *Computer Assisted Qualitative Data Analysis Software* (CADQAS) called *ATLAS.ti*.

Keywords: International Law. Imperialism. Feminist Theory. Metanarratives. Climate Change Regime.

RESUMEN

El régimen de cambio climático se forma para mejorar los impactos de las actividades antropocéntricas sobre el medio ambiente. La estructura del régimen está formada por acuerdos internacionales multilaterales que reproducen una lógica colonial en la que las meta narrativas se utilizan para arrojar la sombra de la dominación a través del lenguaje del derecho internacional. En este estudio las meta narrativas son desafiadas por el enfoque feminista que proporciona las herramientas dialécticas para exponer el intento de perpetuar el dominio colonial a través de la ley. La dimensión empírica del

estudio se lleva a cabo utilizando el análisis de contenido para identificar el subtexto y el contexto que subyace al texto del derecho internacional para el régimen de los cambios climáticos y su relación perversa con la seguridad ambiental internacional y lo sistema alimentar, siendo dicha tarea realizada utilizando un software de análisis cualitativo de datos asistido por computadora (CADQAS) denominado ATLAS.ti.

Palabras clave: Derecho Internacional. Imperialismo. Teoría Feminista. Meta narrativas. Régimen de Cambios Climáticos.

1. INTRODUCTION

International regimes are formed to mediate the relationship between the distribution of power and the anarchical structure of the international system. In this sense, the formation of international institutions in the twentieth century occurs under a scenario marked by the rule of colonialism and imperialism¹.

Thus, instead of reducing inequalities in the world system, international institutions reproduce a prevalent logic of material and subjective discrimination based on a colonialist ideology marked by violence, which is communicated in a certain way so that it can justify its importance and legitimacy, while colonial violence is perpetuated under the form of symbolic violence manifested in language that imposes a universal meaning and systemic violence that manifests itself in the “perfect” functioning of the world economic and political system as the ultimate form of development². One of the perverse and subtle dimensions of this violence is gender discrimination.

The struggle for recognition and representation of the women against the violence can be traced to the 1968 movement. From post-1968, according to Eagleton:

Significant changes in the common culture or the academy may not be met by similar advances in political and economic spheres or those advances, though real, may be offset by other retreats or areas of neglect. The estimation that is so difficult to make is whether the glass of feminism is half empty

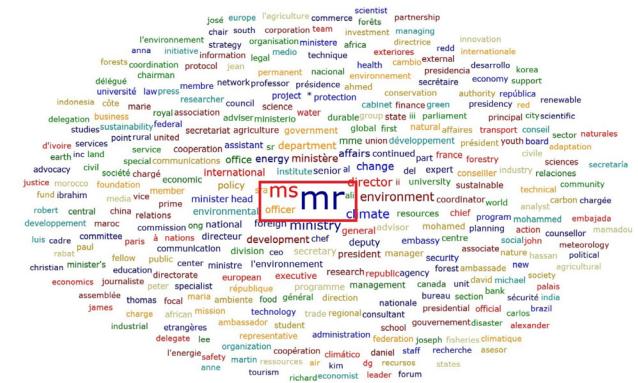
1 Pahuja, D. S. (2011). Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality. Cambridge University Press.

2 Zizek, S. (2008). Violence: Six Sideways Reflections. Picador.

or half full.³

The central argument of this paper is built on the climate change regime case study that identifies the “moral grammar” of institutions in discriminating against women⁴. It is an attempt to provide an explanation through the lens of the Feminist Theory (FT) in International Law (IL) of the current paradox in this important international regime: while international community recognizes the urgency of acting for human survival, the climate change regime faces a disconcerting apathy due to the inaction of the countries. The figure below is representative, among other things, of the discrepancy in terms of participation, which we should stress is not confined to the sphere of climate change, however, it is very significant considering the nature of the threat upon survival:

Figure 1: Word cloud



quires a qualitative approach in which the epistemological foundation is deductive in the sense of applying the FT to find enough empirical evidences on how the systemic and symbolic violence permeates the climate change regime⁶.

As seen in Figure 1, the climate change regime already shows a discriminatory evidence, maybe no different from other regimes, in which women's participation is low. Of course, one might argue that in the field of climate changes requires specific scientific formation that is a field historically occupied by men, thus, the arguments or attempts for explanation of the low ratio of participation might go on. For that reason, the investigation procedure will consider procedures of content analysis of the chosen official documents to identify the moral grammar of gender oppression as one of the axes of a larger context of imperial power⁷. To conduct a more rigorous content analysis, the methodological path should follow the socio-legal approach⁸ that consists a text analysis (law), subtext (the moral aspects of the law – deep or implicit meanings), and context (the undeniable connection between law and reality)⁹.

The challenge is to find in such documents the antagonist language to hope, creativity, resilience, persis-

6 King, G., Keohane, R. O., & Verba, S. (1994). *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton University Press. For a comprehensive study of the introduction of the climate changes in the realm of the social sciences see Chakrabarty, Dipesh. *The climate of history: four theses*. Critical Inquiry, Chicago, v. 35, n. 2, 2009, p. 197-222 <<https://doi.org/10.1086/596640>>.

7 Krippendorff, K. (2012). *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology* (3 edition). Los Angeles ; London: SAGE Publications, Inc.. Bardin, L. (2011). *Análise de Conteúdo* (Linguistica). Edições 70.

8 First, what is approached? Socio-legal approaches consider not only legal texts, but also the contexts in which they are formed, destroyed, used, abused, avoided and so on; and sometimes their subtexts. Second, how is socio-legal thinking and practice undertaken? It is interdisciplinary, drawing (analytically) on the concepts and relationships and (empirically) on the facts and methods of the social sciences, and sometimes the humanities. Third, why is socio-legal thinking and practice undertaken? Socio-legal approaches to international economic law aim to understand legal texts, contexts and subtexts, sometimes for the objective purpose of achieving clarity, sometimes with a view to changing them. Perry-Kessaris, A. (Ed.). (2012). *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext* (1 edition). Abingdon, Oxon: Routledge. p.6.

9 Perry-Kessaris, A. (Ed.). (2012). *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext* (1 edition). Abingdon, Oxon: Routledge. It is an essential task of any complete theory of society to investigate not just social institutions and practices, but also the beliefs agents have about their society – to investigate not just the social reality in the narrowest sense, but the social knowledge which is part of that reality. Geuss, R. (1981). *The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press. p. 56.

tence, and solidarity, all concepts that play an important role in FT in the struggle for marginalization¹⁰. This task will be conducted using a *computer assisted qualitative data analysis software* (CADQAS) called *ATLAS.ti*.

2. IMPERIALISM AND FEMINISM: FIGHTING SISTEMIC AND SYMBOLIC VIOLENCE

Our starting point in developing the theoretical framework is presenting the general tenets of the concept of imperialism¹¹. Young¹² presents the concept of imperialism in such way that is less problematic in terms of contrasting it with colonialism, which concepts for some are wrongfully interchangeably:

The term 'empire' has been widely used for many centuries without, however, necessarily signifying 'imperialism'. Here a basic difference emerges between an empire that was bureaucratically controlled by a government from the centre, and which was developed for ideological as well as financial reasons, a structure that can be called imperialism, and an empire that was developed for settlement by individual communities or for commercial purposes by a trading company, a structure that can be called colonial

Therefore, the conceptualization of imperialism is based on the exercise of power [...] either through direct conquest or (latterly) through political and economic influence that effectively amounts to a similar form of domination: both involve the practice of power through facilitating institutions and ideologies¹³. Interesting to note that even gender discourse is used as a tool for domination as the following passage states:

Positing the nation as Imperial Mother can be viewed, on the one hand, as a reworking of France's imperial identity, but also as the expression of concerns relating to the future of the French

10 Otto, D. Feminist Approaches to International Law, in Orford, A., & Hoffmann, F. (Eds.). (2016). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. OUP, Oxford.

11 The concept of imperialism and its relationship with the concept of colonialism is complex and controversial. For a deeper analysis on this matter: YOUNG, R. J. C. *Postcolonialism: An Historical Introduction*. 1st edition ed. Oxford, UK; Malden, Mass: Wiley-Blackwell, 2001.

12 Young, R. J. C. (2016). *Postcolonialism: an Historical Introduction* (1 edition). Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA: Wiley-Blackwell, p. 16.

13 Young, R. J. C. (2016). *Postcolonialism: an Historical Introduction* (1 edition). Chichester, West Sussex, UK ; Malden, MA: Wiley-Blackwell, p. 27.

race, sexual morals, and the position of France in the colonized territories. The feminized version of imperial identity functioned to some degree not only as an assertion of plenitude toward the colonized, but also as a symbol of the hope of a national regeneration abroad¹⁴.

The key-point in this discussion involves the spreading of institutions and ideologies that propagates social and political structures as a form of domination and discrimination. Of course, the economic dimension is present in such notion of imperialism; however, note that it is not a simply colonial venture we are referring to but a larger one in scope and purpose that demands a high level of bureaucratic control that dictates the rules and conditions of minorities' participation.¹⁵

This is the kind of violence Zizek¹⁶ is concerned of. The signals of violence human race receives are associated to crime and terror, civil unrest, and international conflict, thus, a type of violence that is perceived upfront and perpetrated by identified agents. According to the author, we should take a step back to perceive the context in which these outbursts of violence happen, so we might identify the violence that sustains our efforts to fight violence and promote tolerance (such a paradox).

The visible form of violence is called subjective, which brings undesired perturbation to the **normal** state of affairs. However, objective violence in which systemic and symbolic violence are part of, is the violence imposed to define the parameters of the **normal**¹⁷. For the author, symbolic violence is embodied in the language and forms that directs to domination or imposes certain universe of meanings, and systemic violence is related to the **smooth functioning** of the economic and political institutions. In this sense, not only material

14 Fischer-Tiné, H., & Gehrmann, S. (Eds.). (2008). *Empires and Boundaries: Race, Class, and Gender in Colonial Settings*. New York: Routledge.

15 The speech made by Lord Cruzon at the Byculla Club in 1905 is representative of this logic: To fight for the right, to abhor the imperfect, the unjust or the mean, to swerve neither to the right hand nor to the left, to care nothing for flattery or applause or odium or abuse it is so easy to have any of them in India never to let your enthusiasm be soured or your courage grow dim, but to remember that the Almighty has placed your hand on the greatest of his ploughs, in whose furrow the nations of the future are germinating and taking shape, to drive the blade a little. In <https://archive.org/stream/lordcurzonsfarew00curzrich/lordcurzonsfarew00curzrich_djvu.txt>. Last Access: July 10, 2017.

16 Zizek, S. (2008). *Violence: Six Sideways Reflections*. Picador.

17 Zizek, S. (2008). *Violence: Six Sideways Reflections*. Picador.

conditions are needed to form the normal in international institutions, but the construction of this state thru a universe of meanings so powerful that becomes an ideology that shapes social reality within the boundaries of the dominant group¹⁸.

Therefore, for the sake of the argument, challenging the climate change regime as institutionalized nowadays is a perturbation of what is institutionalized as normal for international community. Defying a system that is prevalent masculine or that excludes Third World Countries from the debate of what is the desired sustainable development disrupts the **normal order of things** as institutionalized in the world system in the process of the decolonization of the countries in the Global South¹⁹. This is what Chimni refers to:

There is the old idea, which has withstood the passage of time, that dominant social forces in society maintain their domination not through the use of force but through having their worldview accepted as natural by those over whom domination is exercised. Force is only used when absolutely necessary, either to subdue a challenge or to demoralize those social forces aspiring to question the "natural" order of things²⁰.

Upon the prevalent logic of systemic and symbolic violence that permeates international institutions²¹, we pose an important question: can the subaltern speak²²? Going a bit further, the question should be: how will the subaltern speak? This is part of a deeper discussion in which the West needs to keep itself as the subject while maintaining the construction the subaltern thru politics, economy, law, culture and so forth²³.

18 Eagleton, T. (2007). *Ideology: An Introduction* (New and Updated Edition edition). London ; New York: Verso. This is what Habermas calls forms of technocratic management. See Habermas, J. (1991). *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (Sixth Printing edition). Cambridge, Mass: The MIT Press.

19 Wallerstein, I. (2004). *World-Systems Analysis: An Introduction*. Durham: Duke University Press.

20 Chimni, B. S. (2006). *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. International Community Law Review, 8(1), p. 15.

21 At this article, we should not present a complete inventory of the debate around the general claim made that international institutions reproduce colonial structures of domination. See: Chimni, B. S. (2004). *International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making*. *European Journal of International Law*, 15(1), 1–37. <<https://doi.org/10.1093/ejil/15.1.1>>; Magdoff, H., & Foster, J. B. (2003). *Imperialism Without Colonies*. New York: Monthly Review Press.

22 This question refers to and is the title of the books: Spivak, G. C. (2007). *Can the Subaltern Speak?*. Wien: Turia & Kant.

23 See: Spivak, G. C. (2007). *Can the Subaltern Speak?*. Wien: Turia

In terms of providing the basis for rationale and legitimization of this logic, international law is an important venue. To Mattei, in his book *Plunder-When the Rule of Law is Illegal*, the process of construction of this logic is based on the following process:

The rhetorical artifice used in the process of curbing deviant behavior and claiming, as universal and inevitable, the Western modalities of social organization and economic development centered on individualism and social fragmentation, is usually an explicitly juridical concept: "international human rights". In the interests of these rights, a doctrine of "limited sovereignty" has threatened the traditional nature of international law as a decentralized system based on territoriality and has advocated the need for decentralization in order to make it more like any other West national legal system. (Translated by the authors).²⁴

In this sense, international law constitutes a manifestation of the imperial project that permeates what we call the less-visible dimension of domination. It is an intentional historical process to promote order in the international system that confronts with the social emancipation as a set of unfulfilled experiences and expectations that Santos (2009) calls the "two pillars of modernity" (order and emancipation). Therefore, for that matter the study of international law to unfold the hidden forms of domination and exploitation prevalent in the imperial project needs to adopt a historical approach as suggested by Afonso:

It is important to realize that the historiographic field involves uses and constructions related to the legitimization of forms of domination. And this aspect signals an integration of the dimension of the historiographic work propagated by TWAIL. It is about the persistent, institutionalized and normalized continuity of a past to tackle the present with degrees of colonialism very close to the sense that the geographer Derek Gregory attributes to the present colonial term. The perspective of a historical dynamic that, in his view, enshrines the advance of Reason through the trials of homogeneous and empty time, also enables the making of problematic value hierarchies over optimal emancipatory ones like TWAIL. (Translated by the authors)²⁵.

& Kant; Said, E. W. (1979). *Orientalism* (1st Vintage Books ed edition). New York: Vintage. For the debate about civilizational formation and conceptualization we recommend reading: GONG, G. W. *The Standard of "Civilization" in International Society*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

24 Mattei, U. (2013). *Pilhagem*. WMF Martins Fontes, p. 268. See also ANGHIE, A. *Imperialismo y Derecho internacional*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2016.

25 Afonso, Henrique Weil (2016). A era da humanidade: reflexões para a história do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*,

In this sense, inquiries on how international law is shaped needs to be grounded on theory and history to unfold old and new forms of domination by the application of a critical approach, which the TWAIL framework of analysis is the most representative. As such, colonial history provides the necessary elements to investigate whether and how the forms of domination in the past are carried out to the present in the form of institutions that reproduce and reproduce the colonial past²⁶ As stated by Mutua:

TWAIL is driven by three basic, interrelated and purposeful objectives. The first is to understand, deconstruct, and unpack the uses of international law as a medium for the creation and perpetuation of a racialized hierarchy of international norms and institutions that subordinate non-Europeans to Europeans. Second, it seeks to construct and present an alternative normative legal edifice for international governance. Finally, TWAIL seeks through scholarship, policy, and politics to eradicate the conditions of underdevelopment in the Third World²⁷.

As part of the TWAIL approach, FT is one of the forms of resistance to colonial and domination logic, a reaction to the Kafkian nightmare metaphor that makes the individual impotent before the anonymous power of institutions. Tickner²⁸ describes FT as liberal, radical, socialist, psychoanalytic, postcolonial, and postmodern. The common traces among those strings of feminism are 1) explaining the causes for women's subordination or unjustified economic and social asymmetry in relation to men, and 2) prescribing ways to end it. As put by Okin et al.²⁹ feminism is the flag for those [...] who believe that women should not be disadvantaged by their sex; women should be recognized as having human dignity equal with men and the opportunity to live as freely chosen lives as men.³⁰

Brasília, v.13. n.3, 2016, p.247. See also FRANCO, Cristina de Oliveira. TWAIL's opportunities and challenges in the Latin American context from indigenous peoples' perspectives to international law. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.12, n.2, 2015, p. 226-244.

26 Galindo, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015. p. 343-345.

27 Mutua, Makau (2000). What is TWAIL? *94 Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 31 2000. p. 31.

28 Tickner, J. A. (2001). *Gendering World Politics*. New York: Columbia University Press.

29 Okin, S. M., Al-Hibri, A. Y., Gilman, S. L., Raz, J., Sassen, S., Sunstein, C. R., & Tamis, Y. (1999). *Is Multiculturalism Bad for Women?* (J. Cohen, M. Howard, & M. C. Nussbaum, Eds.) (First Edition edition). Princeton, N.J: Princeton University Press, p. 23.

30 The various strings of feminism are formed by the disagreement in relation to what constitutes the subordination to men and how to overcome it. For additional knowledge in the debate: MC-

For the purpose of this article the string of FT adopted is the postcolonial one, as it intervenes in both feminism and postcolonialism due to their insufficient treatment to cultural, ethnic and gender difference. According to Zuckerwise, [...] *postcolonial feminists are in a unique position to articulate the politics of lived reality in its theoretical and material forms*³¹, which provides a framework of analysis that goes beyond women's sexual subordination and victimhood to a more empowering intervention and the formation of critical knowledge. For that reason, searching for the missing concepts of hope, creativity, resilience, persistence, and solidarity in IL results an analysis of finding the trouble boundaries in IL for the purpose of providing a more challenging account of its impacts and presenting a different story about its possibilities in the international system³².

Bringing the theoretical framework of FT, especially of postcolonial feminism, to International Law (IL) provides a clear picture of the undesired structures of discrimination and domination in the international system, which discourse of the IL is sustained by metanarratives of objectivity, universality, and neutrality³³. For Dianne Otto:

I conclude by highlighting the paradoxes of feminism engagement with international law and argue that the practices of critique and reform, and their productive tensions, are essential to resisting the law's colonization of feminist politics and keeping feminist imaginaries of a better world alive. It is in the interstices of hope and despair, conundrum and paradox, that feminists have the best chance of understanding how international law might yet be a means for promoting feminist change³⁴.

As seen from the debate, the questions arising from the encounter of FT with IL might be two-fold. The

CANN, C.; KIM, S. (EDS.). *Feminist Theory Reader: Local and Global Perspectives*. 3 edition ed. New York: Routledge, 2013.

31 Zuckerwise, L. K. (2014). Postcolonial Feminism. In *The Encyclopedia of Political Thought*. John Wiley & Sons, Ltd. For a deeper discussion on postcolonial feminism, see: MOHANTY, C. T. Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. *Boundary 2*, v. 12/13, p. 333–358, 1984.

32 Robinson, M. (2005). *International Law: Modern Feminist Approaches*; With a Foreword by Mary Robinson. (D. Buss & A. Manji, Eds.). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.

33 About metanarratives, see: Eagleton, T. (1996). *The Illusions of Postmodernism* (1 edition). Oxford, UK ; Cambridge, Mass: Wiley-Blackwell, and Lyotard, J.-F, & Jameson, F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. (G. Bennington & B. Massumi, Trans.) (1st edition). Minneapolis: University Of Minnesota Press.

34 Otto, D., Feminist Approaches to International Law in Oxford, A., & Hoffmann, F. (Eds.). (2016). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. OUP Oxford.

most visible dimension is the lack of participation of women in international regimes due to national structures that prevent their presence³⁵. The lack of participation causes the less visible dimension, which is associated to the marginalization of issues/interests and/or the disrespect of women's conceptions and practices of the social reality connected to their nurturing and caring nature.³⁶ In this sense:

We can see that female politicians are defined more by their deficits than their strengths. In addition to failing to possess the strengths associated with being women (e.g., sensitive or compassionate), female politicians [are seen to] lack leadership, competence, and masculine traits in comparison to male politicians³⁷.

In addition, to reinforce the argument above, and advancing the debate of gender inequality in the climate change regime as perpetrator of colonial dominance, Sweetman citing Margareth Skutsch has stated:

[...] expert in development co-operation, energy, and climate change, offers two arguments for including gender considerations in the process of climate-change policy development: the idea that such gender mainstreaming may increase the efficiency of the climate-change process; and the idea that if gender considerations are not included, progress towards gender equity may be threatened. In other words, the quality of policy making will remain unacceptably low, if the discourse does not consider the gender issues, including relevant differences between women's and men's experience³⁸.

35 Outshoorn, J., & Kantola, J. (Eds.). (2007). *Changing State Feminism*. Basingstoke England ; New York: Palgrave Macmillan.

36 In a 2008 Pew Research Center survey of eight important leadership traits, women outperformed men on five and tie on two. Americans ranked women higher in honesty, intelligence, compassion, creativity, and outgoingness—by as much as 75 percent. And in the qualities of hard work and ambition, men and women tied, according to the survey. The only quality in which men scored higher than women is decisiveness, in which men and women were separated by a mere 11 percentage points. Yet when asked the single question if men or women make better leaders, the results seemed to contradict these other findings: a mere 6 percent of the 2,250 adults surveyed say women make better political leaders than men, with 21 percent favoring men and 69 percent saying the sexes are equal in this area, which explains the report's subtitle, "A Paradox in Public Attitudes." In <<http://bigthink.com/women-and-power/why-women-make-better-politicians>> Last Access: July 21, 2017. See also: Coleman, Isobel. (2013). *Paradise Beneath Her Feet: How Women Are Transforming the Middle East*. New York: Random House, and Fiske, S. T., Gilbert, D. T., & Lindzey, G. (Eds.). (2010). *Handbook of Social Psychology* (5th edition). Hoboken, NJ: Wiley.

37 Baksh, R., & Harcourt, W. (Eds.). (2015). *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements* (1 edition). New York, NY: Oxford University Press. p. 237

38 Sweetman, C. (2009). *Climate Change and Gender Justice*. (G. Terry, Ed.). Warwickshire, UK : Oxford, UK: Practical Action. p. 156.

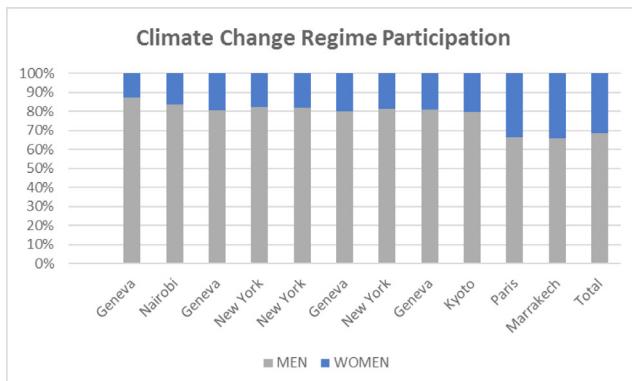
At this point, we turn our attention to the empirical part of our paper that brings the application of the outlined concepts to the climate change regime. The idea is to propose a model that presents the underlying concepts to the climate change in order to observe the visible and less visible dimensions of the encounter of FT and IL.

3. CLIMATE CHANGE: AN EMPIRICAL ANALYSIS

3.1. Visible dimension of the encounter of FT with IL

In the introduction of this paper we have already made the initial point in terms of the visible dimension, which is related to the lack of participation of women in global institutions. An expansion of the empirical data on this is presented below.

Figure 2: Climate Change Regime Participation I



Source: The Authors.

Figure 3: Climate Change Regime Participation II

| CLIMATE CONVENTIONS | MEN | WOMEN |
|---------------------|-------|-------|
| Geneva | 264 | 38 |
| Nairobi | 62 | 12 |
| Geneva | 432 | 103 |
| New York | 672 | 143 |
| New York | 642 | 143 |
| Geneva | 274 | 68 |
| New York | 382 | 88 |
| Geneva | 489 | 115 |
| Kyoto | 3628 | 915 |
| Paris | 16171 | 8198 |

| CLIMATE CONVENTIONS | MEN | WOMEN |
|---------------------|--------------|--------------|
| Marrakesh | 11645 | 6039 |
| Total | 34661 | 15862 |

Source: The Authors

As we can observe in Figure 2 and 3, participation of women is on the climate change regime is on the rise. The analysis has been made selecting the Provisional List of Participants of the following meetings: Geneva, 1991 section 2; Nairobi, 1991 section 3; Geneva, 1991 section 4; New York, 1991 section 5; New York, 1991 section 5-II; Geneva, 1992 section 6; New York, 1993, section 6; Geneva, 1993 section 8; Kyoto, 1997, section 3; Paris, 2015 section 20; and Marrakesh, 2016, section 22. These documents were chosen randomly among the preparatory meetings for the conclusion of the United Nations Framework Conference on Climate Change (1992), Kyoto Protocol (1998), and Paris Agreement (2015) (from now on only “Agreements”), the legal framework for the climate chance regime.³⁹

According to Sweetman, this discrepancy between women and men participation affects directly the concept of climate justice:

The United Nations is formally committed to gender mainstreaming in all policies and programmes, and that should include policy-making processes relating to climate change. Yet gender aspects are rarely addressed in climate-change policy, either at the national or at the international levels. Reasons include gaps in gender-sensitive data and knowledge about the links between gender justice and climate change; and the lack of participation of women and gender experts in climate-related negotiations. This chapter shares insights and experiences from the international climate-change policy process, recounting the history of women’s participation, demonstrating progress achieved, and hoping to inspire women and gender experts to get involved – at the local, national, regional, and international levels⁴⁰.

One might argue that this claim is not supported by empirical investigation. That might be true; however, looking into regional e national levels of analysis will provide an evidential paradigm (*no fragment is an island*)⁴¹

39 The provisional lists of participants can be found at <<http://unfccc.int/documentation/documents/items/3595.php>> Last Access: July, 20, 2017.

40 Sweetman, C. (2009). *Climate Change and Gender Justice*. (G. Terry, Ed.). Warwickshire, UK : Oxford, UK: Practical Action. p. 155.

41 See Ginzburg, C. (2013). *The Cheese and the Worms: The Cosmos of a Sixteenth-Century Miller*. (J. Tedeschi & A. C. Tedeschi, Trans.) (Reprint edition). Baltimore: Johns Hopkins University Press.

that can be tested in the international level. As provided by Sweetman:

In some European countries, women have been more supportive of their governments' climate-protection policies than men, and would also be more supportive of more ambitious reduction goals, basically expecting their countries and the European Union to take a leadership role. The international climate negotiations are in dire need of such support⁴².

3.2. Less visible dimension of the encounter of FT with IL

We turn our attention now to the less visible dimension of discriminatory practices against women, which permeates the international institutions as one of the cause of the lack of participation in terms quantitative. This dimension is connected to a discourse that pretends to be objective, universal, and neutral on the surface, however, is loaded with domination-structured meanings beyond the mere text of the IL norms

3.2.1. Securitization of the climate change regime

The first language sign used in the climate change regime to justify action is the urgency of adopting measures to prevent anthropogenic affects over the environment. To analyze the content and meaning of the messages in the Agreements the code "securitization" has been assigned as a property of security as a strategy and discourse of the States.

Barry Buzan in his book "People, States & Fear" indicates that the concept of security is very problematic because it presents elements of moral, ideological and normative markers that impede its investigation and recognition empirically⁴³. Buzan's attempt to find a more precise meaning of the term lead him to theorize the three elements of the modern state: the idea of state (nationalism); the physical reality of the State (population, natural resources, technology, etc.); and the institutional expression of the State (the political and administrative systems of management, the government apparatus). Upon identifying these elements, Buzan

infers the threats that might hit one of these elements and, therefore, threat the State's security.

As a form of discourse, the objectification of security depends on the moral, ideological and normative markers in the international system at a certain point in history. For instance, during the Cold War the debates about security were confined to the strategic-military dimension (especially nuclear détente) within the sphere of high politics. According to Buzan:

The security lens used here is a broad one. Security is taken to be about the pursuit of freedom from threat and the ability of states and societies to maintain their independent identity and their functional integrity against forces of change which they see as hostile. The bottom line of security is survival, but it also reasonably includes a substantial range of concerns about the conditions of existence. Quite where this range of concerns ceases to merit the urgency of the 'security' label (which identifies threats as significant enough to warrant emergency action and exceptional measures, including the use of force) and becomes part of the everyday uncertainties of life is one of the difficulties of the concept⁴⁴.

The end of the Cold War brought severe changes in these markers to a point in which inherent social transformations in the international system were necessary to incorporate a more comprehensive notion of international security that includes new threats and actors⁴⁵. In this sense, Villa (1999, p.7) states:

Thus, the new concept of security covers transnational risks, real and non-virtual, common to all, whose solutions depend in some cases on the voluntary and unilateral action of the State. Moreover, these threats are not monopolized by a few states, as in the case of atomic weapons, but are generated and shared, to a greater or lesser extent, by all political units, which makes it necessary to incorporate new actors that aim at the goal of safety (translated by the author)⁴⁶.

According to Ullman, a new meaning of security is necessary:

A more useful (although certainly no conventional) definition might be: a threat to national security is an action or sequence of events that (1) threatens drastically and over a relatively brief span of time to degrade the quality of life for the inhabitants of

42 Sweetman, C. (2009). *Climate Change and Gender Justice*. (G. Terry, Ed.). Warwickshire, UK : Oxford, UK: Practical Action. p. 155.

43 Buzan, B. (2007). *People, States and Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era* (2nd edition). Colchester: Ecpr Press.

44 Buzan, B., Wver, O., & Wilde, J. D. (1997). *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Pub. p. 432-433.

45 Mathews, Jessica Tuchman. (1989). Redefining Security. *Foreign Affairs*, 68(2), 162–177; Ullman, Richard H.. (Summer, 1983). Redefining Security. *International Security*, 8(1), p. 129-153.

46 Villa, R. D. (1999). *Da crise do realismo à segurança global multidimensional*. Annablume. p. 7.

a state, or (2) threatens significantly to narrow the range of policy choices available to the government of a state or to private, nongovernmental entities (persons, groups, corporations) within the state⁴⁷.

Thus, the securitization of an issue in International politics means a deliberate political process that places a referential object (climate change for instance) in a special position or urgency that an immediate response is required by the State, region or International society. According to Buzan, Waever e De Wilde, securitization of an object that threatens the existence of the State or its population implies that:

[...] the meaning of a concept lies in its usage and is not something we can define analytically or philosophically according to what would be the “best.” The meaning lies not in what people consciously think the concept means but in how they implicitly use it in some ways and not others. In the case of security, textual analysis suggests that something is designated as an international security issue because it can be argued that this issue is more important than other issues and should take absolute priority⁴⁸.

As such, security [...] has to be staged as an existential threat to a referent object by a securitizing actor, [to generate] endorsement of emergency measures beyond the rules that would otherwise bind⁴⁹. Presenting the issue as an existential threat provokes a generalized concern that justifies extreme measures followed by extra-budgetary reallocation of resources to combat it⁵⁰.

The process and discourse of securitization of the climate change follows the rationale described before, in which the existential threat is posed by developed countries. As stated by Bodansky:

North American heat wave and drought of the summer of 1988 gave an enormous popular boost to greenhouse warming proponents, particularly in the United States and Canada. By the end of 1988, global environmental issues were so prominent that Time magazine named endangered Earth “Planet of the Year”. A conference organized by Canada in June 1988 in Toronto called for global emissions of CO2 to be reduced by 20 percent by the year 2005, the development of a global framework convention to protect the atmosphere, and establishment of a

47 Ullman, Richard H.. (Summer, 1983). Redefining Security. *International Security*, 8(1), p. 133.

48 Buzan, B., Wver, O., & Wilde, J. D. (1997). *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Pub. p. 24.

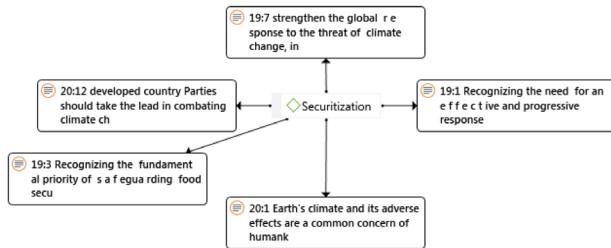
49 Buzan, B., Wver, O., & Wilde, J. D. (1997). *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Pub. p. 21.

50 Buzan, B., Wver, O., & Wilde, J. D. (1997). *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Colo: Lynne Rienner Pub. p. 21.

world atmosphere fund financed in part by a tax on fossil fuels⁵¹.

The spill-over of the reaction of developed countries soon reached the international system, as climate change is impossible to address isolated. This is what we see below in Figure 4:

Figure 4: Quotes from Agreements - the number 19 refers to the Paris Agreement and 20 the UNFCCC



Source: The Authors

3.2.2. International food system and climate change regime

It is interesting to note how the climate change regime brings the food international regime as part of the concern, however, without considering that the food regime as it is tends to increase climate change. We observe an incongruence that lead both, climate change and food regime, to the discourse of securitization that instead of promoting security generates a spiral of insecurity at both ends. Let us examine this argument.⁵²

The food crisis that hit the world food system in 2006 and 2008 (from now on food crisis) had devastating effects on developing countries⁵³. Over the years of persistent crisis, developing countries' import bills increased by an average of 37%, leading to an unprecedented deficit in the domestic GDP. To the Food and Agriculture Organization (FAO) after the peak of the food, this amounts a total of 125 million in the world.⁵⁴

51 Bodansky, D. (2001). *The history of the global climate change regime in International Relations and Global Climate Change*, edited by Urs Luterbacher and Detlef F. Sprinz. Cambridge, Massachusetts London, England: MIT Press. p. 23-40. p. 27.

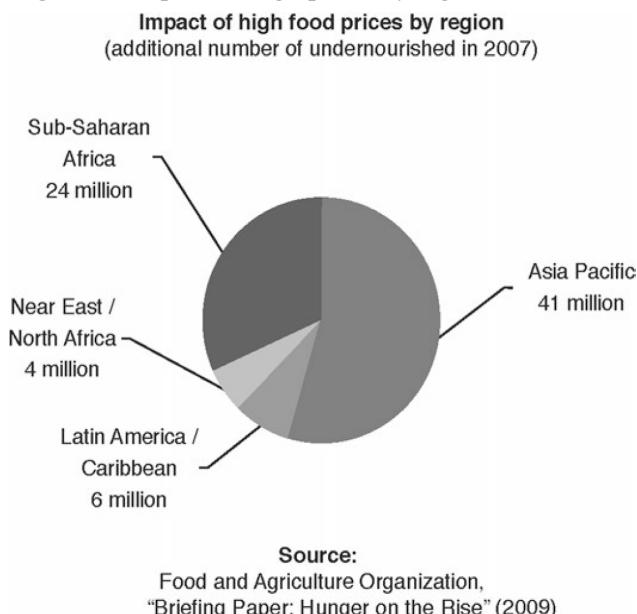
52 See Denny, Danielle Mendes Thame, Castro, Douglas, Witt, Gabrille, Valverde, José e Machado, Alexandre Ricardo. Segurança Alimentar e a Governança Econômica Global. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.14, n.1, 2016, p. 125-141.

53 Clapp, J., & Cohen, M. J. (2009). *Global Food Crisis: Governance Challenges and Opportunities*. Waterloo, Ont.: Wilfrid Laurier University Press.

54 Modern agriculture is producing more food per capita than ever before. At the same time, according to estimates from the Food

The figure below is representative of this matter:

Figure 5: Impact of high prices by region



Source: FAO (2009).

The crisis has caused a great social and political upheaval, especially in developing countries whose vulnerability in the food system is very large. Protests and violence have been reported in many countries in the Global South, of which we can cite the tragic case in Haiti that had coined the term "Clorox Hunger", which translates the excruciating sensation of hunger in the body as if the person had ingested bleach⁵⁵.

and Agriculture Organization, approximately 795 million people are currently affected by hunger. An additional two billion people are suffering from micronutrient deficiencies, lacking key vitamins and minerals. In 2014, 1.9 billion people were overweight, of these 600 million were obese. Climate change will present an enormous new challenge to agriculture while the world population is predicted to increase to 9 billion by 2050. Whether clean water, fertile soils, forests, wetlands and other natural resources, as well as the biodiversity of the planet, will be available to future generations, in a condition that enables them to survive, will depend crucially on the way we produce our food and on our diets. Agricultural activities and the subsequent processing, storage, transport and disposal of its products are directly or indirectly responsible for almost 40% of human-induced greenhouse gas emissions. One third of the world's population obtains its livelihood from agriculture. Agriculture and food is by far the world's largest business and the measure of all forms of sustainable development. In <<http://www.globalagriculture.org/report-topics/about-the-iaastd-report.html>> Last access: July 29, 2017.

55 Shiva, V. (1991). *The Violence of the Green Revolution: Third World Agriculture, Ecology and Politics*. London, Atlantic Highlands, N.J., USA: Penang, Malaysia: Zed Books. Even before the acute food crisis, the U.S. President George W. Bush had alerted his nations to the need to secure food: "It's important for our Nation to be able to grow foodstuffs to feed our people. Can you imagine a country that

It was so serious that even among the Global South countries that share experiences and perceptions about their vulnerabilities in dealing with developed countries, the crisis made them to adjust the basis of their relationship to survive. Bello sums up this scenario:

Alarmed by massive global demand, countries like China and Argentina resorted to taxes or quotas on their rice and wheat exports to avert local shortages. Rice exports were simply banned in Cambodia, Egypt, India, Indonesia, and Vietnam. **South-South solidarity crumbled in the crisis, a victim of collateral damage** (Emphasis added)⁵⁶.

The United Nation (UN) in the *World Economic Situation and Prospects* called the food crisis of 2008 a "perfect storm", placing the financial crisis in 2007 as the protagonist of the food riots. According to the report:

Speculation in the actual, physical exchange of commodities certainly influenced prices as speculators bought and stored commodities, betting on price increases. Such positions have temporarily reduced the supply of goods and have no doubt affected price movements directly. The impact of speculation in futures markets (that is to say, where speculators do not physically trade any commodities) on price trends is much more difficult to determine, however. Futures trades are bets on buying or selling goods entitlements which are continuously rolled over. It is therefore not clear whether such trading does more to commodity prices other than increase their volatility.⁵⁷

The speculation over commodities was the primary cause of the food crisis. As a direct consequence of the 2007 housing bubble in the United States, hedge funds directed their resources to the acquisition of the commodity stocks, whose simple market dynamics started to act, that is to say, the demand was artificially increased by the action of these investment funds by maintaining the level of the stocks or keeping the agricultural productivity. In the same vein, Bello states that the channeling of the agricultural production to biofuels is another direct cause that contributed to the crisis.

Bello also affirms that the remote cause of the crisis was the neoliberal structural adjustment programs

was unable to grow enough food to feed the people? It would be a nation that would be subject to international pressure. It would be a nation at risk. And so when we're talking about American agriculture, we're really talking about a national security issue." In <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=63838>> Last access: July 29, 2017.

56 Bello, W. (2009). *The Food Wars* (Original edition). London ; New York: Verso. p. 1.

57 In <<http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/>> Last access: July 29, 2017.

(SAP) adopted in the 1980s imposed by the IMF and the World Bank to developing countries. The SAP programs helped to implement the so called Green Revolution, which underlying logic lays in export monoculture, technology-based productivity increase to overcome the constraints imposed by the ecosystem and increasing subsidies, thus launching millions of people in the extreme poverty level (less than US \$ 1 per day to survive).

Thus, the food crisis is not related to not having enough food to feed the poor but rooted to development-oriented economic issues and the need to overcome the limits of the environment at all costs. However, mainstream academic, political and business does not see it that way. In the book *The Bottom Billion*, Collier⁵⁸ points out to three specific causes that reflects the mainstream view of the problem: governments' failure to encourage commercial agriculture in Africa, the continent with the greatest number of conflicts for food; the banning order of genetically modified seeds by the European Union; and the diversion of one third of North America's agricultural production to the production of ethanol.

The two first causes pointed out by the author suggest the maintenance of the current food system, which has already been proved to contain serious structural failures. It posits the need to the start of the Green Revolution in Africa and the abandonment of the precautionary principle in the name of increasing agricultural productivity by using GMOs. In this sense, the International Assessment of Agricultural Knowledge, Science, and Technology for Development presents a framework that confirms the fragility of these two pillars of Collier's theory:

Underinvestment in developing country agriculture—including in local and regional market infrastructure, information and services—has weakened the small-scale farm sector in many countries. Trade liberalization that opened developing country markets to international competition too quickly or too extensively further undermined the rural sector and rural livelihoods. Many countries have been left with weakened national food production capacity, making them more vulnerable to international food price and supply volatility and reducing food security⁵⁹.

58 Collier, P. (2008). *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It* (1 edition). Oxford: Oxford University Press.

59 In <http://www.unep.org/dewa/agassessment/docs/10505_

This model had the potential to initiate what Hobsbawm⁶⁰ called the death of peasantry (theorizing from Marx that the peasantry would be no more than 'potato sacks', denoting its disorganization and consequent inevitable future in the face of the capitalist market forces), the movement of abandonment of the countryside to live in urban slums in search of work in industry⁶¹. It is noteworthy that this notion came to be questioned from a larger organization of the *Via Campesina* movement, which internationalized an alternative paradigm for agricultural development called food sovereignty.

The merit of the debate initiated by Collier⁶² was to oppose a food system based on high industrialized techniques and large-scale use of pesticides in monocultures with another system based on local biodiversity, distribution and consumption by small farmers and their families. As such, Bello states:

To cite just one well-known study, a World Bank report on agriculture in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, and Ecuador showed that **small farms were three to fourteen times more productive per acre than their larger competitors.** (Emphasis added)⁶³.

The *Fome Zero* Program (Zero Hunger) is a solid empirical evidence of the proposition made earlier. As originally conceived, the program is a two-fold approach: local production by providing for local farmers line of credit incentives, technical assistance, insurance, minimum price guaranteed, and local distribution thru government purchase policies of the surplus that was distributed in the school lunch network. The program has proved to reduce rural exodus by ensuring production on a sustainable basis and the distribution channels available to small producers. The program was also sponsored by FAO through the World Food Program and implemented in Africa in conjunction with the Linking Agriculture to School Feeding and Food Assistance:

By linking local agricultural production to school meals, Home Grown School Feeding (HGSF

Trade.pdf.> Last access: July 29, 2017.

60 Hobsbawm, E. (1996). *The Age of Revolution: 1789-1848* (1st Vintage Books ed edition). New York: Vintage.

61 Davis, M. (2006). *Planeta Favela* (Edição: 1). São Paulo: Boitempo.

62 Collier, P. (2008). *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It* (1 edition). Oxford: Oxford University Press.

63 Bello, W. (2009). *The Food Wars* (Original edition). London ; New York: Verso. p. 13.

programmes multiply benefits for rural communities. They can increase enrolment, improve nutrition, boost local economies, improve smallholders' livelihoods and develop government capacity. Due to varied country contexts, each HGSF programme is unique, but are generally characterized by the incorporation of local food purchases into government-run school feeding programmes.⁶⁴

However, the food sovereignty model is “popular” in the international institutions that reproduce the North/South perceptions of development. An example of this rhetoric is provided by the United States while defending the interests of its agricultural industry. During the Uruguay Round in 1986 the Secretary of Agriculture John Block, quoted in Bello, said (omitting the heavy subsidies granted by the government):

[...] the idea that developing countries should feed themselves is an anachronism from a bygone era. They could better ensure their food security by relying on US agricultural products, which are available, in most cases at lower cost⁶⁵.

The fallacy of this argument is that the prevailing food system is good for all. In fact: [...] not only in the South but also in the North, farmers and others seek to escape the vagaries of capital by reproducing the peasant condition, working with nature from a limited resource base independent of market forces⁶⁶.

The case of the corn pest in the United States is a representative case of this phenomenon. In the late 1970s it began to spread in the southern states and quickly spread to the north a pest called Bypolaris Maydis that left the yellow corn leaves and then hit the spike. In a study conducted by the National Sciences Academy, cited by Marshall (2009, p. 122), the vulnerability of maize crops in several North American states was proven due to their genetic uniformity, that is, the lack of biological diversity in the seeds allowed the proliferation of pathogenic elements with great ease by not finding resistance and self-regulation of diverse biological systems. The identification was reported in the following terms:

In the [1960s], it became clear that relatively few corn breeding parents were being used to produce the bulk of American hybrid corn varieties,” said

64 In <<https://www.wfp.org/purchase-progress/news/blog/p4p-improves-links-between-small-scale-farmers-and-school-feeding-progra>> Last access: July 29, 2017.

65 Bello, W. (2009). *The Food Wars* (Original edition). London ; New York: Verso. p. 76.

66 Bello, W. (2009). *The Food Wars* (Original edition). London ; New York: Verso. p. 86.

the report. “This narrowness of germplasm set the stage for potential vulnerability to diseases, insects and other stresses. In early 1970, environmental conditions in Southern and Northcentral corn producing regions were favorable for easy disease establishment and spread among vast plantings of highly uniform varieties. The [Southern Corn Leaf Blight] epidemic became of national and international significance⁶⁷.

Thus, the commodification of food that occurs after the adoption of the monoculture model is at the heart of the debate on food security, since it places the debate between the two paradigms: one focused on the global export market, whose main objective is not the eradication of hunger and endangers local biodiversity, and promotes the need for extensive and intensive transportation network – both very bad for climate change regime as increases outputs of greenhouse gases (petroleum, fertilizers, intentional burnings to clean the field, etc.); and the other model focused on production and distribution in the local market, which preserves biodiversity and protects the traditional knowledge of the family farming, thus, less anthropogenic impact in the environment as a whole⁶⁸. To reinforce our argument with a more robust theoretical contribution to the second paradigm, we quote Shaw:

More broadly, as environmental crises multiply, as the social dysfunctions of urban-industrial life pile up, and as industrialized agriculture creates greater food insecurity, the “peasant way” has relevance not only to peasants but to everyone threatened by the catastrophic consequences of global capital’s vision for organizing production, community, and life itself⁶⁹.

This descriptive discussion of the international food system *vis-à-vis* its position in the climate change regime presents the clear contradiction. The Agreements pose the need to address climate change (needless to say urgently) at the same time seeking the eradication of poverty, food security, and economic development.

The empirical evidences of this incongruence are presented below in Figure 5. The code “food security” is operationalized based on the theory presented in

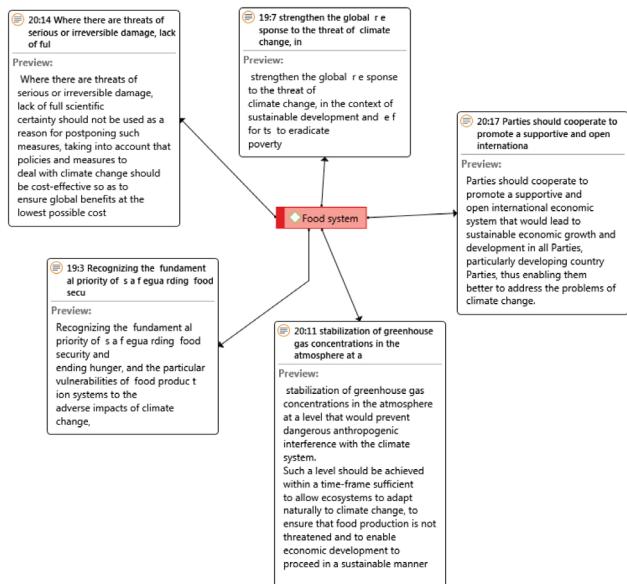
67 Marshall, R. J. (Ed.). (2009). *Food Safety: A Practical and Case Study Approach* (Softcover reprint of hardcover 1st ed. 2007 edition). New York; London: Springer. p. 122.

68 Shiva, V. (2003). *Monoculturas Da Mente. Perspectivas Da Biodiversidade E Biotecnologia*. São Paulo: Gaia; Carson, R. (2015). *Primavera silenciosa*. Editora Gaia.

69 Shaw, D. (2007). *World Food Security: A History since 1945* (2007 edition). Basingstoke England; New York: Palgrave Macmillan. p. 15.

this part of the paper. The sufficient empirical evidences were found to confirm the theory in the Agreements, suggesting that complexities and intermingles of the regimes exacerbates the causes and effects that they assume to address either by the result of the complexity itself or a deliberate assumption of contradictory discourses and meanings that difficult addressing the pressing issues systematically, usually at the expenses of Third World Countries. In the case of climate change and international food system our inference is that both arguments are true.

Figure 6: Food System



Source: The Authors.

3.2.3. Colonial language and FT operative concepts

Considering that we are analyzing the dimensions of the encounter of FT and IL, in this part of the paper we should expand the argument of the colonial roots of IL and how to find the underlying rational of colonialism in its language by using FT.

One of the persistent dimensions of colonialism is imbricated into the legal tradition. In this sense, Wolkmer presents:

It is not too important to remember that in Latin America both the legal culture imposed by the metropolises throughout the colonial period and the legal institutions formed after the independence process (courts, codifications and constitutions) derive from the European legal tradition. In the private sphere, by the classical sources of Roman,

Germanic and canonical rights. Similarly, in the formation of the legal culture and the post-independence constitutional process, account must be taken of the inheritance of bourgeois political charters and of the illuminist and liberal principles inherent in the declarations of rights as well as of the new capitalist modernity, free market, based on false tolerance and on the liberal-individualist profile (translated by the author)⁷⁰.

This tension is captured by Débora Ferrazzo in the essay *O Novo Constitucionalismo e Dialética da Descolonização* by pointing out the premises of what she called the Eurocentric theorization of legal science inherited by the countries of the Third World. She states that:

The hierarchical structure of norms is Eurocentric theorization of legal science. Consolidated by Hans Kelsen in his Pure Theory of Law, the proposal to submit rules of social regulation to other norms that confer efficacy to the reach of a fundamental norm spread throughout the West and much of the East. This means that all the expressions of law of different societies must be validated, identified with the law, in order to be able to take effect and be enforceable between members of these societies. In short: it is only right, the right put, positive law, validated by a higher norm, that in the legal culture homogenized in the world, would be the Constitution (translated by the author)⁷¹.

In this same vein, according to Boaventura de Sousa Santos resisting this paradigm of domination requires to overcome what he calls the abyssal line:

It consists of a system of visible and invisible distinctions, the latter of which are based on the former. Invisible distinctions are established by radical lines dividing social reality into two distinct universes: the “this side of the line” and the “the other side of the line.” The division is such that “the other side of the line” disappears as reality, becomes non-existent and even produced as non-existent. Inexistence means not existing in any way of being relevant or understandable. Everything that is produced as non-existent is radically excluded because it remains outside the universe which the very conception of inclusion considers as the “other.” **The fundamental characteristic of abyssal thinking is the impossibility of co-presence on both sides of the line.** The universe “on this side of the line” only prevails insofar as it exhausts the field of relevant reality: beyond the line there is only non-existence, invisibility and non-dialectical absence (translated by the author – our emphasis)⁷².

70 Wolkmer, A. C. (2013). Constitucionalismo Latino-Americano. *Tendências Contemporâneas* (Edição: 1a). Juruá. p. 22-23.

71 Wolkmer, A. C. (2013). Constitucionalismo Latino-Americano. *Tendências Contemporâneas* (Edição: 1a). Juruá. p. 32.

72 Santos, B. de S., & Meneses, M. P. (2010). *Epistemologias Do*

Therefore, the abyssal line of thinking requires homogenizing politics, law, values, and democracy, just to mention a few, so a non-existence and invisibility exists. This implicates in the prevalence of metanarratives reductionists that no longer respond to the challenges in the world as of today⁷³. On the other hand, facing these metanarratives such as IL requires a critical thinking position that provides the tools to identify forms of domination, especially the subtle ones.

In Figure 6 we observe the dialectics of IL and FT grounded in the Agreements regulating the climate change regime. The concepts or codes representing metanarratives (in blue) bring simplistic goals of “development”, “sustainable development”, and “universality” that disregard the “stages of modernity” in which the North and South are historically located today⁷⁴.

The codes representing the FT (highlighted in yellow) are “~solidarity”, “~resilience”, and “~creativity”. The codes are conceptualized based on FT, appearing with the “~” sign, which means the contradiction to the empirical evidences or the metanarratives found in the Agreements. The relationship between the metanarratives and the concepts of FT based on the empirical evidences are marked contradictory feature.

In addition, the exam of the Agreements showed the emergence of another contradictory concept that challenges the metanarratives of the IL: climate justice (in green). According to Heyward & Roser, the concept of climate justice is associated with the following debate:

For most people, the main reason for limiting greenhouse gas (GHG) emissions is not the impacts on the environment per se but the resulting effects of climate change upon humans. Of particular concern is that climate change is expected to have disproportionate effects on regions where severe poverty is already widespread. At present, more than 2.2 billion people are vulnerable to multidimensional poverty and 1.2 billion people live on less than \$1.25 per day (UNDP 2014: 19). Climate change stands to make the very poorest in the world even poorer. Indeed, it is 'one of the most critical challenges to the global development agenda' (UNDP 2014:12). Although the poorest

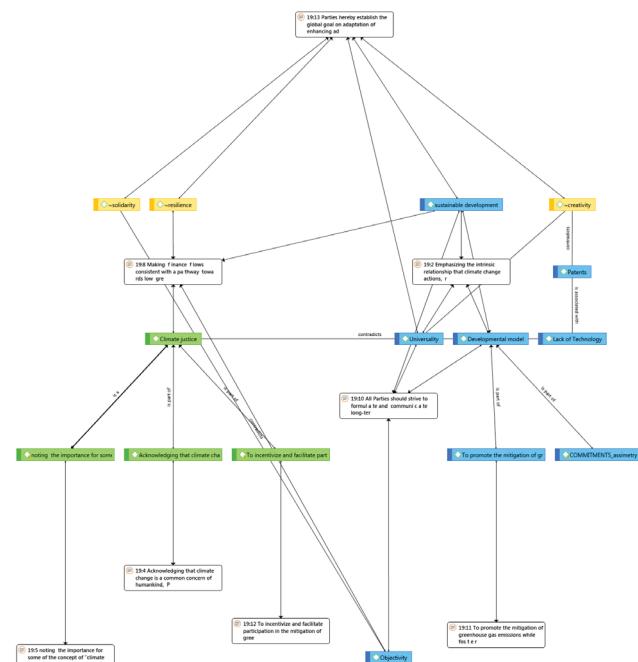
Sul (Edição: 2a). Coimbra: Almedina.

73 Lyotard, J.-F., & Jameson, F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. (G. Bennington & B. Massumi, Trans.) (1st edition). Minneapolis: University of Minnesota Press.

74 Lyotard, J.-F., & Jameson, F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. (G. Bennington & B. Massumi, Trans.) (1st edition). Minneapolis: University of Minnesota Press.

are potentially most affected by climatic impacts, they are least involved in creating the problem. Historically speaking, it is people in developed countries who have emitted the most (Den Elzen et al. 2013). Since climate change is primarily caused by some parts of humanity whilst the effects of climate change will be largely suffered by others, it is a matter of justice. Indeed, most theorists who write about climate change do so in the language of justice (e.g. Page 2006; Vanderheiden 2008; Gardiner 2011; McKinnon 2012; Cripps 2012; Caney 2014; Shue 2014). Some also express concerns about climate change in terms of its impact on human rights (see e.g. Caney 2010; Bell 2011a; and the collection by Humphreys 2010) (our emphasis)⁷⁵.

Figure 7: Relations between metanarratives and FT concepts



Source: The Authors

The prevalence of metanarratives in the Agreements and the marginal location of ideational factors and FT concepts are clear from the observation of Figure 7:

Figure 8: word cloud



Source: The Authors.

4. FINAL CONSIDERATIONS

This paper has presented sufficient empirical evidences on how the climate change regime is formed by a prevalent logic of colonialist domination. This logic presents itself in the visible and the less visible dimensions when International Law is confronted with Feminist Theory.

The results of this inquiry represents an initial effort of a broader research agenda that intends to discuss the application of critical theories to international law taking the stand point of recognizing that the metanarratives of international law does not provide enough reach to emancipate, protect minorities, increase inclusion, and so forth.

It is a provocative piece of work that intends to frame a theory of medium spectrum to be tested in other international regimes.

REFERENCES

- Galindo, George Rodrigo Bandeira. *Para que serve a história do direito internacional?* Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015.
- Geuss, R. (1981). *The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- Grove, R. H. (1996). *Green Imperialism: Colonial Expansion, Tropical Island Edens and the Origins of Environmentalism, 1600-1860* (Edition Unstated edition). Cambridge: Cambridge University Press.
- Heyward, C., & Roser, D. (Eds.). (2016). *Climate Justice in a Non-Ideal World* (1 edition). Oxford: Oxford University Press.
- Hobsbawm, E. (1996). *The Age of Revolution: 1789-1848* (1st Vintage Books ed edition). New York: Vintage.
- Honneth, A. (2015). *The Struggle for Recognition: The Moral Grammar of Social Conflicts* (1 edition). Polity.
- King, G., Keohane, R. O., & Verba, S. (1994). *Designing Social Inquiry: Scientific Inference in Qualitative Research*. Princeton University Press.
- Krippendorff, K. (2012). *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology* (3 edition). Los Angeles; London: SAGE Publications, Inc.
- Lyotard, J.-F., & Jameson, F. (1984). *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. (G. Bennington & B. Massumi, Trans.) (1st edition). Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Magdoff, H., & Foster, J. B. (2003). *Imperialism Without Colonies*. New York: Monthly Review Press.
- Marshall, R. J. (Ed.). (2009). *Food Safety: A Practical and Case Study Approach* (Softcover reprint of hardcover 1st ed. 2007 edition). New York; London: Springer.
- Mathews, Jessica T. (1997). Power Shift. *Foreign Affairs*, 76(1), 50–66. <https://doi.org/10.2307/20047909>
- Mathews, Jessica Tuchman. (1989). Redefining Security. *Foreign Affairs*, 68(2), 162–177. <https://doi.org/10.2307/20043906>
- Mattei, U. (2013). *Pilhagem* (Edição: 1). WMF Martins Fontes.
- McCann, C., & Kim, S. (Eds.). (2013). *Feminist Theory Reader: Local and Global Perspectives* (3 edition). New York: Routledge.
- Mohanty, C. T. (1984). Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. *Boundary 2*, 12/13, 333–358. <https://doi.org/10.2307/302821>
- Mutua, Makau (2000). *What is TWAIL?* 94 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 31 2000.
- Nixon, R. (2013). *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor* (Gld edition). Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Okin, S. M., Al-Hibri, A. Y., Gilman, S. L., Raz, J., Sassen, S., Sunstein, C. R., & Tamis, Y. (1999). *Is Multiculturalism Bad for Women?* (J. Cohen, M. Howard, & M. C. Nussbaum, Eds.) (First Edition edition). Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Otto, D. Feminist Approaches to International Law, in Orford, A., & Hoffmann, F. (Eds.). (2016). *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*. OUP Oxford.
- Outshoorn, J., & Kantola, J. (Eds.). (2007). *Changing State Feminism* (2007 edition). Basingstoke England; New York: Palgrave Macmillan.
- Pahuja, D. S. (2011). *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge University Press.
- Park-Kang, S. (2015). Fictional IR and imagination: Advancing narrative approaches. *Review of International Studies*, 41(2), p. 361–381.
- Perry-Kessaris, A. (Ed.). (2012). *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext* (1 edition). Abingdon, Oxon: Routledge.
- Robinson, M. (2005). *International Law: Modern Feminist Approaches; With a Foreword by Mary Robinson*. (D. Buss & A. Manji, Eds.). Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Said, E. W. (1979). *Orientalism* (1st Vintage Books ed edition). New York: Vintage.
- Santos, B. D. S. *Sociología jurídica crítica / Critical Legal Sociology: Para un nuevo sentido común en el derecho / For a New Common Sense in Law*. Bogotá: Trotta Editorial S A, 2009.
- Santos, B. de S., & Meneses, M. P. (2010). *Epistemologias Do Sul* (Edição: 2^a). Coimbra: Almedina.
- Shaw, D. (2007). *World Food Security: A History since 1945* (2007 edition). Basingstoke England; New York: Palgrave Macmillan.

- Shiva, V. (1991). *The Violence of the Green Revolution: Third World Agriculture, Ecology and Politics*. London; Atlantic Highlands, N.J., USA : Penang, Malaysia: Zed Books.
- Shiva, V. (2003). *Monoculturas Da Mente. Perspectivas Da Biodiversidade E Biotecnologia*. São Paulo: Gaia.
- Spivak, G. C. (2007). *Can the Subaltern Speak?* Wien: Turi & Kant.
- Sweetman, C. (2009). *Climate Change and Gender Justice*. (G. Terry, Ed.). Warwickshire, UK: Oxford, UK: Practical Action.
- Tickner, J. A. (2001). *Gendering World Politics*. New York: Columbia University Press.
- Ullman, Richard H.. (Summer, 1983). Redefining Security. *International Security*, 8(1), p. 129-153.
- Villa, R. D. (1999). *Da crise do realismo à segurança global multidimensional*. Annablume.
- Wallerstein, I. (2004). *World-Systems Analysis: An Introduction* (7/28/04 edition). Durham: Duke University Press.
- Wokmer, A. C. (2015). *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de Uma Nova Cultura no Direito* (Edição: 4^a). Saraiva.
- Wokmer, A. C. (2013). *Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas* (Edição: 1^a). Juruá.
- Young, R. J. C. (2016). *Postcolonialism: An Historical Introduction* (1 edition). Chichester, West Sussex, UK; Malden, MA: Wiley-Blackwell.
- Zizek, S. (2008). *Violence: Six Sideways Reflections*. Picador.
- Zuckerwise, L. K. (2014). Postcolonial Feminism. In *The Encyclopedia of Political Thought*. John Wiley & Sons, Ltd.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights

Jus cogens: Um conceito europeizado? Uma proposta de revisão conceitual libertadora a partir do sistema interamericano de direitos humanos.

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Marina de Almeida Rosa

Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights*

Jus cogens: Um conceito europeizado? Uma proposta de revisão conceitual libertadora a partir do sistema interamericano de direitos humanos

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff **

Marina de Almeida Rosa***

ABSTRACT

The main subject of this paper is to investigate in Latin American international law the existence of a more comprehensive list of *jus cogens* rules, to the detriment of the one existing in general/Europeanized international law. To do so, through a descriptive and exploratory bibliographical and jurisprudential research, the concept of *jus cogens* in the field of international law will be investigated in the light of the knowledge forged in the inter-American human rights system, beyond those places considered as traditional, precisely because they are exclusive and dominating. The conclusion reached is that, based on libertarian theses, especially in the area of human rights, it is possible to note the important role of the inter-American plan by offering a counter-hegemonic voice with regard to the understanding of the concept of *jus cogens* on the basis in its decisions, proving to be a possibility of resistance of the South in the present time, in search of its space in the construction of the international right, from its own knowledge.

Key-words: *Jus cogens*. Inter-American System of Human Rights. Coloniality. North-South. Emancipation.

RESUMO

O objetivo central do presente trabalho é averiguar no âmbito do direito internacional latinoamericano a existência de um rol mais abrangente de regras de *jus cogens*, em detrimento daquele existente no direito internacional geral/europeizado. Para tanto, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de cunho descritivo e exploratório, averiguar-se-á o conceito de *jus cogens* no plano do direito internacional à luz do conhecimento forjado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para além daquelas localidades tidas como tradicionais, justamente por serem excludentes e dominadoras. A conclusão que se chega é que, a partir das teses libertárias, especialmente na seara dos direitos humanos, é possível notar o importante papel do plano interamericano ao oferecer uma voz contra-hegemônica no

* Recebido em: 13/10/2017
Aprovado em: 19/12/2017

The authors would like to thank Ms. Maria Eduarda Gasparotto De Azevedo Bastian, Specialist in International Law at UFRGS, Ms. Elisa Soledade Iacconi, Bachelor in International Relations at UniRitter, and Ms. Valentina Borcker Junqueira, undergraduate student in International Relations at UniRitter, for the translation of the present article.

** Doutoranda em Direito Internacional (UFRGS). Mestre em Direito Público (UNISINOS). Especialista em Relações Internacionais (UFRGS), Direito Internacional (UFRGS), Língua Inglesa (UNILASALLE). Professora da graduação em Direito e em Relações Internacionais (UNIRITTER e UNIFIN). Pesquisadora convidada da Universidade de Toronto. Email: tatiafrcardoso@gmail.com

*** Mestranda em Direito Público pela UNISINOS, bolsista CAPES/PROEX. Especialista em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional pela UFRGS (2016). É professora de Direito Internacional na Graduação em Direito e em Relações Internacionais do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada. Email: marinaalrosa@gmail.com

que tange o entendimento do conceito de *jus cogens* com base em suas decisões, demonstrando ser uma possibilidade de resistência do Sul na atualidade, em busca do seu espaço na construção do direito internacional, a partir do seu próprio conhecimento.

Palavras-chave: Jus cogens. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Colonialidade. Norte/Sul.

1. INTRODUCTION

International law is a field of law which, although comprises the various States that compose the international society, is also extremely excluding regarding the (re)production of its norms, rarely allowing subjects outside the European/Western/North axis to determine or to corroborate to the regeneration of its laws, always seeking – even remotely – in its “Westphalian origins” the answers for its problems. It means that international law is clearly regulated by oligarchical forces that dominate the power and, consequently, the knowledge of this plan, consubstantiating itself in a dominant and excluding sphere, which usually rejects the contributions made by those that are not in the central axis of the international system.

This situation reflects directly in the ascertainment of the sources of international law, whose purpose is to forge the basis for the maintenance of social order in international relations, adjusting the conducts of the numerous parts that compose it. After all, in the absence of a harmonious and open participation among the various subjects, the determination of the actions accepted (or not) in social life will be unilaterally conceived and may lead to the suppression of regionally common practices. In this sense, the attribution of the cogent character to certain rules is an example, especially when they are accepted and recognized only by part of the international community of States, disregarding developments of other places that are equally relevant, which could be equally recognized as cogent norms.

Therefore, throughout a descriptive-exploratory bibliographical and jurisprudential research, the concept of *jus cogens* in international law will be investigated in light of the knowledge forged in various places, especially regarding the decisions of the Interamerican System of Human Rights. After all, the main objecti-

ve of the present study is to investigate the existence of a broader range of *jus cogens* rules within the Latin-American international law, instead of those existing in the general/European international law, in order to demonstrate the role that the Global South presents to the consolidation of the obligations that contribute to the improvement of human rights, denoting the importance of a ‘libertarian view’ of that concept, which is echoed in the anti-hegemonic discourses that the decolonial thought presents.

2. JUS COGENS: A EUROPEANIZED CONCEPT

The imperative rules of international law, usually referred to as *jus cogens* norms or peremptory norms, are inalienable legal precepts, and therefore cannot be suspended at any time, not even in extreme situations. They are understood as directives deriving from Natural Law,¹ and therefore they would form the fundamental basis of the normative system of the international level.² After all, *jus cogens* standards are set aside to the right that States have in determining their own norms and conducts,³ being typically of *ordre publique*.⁴ In other

1 The origins of the *jus cogens* rules can be found in classic works of International Law dating from the eighteenth century, as in Christian Wolf and Emmerich de Vattel, suggesting that they would be derived from Natural Law. CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Jus cogens and the law of treaties*. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.). **The fundamental rules of the international legal order**: *jus cogens* and obligations *erga omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 83. However, as André Gonçalves Pereira and Fausto de Quadros point out, those rules would have been cited by Hugo Grotius in his 1625 book “*War and Peace Law*”, while a ‘*jus strictum*’ derived from ‘God’ as a specific category of rules of the ‘right of the peoples’ (PEREIRA, André G.; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 278). Still, according to Paulo Borba Casella, the origin of the peremptory rules would go back to the writings of Francisco de Vitoria, who, inspired by Roman law, gave the idea that people would be obliged to obey the rules common to the globe (ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio N.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 109).

2 BROWNLEE, Ian. **Public international law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 488; JANIS, Mark W. **An introduction to international law**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 65.

3 RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations *erga omnes***. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 57.

4 Justifying that sovereignty is not inalienable, based on The S.S. Wimblen case of the Permanent Court of International Justice, judged in 1923. BASINOUNI, M. Cherif. **Crimes against human-**

words, *jus cogens* rules are norms that impose a restriction on the sovereignty of nations while carrying out their activities, imposing a limit to states' voluntarism, whether in the internal or external sphere.

This way, *jus cogens* can be understood as being basic norms of a natural order formed by common interests, which have an objective character, being imposed by the international order to its participants, independently of their will.⁵ And precisely because they have this imposing characteristic, some judges of the International Court of Justice characterize them as being higher law, that is, rules that are beyond the reach of States, which would always have priority in their application when in contrast to any other normative sources of (International) Law,⁶ being them either *lex specialis* or *lex generalis*.⁷

As far as it is known, these rules were used for the first time in the nineteenth century as a possible way of invalidating international agreements contrary to them, despite the impossibility of identifying such pre-existing "standardized" precepts at the time.⁸ However, there was an attempt to set a common ground about what the rules of *jus cogens* would become in the twentieth century, since the Cold War environment became somewhat less fierce not only because of the implementation of a newer political strategy known as Détente by the Americans, but also because of the progress of

ity in international criminal law. 2. ed. Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 213.

Referring to the Serbian and Brazilian Loans case of 1929, in which the Permanent Court of International Justice used the concept of *jus cogens* as 'a rule recognized in most legal systems and identified as being of public order'. CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Jus cogens and the law of treaties*. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.). **The fundamental rules of the international legal order**: *jus cogens* and obligations *erga omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 84.

5 TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. **Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye**, v. 241, p.195-374, 1993. p. 227.

6 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the right of passage over indian territory**. Merits - Dissenting Opinion Judge Fernandes. 1960. p. 135; INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal consequences for States of the continues presence of South Africa in Namibia**. Advisory Opinion – Separate opinion Judge Ammoun. 1971. p. 66.

7 AKENHURST, Michael. Custom as a source of international law. **British yearbook of international law**. v. 41, n. 1, p. 1-53, 1974.

8 CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Jus Cogens and the Law of Treaties*. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Ed.). **The fundamental rules of the international legal order**: *jus cogens* and obligations *erga omnes*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. p. 83.

the discussions towards the negotiation of a new convention contemplating rules concerning international treaties.

Drawing on a proposal from the socialist countries, on that occasion "jus cogens was seen as a political opportunity to crystallize once and for all the 'rules of the game' concerning peaceful coexistence between East and West."⁹ Despite having received some support from Latin American and Afro-Asian countries,¹⁰ many Western countries remained reluctant to do so, given that it would limit their actions - their 'willingness'¹¹ - at the international level. Only a concept was achieved,¹² thus highlighting the role of the International Court of Justice in "endorsing" the attribution of such a characteristic to a particular rule,¹³ which undeniably "left all States absolutely free to argue for or against the *jus cogens* character under any circumstances at the international level."¹⁴

Consequently, *jus cogens* rules are, thus, defined in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties:

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character (emphasis added).¹⁵

9 CASSESE, Antônio. **International law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 200.

10 The support of the countries of the global South was limited since they imposed a condition for accepting such a proposal, that is, "that some mechanism for the judicial determination of a peremptory rule be built". CASSESE, Antônio. **International law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 200.

11 For a debate on voluntarism, cf.: SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. As relações entre o direito internacional e o Estado soberano na visão de Georg Jellinek. **Revista campo jurídico**, Barreiras, v. 4, p. 136-151, 2016.

12 CASSESE, Antônio. **International law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005. p. 200.

13 VERHOEVEN, Joe. *Jus cogens and reservations or 'counter-reservations'*: to the jurisdiction of the International Court of Justice. In: WELLENS, Karel (Ed.) **International law: theory and practice**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 197.

14 SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of international public policy. **Current legal problems**, London, v. 18, n. 1, p. 191-214, 1965, p. 213.

15 (cf. also Article 64 of the same document). UNITED NATIONS. Vienna convention on the law of treaties: Vienna, 23 May 1969. **Treaty series**, v. 1155, p. 331 Available at: <<https://>

From the reading of this definition established in 1969 (and in force in the international level since the middle of the 1980s)¹⁶, it is understood that this is a rule that should be *accepted by the totality of the participants of the international order*, anticipating the need for this to be a rule of *universal interest*. This rule would allow no derogation, even in times of crisis, and could only be modified when replaced by a supervening general rule of international law that addresses the same matter and that has at least the same protective value.¹⁷

Nevertheless, in view of the discussions at the Plenipotentiary Conference, it was already noticeable that, after all, it would not be possible to list such rules and, much worse, that it would be very unlikely to reach a consensus on what would be a 'universal interest', particularly considering the moment interstate relations were at that time, and due to the very position of Western countries (nowadays, of the global North), especially for their "tradition" regarding the formation of the international legal order and their constant struggle for gaining (more) power in international relations^{18,19}.

Even because, it was not for any reason other than by their position that the negotiations have not advanced in order to set and insert in the Vienna Convention

on the Law of Treaties a specific list of rules considered as *jus cogens* at the time. And it follows from this the fact that imperative rules currently "are not a new formal category of sources of international law, but they [only] describe a particular quality that certain rules hold."²⁰ The rules already considered *jus cogens* gain "only" a special adjective, which attributes to it peculiar characteristics such as non-derogability, superiority (superior law) and permanence (they are only replaced by equal or more protective rules) - not being a normative source in itself. In fact, this is why Ricardo Monaco affirms that *jus cogens* norms do not have direct normative effectiveness.²¹

According to Valério de Oliveira Mazzuoli,²² there would already be rules that have this characteristic. For the author, some of them have customary origin, while others are conventional. Moreover, it is not possible to say that these would be the only two plausible sources of the constitution of peremptory norms. In addition to international courts pointing this characteristic to certain norms,²³ as Salem Nasser points out,²⁴ "in the work of the International Law Commission and in the writings of publicists it is possible to find examples of norms presented as *jus cogens*." Among the most commonly cited rules, according to the author, there is:

[...] the *pacta sunt servanda* principle; prohibition of the use or threat of use of force; the prohibition of acts that violate the sovereignty and equality of States; the principle of self-determination of

20 Referring to the position of the International Court of Justice in the Nuclear Weapons case, judged in 1996, when they read in paragraph 83 that "the question of whether or not the *jus cogens* is related to a feature of the norm". PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas et al. **The statute of the International Court of Justice: a commentary**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 846.

21 MONACO, Ricardo. Cours général de droit international public. **Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye**, v. 125, n.3, p. 93-336, 1968. p. 209.

22 MAZZUOLI, Valerio de O. **Direito dos tratados**. São Paulo: RT, 2011. p. 268

23 reporting several judgments that attribute the peremptory characteristic to rules of international law. Cf. FRIEDERICH, Tatyana Sheila. **As normas imperativas de direito internacional público: jus cogens**. Curitiba: Forum, 2004, p. 121-146.

For comments on cases that go back to the Permanent Court of International Justice. RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). **Direito dos tratados: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969)**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 449-450, 463-465.

24 NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens: ainda esse desconhecido*. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005. p. 165.

peoples; the principle of sovereignty over natural resources; prohibition of trafficking in human beings; the prohibition of piracy; the prohibition of genocide; the prohibition of acts classified as crimes against humanity and the principles of humanitarian law codified in the Four Geneva Conventions, fundamental principles of human rights and the law of the environment²⁵

In any case, with regard to the customary nature of *jus cogens* rules, it is important to emphasize first that while customary rules must obtain a minimum consensus of the States, being repeatedly practiced in the international level and presenting *opinio iuris* regarding its obligatoriness; those rules should exceed such consensus, reaching an absolute agreement among all the nations.²⁶ Thus, *jus cogens* rules would be in the roots of the international consciousness, being considered an intrinsic, universally accepted value of a certain rule.²⁷

André de Carvalho Ramos disagrees with this position.²⁸ For him, unanimity among the States would not be necessary for the existence of *jus cogens* rules, and “the new consensus necessary, then, for the consecration of an imperative norm, could be erected among the essential representatives of the international community.” However, for the author, these essential representatives would be “those that comprise the countries representative of the great economic, political and geographical currents of the planet”, expressing that, in this way, no culture or current political system would be excluded.²⁹

Similarly, as the author himself points out, this would be a weak point of this concept, since there is a tendency that the wills of the strong and medium States overlap with the will of the smaller States, thereby “denying the pluralism inherent in society of States.”³⁰

25 NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens: ainda esse desconhecido*. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005, p. 165.

26 JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 66.

27 RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 54.

28 RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). *Direito dos tratados*: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 454.

29 RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). *Direito dos tratados*: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 454.

30 RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). *Direito dos tratados*: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 445-455.

Regardless of whether the acceptance should be comprehensive (Janis) or be a majority (Ramos), it is thought that the need of having a rule merely accepted by the international community as a whole goes back to the very “oligarchic” bases - to dialogue with Antônio Remiro-Brotos³¹ - of International Law. This community will exclude the countries that are not within what it is perceived as the traditional base of its structure, even if in the ideal plan it is desired to allow and to consider the speech of all those that compose the international relations.

In any case and beyond consensus, it must be said that imperative norms could not be the object of the *persistent objector*³², since, when determined as such, these norms would possess a general international precept of natural origin which would bind indistinctly all of the world community, being it impossible to disassociate a State through “denial”.³³ After all, peremptory norms would be universal, applicable to all, and would constitute the foundation of international public order in which the defense of the general interest would overlap with a particular interest of a particular country.³⁴

Therefore, the rules which would already present the characteristic of *jus cogens* by reason of their originally customary nature would be:

[...] the prohibition of the use of force outside the framework of self-defense; the norms on peaceful co-operation in the protection of common interests, such as the freedom of the seas, the rules

31 REMIRO-BROTOS, Antônio. *Derecho internacional público: principios fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1982, p. 66 apud RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). *Direito dos tratados*: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 455

32 Persistent objector is the term used for the attitude of a State to a customary norm of international law. If a State refrains from protesting against an agreement, it is implicitly understood that it agrees to such a rule. The opposite occurs when a state has the consciousness of refraining from or opposing the fulfillment of a rule, proceeding in this way repeatedly. In this case, the rule would not apply to this State. SHAW, Malcolm N. *International law*. 4. ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997. p 70-72.

33 RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 68-69; DANILENKO, Gennady. *Law-making in the international community*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p. 221-222; RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). *Direito dos tratados*: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 453

34 ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio N.; CASELA, Paulo B. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22-23

prohibiting slavery, piracy, genocide and racial discrimination; the protective rules of religious freedom; the rules of humanitarian law [...], as well as the norms prohibiting aggression; the norms protecting the rights of States and peoples (such as those relating to equality, territorial integrity, self-determination of peoples).³⁵

However, some treaties would also assign the “*jus cogens* attribute” to some of their rules.³⁶ The most accepted example beyond the principles cited in the Charter of the United Nations³⁷ is the International Covenant on Civil and Political Rights, which lists rules that could not be suspended in any event – the basic characteristic of a peremptory rule.³⁸ Article 4(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)³⁹ states that, even in extraordinary situations, certain rights can not be suspended. They are the right to life (Article 6), the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 7), the prohibition of slavery or servitude (Article 8 (1) and (2)), opposition to arrest for breach of contract (Article 11), the refusal to condemn someone for a crime not provided for by national or international order (Article 15), the right of the individual to have recognized his or her legal personality (Article 16) and, finally, the right to freedom of thought, conscience and religion (Article 18).⁴⁰

35 MAZZUOLI, Valerio de O. **Direito dos tratados**. São Paulo: RT, 2011. p. 268.

36 Regarding this, in spite of the use of the terms “to assign” and “to recognize”, it is understood that the rules considered *jus cogens* already have this characteristic in themselves, given their origin in Natural Law. Therefore, it is important to say that treaties and jurisprudence carry out “declaratory acts” and not “constitutive acts” by giving the imperative adjective to a given source of international law.

37 In the UN charter are referred to as being *jus cogens* “the principles of the peaceful settlement of conflicts, the preservation of international peace, security and justice”. MAZZUOLI, Valerio de O. **Direito dos tratados**. São Paulo: RT, 2011. p. 268.

38 It is important to note that even though they are provided for in treaties, the recognition of these rules as *jus cogens* norms theoretically would not be limited to the contracting parties, after all *jus cogens* are rules formed from the collective interest that come from the Natural Law, therefore being of public order. MONACO, Ricardo. *Cours général de droit international public*. **Recueil des cours de l'Academie de Droit International de la Haye**, v. 125, n.3, p. 93-336, 1968. p. 209; ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio N.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22-23.

39 UNITED NATIONS. **International covenant on civil and political rights**: adopted by the General Assembly of the United Nations on 19 December 1966. v. 999, n. 14668. Available at: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>>.

40 Despite the rights of due process of law (Article 14) and per-

It is interesting to note that there is little discussion in the literature about a similar rule existing in the regional protection domains,⁴¹ notably in the Inter-American System for the Protection of Human Rights, which through Article 27(2) of the American Convention of Human Rights equally provides for rights unavailable to States,⁴² however, in a much broader role than that the one foreseen by the ICCPR. Those would be: Article 3 (right to recognition of legal personality), article 4 (right to life), article 5 (right to humane treatment), article 6 (prohibition of slavery and servitude), article 9 (principle of legality and retroactivity), article 12 (freedom of conscience and religion), article 17 (protection of the family), article 18 (right to name), article 19 (rights of the child), article 20 (right to nationality) and article 23 (political rights). In this sense, the great question that arises is whether these rules would also have a peremptory character, given the direct mention of their unavailability, even in times of exception.⁴³

After all, as previously stated, the definition of *jus cogens* contained in the Vienna Convention on the Law of

sonal liberty (Article 9) being defeasible in exceptional cases, the former United Nations Human Rights Committee has already made restrictions on the right to suspend such rules even if in emergency situations, taking into account the existence of other protections involved in those articles that are considered to be irrevocable. JINKS, op cit, p. 109-111.

41 The European plan for the protection of human rights will not be addressed, which, however, provides in Article 15 (2) of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms a list of rights unavailable to States. Nevertheless, it is noted that the European Court of Human Rights is inconsistent with regard to the protection of the rights there prescribed as truly superior and non-derogable rules, based largely on the analysis of the specific case and the thesis of the margin of appreciation of the States. For a debate, cf: SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. *A violação de jus cogens pelo Estado em casos de terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes*. **Revista de direitos humanos em perspectiva**, Belo Horizonte, v. 2, p. 170-191, 2016.

42 Considering that States are limited to *jus cogens* rules when they have written obligations at the international level and cannot distance themselves from a rule with a peremptory characteristic by means of *opinio iuris* or their practice, it can be said that States cannot unilaterally create laws in the domestic plane that exclude the applicability of rights that contain this adjective. RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations erga omnes**. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997. p. 58-59. Thus, imperative norms have the same essence in domestic law, that is, they are inviolable, superior and permanent. DANILENKO, Gennady. **Law-making in the international community**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. p 223.

43 ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Department of International Law. Secretariat for Legal Affairs. **American convention on human rights “Pact of San Jose, Costa Rica” (B-32)**. Available at: <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.pdf>.

Treaties of 1969 establishes that the rules, in order to be recognized, must be rules accepted and acknowledged by the international community of States as a whole. Could it, therefore, be possible to extend the list of *jus cogens* rules parting from a regional system? In addition, would it be admissible for these rules to originate from countries of the global South?

According to what is addressed in national and foreign doctrine, this is not a straightforward or outdated question, but unfortunately open and present in international society, which does not present any consistent study in which we can support ourselves. Such an understanding is aligned to the consideration made by the Third World Approaches to International Law (TWAIL) that the colonial reality of international law ends up forging its own foundations by marginalizing non-European knowledge⁴⁴, as does the non-acceptance of the concept of *jus cogens* established locally/elsewhere.

Perhaps this is due to the fact that resistance to the traditional standards of international law (which are imposed on the countries of the South) is still incipient, or perhaps due to the very lack of space that these States have in the framework of international relations today to expose their positions, due to the existence of a true oligarchy in this field, as pointed out the formerly quoted Antonio Remiro-Brotos. At last, the discourse that surrounds the United Nations and elsewhere in this field is fundamentally Eurocentric (especially in the field of Human Rights), focusing on the problems of the North to the detriment of the concerns of less expressive States, which are commonly set as “invisible spaces of humanity” for this reason.⁴⁵

However, if the discussion about the *jus cogens* characterization of a rule is practically non-existent in relation to its customary or conventional nature, it is essential to emphasize the role played by the Inter-American Court of Human Rights in this matter. After all, its precedents have distanced themselves from the “rectilinear” standards of the international (Europeanized)

level, bringing new interpretations of *jus cogens* rules in the field of human rights.

Such interpretations can even be considered a flag of the South, which began with the entry of Third World countries in the international interest, and which may (continue) to provoke the rupture of the balance of the international order hitherto called equitable, given the discrepancy of the conditions to act within international relations, requiring international law to adapt itself to fit this new reality, since its instruments are not seen as ideal to deal with all these new variables any more.⁴⁶ Such precedents, hence, are a way of putting the Third World present in international law, by exposing other sets of values that are equally relevant to the international community as a whole, and which have been considered as peremptory rules regionally⁴⁷, even though they have not been defended as such in other circles.

3. THE EXPANSION OF THE JUS COGENS CONCEPT PROMOTED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

The Inter-American Court of Human Rights is the competent court, within the framework of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, to recognize any international responsibility of the States Parties to the American Convention on Human Rights and to interpret this treaty⁴⁸. It is the organ responsible for protecting human rights in America, whose institution and action take into account not only the geographical and social situations of the South, but also the historical circumstances that built the States of that region⁴⁹. In this sense, according to Antônio Augusto Cançado Trindade, it is the Court that has contributed

46 FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 226-244, 2015.

47 For a discussion regarding the execution of the Inter-American Court sentences, see: RESENDE, Augusto. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 226-236, 2013.

48 PASQUALUCCI, J. M. **The practice and procedure of the inter-American court of human rights**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 07-09.

49 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003. v. 3. p. 215-220.

44 FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 226-244.

45 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014. p. 215-220.

most to the evolution of the concept of *jus cogens*⁵⁰.

In the first instance, the Inter-American Court only reaffirms the Europeanized concept of *jus cogens*, considering that it is a mandatory norm that prohibits physical, psychological and moral torture⁵¹. However, the first extension of the concept occurs in the judgment of *the Case of the Brothers Gómez Paquiyauri vs. Perú*⁵², when the Court expressly acknowledges that the violation of *jus cogens* is prohibited in any situation, whether in times of peace, wartime or during the State of Emergency or Suspension of constitutional guarantees. Likewise, the understanding of the content of *jus cogens* is extended to include all conduct prohibited by Article 5(2) of the American Convention, namely, cruel, inhuman and degrading treatment⁵³.

From this extension, an adaptation of the concept of ***jus cogens*** to the particularities of the inter-American system is initiated, contradicting a possible closed list of such norms and opening the way for the foundation of new bases for international law, that meets the needs of humanity⁵⁴ and of the particularities of each region of the world. It follows, therefore, from the premise that, even though these rules are considered basic norms, with characteristics that go back to the natural order, they are formed by common interests, which are not rectilinear in all localities, so that, at the end, it is the courts that determine whether the content of a rule may have the characteristic of a 'cogent norm'.⁵⁵ After

50 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional:** memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p.75

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, n. 69, Parágrafos 102 e 103.

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, n. 110, Parágrafos 111-112.

53 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n. 160

54 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional:** memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 80.

55 It should be noted that the problem would not be the discretionary power international adjudicators might have in determining/declaring which rules have such cogent characteristic; after all, judges from the Inter-American Court of Human Rights are "locally" chosen, that is, from the countries that accepted the jurisdiction of the Court. However, judges from the International Court of Justice

all, these rules carry fundamental values of the international community, and international tribunals would interpret such values in light of the context of States in a particular region.

Thus, in the examination of *Advisory Opinion*⁵⁶ No. 18/03 (Legal status and rights of undocumented migrants), requested by the Mexico, the Inter-American Court examines for the first time the concept of *jus cogens*. The Court, thus, acknowledges that, although the concept is linked to the law of treaties – specifically the Vienna Convention on the Law of Treaties – its evolution is not limited to the law of treaties and its area has been extended, now encompassing all branches of international law⁵⁷, such as international human rights law and matters relating to the international responsibility of States.

Once these parameters are established, the Court examines the obligation of States to respect and gua-

(ICJ) are chosen among all 193 states that are part of United Nations, being rather difficult to evoke local values in a sentence (and not in a separate/dissenting opinion) without being contradicted. As an example of such difficulty, it may be pointed the work of Cançado Trindade at the ICJ, which, for instance, tried to establish a precedent regarding the acts perpetrated by nazi forces during World War II (slavery and deportation) as actions that, as being violations of *jus cogens* of a *delicti imperii* nature, should not be trumped by state immunity – what was not upheld in the main decision, but only in his dissenting opinion (see INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case of jurisdictional immunities of the State: Germany v. Italy.** Judgment of Feb. 3, 2012. Merits – Dissenting Opinion Judge Cançado Trindade. 2012, part. V).

56 Pursuant to Article 2 of its Statute, the Court has a jurisdictional and advisory function. Without prejudice to contentious jurisdiction, it exercises advisory jurisdiction which allows OAS Member States - or the bodies listed in Chapter X of the Charter of the Organization -, even if they do not recognize the Court's contentious jurisdiction, to consult it on the interpretation of the Convention or other treaties relating to the protection of human rights under Article 64 (1) of the American Convention. The Consultative Opinions, resulting from the exercise of this competence, constitute an authorized interpretation of the norms of the Convention and the basis for future interpretations, not implying the necessary binding of the States to them, since there is no obligation of observance of their content. (MEDINA QUIROGA, Cecilia. **The american convention:** life, personal integrity, personal liberty, due process and judicial recourse, Center for Human Rights, University of Chile School of Law, San José: Mundo Gráfico, 2003, p.04). This characteristic does not, however, detract from the relevance of advisory opinions, which have given uniformity and consistency to interpretations of the Convention and been a mechanism of doctrinal and judicial influence on the part of the Court.

57 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.** Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.18, párrafos 98-99.

rantee all the rights provided for in the *American Convention without discrimination* (Article 1[1]) and the right to equality before the law (Article 24). These rights are defined as real obligations of States to the international community as a whole, not only to the individuals under their jurisdiction⁵⁸, being inseparable from human dignity, not only permeating the Inter-American Human Rights System, but also *all corpus juris* of guardianship of the human person⁵⁹, so that they must govern *all* the state performance⁶⁰.

Thus, it is established that the principles of equality before the law of non-discrimination belong to the set of norms *jus cogens*, which gives them imperative character and entails *erga omnes* obligations of protection that bind all the States and generate effects with respect to third parties, including between individuals due to its horizontal and vertical efficacy breadth⁶¹. In addition, these are principles that influence not only national and international public order, but also the legal system as a whole, making discriminations related to gender, race, color, language, religion or belief, political opinion and of any other nature, nationality, ethnic or social origin, age, economic status, marital status, birth or any other

human condition or characteristic impossible⁶².

In compliance with this *jus cogens* obligation, States must: (1) refrain from any actions that directly or indirectly create situations of *de facto discrimination* (which occurs when the State favors actions and practices that discriminate against a particular group of persons) or *de jure* (which takes place when the state creates laws that discriminate a certain group of persons), as well as (2) adopting positive measures that may modify historical and social situations of inequality between certain groups and individuals within their jurisdiction⁶³. In other words, recognition of the right to equality and non-discrimination as non-derogable implies a requirement for States to eradicate discrimination by implementing measures that legitimately promote equity among all citizens.

The concept of *jus cogens* is again amplified in the judgment of the *Goiburú case and others vs. Paraguay*, related to 'Condor Operation'. While examining the crime of forced disappearance⁶⁴, the Court confirmed that, in view of the seriousness of the crime and the nature of the rights implied in the injury, *the prohibition of forced disappearance and the related duty to investigate and punish those responsible are jus cogens norms*, since forced disappearance violates multiple rights of non-derogable character and constitute a transgression of the nature of human rights, and the abandonment of the essential principles underlying the inter-American system⁶⁵ (and the international system itself after 1945⁶⁶). Such

58 MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh (Org.). **International human rights law**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 194.

59 The rights to equality and non-discrimination are enshrined in the Charter of the United Nations (Article 1 [3]); in the Universal Declaration of Human Rights (Articles 1, 2, [1] and 7); in the International Covenant on Civil and Political Rights (articles 2, 3 and 26); in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Articles 2, [2] and 3); in the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (article 2); in the Vienna Declaration and Program of Action (articles 19-24); in the European Convention on Human Rights (Articles 1 [1] and 4); in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which also expressly refers to the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation (Article 21); in the African Charter on Human and Peoples' Rights (Articles 2 and 3); in the Arab Declaration on Human Rights in Islam (Article 1). It is also contained in the OAS Charter (Article 3 [1]); in the American Declaration of the Rights and Duties of Man (Article 3); in the American Convention on Human Rights (Articles 1 [1] and 24); and its Additional Protocol on Economic, Social and Cultural Rights ("Protocol of San Salvador") (Article 3).

60 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes in-dокументados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n. 18, parágrafo 100.

61 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes in-dокументados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n. 18, parágrafo 100.

62 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes in-dокументados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n. 18, parágrafo 101.

63 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes in-dокументados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n. 18, párrafos 103-105.

64 Forced disappearance, according to Article II of the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, "... privation of liberty of a person or persons, in any form, practiced by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the consent, support or consent of the State, followed by a lack of information or a refusal to acknowledge the privation of liberty or to report on the person's whereabouts, thus preventing the exercise of legal remedies and procedural guarantees relevant."

65 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, n. 153.

66 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 41.

an understanding takes into account the gravity and the continuing and/or permanent character⁶⁷ of forced disappearance⁶⁸, which is a mark of the dictatorships that Latin American states subsisted in the 1970s and 1980s.

From this decision, it can be affirmed that not only the prohibition to disappearance constitutes rule of *jus cogens*, but also the correlative duty to investigate this crime. The obligation to investigate, in accordance with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, corresponds to the obligation of means (and not of result), which includes, among other things, prosecution and punishment of those responsible for human rights violations, especially in view of the gravity of the crime of forced disappearance⁶⁹. However, it is necessary to say that only in case of forced disappearance the obligation to investigate (and due process) becomes *jus cogens* norm; in other cases of violation of human rights, the duty to investigate, for the Inter-American Court, is not *jus cogens*, but a “common” violation of human rights.

Thus, it is possible to say that the expansion of the material content of *jus cogens* by the Inter-American Court points in the opposite direction to the static and Europeanized concept established by the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 and other international tribunals that are not in the South global. Although this development is still embryonic, the text's purpose is to demonstrate the consolidation of international obligations that contribute to the advancement of human rights, since they are considered fundamental principles and values of the international order, and not merely the inter-American order, as it may seem.

In this sense, recognizing the right to equality and non-discrimination as a *jus cogens* norm, as well as other advances, such as the abovementioned prohibition on disappearance and the related duty to investigate this crime, which emerge at the Inter-American level, is

67 It is a continuing crime, since enforced disappearance is an offense that begins with the privation of liberty of the victim and with the subsequent lack of information about their destination and remains until the whereabouts of the missing person are known and determined with sure your identity.

68 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Anzualdo Castro vs. Perú.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, n. 202, parágrafo 59.

69 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguay.** Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, n. 221.

central to the contemporary scene of international law, which is evidently more heterogeneous (and is gradually becoming more concerned with the particularities of peripheral regions beyond the traditional central axis). At least that is what is absorbed in the attribution of *jus cogens* character to rules other than those traditionally recognized by “ordinary” international law from a non-Eurocentric tribunal.

In one word, from these judgments, the (even tough incipient) change in international law patterns is demonstrated, evidencing that human rights, in fact, can be an area of resistance within Law, against domination and oppression imposed by the North, initiated in 1492 with the dis(cover)y (up) of America⁷⁰.

4. THE ANTI-HEGEMONIC DISCOURSE: FUNDAMENTALS FOR A CRITICISM OF THE CLOSED CONCEPT OF JUS COGENS.

The supposed “discovery” of America and its subsequent colonization mark the beginning of modernity, being the moment from which, for the first time, a mechanism of intercommunication was established, that is, a common ground was established: colonialism and the “European rationality”⁷¹. From this process, a mechanism of domination was set in the political-economic level, from which the coloniality derived – a hierarchical pattern of power and knowledge that maintains, in the ideological-discursive level and at the level of intersubjective relations, a domination of the peoples of the South.⁷²

Besides the “economic revolution” established by modernity (throughout a political-economic domain of the peoples of the Global South), this process was

70 DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire.** The Political philosophy of cosmopolitanism. Oxford: Routledge, 2007, p. 08; DUSSEL, Enrique. **1492. El encubrimiento del Outro. Hacia el origen de “mito de la mordernidad”.** Colección Academia número uno. La Paz: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1994. p. 13-22

71 DUSSEL, Enrique. **1492 el encubrimiento del outro:** hacia el origen de “mito de la mordernidad”. Colección Academia número uno. La Paz: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1994. p. 13-22

72 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires; Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. p. 117-142.

accompanied by a “epistemological revolution” that, although introduced in the and by Europe, influences the whole world, once it becomes the subsidy for the legitimization of the classification and subjugation of the “non-European”.⁷³ From coloniality on, the “cover-up of the other”⁷⁴ begins, it means, the suppression and domination of cultures and knowledge of the non-European peoples⁷⁵. On one hand, modernity established parameters to determine who is the individual, who is the subject of rights; on the other hand, in the epistemological level, it consolidated the overpowering of European discourse as universal.⁷⁶

In this context, the expression “coloniality of power” stands out to explain the continual domination existent from the North in relation to the South. According to this view, even if the end of the colonial administration itself (the colonialism) has already happened, the matrix built in 1492 is still present in the today's society, so that the exploration and domination of the other throughout the capitalist system and the international division of labor still subsist.⁷⁷ However, besides the structure strictly related to the abuse of power through the economic domination, this coloniality translates itself, in fact, in a complex structure, which encompasses various levels of oppression carried out today by Europeans and north-Americans⁷⁸, among which is the

73 MIGNOLO, Walter D. La opción descolonial. **Revista letral**: Editorial Universidad de Granada. Granada, n. 01, p. 03-22, 2008. p. 07.

74 DUSSEL, Enrique. **1492 el encubrimiento del outro**: hacia el origen de “mito de la modernidad”. Colección Academia número uno. La Paz: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1994. p. 35.

75 Within coloniality, a civilization process begins, from which the European society, legitimized by discourses of evangelization, civilization, modernization, development, globalization, established itself as a symbolic center of what came to be known as the modern-colonial world system. LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005. p. 04-23. p 11.)

76 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992. p. 437-448.

77 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992. p. 437-448. p. 448; QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires; Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005. p. 117-118.

78 MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica**: retórica de

coloniality of knowledge.

This way of coloniality refers to the epistemological legacy of the Europeans in the South peoples, so that they would not be “authorized” to think and create their own knowledge, but only to reproduce the Eurocentric epistemology, becoming a real impediment to the comprehension “[of] the world from the own world”.⁷⁹ It means that since that coloniality dimension, the epistemological diversity would be nonexistent, as would any other experience that escaped the European standard, since only “one way of producing knowledge” would exist, which must be globally repeated.⁸⁰

In this sense, coloniality propitiates the division, through an abyss, of the world between metaphoric North and South, in which the first represents the epistemological dominant, rational paradigm, whose knowledge is the only valid, scientific and useful; the second would be that underdeveloped one, primitive, savage, whose subaltern knowledge is not scientific and that, therefore, is relegated to the academic and political marginality.⁸¹ It is from this abyssal division that the forms of knowledge developed from Europe have become the only valid, objective and universal forms of knowledge; in universal categories of analysis applicable to any reality; in “normative propositions that define the duty to be for all the peoples of the planet”.⁸²

This way, this reductionism allows that, in the case of human rights, although their emancipatory potential, they may have their language manipulated by the hegemonic powers, being necessary to be aware of the oppressive potential of its universality.⁸³ This because

la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina: Ediciones del signo, 2010, p. 12.

79 PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. In: LANDER, Edgardo (Org.). **Colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 3.

80 QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992. p. 446.

81 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 78, p. 03-46, out. 2007.,

82 LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005. p. 10.

83 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da sociedade brasileira de direito internacional**, v. 1. n. 119-124. ago./dez. 2013. p. 67-96.

that conception turns impossible a foundation of rights other than that one of the Eurocentric paradigm⁸⁴. It is precisely this the case of the traditional concept of **jus cogens**, that, as the dominant theory of human rights, it also has a well-known Eurocentric historical-geographical and anthropological-philosophical foundation.

5. FINAL CONSIDERATIONS

The present text had as its main objective to expose the **jus cogens** as a concept originated from the North, once not only its definition has been largely forged because of the yearnings of the nations that compose such global axis, but also by the very systematics of the international plan be directed to the maintenance of the **status quo** regarding the production of norms that compose the legal system, excluding the possibility of other regions, especially those ones that do not participate of the oligarchy of the system, to agree and contribute for the recognition of the peremptory character of a certain rule. It was therefore argued hereby that this would be a clear example of the domination exercised by the North in relation to the Global South, which reproduces itself by the epistemic closure imposed by the Europeans, which end up promoting a real silence of the South, preventing it to be a (re) producer of any knowledge – what includes the determination of rules with cogent characteristics.

However, from the 'libertarian thesis', particularly in the area of the human rights, it is possible to note the important role of the Inter-American System of Human Rights, especially the Inter-American Court of Human Rights, by offering a counter-hegemonic voice as regards to the understanding of the *jus cogens* concept from its decisions. After all, if "the search for alternatives to the profoundly excluding and unequal conformation of the modern world requires an effort of deconstruction of the universal and natural character of the capitalist- liberal [Eurocentric] society" as Edgardo Lander⁸⁵ affirms, this effort has been done by the Inter-

american Court, which has been obtaining certain success as regards to the attribution of the cogent character to certain rules, which escape the pattern nowadays conjectured in the international level.

REFERENCES

- ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio N.; CASELLA, Paulo B. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AKENHURST, Michael. Custom as a source of international law. **British yearbook of international law**, v. 41, n. 1, p. 1-53, 1974.
- BASINOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal law**. 2. ed. Hague: Kluwer Law International, 1999.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista novos estudos jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 1, p. 201-230, jan./abr. 2014.
- BROWNLIE, Ian. **Public international law**. 6. ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antônio. **International law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Anzualdo Castro vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C, n. 202.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C, n. 69.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, n. 160.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, n. 221.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Goiburú y otros vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2011. Serie C, n. 222.

⁸⁴ ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina**. México: Editorial Itaca, 2013. p. 39-40.

⁸⁵ LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. p. 23.

tiembre de 2006. Serie C, n. 153.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.** Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n. 18.

CZAPLINSKI, Wladyslaw. *Jus cogens and the law of treaties*. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc [Ed.]. **The fundamental rules of the international legal order**: jus cogens and obligations erga omnes. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

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

DINH, Nguyen Quoc et al. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DOUZINAS, Costas. **Human rights and empire**: the political philosophy of cosmopolitanism. Oxford: Routledge, 2007.

DUSSEL, Enrique. **1492 el encubrimiento del outro**: hacia el origen de “mito de la modernidad”. Colección Academia número uno. La Paz: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1994.

FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 226-244, 2015.

FRIEDERICH, Tatyana Sheila. **As normas imperativas de direito internacional público**: jus cogens. Curitiba: Forum, 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da sociedade brasileira de direito internacional**, v. 1, n. 119 -124. ago./dez. 2013.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case concerning the right of passage over indian territory**. Merits – Dissenting Opinion Judge Fernandes. 1960.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Case of jurisdictional immunities of the State**: Germany v. Italy. Judgment of Feb. 3, 2012. Merits – Dissenting Opinion Judge Cançado Trindade. 2012.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal**

consequences for States of the continues presence of South Africa in Namibia. Advisory Opinion – Separate opinion Judge Ammoun. 1971.

JANIS, Mark W. **An introduction to international law**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocentrismo. In: _____. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Direito dos tratados**. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. **The american convention**: life, personal integrity, personal liberty, due process and judicial recourse, Center for Human Rights, University of Chile School of Law, San José: Mundo Gráfico, 2003.

MIGNOLO, Walter D. **Desobediencia epistémica**: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina: Ediciones del signo, 2010 .

MIGNOLO, Walter D. La opción descolonial. **Revista letral**. Editorial Universidad de Granada, Granada, n. 01, 2008.

MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh (Org.). **International human rights law**. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

MONACO, Ricardo. Cours général de droit international publique. **Recueil des Cours de l'académie de droit international de la Haye**, v. 125, n.3, p. 93-336, 1968.

MORGENTHAU, Hans. **Política entre as nações**. Tradução Oswaldo Biato. São Paulo: UnB/IPRI, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens: ainda esse desconhecido. **Revista direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 161 – 178, jun./dez. 2005.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **American convention of human rights**. 1969.

PASQUALUCCI, J. M. **The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. University of South Dakota, School of Law. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, An-

- dreas et al. **The statute of the International Court of Justice**: a commentary. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PEREIRA, André G.; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação. In: LANDER, Edgardo (Org). **Colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992.
- QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires; Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.
- RAGAZZI, Maurizio. **The concept of international obligations erga omnes**. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997.
- RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Coord.). **Direito dos tratados**: comentários à convenção de Viena do direito dos tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- REMIRO-BROTONS, Antônio. **Derecho internacional público**: principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1982.
- RESENDE, Augusto. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de direito internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 226-236, 2013.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina**. México: Editorial Itaca, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 78, out. 2007.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of international public policy. **Current legal problems**, London, v. 18, n. 1, p. 191-214, 1965.
- SHAW, Malcolm N. **International law**. 4. ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.
- SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. As relações entre o direito internacional e o Estado soberano na visão de Georg Jellinek. **Revista campo jurídico**, Barreiras, v. 4, p. 136-151, 2016.
- SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. A violação de jus cogens pelo Estado em casos de terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes. **Revista de direitos humanos em perspectiva**, Belo Horizonte, v. 2, p. 170-191, 2016.
- TE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, n. 110.
- TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their will. **Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye**, v. 241, p.195-374, 1993.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional**: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2003. v.3.
- UNITED NATIONS. **International covenant on civil and political rights**. 1966.
- UNITED NATIONS. **Treaty collection: Vienna convention on the law of treaties status**. 2016. Available at: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetail.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en>.
- UNITED NATIONS. **Vienna convention on the law of treaties**. 1969.
- VERHOEVEN, Joe. Jus Cogens and reservations or 'counter-reservations': to the jurisdiction of the International Court of Justice. In: WELLENS, Karel (Ed.). **International law**: theory and practice. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- VIEGAS, Vera Lúcia. Jus cogens e o tema da nulidade dos tratados. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano. 36, n. 144, p. 181-196 out./dez. 1999.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



**O conhecimento tradicional
relacionado ao complexo
do curare e a legislação
internacional sobre propriedade
intelectual**

**The traditional knowledge
related to *curare* complex and
the international legislation of
intellectual property rights**

Marcos Vinícius Chein Feres

João Vitor de Freitas Moreira

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

O conhecimento tradicional relacionado ao complexo do curare e a legislação internacional sobre propriedade intelectual*

The traditional knowledge related to *curare* complex and the international legislation of intellectual property rights

Marcos Vinício Chein Feres**

João Vitor de Freitas Moreira***

RESUMO

O trabalho em questão visa abordar o conhecimento tradicional associado à biodiversidade e o Direito de Patente em uma perspectiva crítica, apontando para análises sobre os fundamentos dos principais acordos internacionais, a saber, TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) e CDB (Convenção sobre a Diversidade Biológica). Para tanto, parte-se de uma abordagem teórica baseada nos preceitos de intersubjetividade e reconhecimento desenvolvidos, por Axel Honneth, bem como na combinação desses preceitos com a possibilidade de viver plenamente o direito, nos termos propostos por Zenon Bankowski. Ademais, acrescenta-se ao raciocínio uma análise empírica sobre o complexo do curare tradicionalmente utilizado pelos povos ameríndios que consiste na apresentação de depósitos de patentes existentes sobre a substância química que compõe esse complexo. Por fim, apresenta-se um conjunto de inferências possibilitadas pela interpretação dos fatos empíricos à luz do referencial teórico, o que permite evidenciar a falibilidade do sistema jurídico de patentes.

Palavras-chave: Pesquisa empírica. CDB. TRIPS. Conhecimento Tradicional. Curare. D-tubocurarina.

ABSTRACT

This paper aims to discuss patent law and the issue of traditional knowledge associated with biodiversity through empirical qualitative research. In this sense, the study encompasses a critical approach of the main international agreements related to intellectual property rights (TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) and CBD (Convention on Biological Diversity)). Once data was collected at the WIPO (World Intellectual Property Organization) website regarding the curare complex, it was possible to verify whether these Treaties interfere in the process of protection of traditional knowledge holders. Stemming from a theoretical approach of living lawfully developed by Zenon Bankowski as well as the theory of struggle for recognition proposed by Axel Honneth, the analysis of data and the

* Recebido em: 18/10/2017
Aprovado em: 23/12/2017

** Doutor em Direito Econômico, Professor Associado da Faculdade de Direito (Universidade Federal de Juiz de Fora), Pesquisador de Produtividade PQ2 CNPq. Email: mvchein@gmail.com

*** Graduando em Direito (Universidade Federal de Juiz de Fora), Bolsista de PIBIC/CNPq. Email: joao.vitor.moreira@gmail.com

inference of this research were thoroughly executed. Finally, supported by the data collected in this study, it is possible to state that international agreements simply do not change the ongoing process of appropriation, indicating the fallibility of the patent legal system.

Keywords: Empirical research. CBD. TRIPS. Traditional Knowledge. Curare. D-tubocurarine.

1. INTRODUÇÃO

São estes Tapajozes gente de brios, muitas vezes temida pelas nações circunvizinhas, porque usam tal peçonha em suas flechas, que só com o chegar a fazer sangue, tiram sem remédio à vida.¹

O relato descrito acima faz parte de uma coleção de descrições feitas por dominicanos que acompanharam as expedições do capitão Francisco de Orellana realizadas durante a colonização da América espanhola. Conhecido pela literatura histórica, Orellana tem um papel importante em desbravar as águas de um “grande rio” que é rico em conhecimento, especialmente o conhecimento dos diversos povos indígenas que habitavam suas sinuosas curvas². Inegavelmente, imaginar esse primeiro intervir é uma tarefa desafiadora e prazerosa, no entanto, a questão que se coloca neste trabalho não é em si uma análise dessas possíveis experiências dos espanhóis, mas sim o que elas podem revelar.

É a busca do latente de um determinado texto, assim como suas consequências no mundo fático, que movem o indagar científico, a fim de se analisar o ir e o vir entre a idealidade normativa e o mundo empírico. O relato transcrito acima revela que uma “peçonha”, extremamente tóxica, é usada nas flechas, ou seja, o texto demonstra a potencialidade mortífera de um veneno usado por um povo indígena. Além disso, o trecho se refere a um complexo de plantas que desencadeia tal reação descrita pelos dominicanos em suas expedições e é conhecido como *curare*. Esse complexo será obje-

to das reflexões científica desenvolvidas neste trabalho, tendo como foco o direito de patente e a propriedade intelectual.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a relação do direito de propriedade intelectual com o conhecimento tradicional associado à biodiversidade, com foco no caso específico do complexo do curare. Para tanto, colocar-se-á em questão as principais normas e tratados internacionais que regulamentam a propriedade intelectual — tais como Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) —, na tentativa de demonstrar se essas estruturas normativas possuem, de fato, potencial para alcançar o efeito de proteção do conhecimento tradicional.

No trajeto de pesquisa, desenvolve-se um estudo empírico que consiste na coleta e análise de dados referentes ao complexo do curare. Estudo este que funciona como elemento do empírico a ser contraposto à idealidade normativa. Entretanto, antes de se passar às especificidades do estudo de caso que a análise do complexo do curare representa, deve-se delinear o referencial teórico-metodológico que guiará as possíveis inferências a serem realizadas neste trabalho.

Tal referencial consiste em uma perspectiva teórico-metodológica estruturante baseada nas análises de Zenon Bankowski³ sobre o que significa viver plenamente o Direito, combinadas com a óptica intersubjetiva de reconhecimento delineada por Axel Honneth⁴. Essa perspectiva teórica será balizada pelas regras da inferência de Epstein e King⁵ que fornecem o caminho necessário a ser percorrido na pesquisa.

Com base nesse pressuposto teórico-metodológico, poder-se-á colocar em questão todo o conhecimento científico correlacionado às substâncias advindas do complexo do curare, bem como evidenciar a seguinte hipótese: os marcos normativos internacionais parecem interferir pouco (ou nada) na continuidade da apropriação do conhecimento tradicional por meio do direito de patente.

Assim, a pergunta de pesquisa deve ser bem escalada, uma vez que, como coloca Epstein e King⁶, a

1 CARVAJAL, Gaspar de; ROJAS, Alonso de; ACUÑA, Cristobal. *Descobrimento do Rio das Amazonas*. Tradução de C. de Melo-Leitão. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1941. p. 271. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/descobrimentos-do-rio-das-amazonas/pagina/1/texto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

2 CARVAJAL, Gaspar de; ROJAS, Alonso de; ACUÑA, Cristobal. *Descobrimento do Rio das Amazonas*. Tradução de C. de Melo-Leitão. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1941. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/descobrimentos-do-rio-das-amazonas/pagina/1/texto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

3 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

4 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

5 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

6 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo:

pesquisa científica exige um comprometimento do pesquisador com a confiabilidade do processo pelo qual os dados foram observados, tendo em vista que o trabalho científico deve ser replicável e que a pesquisa científica é um empreendimento social, além de que todo o conhecimento e toda a inferência na pesquisa é em si mesma incerta⁷. Portanto, qual é o grau de interferência dos marcos normativos do TRIPS e CDB quando se trata da relação entre direito à patente e conhecimento tradicional?

2. DESENVOLVIMENTO TEÓRICO-METODOLÓGICO

O método utilizado consiste em uma tentativa de efetuar pesquisa empírica no campo do Direito. Nesse sentido, o termo *empiria* “denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não numérica (qualitativa)”, tendo como objetivo comum a produção de inferências sobre essas evidências.

Assim, a fim de interpretar os dados coletados, vale recorrer a Epstein e King⁹ de modo a se utilizar das regras de inferência, tendo como definição essencial o fato de que produzir inferência consiste no processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos. Segundo os autores, as possíveis inferências se desenvolvem sobre dois eixos: as inferências descritivas e as inferências causais. As inferências descritivas podem ser entendidas como uma busca pela compreensão de um problema de pesquisa, mas também almeja expandir essa compreensão para outros contextos, isto é, a busca pelo entendimento de um determinado fato proverá meios para se compreender sobre a relação de pesquisa em outro contexto. Com as características dos dados/fatos que se conhece, quer se traçar uma característica sobre os dados/fatos que não se conhece. A inferência causal, por sua vez, leva em consideração o que os dados coletados podem dizer sobre o objeto que se analisa. Como exemplo, pode-se adotar o objeto empírico a ser discutido nesse trabalho

Direito GV, 2013.

7 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

8 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 11.

9 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

— análise dos depósitos sobre o curare — e levantar a seguinte pergunta: o que a legislação internacional referente ao conhecimento tradicional acarretou no mundo fático? A partir dessa pergunta, assumem-se as patentes coletadas (dados) como variáveis causais dependentes da variável causal principal que é a promulgação dos tratados internacionais. Ao comparar a concessão de patentes, antes e após a promulgação dos tratados internacionais, é possível verificar se houve ou não mudança na realidade fática diante daqueles instrumentos legais (inferência causal).

Nessa perspectiva, considerando a dinâmica da *unobtrusive research*, descrita por Earl Babbie¹⁰, primeiramente, os dados aqui analisados estão limitados pelas informações públicas disponíveis no banco de dados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Em segundo lugar, uma análise qualitativa dos dados relacionados aos diplomas legais específicos, somado a um quadro de pedidos de patentes do complexo do curare, é desenvolvida com o intuito de confirmar ou descartar a hipótese inicial. Assim sendo, delimitar e descrever esse caminho se torna imprescindível.

Em obediência à regra da replicabilidade, a escolha do complexo de plantas denominado curare que compõe um poderoso veneno de uso tradicional se deu devido à continuação de um processo de pesquisa iniciado com o caso da *Phyllomedusa bicolor* — denunciado pelo site Amazonlink¹¹ como biopirataria realizada sobre uma espécie nativa da Amazônia. A partir dessa primeira abordagem sobre o tema, realizou-se uma viagem institucional ao Instituto Brasileiro de Pesquisas Amazônicas em fins de 2014. Nessa viagem, foi possível tomar conhecimento do complexo do curare em visita guiada pela Reserva Ducke no Museu da Amazônia.

Assim, o item 3 descreverá todo o procedimento empírico realizado, tendo como fim permitir o controle das inferências a serem realizadas, uma vez que “cabe aos pesquisadores, e não aos leitores, especificar o objeto de sua inferência”¹².

10 BABBIE, Earl. *The practice of social research*. Belmont: Wadsworth/Thomson learning, 2000.

11 Para detalhes sobre o caso da *Phyllomedusa bicolor*, ver FERES, Marcos Vinícius Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: o caso do conhecimento tradicional. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caixas do Sul, v. 4, n. 2, p. 9-36, 2014.

12 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 39.

Nesse ponto, “se toda pesquisa empírica, qualquer que seja a sua natureza, tem uma dimensão conceitual que condiciona o olhar do pesquisador”¹³, a presente investigação se pauta no entrelaçamento entre o Direito e o Amor de Zenon Bankowski¹⁴, que busca compreender a interação entre o legal e o moral em uma determinada realidade. Nesse sentido, Bankowski¹⁵ alerta sobre a necessidade de compreender a complexidade do real para, assim, se avaliar o grau de efetividade das normas jurídicas. Viver plenamente o direito demanda uma constante relação de proximidade entre a proposta legislativa e os fatos complexos da realidade, um ir e vir entre o empírico e o abstrato, de modo que a complexidade do real seja capaz de transformar, de tempos em tempos, a rígida estrutura de deveres normativos por vias de um processo de interpretação construtiva dessas normas. Por isso, a metodologia empírica se justifica pela escolha de dados de patentes para se averiguar se a relação entre a complexidade do real (a concessão de patentes e o respeito aos conhecimentos tradicionais) e a idealidade normativa (TRIPS e CDB) reflete um processo de reconhecimento das práticas dos povos tradicionais, como práticas tão válidas quanto as da ciência convencional. Viver plenamente o direito significa não criar distinções entre elementos do real os quais convergem para os mesmos resultados práticos.

Valendo-se da expressão de Axel Honneth¹⁶, a saber, “reconhecer a si mesmo no outro”¹⁷, pretende-se promover uma análise a fim de se verificar se o conhecimento tradicional utilizado pelas comunidades indígenas da Amazônia é, de fato, reconhecido e protegido pelas legislações pertinentes. Desse modo, à perspectiva de Zenon Bankowski¹⁸ soma-se aqui o elemento do reconhecimento de Axel Honneth¹⁹. Esse autor busca, na estrutura da Teoria do Reconhecimento, as formas de construção das relações sociais modernas, pautando-se

em três padrões normativos de reconhecimento, quais sejam: o amor, o direito e a solidariedade²⁰. Esses três elementos possibilitam que a vida social se concretize com base em uma lógica “de um reconhecimento recíproco, porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais”²¹. Pretende-se, pois, neste artigo realizar uma análise do processo de reconhecimento do conhecimento tradicional após o advento da CDB no que se refere ao estudo de caso do complexo do curare no campo da propriedade intelectual.

Assim, compreender o campo jurídico é, ao mesmo tempo, entender o outro generalizado no preceito legal²² e o particular singularizado na narrativa apresentada²³, de tal modo que se pode saber em que medida se devem aplicar a lei e todo o seu aparato coercitivo, ou em que medida o problema do particular ali presente (o conhecimento tradicional) necessita ir além da lei, a partir do qual se consegue compreender mudanças no *ethos* social. Assim, demonstrar-se-á a maneira como o conhecimento tradicional demanda uma necessidade de ir além do normativo por meio do empírico e/ou particular a fim de se romper com a colonialidade²⁴ do poder expressa no sistema jurídico internacional de patentes. Nesse sentido, opta-se pelo ponto de partida da história colonial para se fundamentar os elementos de busca e coleta e, por fim, de análise qualitativa dos dados empíricos.

3. FATO EMPÍRICO E DADOS COLETADOS

Como exposto no trecho dos relatos de viagem feitos pelo padre Carvajal²⁵, apresentado na epígrafe, o

13 OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. *Concretude simbólica e descrição etnográfica: sobre a relação entre antropologia e filosofia. Mana*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 409-435, 2009.

14 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

15 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

16 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

17 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

18 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

19 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

20 Mais detalhes podem ser encontrados em: FERES, Marcos Vinícius Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. *Direito de patente e a invisibilidade do conhecimento tradicional*. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, p. 248-266, 2016.

21 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 155.

22 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 296.

23 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 328.

24 QUIJANO, Anibal. *Colonialidad del poder y clasificación social*. *Journal Of World-systems Research*, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 342-386, ago. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <<http://jwsr.pitt.edu/ojs/index.php/jwsr/article/view/228>>. Acesso em: 19 maio 2017.

25 CARVAJAL, Gaspar de; ROJAS, Alonso de; ACUÑA, Cris-

complexo do curare é um composto de plantas utilizadas pelos ameríndios como peçonha para defesa e, principalmente, para caça. O complexo do curare, tendo em conta suas diferentes finalidades, não tem seu uso resumido a uma determinada comunidade indígena, muito menos a uma determinada região geográfica. O curare está associado às práticas dos ameríndios²⁶, primordialmente aqueles que estão ligados a região do Alto Amazonas, conhecida como província dos venenos. De qualquer maneira, esse veneno que produz poesia à música de Maria Bethania²⁷, é um complexo de raízes, caules e folhas que “usam todas estas nações de arco e flecha, muitas delas ervadas com peçonha”²⁸.

A despeito de os relatos, que descrevem a identificação do complexo do curare, serem datados do século XV, muito se pode ainda discutir com relação a essa substância quando se tem como foco o direito de patente e a propriedade intelectual. Especialmente devido ao esforço científico em descobrir a composição “certa” do curare, despertando o interesse na pesquisa deste no final da segunda metade do século XIX e início do século XX. Os holofotes da química e biologia molecular por tempos ficaram voltados a essa estranha, mas comum, substância, aspirando a alcançar algo produtivo e comercializável. Não existe, nesse sentido, um único tipo de curare, pois as plantas que compõem o curare de uma tribo “A” podem ser diferentes do curare de uma tribo “B”²⁹. Portanto, o complexo sempre foi uma substância “desconhecida” do ponto de vista químico pelo homem branco ocidental. Na verdade, o que se percebe é uma gama de combinações que variam na mesma proporção das curvas do Amazonas, mas algumas famílias

tobal. *Descobrimento do Rio das Amazonas*. Tradução de C. de Melo Leitão. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/descobrimentos-do-rios-das-amazonas/pagina/1/texto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

26 CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

27 VELLOSO, Maria Bethania V. T. Carta de Amor. In: VELLOSO, Maria Bethania. *Oasis de Bethania*. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2012. 1 CD. Faixa 9.

28 CARVAJAL, Gaspar de; ROJAS, Alonso de; ACUÑA, Cristobal. *Descobrimento do Rio das Amazonas*. Tradução de C. de Melo Leitão. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1941. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/descobrimentos-do-rios-das-amazonas/pagina/1/texto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

29 CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

de plantas são notadamente reconhecidas como essenciais. Segundo Cruls³⁰, as famílias: Loganiácea e Menispermácea, quer dizer, as “bases vegetais da família das Loganiáceas [...] ou das Menispermáceas [...], usadas isoladamente ou em associação”³¹ são as preponderantes na formulação do complexo do curare.

A fim de verificar qual parte do vegetal é utilizada na formulação do complexo, em viagem institucional à Manaus, constatou-se, com base em relato oral na pesquisa de campo, que a parte utilizada dos vegetais envolvidos na preparação do curare é, principalmente, o caule (informação verbal)³². Este é colocado em maceração na água fria, adquirindo com isso uma cor pardo-avermelhada. Posteriormente, esse produto é fervido e refervido sobre fogo, até que se reduz e condensa numa massa pegajosa, assumindo, então, uma cor pardo-achocolatada³³.

Considerando a relação histórica, ainda que parcialmente descrita, esta evidencia não somente a primeira identificação da prática/uso do curare, mas também as famílias de plantas que o compõem. Falta compreender, no entanto, a relevância química das plantas envolvidas. O despertar desse interesse veio com Claude Bernard, “que após descrever em 1844 suas experiências a respeito de sua ação fisiológica sobre a junção mioneural, o curare passou a constituir o meio ideal para interromper a transmissão do impulso nervoso à musculatura estriada”³⁴. Desde a posse da primeira amostra pelo colonizador no século XVI, desconhecia-se, até então, as potencialidades do veneno:

os pesquisadores norte-americanos entregaram-se, a partir de 1934, a cuidadosos estudos sobre o curare, dispondo, para tanto, de apreciável quantidade transportada para os Estados Unidos por Richard

30 CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

31 CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. p. 227. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

32 Informação fornecida por Jaime Diakara em visita ao Museu da Amazônia em 2014.

33 CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. p. 228. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

34 NOVAES, Amando Caiuby. Emprêgo do curare em convulsoterapia. *Arquivos de Neuro-Psiquiatria* [online], São Paulo, v. 5, n. 4, p. 346, 1947.

Gill. Após exaustiva experimentação, McIntyre, professor de Farmacologia na Universidade de Nebraska, e Holaday, chefe da Divisão de Pesquisas Biológicas dos Laboratórios Squibb, trabalhando independentemente, conseguiram estabelecer uma técnica de estandardização, bastante complicada a princípio, mas que não tardou a simplificar-se. Mais tarde, os Laboratórios Squibb passaram à produção comercial de uma solução aquosa de curare, altamente pura e estável, conhecida pelo nome de Intocostrin, tornando-se possível, a partir dessa data, a experimentação clínica em larga escala e a difusão de seu emprego nos vários setores da medicina.³⁵

As espécies que possivelmente compõem o complexo do curare são variações das famílias acima (Loganiácea e Menispermácea). Grande parte dessas espécies são de ocorrência sul-americana e variam sua concentração de acordo com a localização no continente³⁶. A partir desse complexo de plantas, com o tempo, a ciência ocidental isolou uma substância denominada *d-tubocurarina*, presente no medicamento Intocostrin descrito acima:

outra importante contribuição da flora medicinal brasileira é a *d-tubocurarina*. Esta substância compõe o “curare”, [...] nativa da Amazônia e usada como veneno pelos povos daquela região. Em 1940, a *d-tubocurarina* (Intocostrin®) foi introduzida na anestesiologia devido ao seu efeito relaxante da musculatura esquelética. Ela deve ser administrada somente por via parenteral (por meio de injeções), pois ela não tem efeito por via oral. Esta característica já era conhecida dos Ameríndios, que usavam o curare como veneno para abate da caça, usada na alimentação.³⁷

As espécies que compõem³⁸ os curares, ao fim e ao cabo, alcançaram o potencial comercial e inseriram-se como importantíssimas na medicina e farmacologia mo-

dernas sob o nome de Intocostrin, composto formado pela substância *d-tubocurarina*, que atua no sistema nervoso invertendo as polaridades dos encontros sinápticos.

Nesse sentido, a *d-tubocurarina* é um poderoso anestésico que tem agentes bloqueadores e antagonistas, impeditivos da atividade neuromuscular. Com as características descritas até o momento, evidencia-se o avanço tecnológico da atividade tradicional, a qual já reconhecia o duplo efeito do complexo do curare, a saber, quando atinge a circulação sanguínea, gera a morte e, quando ingerido, não afeta os sistemas humanos. Por esse motivo, pode-se perceber que o curare é largamente usado na caça, uma vez que não prejudica o consumo. Por fim, o uso tradicional do complexo do curare já previa ambas as formas de aplicação, antes mesmo do avanço utilitário na medicina e na farmacologia modernas.

A fim de tentar evidenciar o processo de apropriação do uso tradicional do curare, o trabalho consiste em buscar e coletar depósitos de patentes relacionados ao complexo do curare. Dessa forma, a partir do nome tradicional usado pelos ameríndios, *curare*, bem como do principal princípio ativo encontrado nesse complexo, *d-tubocurarina*, inicia-se a busca por dados de patentes no banco de dados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual <<http://www.wipo.int/portal/en/>>. Esse banco de dados encontra-se disponível no menu da página inicial da OMPI, denominado “reference”. Essa janela dá possibilidade de acesso ao IP database, encontrando-se a opção “Patentscope”. Ao clicar-se nesta opção “Patentscope” direciona-se para uma página que disponibiliza explicações sobre o banco de dados. Nessa página, escolhe-se a única opção disponível denominada “Access the Patentscope database”, redirecionando, assim, para o devido espaço de pesquisa. A seleção dos pedidos de patentes realiza-se com base em dois filtros: selecionando a opção “anyfield”, digita-se “curare” para encontrar depósitos que tragam em seu conteúdo o termo que descreve o composto indígena. Encontram-se 1413 documentos.

Considerando-se o escopo da presente pesquisa, o de avaliar a relação entre o uso do curare pelo tradicional e a utilização daquele na ciência, utilizou-se o nome do composto isolado do complexo do curare, especialmente porque a *d-tubocurarina* desempenhou um papel importante na farmacologia como descrito acima. Desse modo, a combinação de palavras-chave na pesquisa de dados é mais adequada ao objetivo des-

35 NOVAES, Amando Caiuby. Emprêgo do curare em convulsoterapia. *Arquivos de Neuro-Psiquiatria* [online], São Paulo, v. 5, n. 4, p. 347, 1947.

36 CRULS, Gastão. *Hileia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. p. 228. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

37 BRANDÃO, Maria G. L. et al. Biodiversidade, uso tradicional de plantas medicinais e produção de fitoterápicos em minas gerais. In: SEMINÁRIO SOBRE ECONOMIA MINEIRA, 14., Minas Gerais. *Anais do XIV Seminário sobre a Economia Mineira*. Disponível em <<https://ideas.repec.org/h/cdp/diam10/022.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

38 As espécies que compõem o complexo do curare são variadas, mas algumas podem ser listadas: *Strychnos castelnauii*, *Strychnos gubleri*, *Strychnos toxifera*, *Strychnos schomburgkii*, *Strychnos cogens*, *Strychnos crevauxiana*, *Strychnos lethalis*, *Cissampelos ovalifolia*, *Cissampelos sympodioides*, *Cissampelos pareira*, *Cocculus toxiciferus*, *Anomospermum grandifolium*, *Strychnos pseudoquina*, *Condrodendron tomentosum*.

se trabalho específico, principalmente acrescentando o termo *d-tubocurarine* ao mecanismo de busca, pois essa substância encontrada no complexo do curare foi identificada e isolada pela ciência ocidental, como também comercializada na forma do Intocostrin. Essa inserção de mais um termo na pesquisa dos dados decorre também da necessidade de se representar, precisamente, a ocorrência ou não de depósitos e patenteamento de conhecimento tradicional. Isso, no entanto, não descarta a possibilidade de ainda investir-se tempo de análise nos demais depósitos e patentes e no acréscimo de filtros diferenciados. Entretanto, para os efeitos deste trabalho, é relevante essa composição de termos na busca de dados para se averiguar a incorporação do uso tradicional nas estruturas administrativo-burocráticas de análise do estado da técnica e da inventividade (elementos normativos) necessários para a concessão da patente, tendo em conta os relatos históricos apresentados.

Assim, acrescenta-se mais um filtro de pesquisa, digitando-se ao lado de “curare” o nome em inglês do principal princípio ativo, “*d-tubocurarine*”. O termo em inglês se justifica, uma vez que os documentos de patentes disponíveis no banco de dados da OMPI são apresentados em inglês. A partir da aplicação da segunda palavra-chave, alcançou-se o número de 172 depósitos, coletados entre o período de 8 de julho de 2015 a 29 de julho de 2015.

Passou-se à análise qualitativa desses 172 documentos de patentes, buscando-se compreender o âmbito de abrangência dos documentos de patentes encontrados e se essas invenções apresentavam ligação com o conhecimento tradicional expresso no complexo do curare. Para tanto, desenvolvem-se as seguintes análises: 1) *Análise aparente*: primeiramente, verifica-se o título e o resumo apresentado na primeira aba disponível denominada *National Biblio.Data*. Essa análise tem como foco a compreensão da invenção e a busca pelas palavras-chave utilizadas nos filtros da pesquisa (*curare* e *d-tubocurarine*). Nessa primeira análise, dos (172) depósitos encontrados, nenhum deles foi descartado. Em seguida, passou-se a 2) *Análise descritiva*: caso não seja encontrado no resumo e/ou no título apresentado na primeira aba nenhum traço de significação suficiente para afirmar se a patente é relacionada ao complexo do curare, analisa-se o *Background, description* e *prior art*, trazido na aba denominada *description*, com o intuito de buscar elementos que liguem as palavras-chave utilizadas na pesquisa com o conteúdo da patente. Pretende-se verificar em que medida os termos *curare* e *d-tubocurarine* eram utilizados

na descrição da invenção e como se relacionavam com a sua aplicação.

É preciso deixar claro que a análise descritiva demanda um olhar atento sobre os documentos constantes da base de dados, a saber, o pressuposto da invenção, a descrição e o estado da técnica. Com base nisso, foi possível compreender a invenção e se ou em que medida o conhecimento tradicional estava associado. Dessa forma, não eram considerados os depósitos que utilizavam de alguma maneira o complexo do curare com caráter meramente exemplificativo ou a *d-tubocurarina* disposta como pressuposto da invenção. Em outras palavras, os depósitos selecionados tinham de apresentar como objeto o conhecimento tradicional. Em função desse filtro, foram descartados (148) depósitos. No Quadro 1, disponibilizam-se os hiperlinks para conferência com relação à lógica do descarte realizado no momento da pesquisa:

Quadro 1 - Depósitos descartados conforme método descrito

| Número | Título |
|----------------|---|
| 09011879 | <i>Treatment of renal hypertension or carotid sinus syndrome with heated fluid sympathetic denervation or neuromodulation</i> |
| 20150050713 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |
| 20150024048 | <i>Controlled release pharmaceutical compositions for prolonged effect</i> |
| 20140134150 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| 20140099696 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |
| 20140100385 | <i>Process for preparation of succinylcholine chloride</i> |
| 20140088091 | <i>6,7-dihydro-[1,3,4]thiadiazolo-[3,2-a][1,3]diazepin derivative and pharmaceutical composition containing the same as neuromuscular blocker or skeletal muscle relaxant, and method for the preparation</i> |
| WO/2014/039920 | <i>Administration of acetylcholinesterase inhibitors to mitigate neurotoxin-induced paralysis and residual neuromuscular blockade</i> |
| WO/2014/028940 | <i>Methods, systems and compositions for functional in vitro cellular models of mammalian systems</i> |
| 20130303405 | <i>Method for manufacturing an analysis substrate, and use thereof for detecting toxins</i> |
| 20130046382 | <i>Minimally-invasive method and apparatus for restructuring the retina</i> |
| WO/2013/025963 | <i>Conversion of somatic cells into functional spinal motor neurons, and methods and uses thereof</i> |
| 20120308644 | <i>Compositions for mucosal delivery of agents</i> |

| Número | Título |
|----------------|--|
| 2514754 | <i>6,7-dihydro-[1,3,4]thiadiazolo-[3,2-a][1,3]diazepin derivatives and pharmaceutical composition containing the same as neuromuscular blocker or skeletal muscle relaxant, and method for the preparation</i> |
| 20120264605 | <i>Multi-functional ionic liquid compositions for overcoming polymorphism and imparting improved properties for active pharmaceutical, biological, nutritional, and energetic ingredients</i> |
| WO/2012/136385 | <i>6,7-dihydro-[1,3,4]thiadiazolo-[3,2-a][1,3]diazepin derivative and pharmaceutical composition containing the same as neuromuscular blocker or skeletal muscle relaxant, and method for the preparation</i> |
| 20120165762 | <i>Transdermal drug delivery device including an occlusive backing</i> |
| 20120141590 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |
| 2456457 | <i>Compounds which inhibit muscle contraction</i> |
| 20120121675 | <i>Peptide-based compounds and compositions which inhibit muscle contraction</i> |
| 20120116062 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| WO/2011/133985 | <i>Formation of neuromuscular junctions in a defined system</i> |
| WO/2011/103555 | <i>Minimally-invasive method and apparatus for restructuring the retina</i> |
| 20110178456 | <i>Assisting transdermal drug delivery by means of tissue freezing, vacuum pressure and photoheating procedures</i> |
| 20110117184 | <i>Compositions for mucosal delivery of agents</i> |
| 20110104061 | <i>Treatment of renal hypertension or carotid sinus syndrome with adventitial pharmaceutical sympathetic denervation or neuromodulation</i> |
| 20120269881 | <i>Transdermal drug delivery device including an occlusive backing</i> |
| 20110033540 | <i>Polymer formulations for delivery of bioactive agents</i> |
| WO/2011/009626 | <i>Compounds which inhibit muscle contraction</i> |
| 2768386 | <i>Compounds which inhibit muscle contraction</i> |
| 20100278754 | <i>Orally disintegrating tablets with speckled appearance</i> |
| WO/2010/124120 | <i>Use of guanethidine for treating hypertension by local vascular delivery</i> |
| 20100239667 | <i>Controlled release pharmaceutical compositions for prolonged effect</i> |
| 20100166874 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| 20100087650 | <i>(1r,1'r)-atracurium salts separation process</i> |
| 20100004162 | <i>Lynxpolypeptides</i> |
| WO/2009/098169 | <i>Orally disintegrating tablets with speckled appearance</i> |
| 20090098207 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |
| WO/2009/015286 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |

| Número | Título |
|----------------|---|
| 2692892 | <i>Technology for the preparation of microparticles</i> |
| WO/2008/148798 | <i>Controlled release pharmaceutical compositions for prolonged effect</i> |
| 2687192 | <i>Controlled release pharmaceutical compositions for prolonged effect</i> |
| WO/2008/117271 | <i>(1r,1'r)-atracurium salts separation process</i> |
| 2681060 | <i>(1r,1'r)-atracurium salts separation process</i> |
| 20080208179 | <i>Methods of increasing skin permeability by treatment with electromagnetic radiation</i> |
| WO/2008/098019 | <i>Polymer formulations for delivery of bioactive agents</i> |
| 2677498 | <i>Polymer formulations for delivery of bioactive agents</i> |
| WO/2008/070121 | <i>Intermediate duration neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> |
| WO/2008/052198 | <i>Methods of increasing skin permeability by treatment with electromagnetic radiation</i> |
| 20080063732 | <i>Method of increasing the efficacy of neurotoxin</i> |
| WO/2007/114881 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| 2639925 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| 20070190163 | <i>Technology for preparation of macromolecular microspheres</i> |
| 20070093462 | <i>Multi-functional ionic liquid compositions for overcoming polymorphism and imparting improved properties for active pharmaceutical, biological, nutritional, and energetic ingredients</i> |
| 2625004 | <i>Multi-functional ionic liquid compositions for overcoming polymorphism and imparting improved properties for active pharmaceutical, biological, nutritional, and energetic ingredients</i> |
| 1768647 | <i>Compositions comprising a mucoadhesive protein and an active principle for mucosal delivery of said agent</i> |
| 20070042030 | <i>Preparation for the application of agents in mini-droplets</i> |
| 7122198 | <i>Fast dissolving composition with prolonged sweet taste</i> |
| WO/2006/044206 | <i>Transdermal drug delivery device including an occlusive backing</i> |
| 2583340 | <i>Transdermal drug delivery device including an occlusive backing</i> |
| 20060078604 | <i>Transdermal drug delivery device including an occlusive backing</i> |
| 7026360 | <i>Pharmaceutical compositions containing compounds with activity for the enhancement of absorption of active ingredients</i> |
| 20060058276 | <i>Processes for the preparation and purification of rocuronium bromide</i> |
| WO/2006/009825 | <i>Compositions comprising a mucoadhesive protein and an active principle for mucosal delivery of said agents</i> |

| Número | Título |
|----------------|---|
| 2578709 | <i>Compositions comprising a mucoadhesive protein and an active principle for mucosal delivery of said agents</i> |
| 20060009485 | <i>Method of reprocessing quaternary ammonium-containing neuromuscular blocking agents</i> |
| WO/2006/001815 | <i>Active agents using liposome macro-beads</i> |
| 20050281772 | <i>Compositions for mucosal delivery of agents</i> |
| WO/2005/110285 | <i>Variable wall endovascular stent</i> |
| WO/2005/079301 | <i>Vena cava rail filter</i> |
| 20050181041 | <i>Method of preparation of mixed phase co-crystals with active agents</i> |
| WO/2005/073251 | <i>Serotonin receptor</i> |
| WO/2005/068487 | <i>Processes for the preparation of rocuronium bromide and intermediates thereof</i> |
| WO/2005/055983 | <i>Method of preparation of mixed phase co-crystals with active agents</i> |
| 2548281 | <i>Method of preparation of mixed phase co-crystals with active agents</i> |
| WO/2005/046650 | <i>Pharmaceutical formulation containing muscle relaxant and cox-ii inhibitor</i> |
| 1533607 | <i>Method for identifying and monitoring analytes by raman spectrometry</i> |
| 20050100594 | <i>Pharmaceutical formulation containing muscle relaxant and cox-ii inhibitor</i> |
| WO/2005/041960 | <i>Neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> |
| 135258 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |
| 20040258617 | <i>Physical, chemical, and isotopic (atomic) labels</i> |
| 20040224012 | <i>Topical application and methods for administration of active agents using liposome macro-beads</i> |
| 20040192594 | <i>Modified neurotoxins as therapeutic agents for the treatment of diseases and methods of making</i> |
| 20040115258 | <i>Oral pharmaceutical compositions containing cyclodextrins as taste masking agent</i> |
| 20040106975 | <i>Rail stent</i> |
| WO/2004/045474 | <i>Rail stent</i> |
| WO/2004/017924 | <i>Methods of treating involuntary facial spasms and facial wrinkles</i> |
| 20040018241 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |
| WO/2004/009633 | <i>Serotonin receptor</i> |
| 6638528 | <i>Compositions and methods to effect the release profile in the transdermal administration of active agents</i> |
| 2002/04193 | <i>Fast dissolving composition with prolonged sweet taste</i> |
| 1329225 | <i>Transdermal device containing polyvinylpyrrolidone as solubility enhancer</i> |
| 6562363 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |

| Número | Título |
|----------------|--|
| 2001/05882 | <i>Mono acyloxy aralkyl neuromuscular relaxants</i> |
| WO/2003/030818 | <i>Active agents using liposome beads</i> |
| 20030068365 | <i>Compositions and methods for administration of active agents using liposome beads</i> |
| 20030003052 | <i>Method of early detection of duchenne muscular dystrophy and other neuromuscular disease</i> |
| WO/2002/102239 | <i>Method of early detection of duchenne muscular dystrophy and other neuromuscular disease</i> |
| WO/2002/041920 | <i>Oral pharmaceutical compositions containing cyclodextrins as taste masking agent</i> |
| 2429650 | <i>Oral pharmaceutical compositions containing cyclodextrins as taste masking agent</i> |
| 20020004065 | <i>Compositions and methods to effect the release profile in the transdermal administration of active agents</i> |
| 6255490 | <i>7-azabicyclo[2.2.1]-heptane and -heptene derivatives as cholinergic receptor ligands</i> |
| 6221383 | <i>Solubility parameter based drug delivery system and method for altering drug saturation concentration</i> |
| 6165500 | <i>Preparation for the application of agents in mini-droplets</i> |
| WO/2000/048636 | <i>Pharmaceutical compositions containing compounds with activity for the enhancement of absorption of active ingredients</i> |
| 2326756 | <i>Pharmaceutical compositions containing compounds with activity for the enhancement of absorption of active ingredients</i> |
| WO/2000/044377 | <i>Mono-acyloxy aralkyl neuromuscular relaxants</i> |
| 2360790 | <i>Mono-acyloxy aralkyl neuromuscular relaxants</i> |
| WO/2000/043754 | <i>Raman optrode processes and devices for detection of chemicals and microorganisms</i> |
| 2575023 | <i>Raman optrode processes and devices for detection of chemicals and microorganisms</i> |
| 2357732 | <i>Raman optrode processes and devices for detection of chemicals and microorganisms</i> |
| 1021204 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |
| 6077846 | <i>Epibatidine and derivatives thereof as cholinergic receptor agonists and antagonists</i> |
| 6060473 | <i>7-azabicyclo[2.2.1]-heptane and -heptene derivatives as cholinergic receptor ligands</i> |
| WO/2000/017356 | <i>Lynx, a novel family of receptor ligands in the central nervous system, corresponding nucleic acids and proteins and uses thereof</i> |
| 2343320 | <i>Lynx, a novel family of receptor ligands in the central nervous system, corresponding nucleic acids and proteins and uses thereof</i> |
| 6040191 | <i>Raman spectroscopic method for determining the ligand binding capacity of biologicals</i> |
| 6024976 | <i>Solubility parameter based drug delivery system and method for altering drug saturation concentration</i> |

| Número | Título |
|------------------|---|
| WO/1999/027914 | <i>A pharmaceutical formulation of monoquaternary 2,16-bispiperidinyl androstane for intramuscular administration</i> |
| WO/1999/015210 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |
| 2304958 | <i>Bioadhesive compositions and methods for topical administration of active agents</i> |
| 5866430 | <i>Raman optrode processes and devices for detection of chemicals and microorganisms</i> |
| 5817679 | <i>7-azabicyclo[2.2.1]-heptane and -heptene derivatives as cholinergic receptor ligands</i> |
| 5770572 | <i>Methods and compositions using molecular decoyants for ameliorating the undesired effects of foreign agents which bind to endogenous receptors</i> |
| 5656286 | <i>Solubility parameter based drug delivery system and method for altering drug saturation concentration</i> |
| WO/1996/040086 | <i>Compositions and methods for topical administration of pharmaceutically active agents</i> |
| . WO/1996/040084 | <i>Compositions and methods for use of pressure sensitive adhesive transdermal devices containing a bioadhesive humectant</i> |
| 0737066 | <i>Transdermal device containing polyvinylpyrrolidone as solubility enhancer</i> |
| 1995/00108 | <i>Solubility parameter based pvp drug delivery system and methods therefore.</i> |
| WO/1996/006093 | <i>7-azabicyclo[2.2.1]-heptane and -heptene derivatives as cholinergic receptor ligands</i> |
| 2196979 | <i>7-azabicyclo[2.2.1]-heptane and -heptene derivatives as cholinergic receptor ligands</i> |
| WO/1996/003377 | <i>Heterocyclic compounds, useful as allosteric effectors at muscarinic receptors</i> |
| 2195845 | <i>1,2-substituted imidazolyl compounds for the treatment of inflammation</i> |
| 5446070 | <i>Compositions and methods for topical administration of pharmaceutically active agents</i> |
| 1336489 | <i>Molecular decoyants and methods of use thereof</i> |
| WO/1995/018603 | <i>Transdermal device containing polyvinylpyrrolidone as solubility enhancer</i> |
| 2180530 | <i>Transdermal device containing polyvinylpyrrolidone as solubility enhancer</i> |
| 83687 | <i>Pharmaceutical compositions comprising molecular decoys and their use in the manufacture of said compositions</i> |
| WO/1995/007078 | <i>Epibatidine and derivatives thereof as cholinergic receptor agonists and antagonists</i> |
| 2171440 | <i>Epibatidine and derivatives thereof as cholinergic receptor agonists and antagonists</i> |
| 0546533 | <i>Medical use of kininogenase.</i> |
| 2067754 | <i>Preparation for the application of agents in mini-droplets</i> |

| Número | Título |
|------------------|---|
| 4952586 | <i>Edrophonium-atropine composition and therapeutic uses thereof</i> |
| 0329778 | <i>Molecular decoyants and methods of use thereof.</i> |
| . WO/1989/001779 | <i>Molecular decoyants and methods of use thereof</i> |
| 1200500 | <i>Edrophonium-atropine composition and therapeutic uses thereof</i> |
| 36855 | <i>Azobis - imidazolium salts, their preparation and pgarnaceytucak cinoisutuibs cibtaububg tgen</i> |
| 2867194 | <i>Multi-functional ionic liquid compositions for overcoming polymorphism and imparting improved properties for active pharmaceutical, biological, nutritional, and energetic ingredients</i> |

Fonte: Os autores.

Após a aplicação do método acima descrito, foi possível alcançar (24) depósitos como invenções ancoradas no conhecimento tradicional associado ao complexo do curare.

Em relação à averiguação sobre a concessão de patente aos depósitos, disposta na coluna 3 do Quadro 2, o “Patentscope” da OMPI não apontava se, de fato, aqueles depósitos obtiveram a concessão da patente. Nesse sentido, foi necessário a utilização de outros bancos de dados para averiguar se houve ou não a concessão da patente. Especificamente, foram utilizados os bancos de dados da EPO (*European Patent Office*), USPTO (*United States Patent and Trademark Office*) e o *Google Patent*.

A checagem desse quesito se deu a partir dos nomes dos depósitos encontrados no banco de dados da OMPI. Digitou-se os nomes dos depósitos nos mecanismos de pesquisa dos respectivos bancos de dados da EPO, denominado “*Espacenet Patent Search*”, disponível em <<https://www.epo.org/searching-for-patents/technical/espacenet.html#tab-1>> ; do USPTO, disponível em <<http://patft.uspto.gov/netahtml/PTO/search-bool.html>> ; e, por último, no *Google Patent*, disponível em <<https://patents.google.com/>> . Com essa pesquisa, foi possível verificar se o depósito coletado tinha se transformado em patente ou não.

As requisições de patentes apresentadas no Quadro 2 já detêm tempo superior à sua possibilidade de vigência de 20 anos, bem como foram publicadas anteriormente aos tratados internacionais em análise.

Quadro 2 - Patentes coletadas que estão em domínio público

| | Título | Número / origem | Data de publicação/ status | Requerente | Resumo |
|----|---|-----------------------------------|----------------------------|--|---|
| 1. | <i>Neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> | 4029800 Estados Unidos | 14.06.1977 Concedida | Bristol-Myers Company | É revelado que 2- (4'-piridil) -1,3-dioxolano metiodeto e 2- (1'-metil-4'-piperidil) -1,3-dioxolano iodidrato são agentes bloqueadores neuromusculares ou antagonistas de agentes de bloqueio neuromuscular, dependendo da quantidade de fármaco administrado. PAL Em doses de 10.sup. -. Sup.6 para 10.sup. -. Sup. 4 gm. / Kg de peso corporal, eles antagonizam ou reverter os efeitos de bloqueadores neuromusculares, como a d-tubocurarina e succinilcolina, produzir pós-droga atividade repetitiva (PDR), potenciação bloco pós-tetânica (PTP), não têm efeito direto do músculo e reverter a PTP supressão causada pela d-tubocurarina e succinilcolina; e em doses de 10.sup. -. sup.3 para 10.sup. -. sup. 2 gm. / kg. de peso corporal eles agem como agentes bloqueadores neuromusculares. |
| 2. | <i>Androstane derivatives substituted by a quaternary ammonium group in 16-position, pharmaceutical compositions containing them and process for preparing same</i> | 0608495 European Patent Office | 03.08.1994 Concedida | Maruishi Pharma | É divulgada a novidade, derivados androstano terapeuticamente ativos, tendo efeito de bloqueio neuromuscular, que são substituídos por um grupo amônio quaternário na posição 16; composição farmacêutica contendo os mesmos; processo para produzi-los; e novos intermediários para a produção. |
| 3. | <i>Androstane derivatives substituted by a quaternary ammonium group in 16-position, pharmaceutical compositions containing them and process for preparing same</i> | 2108741 Canadá | 03.05.1994 Concedida | Tuba, Zoltan, Vizi, e. Szil Veszter Folder, Francis F. Maho Sandor | É divulgada a novidade, derivados androstano terapeuticamente ativos, tendo efeito de bloqueio neuromuscular, que são substituídos por um grupo amônio quaternário na posição 16; composição farmacêutica contendo os mesmos; processo para produzi-los; e novos intermediários para a produção. |
| 4. | <i>Huperzines and analogs</i> | 5177082 Estados Unidos | 05.01.1993 Concedida | Yu Chao Mei Tang Xi Can Liu Jia Sen Han Yan Yi | A invenção está relacionada com substâncias da fórmula ##STR1## em que $r \geq 1$, R.sup.2 e R.sup.3 são independentemente hidrogénio ou alquilo inferior, e o tracejado (...) A linha representa uma ligação dupla opcional, e seus sais de adição de ácido farmaceuticamente aceitável. Os compostos de fórmulas I, II e III possuem atividade anticolinesterase e marcada são úteis como agentes analépticos e como agentes para o tratamento da demência senil e miastenia gravis |
| 5. | <i>Quaternary ammonium compounds</i> | 3998843 Estados Unidos | 21.12.1976 Concedida | Reckitt & Colman Products Limited | Os compostos da fórmula: ##STR1## em que n é um número inteiro selecionado a partir de 3, 4 e 5 e $r \geq 1$, R.sup.2, R.sup.3, R.sup.4, R.sup.0,5 e A representar determinados grupos substituintes especificados. Os compostos são inibidores da acetilcolinesterase. Os compostos particularmente preferidos são cis-2- (3-hidroxifenil) -1-ciclo-hexeno pirrolidino metobrometo e cis-2- (3,6-dihidroxifenil) -1-ciclo-hexeno pirrolidino metóxido. |

| | Título | Número / origem | Data de publicação/ status | Requerente | Resumo |
|----|--|---------------------------|----------------------------|--|--|
| 6. | <i>9-amino-2,3,5,6,7,8-hexahydro-1h-cyclopenta(b)quinoline monohydrate hydrochloride as stimulant of neuro-muscular transmission of smooth muscles</i> | 4550113 Estados Unidos | 29.10.1985 Concedida | Nauchno-Issledov Altelsky Instituti | Um composto e nova composição são divulgados que estimulam a transmissão neuromuscular dos músculos lisos e causa excitação de condutância nos sistemas nervosos periférico e central, compreendendo o ingrediente ativo - 9-amino-2,3,5,6,7,8- hexa-hidro-1H-ciclopenta (b) mono-hidrato de cloridrato de quinolina da fórmula geral: ## STR1 ## e um veículo farmacêutico. |
| 7. | <i>Nondepolarizing muscle relaxant</i> | 4060652 Estados Unidos | 29.11.1977 Concedida | Khromov Borisov Niko Vasili Torf Samuil Fedorovich Cherepanova Valentina Pavlovna Danilov Anatoly Federovich Starshinova Larisa Alexandrovna | Um relaxante muscular não despolarizante contendo, como princípio ativo, p, p “-bis-trietilamônio-p-terfenilo, benzeno sulfonato em um veículo farmacêutico é descrito. A preparação proposta é utilizado como uma solução aquosa de 0,5 por cento. A referida PAL relaxante muscular possui elevada potência e seletividade. Quando administrado numa dose mioparalítica, não afeta a pressão arterial. A preparação não é tóxica. O seu efeito é rapidamente e completamente removido por inibidores da colinesterase, o que permite assegurar uma maior segurança e uma melhor controle de relaxamento muscular em comparação com a ação dos relaxantes musculares conhecidos alfa-tubocurarina e pancurônio. |
| 8. | <i>Anti-curare agents</i> | 4734275 Estados Unidos | 29.03.1988 Concedida | Research Corporation | Essa invenção refere-se a um método para antagonizar os efeitos dos bloqueadores neuromuscular induzidos de determinados agentes terapêuticos e de desordens patológicas em mamíferos de bloqueio, o qual compreende a administração ao referido mamífero de uma quantidade antagonizante eficaz de um composto da fórmula: ##STR1 ## em que R ₁ R ₂ e são cada um hidrogênio, alquilo, alcenilo, alcenilo, arilo, alquilo, cicloalquilo, alquilo ou hidroxialquilo-cicloalquilo-inferior, ou, quando tomados em conjunto, formam um anel heterocíclico com o azoto ao qual eles estão ligados, com a condição de que ambos não são hidrogênio; PA0 R ₃ é hidrogênio ou alquilo; e PA0 R ₄ é hidrogênio, alquilo, alcenilo, alcenilo, halogênio ou acilo; ou um seu sal com ácidos |

Fonte: Os autores.

Inicialmente, cabe destacar que os nomes dos depósitos são referidos em Língua Inglesa a fim de se manter a coerência com o título disponível na base de dados da OMPI. O objetivo aqui é o de salvaguardar a replicabilidade do processo de coleta de dados, nos termos expostos por Epstein e King³⁹ ao tratarem da fidedignidade dos dados na pesquisa empírica.

³⁹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.

Além disso, os oito depósitos de patente foram selecionados, tendo em conta o tempo histórico, dado que o objetivo inicial da pesquisa era o de encontrar depósitos anteriores à promulgação dos tratados internacionais (TRIPS e CDB), de modo que fosse possível medir a interferência dos tratados no mundo fático, isto é, produzir uma relação causal. Todos os depósitos acima foram escolhidos por mencionarem, nos respectivos resumos e nas respectivas descrições (relatório descritivo),

práticas comuns ao uso tradicional.

Enfim, ressalta-se que seis dos oito depósitos têm origem estadunidense e que todos obtiveram a concessão da patente.

4. DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Considerando-se que o complexo do *curare* é um conhecimento tradicional amplamente difundido nas práticas indígenas de guerra e caça, verifica-se que, apesar disso, os (8) depósitos de patentes selecionados apresentam como novidade e atividade inventiva no uso desse complexo as diferentes situações de relaxamento muscular e bloqueio neuromuscular. Nesse contexto de apropriação por meio da estrutura normativa do sistema de patentes, é essencial se investigar a origem e a natureza desses depósitos para além das terminologias da ciência ocidental convencional. Significa compreender como essa solução técnica é alcançada e explicitada dentro de uma lógica ocidental.

Observando-se os relatos relacionados ao curare como práticas de comunidades ameríndias no Alto Amazonas, podem-se extrair traços de significação para se detectar, nas entrelinhas da terminologia científica, o uso tradicional do curare, quer pela menção à expressão amplamente difundida na prática tradicional, quer pela proximidade de sentido entre a utilização do complexo pelas comunidades e o desenvolvimento de uma prática científica antes desconhecida pelo mundo ocidental. É relevante notar que a origem da maioria dos depósitos (EUA) revela um processo de transposição de conhecimentos tradicionais de ocorrência no Sul para o Norte. Sabendo-se que o complexo do curare deriva de práticas de índios sul-americanos, o processo de manipulação por pesquisadores ocidentais do Norte não decorre de uma descoberta desconectada da relação com os conhecimentos tradicionais, como se pode notar dos resumos dos depósitos. Evidencia-se, em linha de princípio, uma relativa apropriação de conhecimentos tradicionais, os quais são, ao menos, ponto de partida para as pesquisas no que concerne à manipulação do complexo do curare. Nesse ponto, cabe questionar quais são os reais parâmetros para a construção do conceito jurídico indeterminado, expresso na normativa, como “estado da técnica”, o que significa tornar conhecimento acessível ao público — quem é esse público e quais são as formas

de acesso reconhecidas pelas legislações.

Ao se constatarem, no quadro acima, os requerentes de algumas patentes, tais como, *Bristol-Myers Company*, *Maruishi Pharma*, *Nauchno-Issledov Altelsky Instituti* e *Reckitt & Colman Products Limited*, verifica-se, pelas datas de publicação dos pedidos (Quadro 2), um interesse histórico de empresas farmacêuticas pelos diferentes usos do complexo do curare, o que pode evidenciar, ainda que, perfunctoriamente, um marco inicial de intuito de apropriação dos usos do tradicional no sentido de aquisição do privilégio legal da exclusividade.

As legislações dedicadas a proteger e regular a propriedade intelectual de maior relevo no âmbito internacional, o TRIPS de 1994 e a CDB de 1992, ainda estavam em período de recepção e adaptação pelos órgãos internacionais reguladores, quando os depósitos foram publicados. A coleta e a seleção dos dados realizam-se justamente com o intuito de diagnosticar o estado de patenteamento de produtos relacionados ao complexo do curare em período anterior à vigência das regulações acima. Antes da publicação dos instrumentos legislativos, os Estados Unidos dominavam o processo de patenteamento de produtos advindos do complexo do curare

Além disso, a literatura relacionada à área considera que os avanços discursivos presentes no TRIPS e, principalmente, na CDB foram essenciais para consolidar a necessidade de direitos de propriedade industrial, assim como o processo de proteção e conservação do conhecimento tradicional, impactando, positivamente, a reversão do processo de apropriação do conhecimento tradicional. Uma dessas ideias é desenvolvida por Stephen Brush ao propor que “o conhecimento cultural ou indígena seja tratado como uma forma de propriedade intelectual, a fim de aumentar o retorno econômico dos recursos biológicos mantidos pelos camponeses e tribais”⁴⁰. Essa ideia ganhou outras versões no cenário internacional e nacional, mas sempre observando o conhecimento tradicional por meio das lentes da propriedade intelectual e, sobretudo, transformando o direito de patente como instrumento de salvaguarda da biodiversidade. É o caso de David Downes⁴¹ que concebe os

40 BRUSH, Stephen B. Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights? In: BRUSH, Stephen B.; STABINSKY, Doreen (Ed.). *Valuing Local Knowledge*. Washington D.C.: Island Press, 1996. p. 1-24.

41 DOWNES, David R. How Intellectual Property could be a tool to protect Traditional Knowledge. *Colum. J. Envtl. L.*, Columbia, v. 25, p. 253-282, 2000.

direitos de propriedade intelectual como um meio para auxiliar na conservação e proteção do conhecimento tradicional, bem como Diogo Viana Santos⁴² ao expor que se deve buscar um sistema de propriedade intelectual o qual não gere abusos, porém, um regime legal não só para perpetuar o desenvolvimento de invenções, mas também para promover “retorno aos cientistas e companhias de biotecnologia”⁴³.

Dessa forma, o debate não lança um olhar crítico e metodologicamente estruturado, mas se resume a buscar padrões hermenêuticos para ajustar o conhecimento tradicional ao regime de patentes, sem, no entanto, apontar evidências empíricas mais substanciais.

Apesar de não se poder negar o avanço no fato de o conhecimento tradicional ser debatido e regulamentado em nível internacional, cabe investigar, para além das aparências desses marcos normativos, e verificar o impacto dessas legislações na complexidade do real⁴⁴. A fim de iniciar o processo de investigação, cumpre destacar o artigo 27. 3. B do TRIPS:

3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.⁴⁵

Conquanto o artigo considere não patenteáveis plantas e animais, o complexo do curare, apesar de consistir em uma substância extraída de um complexo de plan-

42 SANTOS, Diogo de Almeida Viana. A suspensão da validade de patentes como instrumento de garantia de repartição de benefícios para conhecimento tradicional e implementação da CBD. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 63-98, 2011.

43 SANTOS, Diogo de Almeida Viana. A suspensão da validade de patentes como instrumento de garantia de repartição de benefícios para conhecimento tradicional e implementação da CBD. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 90, 2011.

44 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

45 BRASIL. Decreto Lei n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Seção 1 (Edição Extra), p. 21394. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1994/decreto-1355-30-dezembro-1994-449684-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

tas, não pode ser enquadrado nesse dispositivo, porque os depósitos apresentados no Quadro 2 referem-se às aplicações e aos usos das substâncias derivadas desse complexo e não das plantas em si. Dado que o artigo em questão consiste no único ponto em que o TRIPS trabalha a impossibilidade de patentear algo relacionado ao natural (plantas e animais), poderia, em linha de princípio, ser visto como um avanço no sentido de proteção à biodiversidade e, até mesmo, ao conhecimento tradicional. Todavia, enxergar por essa lente é optar por uma ingenuidade científica, revelando um falso reconhecimento⁴⁶ do outro na relação intersubjetiva. Crer na pretensa eficiência do dispositivo para proteger o tradicional significa acomodar-se numa lógica legalista⁴⁷, acreditando, pois, que as plantas e os animais estariam salvaguardados com a simples menção no dispositivo do TRIPS. Entretanto, o artigo em comento deixa em aberto um contingente de questões e, em momento algum, relaciona conhecimento tradicional em seu rol de proteção.

Silva⁴⁸ demonstrou essa ineficácia latente ao acordo TRIPS, uma vez que, em estudo publicado na Revista de Direito Internacional, verificou-se sua hipótese de que o modelo expresso no acordo “é absolutamente conflitante com seus objetivos declarados, servindo unicamente como meio de favorecimento dos interesses dos Estados-membros desenvolvidos e mais especificamente de um seletivo grupo de empresas transnacionais.”⁴⁹

Se, por um lado, o objetivo enunciado é a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual com o intuito de contribuir para a promoção da inovação tecnológica, o acordo acaba por criar uma padronização das normas de propriedade intelectual e tem “impactado especialmente no sistema patentário dos países com um grau inferior de desenvolvimento, tornando-os reféns do monopólio exercidos pelas grandes corporações e multinacionais”⁵⁰.

46 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 296.

47 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 328.

48 SILVA, Tatianna Mello Pereira. Acordo TRIPS: One-size-fits-all? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 57-70, 20 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987/pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

49 SILVA, Tatianna Mello Pereira. Acordo TRIPS: One-size-fits-all? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 59, 20 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987/pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

50 SEGALA, Michele Machado; GREGORI, Isabel Christine Sil-

Uma alternativa não excludente, decerto complementar ao TRIPS, pode ser encontrada na CDB realizada no Brasil no final do século passado. A CDB é amplamente aceita e assumiu o caráter, no debate internacional, de um efetivo instrumento de proteção às comunidades tradicionais e aos conhecimentos delas, na medida em que estabelece três principais objetivos: conservação da diversidade biológica, o uso sustentável dos seus componentes e o compartilhamento justo e equitativo dos benefícios⁵¹. O art. 8. J. é de grande representatividade:

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;⁵²

Diante do disposto no artigo acima, não se pretende discutir a tautologia da afirmação do princípio da conservação da diversidade biológica, muito menos quais são as consequências do instituto da repartição de benefício⁵³. A inferência causal que se intenta alcançar, a par-

tir dos dados coletados, indica uma desconstrução tanto da pretensão de universalidade quanto do apaziguamento pretendido pelos marcos normativos. Em princípio, práticas de apropriação do conhecimento tradicional representadas pelos depósitos do Quadro 3 deveriam não mais existir em tempos posteriores à vigência do TRIPS e da CDB. Entretanto, isso não parece ter ocorrido, como se infere da coleta, sistematização e análise dos (172) depósitos de patentes, dos quais (16) depósitos selecionados possuem data de publicação posterior à promulgação e à recepção dos tratados internacionais.

Desses 16 depósitos, que passaram pela mesma metodologia de coleta descrita acima, foram conferidas patentes a (9) deles. Todos com data de publicação posterior aos tratados em comento são bastante representativos como variável causal dependente:

va de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 528, 31 out. 2017.

51 BRASIL. Decreto Legislativo n. 2, de 04 de fevereiro de 1994. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 04 fev. 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

52 BRASIL. Decreto Legislativo n. 2, de 04 de fevereiro de 1994. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 04 fev. 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

53 Nesse sentido, ver: FERES, Marcos Vinícius Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas .Direito de patente e a invisibilidade do conhecimento tradicional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, p. 248-266, 2016. Também em: FERES, Marcos Vinícius C.; MOREIRA, João Vitor. F.; ANDRADE, Felipe C. Conhecimento tradicional e Direito Patente: fatos e contradições no caso da poaia.

Quadro 3 - Patentes concedidas que não se encontram em domínio público

| | Título | Número / origem | Data de publicação/ status | Requerente | Resumo |
|----|---|-------------------------------|----------------------------|---|--|
| 1. | <i>Androstane derivatives substituted by a quaternary ammonium group in 16-position, pharmaceutical compositions containing them and process for preparing same</i> | 107331 Israel | 06.12.1998 Concedida | Maruishi Pharmaceutical Co., Ltd. | A invenção refere-se a novos derivados de androstano terapeuticamente ativos com efeito de bloqueio neuromuscular, que são substituídos por um grupo de amônio quaternário em 16-posições; composição farmacêutica que os contém; processo para produzi-los e novos intermediários para a produção. |
| 2. | <i>Intermediate duration neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> | 20080139482 Estados Unidos | 12.06.2008 Concedida | Cornell Research Foundation, inc. | A invenção fornece um novo bloqueador neuromuscular, método de uso do bloqueador neuromuscular, assim como reagentes, métodos e kits para reversão dos efeitos do agente bloqueador neuromuscular. |
| 3. | <i>Conversion of somatic cells into functional spinal motor neurons, and methods and uses thereof</i> | 20150023927 Estados Unidos | 22.01.2015 Concedida | Kevin Carl Eggan Clifford J. Woolf Brian J. Wainger Justin K. Ichida Esther Yesde Son | A presente invenção proporciona métodos de transdiferenciação de células somáticas, por exemplo, são aqui descritas a conversão direta de uma célula somática de um primeiro tipo de célula, por exemplo, um fibroblasto em uma célula somática de um segundo tipo de célula. Em particular, a presente invenção refere-se, geralmente, a métodos para converter uma célula somática, por exemplo, um fibroblasto em um neurônio motor, por exemplo, um neurônio motor induzido (iMN) com características de um neurônio motor típico. A presente invenção, também, se refere a uma população isolada compreendendo neurônios motores induzidos (iMNs), composições e sua utilização no tratamento de doenças de neurônios motores tais como ALS e SMA. Em particular, a presente invenção refere-se à conversão direta de uma célula somática para um neurônio motor induzido (iMN) possuindo características do neurônio motor aumentando a expressão de proteína de pelo menos três fatores de indução de neurônios motores (indutores MN) selecionados de Lhx3, Ascl1, Brn2, Myt1l, Isl1, Hb9, Ngn2 ou NeuroD1 em uma célula somática, por exemplo, um fibroblasto para converter o fibroblasto em um neurônio motor induzido (iMN) que exibe pelo menos duas características de um neurônio motor endógeno. |
| 4. | <i>Synthetic mammalian neuromuscular junction and method of making</i> | 20130115694 Estados Unidos | 09.05.2013 Concedida | Hichman James Guo Xiufang | Um método para formar junções neuromusculares inclui formar junções neuromusculares funcionais entre motoneurônios e células musculares por cocultura de um ou mais motoneurônios humanos e uma ou mais células musculares humanas em um meio substancialmente isento de soro. Uma junção neuromuscular de mamífero sintético inclui um motoneurônio humano funcionalmente ligado a uma célula muscular humana em um meio substancialmente isento de soro. Um substrato artificial pode ser usado para suportar uma ou mais junções neuromusculares. |

| | Título | Número / origem | Data de publicação/ status | Requerente | Resumo |
|----|--|-----------------------------------|----------------------------|---|---|
| 5. | <i>Formation of neuromuscular junctions in a defined system</i> | 20110250682 Estados Unidos | 13.10.2011 Concedida | University of Central Florida Research Foundation | Um método para formar junções neuromusculares inclui formar junções neuromusculares funcionais entre motoneurônios e células musculares por meio da cocultura de um ou mais motoneurônios humanos e uma ou mais células musculares de rato em um meio substancialmente isento de soro. Uma junção neuromuscular de mamífero sintético inclui um motoneurônio humano funcionalmente ligado a uma célula muscular de rato em um meio substancialmente isento de soro. Um substrato artificial pode ser usado para suportar uma ou mais junções neuromusculares. |
| 6. | <i>Use of guanethidine for treating hypertension by local vascular delivery</i> | 2759929 Canadá | 28.10.2010 Concedida | Mercator Medsystems | Os nervos simpáticos correm por meio da adventitia que rodeia as artérias renais e são críticos na modulação da hipertensão sistêmica. A hiperatividade desses nervos pode causar hipertensão renal, uma doença prevalente em 30% a 40% da população adulta. A hipertensão pode ser tratada com agentes neuromoduladores (como inibidores da enzima conversora de angiotensina, inibidores da angiotensina II ou bloqueadores dos receptores de aldosterona), mas requer adesão a regimes de medicamentos rigorosos e, muitas vezes, não atinge o limiar da pressão arterial almejado para reduzir o risco de eventos cardiovasculares maiores. Uma solução minimamente invasiva é apresentada neste relatório para reduzir a atividade dos nervos simpáticos que cercam a artéria renal por meio da administração local de agentes neurotóxicos ou bloqueadores de nervos na adventitia. A eluição prolongada desses agentes também pode ser realizada para adaptar a terapia ao paciente. |
| 7. | <i>Intermediate duration neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> | 2101772 European Patent Office | 23.09.2009 Concedida | Cornell Research Foundation | A invenção proporciona novos agentes bloqueadores neuromusculares, métodos de utilização de agentes bloqueadores neuromusculares, bem como reagentes, métodos e kits para reverter os efeitos dos agentes bloqueadores neuromusculares. |
| 8. | <i>Intermediate duration neuromuscular blocking agents and antagonists thereof</i> | 2671904 Canadá | 12.06.2008 Concedida | Cornell Research Foundation | A invenção proporciona novos agentes bloqueadores neuromusculares, métodos de utilização de agentes bloqueadores neuromusculares, bem como reagentes, métodos e kits para reverter os efeitos dos agentes bloqueadores neuromusculares. |
| 9. | <i>Processes for the preparation of rocuronium bromide and intermediates thereof</i> | 20050159398 Estados Unidos | 25.08.2009 Concedida | Chemagis Ltda. | Um novo processo para a preparação de $(2\beta,3\alpha,5\alpha,16\beta,17\beta)$ -17-acetoxi-3-hidroxi-2-(4-morfolinil)-16-(1-pirrolidinil) androstano, um intermediário conhecido na síntese do brometo de rocurônio relaxante do músculo esquelético, é revelado. |

Fonte: os autores.

Assumindo os marcos legais como variáveis causais principais, pode-se perceber, com base nos dados anteriormente apresentados, que os depósitos acima citados (variáveis dependentes) são publicados no sistema já na vigência do TRIPS e da CDB. Essa constatação indica a validade e a confiabilidade da medida (patentes) para a produção da inferência causal deste trabalho, qual seja: os marcos normativos protetivos ao conhecimento tradicional não impedem a apropriação deste por meio do sistema de patente, uma vez que a variável dependente que aparece no Quadro 3 não deveria ocorrer, tendo em vista a incorporação do discurso protetivo pela CDB e pelo TRIPS. Isso é facilmente evidenciado quando se constata a data de publicação das patentes concedidas do Quadro 3, a saber, variando de 1998 a 2015, anos notadamente posteriores à vigência da CDB e do TRIPS.

Nesse exato ponto, confirma-se a hipótese inicial, a saber, os marcos normativos pouco (ou em nada) interferem na continuidade da apropriação do conhecimento tradicional por meio do direito de patente. Há negação, assim, de respeito⁵⁴ às comunidades tradicionais, detentoras de conhecimentos próprios sobre o uso, o manejo e a aplicação do complexo do curare, afirmação teórica que pode ser confirmada pelo processo de aquisição originária de direitos de propriedade intelectual expressos em todos os depósitos trazidos à análise neste trabalho.

Verifica-se, assim, a negação de as comunidades tradicionais serem, de fato, autoras e produtoras de normas e inventoras e autoras de produtos científicos no mundo jurídico. No caso em questão, a narrativa dos particulares apresentada por meio do estudo de caso sobre o complexo do curare contradiz a generalização do tradicional inscrito no legal, assim como evidencia o equívoco que é de se aceitar, sem problematização, a interpretação legal derivada de um discurso de proteção do conhecimento tradicional, de fato, não confirmado pelos dados coletados e analisados. Há, sim, invisibilidade dos atores tradicionais, porque ainda predomina o discurso colonizador (colonialidade do poder⁵⁵) o qual dissimula o verdadeiro efeito das normativas internacionais.

Para fortalecer as construções descritivas sobre o sistema de patentes, a apropriação do conhecimento

tradicional é um fato que desconsidera a existência de acordos internacionais. Tal fato agrava-se, a partir dos dados coletados, quando se infere que o conhecimento tradicional não é incorporado no estado da técnica e na inventividade ao se analisarem e concederem os depósitos de patentes, averiguando-se um distanciamento da complexidade do real em relação à idealidade normativa⁵⁶. Embora as invenções contenham elementos e traços do tradicional, no caso do complexo do curare, as patentes foram, em larga maioria, concedidas, quer antes quer depois da legislação internacional, o que revela a desconsideração do tradicional no processo de aplicação normativa. Daí se percebe uma patologia social na medida em que o tradicional resta afastado das formas institucionalizadas de concessão de direitos de patente. O sujeito portador de conhecimento tradicional e sua produção cultural não são levados em consideração no reconhecimento pelo autorrespeito (aplicação do direito), sendo sumariamente excluídos da categoria universal do “outro generalizado”⁵⁷.

É necessariamente pelo reconhecimento que se tem a possibilidade de diferentes estruturas sociais, assim como diferentes elementos, virem a compor o tecido social. Evidentemente, as populações tradicionais e seus conhecimentos não foram incorporados, gerando uma disparidade entre o real e o universal. Fato que coloca o discurso construído sobre a CDB e o TRIPS como elemento puramente aparente, o que pode ser comprovado no caso dos dados empíricos sobre o complexo do curare nos quadros acima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o recorte realizado neste trabalho, foi possível demonstrar, de forma metodologicamente estruturada, que o sistema de patentes não é capaz de impedir a prospecção sobre os conhecimentos tradicionais associados. O estudo de caso do complexo do curare constituiu o objeto de análise para a compreensão das medidas legislativas internacionais do início dos anos 90, a saber, TRIPS e CDB. A pergunta de pesquisa consistiu em verificar qual é o grau de interferência dos marcos

54 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 296.

55 QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal Of World-systems Research*, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 342-386, ago. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <<http://jwsr.pitt.edu/ojs/index.php/jwsr/article/view/228>>. Acesso em: 19 maio 2017.

56 BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

57 HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

normativos do TRIPS e CDB quando se trata da relação entre direito à patente e conhecimento tradicional associado à biodiversidade amazônica.

Ao se coletarem os dados referentes ao complexo do curare, foram encontradas patentes concedidas antes e após à promulgação das referidas legislações internacionais. O processo de coleta caracterizou-se por uma busca qualificada por duas expressões “curare” e “d-tubocurarine”, tendo em conta o escopo dessa pesquisa de se verificar o processo de patenteamento de produtos associados ao conhecimento tradicional. Além disso, a composição dessas duas expressões decorre de toda a descrição histórica realizada na revisão de literatura sobre a descoberta e os usos tradicionais do complexo do curare na região do Alto Amazonas.

Uma vez interpretados os dados coletados, foi possível caminhar no sentido de alcançar a inferência causal desta empreitada. Dessa forma, inferiu-se que as concessões de patentes associadas ao conhecimento tradicional, tanto antes quanto após às legislações internacionais, indicam baixa efetividade desses instrumentos legislativos na dinâmica de proteção do conhecimento tradicional. Os dados conhecidos demonstram que o conhecimento tradicional não desempenha uma função determinante no processo de análise dos depósitos de patentes, seja no que tange ao instituto da novidade, seja no que se refere ao instituto da inventividade. Portanto, o dado desconhecido consiste na baixa interferência da CDB e do TRIPS na lógica de resgate da relevância desse conhecimento tradicional no sistema de patentes.

Por isso, cabe se questionar se “somos capazes de ser solidários às formas tradicionais de existência”. Enfim, este deve ser o principal questionamento quando se for pensar em traçar os contornos do normativo-coercitivo que as leis do Estado e da comunidade internacional representam.

Esta pesquisa contou com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

REFERÊNCIAS

- BABBIE, Earl. *The practice of social research*. Belmont: Wadsworth/Thomson learning, 2000.
- BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a Lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BANKOWSKI, Zenon. *Law, Love and Computers*. Edinburgh L. Ver, Edinburgo, v. 1, n. 25, p. 25-32, 1996-1997.
- BRANDÃO, Maria G. L. et al. Biodiversidade, uso tradicional de plantas medicinais e produção de fitoterápicos em minas gerais. In: SEMINÁRIO SOBRE ECONOMIA MINEIRA, 14., Minas Gerais. *Anais do XIV Seminário sobre a Economia Mineira*. Disponível em: <<https://ideas.repec.org/h/cdp/diam10/022.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- BRASIL. Decreto Lei n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 30 dez. 1994. Seção 1 (Edição Extra), p. 21394. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1994/decreto-1355-30-dezembro-1994-449684-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- BRASIL. Decreto Legislativo n. 2, de 04 de fevereiro de 1994. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 04 fev. 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-norma-pl.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- BRUSH, Stephen B. Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights? In: BRUSH, Stephen B.; STABINSKY, Doreen (Ed.). *Valuing Local Knowledge*. Washington D.C.: Island Press, 1996. p. 1-24.
- CARVAJAL, Gaspar de; ROJAS, Alonso de; ACUÑA, Cristobal. *Descobrimento do Rio das Amazônicas*. Tradução de C. de Melo-Leitão. Companhia Editora Nacional: São Paulo, 1941. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/descobrimentos-do-rio-das-amazônicas/pagina/1/texto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- CRULS, Gastão. *Hiléia Amazônica*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1995. Disponível em: <<http://www.brasiliana.com.br/obras/hileia-amazonica/preambulo/2/foto>>. Acesso em: 20 ago. 2015.
- DOWNES, David R. How Intellectual Property could be a tool to protect Traditional Knowledge. *Colum. J. FERES, Marcos Vinícius Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. O conhecimento tradicional relacionado ao complexo do curare e a legislação internacional sobre propriedade intelectual. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p.138-158*

- Envtl. L.*, Columbia, v. 25, p. 253-282, 2000.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *As regras da inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. Proteção jurídica da biodiversidade amazônica: o caso do conhecimento tradicional. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, Caixas do Sul, v. 4, n. 2, p. 9-36, 2014.
- FERES, Marcos Vinício Chein; MOREIRA, João Vitor de Freitas. Direito de patente e a invisibilidade do conhecimento tradicional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, p. 248-266, 2016.
- FERES, Marcos Vinício C.; MOREIRA, João Vitor; ANDRADE F., Felipe C. Conhecimento tradicional e Direito Patente: fatos e contradições no caso da poaia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, p. 57-71, 2017.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 296.
- HONNETH, Axel. *Freedom's Right: the social foundations of democratic life*. New York: Columbia University Press, 2014.
- LORENZI, Harri. *Árvores brasileiras: manual de identificação e cultivo de plantas arbóreas nativas do Brasil*. São Paulo: Instituto Plantarum, 2002. p. 384.
- LORENZI, Harri; MATOS, Francisco J. Abreu. *Plantas Medicinais no Brasil: nativas e exóticas*. São Paulo: Instituto Plantarum, 2008.
- NOVAES, Amando Caiuby. Emprêgo do curare em convulsoterapia. *Arquivos de Neuro-Psiquiatria* [online], São Paulo, v. 5, n. 4, p. 347-358, 1947.

- OLIVEIRA, Luís R. Cardoso de. Concretude simbólica e descrição etnográfica: sobre a relação entre antropologia e filosofia. *Maná*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 409-435, 2009.
- OVIEDO, Gonzalo F. *Historia geral y natural de las Indians*. Madrid: Imprensa de La Real Academia de La historia, 1851.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal Of World-systems Research*, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 342-386, ago. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <<http://jwsr.pitt.edu/ojs/index.php/jwsr/article/view/228>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- SANTOS, Diogo de Almeida Viana. A suspensão da validade de patentes como instrumento de garantia de repartição de benefícios para conhecimento tradicional e implementação da CBD. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 63-98, 2011.
- SEGALA, Michele Machado; GREGORI, Isabel Christine Silva de. Os reflexos da proteção internacional da propriedade intelectual para o desenvolvimento interno: uma análise sobre o sistema patentário brasileiro e a transferência de tecnologia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, p. 525-535, 31 out. 2017.
- SILVA, Tatianna Mello Pereira. Acordo TRIPS: One-size-fits-all? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 57-70, 20 jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1987/pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.
- VELLOSO, Maria Bethania V. T. Carta de Amor. In: VELLOSO, Maria Bethania. *Oasis de Bethania*. Rio de Janeiro: Biscoito Fino, 2012. 1 CD. Faixa 9.

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Revisiting the critique against territorialism in the Law of the Sea: Brazilian state practice in light of the concepts of creeping jurisdiction and *spoliative* jurisdiction

Revisitando a crítica ao territorialismo no Direito do Mar: a prática do estado brasileiro à luz dos conceitos da jurisdição rastejante e jurisdição espoliativa

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Revisiting the critique against territorialism in the Law of the Sea: Brazilian state practice in light of the concepts of creeping jurisdiction and *spoliative jurisdiction**

Revisitando a crítica ao territorialismo no Direito do Mar: a prática do estado brasileiro à luz dos conceitos da jurisdição rastejante e jurisdição espoliativa

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura**

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) consolidated considerable powers for coastal states. Such codification did not come on a plate, but derived from continuous opposition to historical hegemonisms in the seas. This paper offers an alternative account of the expansion of coastal state jurisdiction by differing from the traditional narrative which emphasizes the subversive and disruptive nature of coastal states' jurisdictional assertions prior and during the III United Nations Conference on the Law of the Sea. Traditional scholarship often alarmed against "territorialism" and the "creeping jurisdiction", while shielding the principle of freedom of the seas. In this context, Brazil attracted plenty of criticism for its prominent role in thrusting coastal state's authority seaward. This paper adopts a historiographic perspective on key developments of international law of the sea and analyzes the Brazilian practice on the issue between 1945 and 1982. At the end, two main conclusions are reached: Brazil has been more of a catalyst for change than a provocateur of the *ordre publique océanique*; secondly, were it not for creeping jurisdiction before the adoption of UNCLOS, the international community would still collude with a regime of "*spoliative jurisdiction*", a practice as old as the law of the sea's colonial origins. The practical implications of this argument are that some behaviors often dismissed as "creeping jurisdiction" maybe tolerated in light of the context in which they occur and the values at stake.

Keywords: Law of the Sea. Territorialism. Creeping Jurisdiction. Coastal State Jurisdiction. Brazilian State Practice.

RESUMO

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS, em inglês) confirmou poderes consideráveis para os Estados costeiros. Tal codificação não foi regalada, mas resultou da oposição contínua a hegemonismos históricos no mar. Este artigo oferece um relato alternativo da

* Recebido em: 31/10/2017
Aprovado em: 11/04/2018

** Doutorando em Direito Internacional Público na Universität Hamburg. Mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Email: vfventura@gmail.com

expansão da jurisdição do Estado costeiro, diferindo da narrativa tradicional que enfatiza a natureza subversiva e disruptiva das pretensões jurisdicionais desses Estados, antes e durante a III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. A doutrina tradicional alarmava reiteradamente contra o “territorialismo” e a “jurisdição rastejante”, ao tempo em que blindava o princípio da liberdade dos mares. Nesse contexto, o Brasil atraiu muitas críticas por seu papel proeminente na expansão da autoridade do Estado costeiro sobre o mar. Este artigo adota perspectiva historiográfica sobre os principais desdobramentos do Direito Internacional do Mar e analisa a prática brasileira sobre o tema entre 1945 e 1982. Ao final, duas conclusões centrais são alcançadas: o Brasil revelou-se mais um catalisador de mudanças do que um desestabilizador da ordem pública oceânica; em segundo lugar, não fosse pela jurisdição rastejante prévia à adoção da UNCLOS, a comunidade internacional ainda conviveria com um regime de “jurisdição espoliativa”, prática tão antiga quanto as próprias origens coloniais do Direito do Mar. Decorre desse argumento que algumas condutas estatais, muitas vezes rotuladas como “jurisdição rastejante”, possam ser toleradas à luz do contexto em que ocorrem e dos valores em jogo.

Palavras-chave: Direito do Mar. Territorialismo. Jurisdição Rastejante. Jurisdição do Estado Costeiro. Prática Estatal Brasileira.

1. INTRODUCTION

Of international legal regimes, the law of the sea is one in which legal and political insurgency played a most proactive role in forging the current normative order of the oceans. In particular, the decades preceding the adoption of the UNCLOS were of intense movement and witnessed a spectacular *turn* from the absolute prevalence of the principle of freedom of navigation (*mare liberum*) to the ascension of the principle of territorial sovereignty of coastal states (*mare restrictum*, different from the *mare clausum* theory defended by Seldon). Such development did not happen overnight and above all, it did not rain down. To the contrary, it was the result of constant objection by coastal states (some developed, most developing) to the traditional dual division of the ocean into territorial sea and high seas. As one can imagine, opposition did not always take place within the boundaries of existing norms, neither of treaty

nor customary nature. Precisely the breaching of norms preceding the adoption of the UNCLOS was criticized in specialized law of the sea literature.

In this context, this paper identified the need for offering a counterweight to the traditional literature which defied and still defies limitations to the principle of freedom of the seas, even in cases where the prevalence of this principle could lead, and was in fact leading, to unjust and predatory relations in the international arena. It was the case of the years before the III United Nations Conference on the Law of the Sea(UNCLOS). It is past time developing states embrace a narrative that praises the resistance staged by fellow states, including Brazil, against the traditional model of colonial spoliation of marine resources in coastal states’ adjacent waters.

Methodologically, it adopts a historiographic perspective on key developments within the international law of the sea, an approach inspired by but not entirely based on John Pocock’s contextualism, the “intellectual historian”.¹ The historical approach followed here focuses on the heart of the matter and on context, rather than on texts.² As such, it is a provocation, a sketch in understanding how the phrases “creeping jurisdiction” and “territorialism” have been understood and used by international lawyers and with what consequences. Should it trigger some discomfort with the wide use of such expression to refer to pre-UNCLOS developments, it will have fulfilled its goal.

To that intent, the paper will present specialized literature that excoriated “territorialism” and “creeping jurisdiction” in the law of the sea. To that parcel of literature, Brazil was viewed as “leader of territorialists”³ and, as such, an actor causing systemic instability in the oceanic rule of law. Thus, a core part of this essay is dedicated to the analysis of Brazilian state practice before

1 POCOCK, John Greville Agard. Languages and their implications: the transformation of the study of political thought. In: POCOCK, John Greville Agard. **Politics, language and time: essays on political thought and history**. Chicago: University of Chicago Press, 3-41, 1989, pp. 3-10.

2 POHL, Reynaldo Galindo. The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). **The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective**. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984, p. 32.

3 KWIATKOWSKA, Barbara. Creeping Jurisdiction beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice. **Ocean Development & International Law** 22, n. 2, 153-87, 1991, p. 163.

and during the III UNCLOS. It is not attempted here to forward a blind defense of every stance Brazil has ever taken ocean-wise. This is not an exercise of thoughtless patriotism, since there are no angels in the international stage, but rational and self-interested players. To the contrary, this is an assessment of the positions taken by that country during the III UNCLOS, which may have been excessive, and the contributions given towards a fairer and more stable international *ordre publique* for the oceans.

This paper represents an effort to escape legal dogmatism and fetishism, favoring instead an approach that brings together international law, international relations theory and historical aspects of both. An approach that takes into account those power struggles behind both internationally agreed norms and violations of established customs. The international law of the sea is an amazingly fertile field in this sense, as it mirrors power struggles and objections to established norms, having produced the most extraordinary international instrument of the twentieth century, the UNCLOS.⁴

2. FROM THE ALMOST ABSOLUTE FREEDOM OF THE SEAS PARADIGM TO THE RISE OF COASTAL STATES

The law of the sea, as a special regime of international law, consists of and has been essentially shaped by the antagonism between two key legal principles: freedom of the seas and territorial sovereignty. Historically, the field stems from a continuous clash amid conflicting interests: those of maritime powers, nations with primordial interest in shipping and sailing the world's oceans, and those of coastal states interested in securing resources within their adjacent waters.⁵ Such an ac-

4 The UNCLOS has 320 articles and was designed to regulate practically all uses of the ocean, to the extent of having been nicknamed the "Constitution of the Oceans", by Tommy Koh, President of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, on 11 December 1982. It goes without saying that the Convention, no matter how complete at the outset, is a product of its time and has already needed modifications and revisions. It was the case of the 1994 Implementing Agreement on Part XI, relating to the Area, and the 1995 United Nations Fish Stock Agreement, adopted in New York, so as to complement provisions on the conservation of straddling stocks and highly migratory fisheries.

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

count lays emphasis on the distinction between "maritime" and "coastal" states, a contrast based on the state's ability and predicaments to sail the seas.⁶

On the one side, maritime or naval powers such as Portugal, Spain, The Netherlands, France, England, Canada, Russia, the United States, among others, cruising every inch of the oceans with absolute freedom, scooping up living resources from every metric cube, and trading with peoples from all parts of the world.⁷ On the other side, coastal states, a heterogeneous category that comprised both developed and developing countries. While developed coastal states set the goal to secure exclusive access to ocean resources, in particular of the subsoil of submarine areas, based on strategical and geopolitical calculations, developing coastal states intended to halt the harvest of their natural resources by merchant fleets of wealthier countries. Those coastal states brought about a sea-change in traditional maritime delimitation schemes, prompted by bold jurisdictional claims. The chronological landmarks for the shaking of law of the sea's structure are, beyond controversy, the 1945 Truman Proclamations.⁸

1981.

6 The category of "coastal states" is not homogeneous. Whereas all (powerful) maritime states are necessarily coastal states, the opposite does not hold true. Throughout history, until current days, such category has been shared by states well-off and a mass of developing and underdeveloped states. Belonging to the former are Western European countries, the US, Canada, Japan and Australia, to name but just a few of the so-called First World countries. In the latter group, Latin American states and former African colonies, Middle-Eastern states, countries from South and South-East Asia, and Small Island Developing States. More on the topic can be found at VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. *Tackling Illegal, Unregulated and Unreported Fishing: the ITLOS Advisory Opinion on Flag-state Responsibility for IUU Fishing and the Principle of Due Diligence*. *Brazilian Journal of International Law* (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015, pp. 52-55.

7 Another phrase for maritime powers is "naval powers". See POHL, Reynaldo Galindo. *The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). *The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective*. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984, p. 36.

8 US Presidential Proclamations No. 2667, *Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil of the Seabed and the Continental Shelf*, and No. 2668, *Policy of the United States with Respect to Coastal Fisheries in Certain Areas of the High Seas*, done at Washington, 28 September 1945, 10 FR 12303. Even though the Truman Proclamation on the Continental Shelf is probably the most known episode of territorial expansion seaward, it was not the first move to advance claims to maritime areas beyond the territorial sea. Prior developments in this regard include the 1942 Treaty between the UK and Venezuela Relating to the Submarine Areas of the Gulf of Paria, which divided

The typical account of the events that followed the Truman Proclamations, in line with traditional law of the sea literature, speaks of the breeding of an unexpected problem to the *ordre publique océanique*. A problem that began when coastal states, one after another, in particular following the post-decolonization wave of the 1960s and 1970s, unilaterally nationalized marine resources, mainly fisheries, through a series of “enclosures” of adjacent waters offshore. Those national claims were seen as excessive, due to the lack of harmonious international practice on the matter. In this scenario, Latin American countries, amongst which Brazil, became notorious for their “territorial ambitions”.⁹

The stage between 1945 and the kickstart of the III UNCLOS in 1973¹⁰ was, thus, predominantly marked by opposition to the old dual division of the seas – the three-mile “marginal sea” and the high seas.¹¹ Such hostility was fueled by a new set of qualities attributed to oceans by the end of World War II, which entirely changed their significance for nations. Until the end of the war, the dual division took only two dimensions of the seas into account: water surface and water column. Oceans were essentially vectors for the carriage of goods and transport of persons (surface), as well as sources of food and vectors of communication, via submarine cables (water column).

After 1945, technological breakthroughs added other dimensions to the oceans: subsoil and airspace. At stake were not only living resources, fisheries, but especially non-living resources, such as hydrocarbons and minerals on and underneath the seafloor. Humankind was finally able to explore and exploit natural resources, namely hydrocarbons, in depths unknown to men before. In addition to that, technologically advanced

the seabed and the subsoil beyond respective territorial seas at the Gulf, signed at Caracas, 26 February 1942, 205 LNTS 122, and terminated on 23 July 1991. The Treaty was the first one in the world to delimit the seabed.

9 VARGAS, Jorge A. Latin America and its contributions to the Law of the Sea. In: LAURSEN, Finn (Ed.). **Towards a New International Marine Order**. Leiden: Nijhoff, 1982, p. 58.

10 The Conference was convened by virtue of United Nations General Assembly **Resolution 2750 (XXV)**, Reservation exclusively for peaceful purposes of the sea-bed and the ocean floor, and the subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction and use of their resources in the interests of mankind, and convening of a conference on the law of the sea. 17 December 1970.

11 TREVES, Tullio. Coastal States' rights in the maritime areas under UNCLOS. **Brazilian Journal of International Law** (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015, p. 41.

states were able to capitalize on energy resources from the airspace above water, such as wind and solar energy. In a nutshell, perception of the economic and strategic meaning of this *pluri-dimensionality* of the seas played a most relevant role in precipitating objection not only to the traditional dual division, but also to the preponderance of untouchable freedoms. It became clear to international lawyers that the law of the sea was undergoing profound changes, to such an extent that even during negotiation on a binding treaty for the oceans, statements of a “new international law of the sea” were common in literature.¹²

Upon adoption of the UNCLOS in 1982, prevalence of the principle of freedom of the seas was called in question and the balance leaned towards the principle of sovereignty, as the Convention codified additional powers to coastal states. A most relevant factor during negotiations was the participation of newly independent African and Asian states, which embraced significantly different positions from those of their colonial predecessors. Conjointly with other Third World countries, sympathetic to the political orientation of the so-called “Group of 77”,¹³ they played an important role in the III Conference. There, coastal states have fulfilled old demands of exclusive jurisdiction over marine resources in phenomenon that could be named as the *rise of coastal states*.

The problem is that such rise was seen as the product of “creeping jurisdiction”, in which states anarchically and unilaterally asserted powers over larger areas of the oceans. There has been a great deal of doomsayers against creeping jurisdiction, against the enclosure of the seas, and against territorialist countries. For the purposes of the law of the sea, creeping jurisdiction is usually referred to as the practice by sovereign states of seeking to extend territorial jurisdiction over mariti-

12 The theory of pluridimensionality or multidimensionality of the oceans was originally formulated by Marotta Rangel, with the difference he labeled the newer dimension as “depth”, whereas to our understanding the dimension of depth had already been exploited via the setting of submarine cables since mid-nineteenth century. The appended dimensions were the subsoil of submarine areas and the air column above the sea. See RANGEL, Vicente Marotta. **O novo Direito do Mar e a América Latina. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1981, pp. 41-42.

13 The Group of 77 advocated a more radical form of “common heritage of mankind” principle, based on the ideology underpinning the so-called New International Economic Order (NIEO), designed to rebalance economic relations between industrialized countries of the North and poorly developed states of the South. See discussion below.

me spaces¹⁴ beyond what is permitted by international customary or treaty law.¹⁵ In other words, the “extension of municipal jurisdiction seaward along the seabed and from thence to the vertical column above and the souterrain below”¹⁶ or the “gradual extension of State jurisdiction offshore”, part of a steady jurisdictional expansionism towards the high seas.¹⁷ In short, creeping jurisdiction would be the power unilaterally revendicated by the coastal state in violation of existing norms, beyond either the maritime boundaries established therein or the competences exercisable in each zone.

Key elements of the concept are, accordingly, the *unilaterality* of claims, and the *violation* of a valid international legal rule.¹⁸ Those elements accentuate, so traditional accounts within law of the sea literature, the inherent viciousness of jurisdictional assertions and how much they threaten the stability of the international rule of law in oceanic affairs. In that context, creeping jurisdiction has been referred to as “parcellation”,¹⁹ “propertization”,²⁰ and “territorialization of the oceans”

14 A definition of maritime space (or area, or zone) in the law of the sea is given by Treves as “areas of the sea for which international law prescribes spatial limits and a regime”. In each area, different categories of states exercise different rights, most of which are comprised under the UN Convention on the Law of the Sea. TREVES, Tullio. Coastal States’ rights in the maritime areas under UNCLOS, p. 40

15 In general, one could refer to the quest for enhanced power and authority as an inherent and essential feature of sovereign states, being that one of the reasons for the existence of international law, as a limiting tool to state expansionism in different ambiti of international relations.

16 As referred by John Craven, once Chief Scientist of the US Navy. For that reason, the practice of creeping jurisdiction is also known as *Craven’s Law*, as referenced in BURKE, William. Law, Science, and the Ocean. **Natural Resources Law**, vol. 3, 1970, p. 215 note 41.

17 KAYE, Stuart. Freedom of navigation in a Post 9/11 World: security and creeping jurisdiction. In: **Law of the Sea: progress and prospects**. Oxford: OUP, 2006, p. 347.

18 To Erik Frankx, the expression “creeping” “includes the idea of *unilateral* action directed at *upsetting a legal framework* adhered to by the *majority* of other States”. Besides, for a detailed view on the origins of the expression “creeping jurisdiction”, see FRANCKX, Erik. The 200-Mile Limit: between creeping jurisdiction and creeping common heritage. **German Yearbook of International Law**, 48, 2005, p. 136.

19 BROWN, Edith. Maritime Zones: A Survey of Claims. In: CHURCHILL, Robin, Simmonds K. R. and WELCH Jack (Eds.). **New Directions in the Law of the Sea**. London: The Eastern Press, Ltd., 1973, pp. 157-192.

20 Gary Knight uses this expression in the context of discussions on the most adequate regime to deep-sea mining, so as to make a point that a system of *free enterprise and minimal regulation* would be best tailored for the exploitation of deep seabed minerals. In so

via unilateral declaration of “psycho-legal boundaries at sea”.²¹ Those are unquestionably powerful phrases, which lay bare their author’s stance: angst that the freedom of the seas would be at stake.²²

In light of the considerations *supra*, it seems relevant to, even more than three decades into the signature of the Convention, consolidate a Southern narrative for the law of the sea. In particular, it seems relevant to dispute the mainstream account that coastal state jurisdictional expansion seawards happened as the result of a vile act of creeping jurisdiction in maritime zones that otherwise would be free to all and benefit the entire world. It should be born in mind at all times that that “freedom” is a relative capacity, i.e. only those financially powerful and technologically advanced had the choice to navigate large parcels of the world oceans, explore and exploit its natural resources. Without significant funds, freedom was but a catch phrase – and was that the reality of several developing coastal states.

A first step in that quest is to challenge the pejorative meaning and use of the phrase “creeping jurisdiction”. Next, it is imperative to inspect the Brazilian state practice until 1973 and the official positions adopted by the Brazilian delegation during the III UNCLOS, with the purpose of debunking misconstructions of Brazil as a destabilizing actor within the international community. Portraying Brazil as the leader of “territorialists” is not the problem *per se*. It becomes a problem when the quest for exclusive access to natural resources and, thus, to social, environmental and economic development, is associated with territorialism, understood as a corrosive practice to the stability of the public ocean order.

doing, states would rely on the “propertization” of the seabed to develop a regime that would recognize property rights over seabed resources. See KNIGHT, Gary. **Legal Aspects of Current United States Law of the Sea Policy**. Paper presented to AEI conference, October 19, 1981, p. 13.

21 BOOTH, Ken. Naval Strategy and the Spread of Psycho-legal Boundaries at Sea. **International Journal**, vol. 38, n. 3, Ocean Politics, 1983, pp. 373-375.

22 Conternation with the expansion of coastal state jurisdiction nowadays is expressed by Bernard Oxman, who calls into question the very stability of the jurisdictional system reached at UNCLOS, as the author analyzes episodes of excessive claims after the adoption of the Convention. See OXMAN, Bernard H. **Territorial Temptation: a siren song at sea**. **The American Journal of International Law**, vol. 100, n. 4, 2006, pp. 833-837.

3. WHAT IS WRONG WITH THE PHRASE “CREEPING JURISDICTION”?

Traditional law of the sea scholarship tends to share two grounding premises for proclaiming the viciousness of all kinds of jurisdictional creep: firstly, that freedom of navigation is an overriding principle, one that precedes all others, the long-standing heart of the law of the sea;²³ secondly, that coastal states are inherently attracted to increased power and authority²⁴ and, as such, are doomed to always pursue enlarged jurisdiction over maritime spaces. There is little room for challenging the second premise, especially if one considers states to be rational and self-interested agents.²⁵ However, that first premise should not go undisputed, particularly because of freedom’s trait as “the” core element in traditional law of the sea. In fact, “freedoms of the high seas are freedoms under the law. They should be viewed increasingly as no different from other fundamental rights of States under international law”²⁶

The main problem with the widespread phrase “creeping jurisdiction” is that it does not neutrally depict the claims of coastal states prior to the adoption of UNCLOS.²⁷ That expression is value-laden and describes a wicked practice, which may not be the case of the systematic opposition to the *ordre publique* of the oceans before 1982. Anne Peters, in a sharp critique against the

once fashionable alarmism amongst internationalists as to the “fragmentation” of international law, pondered that “the term ‘fragmentation’ is inevitably descriptive-evaluative, and thus loaded. ‘Fragmentation’ has a predominantly negative connotation, it is a pejorative term (rather than diversity, specialization, or pluralism). Finally, it is a term which describes not only a legal process in the real world of law but has also been a label for the accompanying discourse (mostly among academics, less among judges, and even less among political law-making actors)”.²⁸

Replace the phrase “fragmentation” by “creeping jurisdiction” and the resulting text would make as much sense. In fact, the notion of creeping jurisdiction is descriptive-evaluative, assuming a rather negative connotation. It is a term that describes not only a behavior by coastal states, but has been used as a label to raise apprehension to an allegedly disorder-creating movement in the law of the sea – a view that takes long-established customary laws and the pre-UNCLOS order for absolute, which was by far not the case.²⁹

The verb “to creep” in the language of Shakespeare means “to enter or advance gradually so as to be *almost unnoticed*”. As an adjective, it means “advancing by slow, imperceptible degrees”.³⁰ A similar connotation includes “happening very slowly so that people *do not notice*”,³¹ which, if applied to the rule of ocean law, underscores the surreptitious way in which jurisdictional assertions by coastal states would occur. It would perhaps make sense to describe some excessive claims effected after the adoption of UNCLOS, but it fails to comprehend the systematic antagonism of coastal states both to the traditional dual division of oceans and to the dominance of an unfair freedom of the seas.

23 See BECKER, Michael A. The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea. *Yale Law Review*, 2005, p. 132. See also LAGONI, Rainer. Marine Protected Areas in the Exclusive Economic Zone. In: KIRCHNER, Andre (Ed.), **International Marine Environmental Law: institutions, implementation and innovations**. Kluwer Law International, 2003, pp. 157-167. See also KRASKA, James. ... , p. 148. Kraska is of the view that the coastal states and distant water states have sets of absolute rights in the EEZ.

24 Maria Gavouneli speaks of coastal State’s “tendency to expand seawards”. See GAVOUNELI, Maria. **Functional Jurisdiction in the Law of the Sea**. Nijhoff, 2007, p. 59.

25 That states are rational agents, which always act so as increase their absolute power capacities, is the core of realist and rational choice theories of international relations. See GOLDSMITH, Jack L. and POSNER, Eric A. **The Limits of International Law**. Oxford: OUP, 2005, p. 5.

26 ANDERSON, David. Freedom of the High Seas in the Modern Law of the Sea. In: **The Law of the Sea: progress and prospects**. Oxford: OUP, 2006, p. 345.

27 It is beyond the object of this paper to analyze the accusations of creeping jurisdiction and territorialism by coastal states after the adoption of the UNCLOS, not for lack of thematic pertinence, but for lack of space. Such an analysis is being carried out in the author’s doctoral research at the University of Hamburg.

28 PETERS, Anne. Refinement of International Law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **MPIL Research Paper Series**, n. 2016-19, 2016, p. 2.

29 Cases of Latin American objection to the then valid customary legal order of the oceans began as early as 1947, with the famous Chilean Declaration. A thorough list of unilateral state acts and multilateral declarations can be found in GARCÍA-AMADOR, The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea. **American Journal of International Law**, 68, n. 33, 1974, p. 33.

30 Merriam-Webster Dictionary. Entry “Creeping”. Available at: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/creeping>. Last visited on 24.09.2017.

31 MacMillan Dictionary. Entry “Creeping”. Available at: <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/creeping>. Last visited on 24.09.2017.

It is no novelty that countries performing the staunchest objection to the jurisdictional expansion of coastal states are mainly located in Europe and North America.³² Coincidentally, authors denouncing the “expansionist movement” prior to UNCLOS originate or have been trained in those regions. Ironically though, the founder of the expression “creeping jurisdiction” was an American. When John Craven coined the phrase during the 1960’s, the US Navy revealed profound concern with jurisdictional assertions by coastal states to rights not just over the seafloor and subsoils of the continental shelf (as the US had done in 1945), but over the water column as well. Only then, alarm was sounded with an edge of seriousness. In other words, as long as the unilateral expansion seawards was limited to the seabed, there was little reason to bother.³³ However, once territorialization meant restrictions to freedom to research, fish and, potentially, to navigate (note, *potentially*), the phenomenon sparked uneasiness amid maritime states.

As it seems, such protestation would be the reflex of a hegemonic narrative, in which a particular actor “seeks to make its particular project or interest or pursuit seem the general project or interest”.³⁴ The universalizing of the freedom of the seas principle alongside the demonization of creeping jurisdiction indicate the defense of a particular political order of the oceans. Here, the concept of “universalization vocabulary”, by Martti Koskenniemi,³⁵ seems particularly helpful to an analysis

32 The United Kingdom and the The Netherlands, for instance, oppose the interpretation of UNCLOS according to which coastal states may forbid military exercises on their EEZs. On another level, the US were the only country to present a *note verbale* to the Commission for the Limits of the Continental Shelf (CLCS) pending the analysis of the Brazilian submission for delineating the outer limits of the continental shelf. If anything, such object shows concerns by the naval superpower with potential territorial jurisdiction of the Brazilian state on the South Atlantic.

33 True, there had been some reaction against the extension of coastal state jurisdiction over the continental shelf within the US, as in KUNZ, Joseph L. Continental shelf and international law: confusion and abuse. **American Journal of International Law**, 50, 1956, pp. 828-853 and HENKIN, Louis. International law and “the interests”: the law of the seabed. **American Journal of International Law**, 63, n. 3, 1969, pp. 504-510. However, such opposition is not comparable in intensity with the critiques against the expansion of coastal state jurisdiction over the water column.

34 KOSKENNIEMI, Martti. International Law in Europe: between tradition and renewal. **European Journal of International Law**, 16, pp. 113-124, 2005, p. 115.

35 KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic Regimes. In: YOUNG, Margaret (Ed.). **Regime Interaction in International Law: facing fragmentation**. CUP, 2012, p. 311.

of the reiterate use of the expression “creeping jurisdiction” in law of the sea monographies. In fact, maritime powers have been claiming to have the *correct* understanding of significance and scope of jurisdiction rules in the law of the sea.³⁶ Such particular understating is expected (by their holders) to be universal, as it allegedly derives from human nature and human reason – in a dangerous process of naturalizing legal norms. This rather authoritarian view denies the plurality of *topoi* based on which international legal argumentation is made possible.³⁷ A major problem lies, thus, on the judgmental nature of legal analyses about Latin American “jurisdictional creeps” onto the high seas. This view ignores that international law has always been and will continue to be, in essence, a battlefield for competing understandings and opposing interpretations of certain rules – jurisdiction in the law of the sea being no exception.

For the purposes of this article, the kind of disorder that happens to promote general fairness and justice is

36 On the military level, an example of such universalization can be found in a letter from Admiral Jay L. Johnson of the U.S. Navy to Senator Jesse Helms. The then Chief of Naval Operations stated that “it is the U.S. Navy and not the Convention that guarantees the navigational freedoms upon which we *and the rest of the world* depend for peace, stability, and economic prosperity” (emphasis added). See Letter from Chief of Naval Operations Admiral Jay L. Johnson to the Hon. Sen. Jesse Helms, Chairman, Senate Foreign Relations Committee, Jun. 29, 2000. Available at: <http://www.virginia.edu/colp/pdf/ADMJohnsonLtr-Chariman-Helms.pdf> For more on the letter, as well as on the U.S. Navy views on coastal state powers in the EEZ, see KRASKA, James. **Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics**. Oxford: OUP, 2011, pp. 134-149.

37 A rhetorical view of international law sees moral values and judgments behind the pretended assertiveness of positive law and focuses on the study of the so-called *topoi*, or places, or cultural (relative) elements, which influence the perception of law that a nation has. On the legal level, Rhetorics as a methodology originates from the *rhetorical turn*, in light of the limitations faced by the Kelsenian objectivist theory of law. At that time, Theodor Viehweg emerged as one of the main exponents of the argumentative theory, conceiving Jurisprudence, the object of legal science, as a procedure for discussing problems. For the rhetorical reasoning, the starting line is no longer the blackletter of the law, but the controversial principles, or *topoi*, that directly influence legal interpretation. This makes Rhetorics known for operating in the field of legitimacy (not of positive legality), in which it seeks the uncoercive persuasion as to certain world views. Those views do not assume a cogent nature, as it happens with the legal positivism, since they are located in the domain of *dubium*, the uncertain. For more on the rhetorical turn, see VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 2007, p. 149. Thus, it seems perfectly possible to establish a parallel between Rhetorics and the functioning of international law, especially because the Kelsenian objectivist theory is not best suited for the job of explaining how international law works.

justifiable, and the pre-UNCLOS legal regime of absolute prevalence of the freedom of the seas over coastal states' jurisdiction was all but fair.³⁸ Customary law disciplining access to marine resources did not take into account the special needs of developing and least developed coastal states. General dissatisfaction with the ruling order was such that negotiating parties to the UNCLOS III dedicated a paragraph of the Convention's Preamble to highlight State parties' commitment to the "maintenance of peace, justice and progress for all peoples of the world".³⁹ The Convention was negotiated on the widely shared assumption that the pre-UNCLOS economic (and oceanic) order was inadequate, what made a just and equitable international economic order due.⁴⁰ Needless to say, the new order ought to take particular note of the special interests and needs of developing countries. To that purpose, Brazil were among the most proactive countries to engender efforts during the UNCLOS III negotiations and to push for a "new" law of the sea.

4. BRAZILIAN PRACTICE BETWEEN 1945 AND 1982

Throughout history, Brazil has not always been the "bogeyman" of the law of the sea. In general terms, the country has been an active participant to international oceanic negotiations, having ratified most of the treaties both in the law of the sea and maritime law. The large number of international instruments signed and ratified by the Brazilian state signify the country's dedication to the international rule of law applied to oceans. Examples of those instruments are the following. On the

conservation of marine living resources: Convention for the Regulation of Whaling, Washington 2 December 1946;⁴¹ Convention on the Conservation of Tuna and Related Fish of the Atlantic, Rio, 14 May 1966;⁴² on May 16, 1975, Brazil adhered to the Antarctic Treaty, Washington, December 1, 1959.

Regarding maritime, shipping and navigational affairs, Brazil has signed and ratified the following instruments: Convention on the Safeguarding of Human Life at Sea (SOLAS) and the Rules to Prevent Collision at Sea, London 5 1960;⁴³ Convention on Civil Liability for Damage Caused by Oil Pollution, Brussels, November 29 1969;⁴⁴ Convention on International Regulations to Avoid Collisions at Sea, London, 20 October 1972;⁴⁵ Convention for the Facilitation of International Maritime Traffic, London, 9 April 1965; Convention on Cargo Lines, London, 5 April 1966;⁴⁶ Convention for the Prevention of Pollution Caused by Ships (MARPOL), London, 2 November 1973, and the respective Protocol, signed on 17 January 1978;⁴⁷ and potentially others not central to this paper.

Concerning the country's notoriety for advancing excessive territorialist claims, it must be borne in mind that, in the decades preceding the UNCLOS' signature, Brazil either upheld the three-mile territorial sea or pressed for a limit not broader than twelve miles. That stance abruptly changed in the wake of international developments, so as to adapt to international power struggles and to strategical considerations made at the domestic level, in particular with regard to national security preferences and the conservation and exploitation of marine resources.

4.1. The five Brazilian stances on coastal state jurisdiction before 1973: The U-Turn

Until 1973, there were five identifiable periods in the Brazilian positions concerning the *length* of maritime spaces over which the state exercised some degree of jurisdiction.⁴⁸ During the first period, spanning from

41 Promulgated by Decree No. 73.497, 17 January 1974.

42 Promulgated by Decree No. 65.026, 20 August 1969.

43 Promulgated by Decree No. 60.696, 8 May 1967.

44 Promulgated by Decree No. 79.437, 28 March 1977.

45 Promulgated by Decree No. 80.068, 2 August 1977.

46 Promulgated by Decree No. 66.103, 22 January 1970.

47 Approved by Legislative Decree No. 4, 1987.

48 This temporal taxonomy was drafted by RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian Law of the Sea. *Revista de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 15, n. 1, 2018 p. 160-178

the Brazilian formal independence in 1822 until 1914, Brazil enforced a former Portuguese provision on coastal state sovereignty over the adjacent seas, the famous “cannon-shot rule”.⁴⁹ The rule was then replaced in 1914 by the more modern three-mile rule, which was first provided for by Instruction No. 43 of the Ministry of Foreign Affairs of August 25 of that year.

The three-mile rule was upheld by the Brazilian state, but not without questioning. In fact, during the 1930 Codification Conference, the Brazilian delegation pushed for the enlargement of the territorial sea, so as to allow the state more regulatory and administrative maneuver room over an important sea belt so close to the mainland. Consequently, the Brazilian delegation favored a six-mile territorial sea during the Conference.⁵⁰

Since the first half of the twentieth century, there had been dissatisfaction with the pre-UNCLOS dual-division of the oceans.⁵¹ As Fraser wrote in 1926, “one country will claim three miles, another four miles, another six miles”, with such diversity resulting in harmful effects to international trade and political relations.⁵² The likelihood of conflicts led delegates of 47 states to meet in The Hague in 1930 with the arduous task of codifying and developing international law in several fronts, not only in oceanic matters.⁵³ Three topics were at the table, amongst which the codification of territorial waters, its limits and competences therein.

However, codification efforts stranded. So, the Brazilian government established a 12-mile contiguous zone, valid also to exclusive fishing.⁵⁴ Failure to codify an internationally agreed instrument led, as mentioned supra, to the Truman Proclamations. The rest of the story is relatively well known. In short, several Latin

sidade de São Paulo, pp. 71-89, 1973, p. 74.

49 The legislation on the cannon-shot was adopted in Lisbon, via Decree of 4 March 1804.

50 RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian Law of the Sea. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, pp. 71-89, 1973, p. 75.

51 Already then, during the first half of the twentieth century, the international community had identified pressing issues connected to ocean uses, in special the degree of coastal state powers offshore and the over-exploitation of high seas fisheries, both intimately intertwined

52 FRASER, Henry S. Extent and Delimitation of Territorial Waters. **Cornell Law Quarterly**, 11, 1925, p. 457.

53 The Conference was convoked by the League of Nations. See League of Nations, **Official Journal, Special Supplement**, No. 21, at 10.

54 Fishing Code, approved by Decree No. 23.672 of January 2, 1934.

American states took a similar course of action and declared some degree of jurisdiction over their adjacent seas, triggering a phenomenon that McDorman names “the great expansion of coastal state jurisdiction.”⁵⁵

Following the US Proclamations, there was a sequence of three short-lived periods in Brazilian positions. In 1950, Brazil declared that its continental shelf was an integral part of the national territory.⁵⁶ The Federal Constitution of 1967 also provided that the “submarine shelf” be listed as *property* of the federal state.⁵⁷ This period marks the birth of a gradual detachment from the 3-mile territorial sea rule, particularly in light of on-going discussions on the need for an internationally binding instrument on the delimitation of maritime zones, so as to prevent anarchy in the seas.

Thus, the third period began in 1966 and was characterized by a 6-mile territorial sea plus 6-mile contiguous zone.⁵⁸ Although the contiguous zone was established for the purposes of customs, fiscal, sanitary and immigration matters, Brazil had therein the same rights of fishing and exploration of living resources enjoyed in the territorial sea. Shortly after that, in 1969, Brazil enlarged the territorial sea “to a belt of twelve nautical miles breadth, measured from the low water line”.⁵⁹

The “straw that broke the camel’s back”, the move that rendered Brazil’s fame as “leader of territorialists”, was the proclamation of a 200-mile territorial sea in 1970.⁶⁰ Before that, Brazil was the only country in South America that had not declared a 200-mile jurisdiction zone – only as late as 1966 had Brazil replaced the three-mile territorial sea rule.⁶¹ Until then, the country

55 McDORMAN, Ted L. **The marine environment and the Caracas Convention on the Law of the Sea: a study of the third United Nations Conference on the Law of the Sea and other related marine environmental activities**. Halifax: Dalhousie University Press, 1981, p. 2.

56 Provided for in Decree No. 26.840 of November 8, 1950.

57 Article 4 (3), Federal Constitution, 24 January 1967.

58 Brazil: Decree-law No. 44 of November 18, 1966

59 Decree-law No. 553 of April 25, 1969.

60 Decree-law No. 1.098 of March 25, 1970; approved by Congress by means of legislative Decree No. 31 of May 27, 1970.

61 The first Latin American states to forward national claims to expanded jurisdiction seaward were bathed by the Pacific Ocean, in particular Chile. In that sense, early unilateral jurisdictional assertions had a “compensatory nature”, since those states had narrow continental margins and were, thus, negated the sort of riches secured under the Truman Proclamation. See POHL, Reynaldo Galindo. The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). **The Exclusive Economic Zone: A Latin**

was willing to push carefully for an enlarged contiguous zone, a perception that changed for political and economic reasons. Politically, the military regime gained stability and overcame the turbulence following the deflagration of the 1964 coup d'état that overthrew the elected President João Goulart. Economically, a series of geological surveys carried out by Petrobras on the East coast, within 150 miles from Rio de Janeiro, revealed hydrocarbon reserves. Uncertainty as to the precise location of these reserves may have been yet another reason for declaring a 200-mile territorial sea.⁶²

In conjunction with the militaries' ascension to power, came a stronger emphasis on sovereignty requirements for the protection and international projection of the nation, added to the plan to increase decision-making autonomy of the Brazilian foreign policy. Those were pillars of the "Brasil Grande Potência" policy, defended by the regime.⁶³ Archives of the Brazilian Ministry for Foreign Affairs host eleven notes repudiating that unilateral decision, all of which from developed countries: Belgium, Finland, France, Germany, Greece, Japan, Norway, United Kingdom, Federal Republic of Germany, Sweden and the Soviet Union.⁶⁴

The next step was to deny accession to the 1958 Geneva Conventions. On the one hand, this decision could be seen "legally feasible",⁶⁵ as Brazil was not party to any treaty on the issue of maritime delimitation. However, it could also be argued that customary law has been established on a length between three and not farther than twelve nautical miles from the baselines. In so doing, Brazil relied on the pressing need for ensuring productivity of its marine natural resources, namely fisheries and particularly in light of growing exploitation by foreign fishing vessels.⁶⁶ The technical abyss in

American Perspective. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984, p. 34.

62 Revista *Veja*, São Paulo, 09 June 1971, p. 27.

63 CARVALHO, Gustavo de Lemos Campos. O mar territorial brasileiro de 200 milhas: estratégia e soberania, 1970-1982. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 42, pp. 110-126, 1999, p. 110.

64 See CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. **O Brasil e o Novo Direito do Mar: Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva**. Brasília: FUNAG, 1989, p. 30.

65 See RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian Law of the Sea. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, pp. 71-89, 1973, p. 78.

66 According to the Brazilian Navy Vice-Admiral Paulo Irineu Roxo de Freitas, "the devastation provoked by foreign fishing fleets in certain regions of the coast of Africa has already caused the extinction of ichthyological species, similarly to what had happened on

the fishing industry between developed and developing countries was to be felt with a particular note, as the "Lobster War" with France in 1963 denoted.⁶⁷

The declaration of a 200-mile territorial sea was a lucid decision, one taken upon strategical security considerations. The main reason behind it is simple: a 200-mile belt was the space the Brazilian Navy appraised as necessary for the maintenance of national security. The government understood that a twelve-mile territorial sea, even if supplemented by fishing agreements, "could hardly lead to the modification of this negative outlook".⁶⁸ In addition to the security thoughts, Brazil sensed the need to reinforce solidarity bonds with neighboring Latin American countries, which had for decades adopted national legislation designing some sort of 200-mile zone.⁶⁹

This quick overview of the Brazilian positions in the decades preceding the UNCLOS negotiations and the

the coasts of Peru and Ecuador and to what still happens on the coasts of Brazil". As referenced in RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian Law of the Sea. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, pp. 71-89, 1973, p. 79.

67 The "Lobster War", with France, was a quarrel involving cabinet talks, exchanges of notes, and even complicated interpretations of how lobsters behave in their natural habitats. The whole episode centered around the following arguments: Frenchmen argued that they were fishing off the territorial sea, whereas Brazilians countered that despite the 3-mile territorial sea, fishing occurred on the continental shelf. See CARVALHO, Gustavo de Lemos Campos. O mar territorial brasileiro de 200 milhas: estratégia e soberania, 1970-1982. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 42, pp. 110-126, 1999, p. 114.

68 RODRIGUEZ, Carlos Calero. O Problema do Mar Territorial. In: **Mar Territorial**, vol II, Ministry of Navy, Brasília, 1972, p. 576.

69 The first concerted effort at the international level was headed by Chile, Ecuador and Peru, and resulted in the *Declarations of Santiago*, adopted in 1952. In the first Declaration, concerning fishing problems in the South Pacific, all parties show consternation with the "lack of protection which endangers the conservation of fishing resources" and the "serious threat of exhaustion" of those resources offshore. By acknowledging an *urge* to exercise prescriptive and enforcement jurisdiction relating to the conservation of fisheries, the parties to the Declaration set off to "ensure a better yield for the benefit of national food supplies and economics". **Joint Declaration Concerning Fishing Problems in the South Pacific**, signed at Santiago on 18 August 1952. UNTS 1006, p. 318-9. equally important is the 1970 Montevideo Declaration on the Law of the Sea, signed by nine Latin American states in a combined effort to promote acceptance of their 200-mile claims by creating a *regional consensus* on the matter. **The Declaration of Montevideo on the Law of the Sea**, 9 I.L.M., no. 5, ASIL, pp. 1081-1083, signed on 8 May 1970. Argentina, Brazil, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panama, Peru, and Uruguay signed the Montevideo Declaration on the Law of the Sea. For more on this, see GARCÍA-AMADOR,

The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea. **American Journal of International Law**, 68, n. 33, 1974, p. 34, note 5.

relevance that the ocean has to the Brazilian reality offer necessary elements for an enhanced understanding of the array of positions defended by the country between 1973 and 1982. As seen above, Brazil widened the limits of its territorial sea, first to six, then to twelve⁷⁰ and finally to two hundred nautical miles.⁷¹ As a developing country with a long coastline and sensitive interests in the economic, sovereignty, scientific and environmental facets of the oceans, Brazil participated intensely in the negotiations leading to the approval of the Convention in Montego Bay on 10 December 1982.

4.2. Brazilian positions during the III UN Conference on the Law of the Sea: questioning maritime hegemonisms

The III UNCLOS was negotiated in three main committees.⁷² Of those, the Second Committee was mandated to elaborate on jurisdiction and maritime zones, including the EEZ and continental shelf. Unsurprisingly, that panel witnessed heated debates over three main thorny issues: recognition of the rights claimed by states whose continental shelf extended for more than 200 miles; the system of payments and contributions provided for in article 82 of the negotiating text; and a solution to the aspirations of the land-locked and geographically disadvantaged countries. The aim was, thus, to construct a legal framework capable of preventing or settling disputes originating from the extension of territorial waters and the adoption of the concept of the economic zone, as well as from the delimitation between the continental shelf and the international area. At the end of the day, negotiations were needed because “where there had previously been a single jurisdiction there would be a plurality of powers, giving rise to new conflicts”.⁷³

70 Decree-Law 553, of 25 April 1969.

71 Decree-Law 1.098, of 25 March 1970. This Decree was implemented by Executive Decree n. 68,459 of 1971, which established two fishing zones of 100 mm each, the first - except for special cases not stated - for fishing only for Brazilians, while the second allowed fishing by foreigners, provided that they were authorized by the country.

72 The committees dealt respectively with the deep-seabed regime, the traditional law of the sea, the protection of the marine environment, marine scientific research and transfer of technology and the informal plenary dealing with the settlement of disputes and general and final clauses.

73 A/CONF.62/SR.59 59th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume V.

During the Conference, Brazil prioritized the promotion of self-interests, amongst others: *national security*, via extending the length of the waters where coastal states exercise a considerable authority; *socioeconomic development*, via guaranteeing exclusive access to marine resources both over a 200-mile zone and an even larger portion of the seafloor, which would extend beyond 200nm; *geopolitical influence*, via defending a solidarity-based approach to the resources of the deep-sea beyond national jurisdiction.⁷⁴ In so doing, Brazil joined forces with different constellations of negotiating parties, sometimes closer to broad-margin developed states, sometimes show more affinity with developing states, depending on the topic under discussion.⁷⁵

For instance, as official discussions started in 1973, there was an international outcry for a larger zone under some amount of national jurisdiction.⁷⁶ Such concept would be later labelled the Exclusive Economic Zone (EEZ). To the purpose of consolidating such a zone, Brazil joined an informal group of countries that later would be known as the “club of pioneers”.⁷⁷ Not that Brazil had been a “pioneer”, since it had made no bald unilateral assertions until 1966. What Brazil did was to jump onto the passing tram, adding plenty of *momentum* to claims that would have otherwise remained weak and unorganized, without support of larger developing

74 During UNCLOS III negotiations, Brazil had the following Ministers for Foreign Affairs: Mário Gibson Barbosa (1969-1974), Azeredo da Silveira (1974-1979) and Ramiro Saraiva Guerreiro (1979-1985).

75 For a critical position against the Brazilian standing during UNCLOS III, for having favored excessively interests of developed nations, see IMBIRIBA, Maria de Nazaré Oliveira. **Do princípio do patrimônio comum da humanidade**. São Paulo. PhD Thesis. Law Faculty, University of São Paulo, 1980, p. 106.

76 For a list of Latin American national laws, together with sub-regional declarations advancing the 200-mile zone, see GARCÍA-AMADOR, The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea. **American Journal of International Law**, 68, n. 33, 1974, p. 33.

77 According to Pohl, the group of pioneers was composed by Central and South American states, which between 1947 and 1967, claimed more than a 3-mile jurisdictional zone offshore. Those pioneers “mounted a generally weak and largely uncoordinated effort at the 1958 Conference on the Law of the Sea. There were so few of them that they were on the defensive. Latin America’s voices were isolated, submerged, and drowned out in an atmosphere in which the overwhelming strength of the European masters of international law was seen in one of its last displays”. POHL, Reynaldo Galindo. The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). **The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective**. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984, p. 35.

countries and newly independent African states.⁷⁸

However, on the same EEZ, Brazil made clear a position against the legality of military maneuvers with the use of weapons and explosives without consent of the coastal state. In fact, the country strived for the Convention to be more unequivocal on the rights and duties of states within the EEZ, so that “military activities such as maneuvers with the use of weapons and explosives should not be carried out in the zone without the consent of the coastal State”.⁷⁹ The deployment of military installations and devices on the continental shelf would, thus, be subject to prior consent, a move that would represent a stark drawback against powerful navies worldwide. In this regard, Brazil assumed a leading role in seeking the expansion of coastal state powers over the maritime zones under national jurisdiction.

To that end, Brazil has made a reservation upon signature of the UNCLOS.⁸⁰ For the country, the EEZ must be governed by the principle of utilization for exclusively peaceful purposes, a view which conflicts with the interpretation given by military naval powers, to whom military drills may have a peaceful purpose. On this regard, a most sensible stance is espoused by Pohl, to whom there is immense difference between navigation of military vessels, which falls under the right of innocent passage, and naval maneuvers or ostensive naval presence offshore, contemplating the installation of sensing apparatus, arms testing, and other activities that may be perceived as threats to national security.⁸¹

Another bone of contention during negotiations,

and even after them, was the coastal state's power over artificial installations and structures in the EEZ and on the continental shelf. The Brazilian interpretation of such right was rather ampliative and saw exclusivity of the Brazilian state to “construct and to authorize and regulate the construction, operation and use of *all* types of installations and structures, *without exception*, whatever their nature or purpose”.⁸² In other words, the coastal state has full discretion as to any islands, installation and structures present in its EEZ, and not just in physical contact with the continental shelf. This comprehensive position may be viewed by some as being in violation of UNCLOS Article 56 (1) (b) (i), which does not mention “all” islands, installations and structures. This matter is highly polemic and subject to differing interpretations until the present day.

A bold stance embraced by the Brazilian delegation related, also, to the enforcement jurisdiction of the coastal state over the EEZ. For Brazil, the Convention should concede enforcement powers to the coastal State with regard to *all* rights referred to in article 56, not merely to rights over living resources.⁸³ According to the Brazilian delegation, a coastal State should be entitled to exercise its sovereign rights over the non-living resources of its economic zone as well. The aim was to include energy resources under the exclusive economic jurisdiction of coastal states, such as wind, wave and solar energy.⁸⁴

Apart from that, a spotlight struggle concerned the freedom of scientific research on the continental shelf beyond 200nm. Although the continental shelf regime was negotiated to be unitary (with rules and duties that apply equally to the continental shelf with and beyond 200nm), some countries backed up a proposal to loosen coastal states' rights in favor of researching states. According to the architects of such proposal, the move would “liberalize” the regime of the continental shelf beyond 200nm, so as to allow for a balance between rights of researched and researching states.⁸⁵

78 Concerning the EEZ, political positions embraced by Latin American states were backed nationally by academics. Renowned scholars boosted the EEZ as feasible solution for a reinvigorated ocean order, amongst them Orrego Vicuña, Marotta Rangel, Teresa Infante, García-Amador, Reynaldo Galindo Pohl, Hugo Caminos, and others.

79 A/CONF.62/C.2/SR.53 53rd meeting of the Second Committee Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IX, para. 3.

80 Paragraph V of the Brazilian Reservation to the UNCLOS: “The Brazilian Government understands that the provisions of the Convention do not authorize other States to carry out in the exclusive economic zone military exercises or manoeuvres, in particular those that imply the use of weapons or explosives, without the consent of the coastal State”. **Brazilian Declaration Upon Signature of the UNCLOS**, Montego Bay, 10 December 1982.

81 POHL, Reynaldo Galindo. The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). **The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective**. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984, p. 55.

82 Paragraph V, **Brazilian Declaration Upon Signature of the UNCLOS**, Montego Bay, 10 December 1982.

83 A/CONF.62/C.2/SR.53, para 9.

84 A/CONF.62/SR.104 104th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IX, para 21.

85 USA, Sweden, Federal Republic of Germany, Italy, Hungary etc. See records of the 126th plenary meeting of the 2nd Committee. For the Hungarian delegation, the freedom of scientific research would only be effected if a *specific* research regime be established for

The Federal Republic of Germany, for instance, held that a restrictive provision on scientific research within and beyond 200nm would hamper the development of every marine scientific research (MSR) – a negative outcome for the international community. According to declarations by the Federal German delegation, it was in the “general interest” to promote marine scientific research, which depended heavily on cooperation and efforts by all states.⁸⁶ With that, the country stood out as one of the staunchest opponents to the Brazilian position on marine scientific research. A similar stance was embraced by the Swedish delegation, to whom marine scientific research in the economic zone and on the continental shelf beyond 200nm should be subject to only a few restrictions.⁸⁷

Brazil considered proposals for a different regime for marine scientific research on the continental shelf beyond 200nm as an attempt to undermine coastal states’ rights.⁸⁸ For that reason, it continuously opposed any such attempts⁸⁹ and defended a *uniform regime of consent* both for the EEZ and the continental shelf. In that, the country was supported by other broad-margin states, namely Argentina,⁹⁰ Ecuador,⁹¹ Guyana,⁹² New

the continental shelf beyond 200nm. See para. 8, Report of the 128th Meeting of the 2nd Committee.

86 A/CONF.62/SR.135 135th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para 61.

87 136th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para 63.

88 In such an opinion, Brazil was sided by New Zealand, whose delegation considered that the dual regime of article 246 represented a “further derogation from the rights of broad margin states”. See A/CONF.62/SR.126 126th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para 80.

89 A/CONF.62/SR.126 126th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para 129.

90 The Argentinian delegation envisaged the dual regime for MSR on the continental shelf as a “further sacrifice of the legitimate interests of coastal States and a further restriction on their sovereign rights over the continental shelf”. See A/CONF.62/SR.126 126th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para 89.

91 For Ecuador, “Coastal States alone had the right to carry out, control, authorize, suspend or refuse permission for scientific research”. See *Idem*, para. 117.

92 To the Guyanian delegation, coastal state’s sovereign rights over the continental shelf would “suffer from ambiguity”, should a specific and parallel regime for scientific research on the continental shelf be established. See A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meet-

Zealand, Uruguay,⁹³ the Philippines,⁹⁴ Mozambique,⁹⁵ and others. Of those, Uruguay considered the “liberalization” to amount in practical terms to the “derogation” of the *rule of consent* for research in the EEZ and on the continental shelf.⁹⁶ Those states claimed right or discretion over scientific research on the continental shelf, both within and beyond 200nm.⁹⁷

Opposing the Brazilian view were countries as the US⁹⁸ and Norway,⁹⁹ which defended the application of freedom of scientific research on the continental shelf to applied researches, or “resource-oriented research”. To that argument, the Brazilian delegation replied that a virtual monopoly of marine scientific research within a few states could not be perpetuated. A most suited way to interrupt such monopoly would, thus, be to develop a *full consent regime*. For Brazilian negotiators, it was clear that article 246, paragraph 6, would not create a dual system for scientific research on the continental shelf, to the contrary, article 246 “confirmed the coastal State’s sovereignty over the shelf, in the exercise of which the coastal State might waive some of its rights”.¹⁰⁰

ing, para. 181.

93 For Uruguay, “research activities carried out on the continental shelf beyond 200 miles, the formula ultimately agreed upon must not limit the sovereign rights of the coastal State as recognized in customary and treaty law”. See A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para. 55.

94 A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meeting, para. 73.

95 The Mozambican delegation “could not accept the idea of freedom of research on the continental shelf”. A/CONF.62/SR.139 139th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para 31.

96 A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, Ninth Session, para 55.

97 The Pakistani delegation was even of the view that “the exercise by the coastal State of a right or discretion regarding withholding consent or ordering suspension or cessation of a project in its exclusive economic zone or on its continental shelf could not be made subject to any dispute settlement procedure or conciliation proceedings without its consent”. A/CONF.62/SR.127 127th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para. 145

98 The American delegation favored the “liberalization of the regime of marine scientific research applied only to the continental shelf beyond the exclusive economic zone and not within the zone. See A/CONF.62/SR.113 113th Plenary meeting, para. 63.

99 A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para. 214.

100 136th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para 32.

Ultimately, a more liberal regime for scientific research activities over the outer continental shelf was adopted in UNCLOS Article 246 (6). Therefore, the wording chosen by the Brazilian delegation was not fully consistent with the Convention's, as sovereignty is too a strong expression to describe the rights possessed by the coastal state over the continental shelf. However, the main message of that declaration was to question and oppose attempts to bend coastal states' powers over continental shelf riches and resources.

Finally, a discussion in which Brazil intervened several times during the III UNCLOS dealt with the tension between the continental shelf beyond 200nm and the internationalization of the deep seabed (the Area), as formulated in Resolution 2749.¹⁰¹ In this regard, Brazil defended its interests as a broad-margin country.¹⁰² On the one hand, consideration for the New International Economic Order (NIEO) premises were expressed in the Brazilian support for the internationalization of the deep seafloor, which would be placed under a regime of *res communis* and benefit and technology sharing between developed and developing states. On the other hand, the country advanced the possibility of an outer continental shelf, i.e. extending beyond 200nm.

The particularity of this issue is that other developing states starkly objected any continental shelf extension beyond 200nm, fearing the private appropriation of the deep seabed by technologically advanced states. Hence, a group of African, Arab and Land-locked states opposed the very existence of domestic jurisdiction over those areas (or resources). Any extension beyond 200nm would imply a derogation of the common heritage principle and a practical reduction of the extent of the Area.¹⁰³

The list of countries opposing the extended continental shelf includes: Zaire,¹⁰⁴ Swaziland, to whom

101 United Nations General Assembly. **Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction.** Resolution 2749, A/RES/25/2749, 12 December 1970.

102 In that, Brazil was joined by Canada (who considered the revenue-sharing mechanism contained in article 82 to be a substantial concession made in good faith by broad-margin states). See A/CONF.62/SR.102 102nd Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IX, para. 9.

103 It was the case of Yugoslavia, para 80 and Romania, para. 88, during the 134th plenary meeting.

104 A/CONF.62/SR.138 138th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on

UNCLOS article 76 “severely truncated the concept of the common heritage of mankind, which was already limited in scope by the 200-mile exclusive economic zone”,¹⁰⁵ Syria,¹⁰⁶ Bulgaria (to whom the outer continental shelf implied an “appropriation of the ocean space”),¹⁰⁷ Libya,¹⁰⁸ Algeria,¹⁰⁹ Ghana,¹¹⁰ Malta (who claimed for more safeguards against the “shrinkage of the common heritage of mankind”),¹¹¹ Tunisia,¹¹² Kuwait,¹¹³ Yugoslavia,¹¹⁴ among others.

To some countries, the formulae contained in UNCLOS article 76 tended to “accentuate inequalities” and to affirm a doctrine of appropriation based on geopolitical advantages”.¹¹⁵ Severe concern was displayed by Tonga, to whom article 82, providing for payments and contributions with respect to the exploitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles, seemed

the Law of the Sea, Volume XIV, para 92.

105 A/CONF.62/SR.138 138th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para 131.

106 A/CONF.62/SR.139 139th Plenary meeting, para 172.

107 A/CONF.62/SR.103 103rd Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume IX, para 56.

108 According to the Libyan position, If the proposed international sea-bed authority was to have due competence and to be able to explore and exploit efficiently the resources of such areas, the continental shelf must not extend beyond the 200-mile limit. See A/CONF.62/SR.104 104th Plenary meeting, para 66.

109 The Algerian delegation fully supported the position of the Arab group, which would place a limit on the prolongation of the continental shelf. Otherwise, the concept of the common heritage of mankind would be infringed. Any formula which would have the effect of reducing the common heritage of mankind could not be supported. Idem, para. 74.

110 To Ghana, it was essential that the outer limit of the continental shelf should *not* exceed 200 nautical miles if activities on the sea-bed beyond the limits of national jurisdiction were to be regulated for the benefit of mankind as a whole, in accordance with the concept of the common heritage of mankind. See A/CONF.62/SR.105 105th Plenary meeting, para 26.

111 See A/CONF.62/SR.105 105th Plenary meeting, para 36.

112 A/CONF.62/SR.127 127th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para 60.

113 To Kuwait, any extension of the continental shelf beyond 200 miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea was measured would constitute an encroachment on the common heritage of mankind. See A/CONF.62/SR.128 128th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIII, para 94.

114 A/CONF.62/SR.134 134th Plenary meeting Extract from the Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Volume XIV, para. 80.

115 Stance held by the Bulgarian delegation. A/CONF.62/SR.103 103rd Plenary meeting, para 56.

to indicate a certain “guilty conscience”. If the parties would endorse the outer continental shelf, not even the revenue-sharing arrangements would compensate for the large losses of the international community.¹¹⁶

It does not mean that Brazil and other developing states with similar position objected the birth of the innovative concept of a “common heritage of mankind”. To the contrary, the Brazilian stance combined support for larger outer limits of the continental shelf with the internationalization of the deep seabed. Back at the day, commentators opposing the restrictive approach to the exploitation of the international seabed criticized developing states’ and Brazilian position of being a treason to fellow (underdeveloped) countries, given that most rentable resources would fall under national jurisdiction and not be accountable for the revenue-sharing mechanism enshrined at UNCLOS Article 82.¹¹⁷ Other scholars accentuated the so-called NIEO “paradox”, which was to lay emphasis on common responsibilities for overcoming poverty, while advancing particular interests and unilateral sovereign claims.¹¹⁸

The paradox argument was a simplistic way of analyzing a most complex context, claiming that the “fillet mignon” of marine resources should remain beyond national jurisdictions and be subject to freedom of access and exploitation. In brief, a regime in which technologically advanced states could feast, so that developing states could earn crumbs originating from financial contributions of 7% over the commercial value of extracted resources. If such would be the legal regime of the Area nowadays, the international society would potentially be witnessing once again the ludicrous trade relations between the powerful and the subdued, in which developing countries would be trading gold for trinkets. In this sense, the combination between “sovereignty” (in conceiving the EEZ and outer continental shelf) and “humanity” (in applying the common heritage principle to the Area) represented a most compelling weapon in the struggle for a renewed international law

of the sea.¹¹⁹

Privileges to developed nations would have been exacerbated even further in the deep seabed regime, were it not for Arvid Pardo’s proposal of a common heritage principle.¹²⁰ In fact, had the freedoms of the high seas ruled over the deep seabed, “the developed States of the West, which alone could muster the necessary investment and technology, would be the main beneficiaries of sea-bed mining”.¹²¹ To remove those resources from the individual reach of developed maritime states, while simultaneously asserting exclusive economic jurisdiction over marine resources in a larger adjacent sea-belt to shore, were alternatives found by developing countries to tackle the inherent unfairness in previous rules of international law.

5. CONCLUSION: HAS BRAZIL BEEN A BOGEYMAN OR A CATALYST FOR CHANGE IN THE LAW OF THE SEA?

Criticisms against territorialism and creeping jurisdiction of coastal states in the law of the sea allow a few conclusions on the dominant theses in specialized literature. Firstly, most analyses give priority to the principle of freedom of navigation, the unofficial overriding principle, to the detriment of territorial sovereignty and socioeconomic development. Secondly, the practice of putting forward jurisdictional assertions is depicted as excessive and undesirable in every scenario and, therefore, damaging to the maintenance of peace and order in the world oceans.¹²² Early unilateral claims prior to 1982 had violated customary law and newer claims have infringed UNCLOS provisions.

Those are views espoused by the law of the sea doctrine bred in policy and research centers of the de-

116 Position defended by the Romanian delegation, A/CONF.62/SR.125 125th Plenary meeting, para. 26.

117 DANZIG, Aaron L. A funny thing happened to the common heritage on the way to the sea. *San Diego Law Review*, 12, n. 3, 1975, pp. 655-664, p. 656. See also CAUBET, Christian. *Fundamentos político-económicos da apropriação dos fundos marinhos*. Florianópolis: UFSC, 1977, p. 95.

118 VITZTHUM, Wolfgang Graf. A new international economic order and a new global maritime regime. *Law and State*. Tübingen, v. 19, 1979, pp. 7-24, p. 10.

119 PUREZA, José Manuel. *O patrimônio comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?* Porto: Afrontamento, 1998, p. 175.

120 United Nations General Assembly. *Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, beyond the Limits of National Jurisdiction*. Resolution 2749, A/RES/25/2749, 12 December 1970.

121 CHURCHILL, Robin and LOWE, Vaughan. *The Law of the Sea*. Manchester: Manchester University Press, 1983, p. 157.

122 See, for instance, BURKE, William. *Law, Science, and the Ocean*. *Natural Resources Law*, vol. 3, 1970; and GOLDIE, L. *International Principles of Responsibility for Pollution*, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 9, 1970.

veloped North, opinions grounded on a good deal of legalism and dogmatism. In this context, a Southern narrative could make itself be heard in a most crystalline way; a narrative objecting traditional privileges and centuries of hegemony featured by maritime powers; a narrative that perceives the field as a compound of *juridico-political* constructs stemming from political struggles. It was so with the disputes for a territorial sea of twelve nautical miles, since the 1930s, for a 200-mile exclusive economic zone, for an outer continental shelf, for an internationalized deep seabed subject to the common heritage principle, and, nowadays, for enhanced marine environmental protection.

Territorialist positions in the pre-UNCLOS ocean order were crucial, as they defied the model of colonial spoliation which inspired the law of the sea until that time.¹²³ The opposite of the so-called “jurisdictional creep” would, thus, be a *spoliative jurisdiction*, one that connotes the colonialist origins of international law as legal system that favored technologically advanced coastal states through overwhelming prestige to the freedom of seas in detriment to the economic needs of developing coastal states. Such prestige was none other than the direct result of the primary role played by maritime states in shaping the public order of the oceans over the course of history.¹²⁴

In this context, Brazil played an important part in catalyzing changes, partially due to the country's size, economic status, and political clout. By affirming sovereignty over the 200-mile zone, Brazil and other developing countries obtained decisive bargaining power for international negotiations during the III Conference. Ultimately, Brazilian practice prior to the adoption of the UNCLOS were instrumental to the emergence of a

123 As claimed by George Galindo in a previous publication in this Journal, the history of international law is inescapably linked to the *practice* of international law. In the case of the law of the sea, generalized practice held that an ancient dual-division of the oceans was unfair in the light of technological developments, thereby justifying the (usually seen as) heinous jurisdictional expansion of coastal states seawards. For more on the relevance of a critical history of international law, one in which lawyers understand past practices to assess the current challenges of international law, see GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Para que serve a História do Direito Internacional?* **Brazilian Journal of International Law** (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015, p. 339.

124 “Over the course of history, powerful maritime states have played the primary role in shaping the public order of the oceans”, in BECKER, Michael A. The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea. **Yale Law Review**, 2005, p. 131.

“new law of the sea”, one sensitive to social, economic and human needs, which sees in maritime spaces not just the ideal landscape for navigation, but also the treasures capable of satisfying various needs of peoples. As knowledgeably alluded by Vicente Marotta Rangel,¹²⁵ a law of the sea focused on enhancing life conditions of each people and of humanity as a whole.

REFERENCES

- ANDERSON, David. Freedom of the High Seas in the Modern Law of the Sea. In: **The Law of the Sea: progress and prospects**. Oxford: OUP, 2006.
- BECKER, Michael A. The Shifting Public Order of the Oceans: Freedom of Navigation and the Interdiction of Ships at Sea. **Yale Law Review**, 2005.
- BOOTH, Ken. Naval Strategy and the Spread of Psycho-legal Boundaries at Sea. **International Journal**, vol. 38, n. 3, Ocean Politics, 1983.
- BROWN, Edith. Maritime Zones: A Survey of Claims. In: CHURCHILL, Robin, Simmonds K. R. and WELCH Jack (Eds.). **New Directions in the Law of the Sea**. London: The Eastern Press, Ltd., 1973.
- BURKE, William. Law, Science, and the Ocean. **Natural Resources Law**, vol. 3, 1970.
- CARVALHO, Gustavo de Lemos Campos. O mar territorial brasileiro de 200 milhas: estratégia e soberania, 1970-1982. **Revista Brasileira de Política Internacional**, n. 42, pp. 110-126, 1999.
- CASTRO, Luiz Augusto de Araújo. **O Brasil e o Novo Direito do Mar: Mar Territorial e Zona Econômica Exclusiva**. Brasília: FUNAG, 1989.
- CAUBET, Christian. **Fundamentos político-econômicos da apropriação dos fundos marinhos**. Florianópolis: UFSC, 1977.
- CHURCHILL, Robin and LOWE, Vaughan. **The Law of the Sea**. Manchester: Manchester University Press, 1983.
- DANZIG, Aaron L. A funny thing happened to the common heritage on the way to the sea. **San Diego Law Review**, 12, n. 3, pp. 655-664, 1975.

125 RANGEL, Vicente Marotta. **Natureza jurídica e delimitação do mar territorial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

- FRANCKX, Erik. The 200-Mile Limit: between creeping jurisdiction and creeping common heritage. **German Yearbook of International Law**, 48, 2005.
- FRASER, Henry S. Extent and Delimitation of Territorial Waters. **Cornell Law Quarterly**, 11, 1925.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a História do Direito Internacional? **Brazilian Journal of International Law** (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015.
- GARCÍA-AMADOR. The Latin American Contribution to the Development of the Law of the Sea. **American Journal of International Law**, 68, n. 33, 1974.
- GAVOUNELI, Maria. **Functional Jurisdiction in the Law of the Sea**. Nijhoff, 2007.
- GOLDSMITH, Jack L. and POSNER, Eric A. **The Limits of International Law**. Oxford: OUP, 2005.
- HENKIN, Louis. International law and “the interests”: the law of the seabed. **American Journal of International Law**, 63, n. 3, 1969.
- IMBIRIBA, Maria de Nazaré Oliveira. **Do princípio do patrimônio comum da humanidade**. São Paulo. PhD Thesis. Law Faculty, University of São Paulo, 1980.
- KAYE, Stuart. Freedom of navigation in a Post 9/11 World: security and creeping jurisdiction. In: **Law of the Sea: progress and prospects**. Oxford: OUP, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic Regimes. In: YOUNG, Margaret (Ed.). **Regime Interaction in International Law: facing fragmentation**. CUP, 2012.
- KOSKENNIEMI, Martti. International Law in Europe: between tradition and renewal. **European Journal of International Law**, 16, pp. 113-124, 2005.
- KNIGHT, Gary. **Legal Aspects of Current United States Law of the Sea Policy**. Paper presented to AEI conference, October 19, 1981.
- KRASKA, James. **Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics**. Oxford: OUP, 2011.
- KUNZ, Joseph L. Continental shelf and international law: confusion and abuse. **American Journal of International Law**, 50, 1956.
- KWIATKOWSKA, Barbara. Creeping Jurisdiction beyond 200 Miles in the Light of the 1982 Law of the Sea Convention and State Practice. **Ocean Development & International Law** 22, n. 2, 153–87, 1991.
- LAGONI, Rainer. Marine Protected Areas in the Exclusive Economic Zone. In: KIRCHNER, Andre (Ed.), **International Marine Environmental Law: institutions, implementation and innovations**. Kluwer Law International, 2003.
- MCDORMAN, Ted L. **The marine environment and the Caracas Convention on the Law of the Sea: a study of the third United Nations Conference on the Law of the Sea and other related marine environmental activities**. Halifax: Dalhousie University Press, 1981.
- OXMAN, Bernard H. Territorial Temptation: a siren song at sea. **The American Journal of International Law**, vol. 100, n. 4, 2006.
- PETERS, Anne. Refinement of International Law: from fragmentation to regime interaction and politicization. **MPIL Research Paper Series**, n. 2016-19, 2016.
- POCOCK, John Greville Agard. Languages and their implications: the transformation of the study of political thought. In: POCOCK, John Greville Agard. **Politics, language and time: essays on political thought and history**. Chicago: University of Chicago Press, 3-41, 1989.
- POHL, Reynaldo Galindo. The Exclusive Economic Zone in the Light of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea. In: VICUÑA, Francisco Orrego (Ed.). **The Exclusive Economic Zone: A Latin American Perspective**. Foreign Relations of the Third World, n. 1, Boulder: Westview Press, 1984.
- PUREZA, José Manuel. **O patrimônio comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?** Porto: Afrontamento, 1998.
- RANGEL, Vicente Marotta. O novo Direito do Mar e a América Latina. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1981.
- RANGEL, Vicente Marotta. Brazilian Law of the Sea. **Revista de Direito da Universidade de São Paulo**, pp. 71-89, 1973.
- RANGEL, Vicente Marotta. **Natureza jurídica e delimitação do mar territorial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- RODRIGUEZ, Carlos Calero. O Problema do Mar Territorial. In: **Mar Territorial**, vol II, Ministry of Navy, Brasilia, 1972.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle. **What is a Fair International Society?** International Law Between Development and Recognition. Oxford: Hart Publishing, 2013.

TREVES, Tullio. Coastal States' rights in the maritime areas under UNCLOS. **Brazilian Journal of International Law** (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015.

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

VENTURA, Victor Alencar Mazer Feitosa. Tackling Illegal, Unregulated and Unreported Fishing: the ITLOS Advisory Opinion on Flag-state Responsibility for IUU Fishing and the Principle of Due Diligence. **Brazilian Journal of International Law** (Revista de Direito Internacional), v. 12, issue 1, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 2007.

VITZTHUM, Wolfgang Graf. A new international economic order and a new global maritime regime. **Law and State**. Tübingen, v. 19, pp. 7-24, 1979.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



**Educação superior
intercultural, reconhecimento e
redistribuição: o duro caminho
dos povos indígenas no Equador**

**Intercultural higher education,
recognition and redistribution:
the hard path of indigenous
peoples in Ecuador**

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

Patrícia Perrone Campos Mello

Raony Soares

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador*

Intercultural higher education, recognition and redistribution: the hard path of indigenous peoples in Ecuador

Vanessa Wendhausen Cavallazzi**

Patrícia Perrone Campos Mello***

Raony Soares****

RESUMO

O objetivo deste artigo é investigar, a partir da experiência da Universidade Intercultural AMAWTAY WASI, do Equador, se o ensino superior intercultural se justifica com base no princípio da igualdade, como instrumento voltado a garantir aos povos indígenas uma educação fundada em premissas ligadas aos seus valores culturais, étnicos e morais, ou se, ao contrário, sublinha a desigualdade, favorecendo a segregação dessas populações e dificultando a sua inserção e ascensão sociais. Para tanto, incursionou-se pelo princípio da igualdade e pelo direito à diferença, com o propósito de contrastá-los com os conceitos de multiculturalismo e, assim, compreender em que medida a educação tradicional pode ou não produzir a assimilação social. Na sequência, buscou-se explorar a ideia de educação superior intercultural com o objetivo de identificar a existência de um suposto direito à diferença, seus limites e as possibilidades de que disporia de garantir princípios vetores da Constituição do Equador, como o da multiculturalidade. Por fim, avaliou-se a capacidade da educação intercultural de favorecer a inserção social das populações indígenas, investigando que espécie de inclusão no tecido social pode ser facilitada: uma inserção totalizante ou uma outra capaz de produzir reconhecimento e redistribuição.

Palavras-chave: Educação intercultural, multiculturalismo, reconhecimento, redistribuição.

ABSTRACT

The aim of this article is to investigate, from the experience of the AMAWTAY WASI Intercultural University of Ecuador, if intercultural higher education can be justified with basis on the principle of equality, as an instrument aimed at promoting indigenous peoples an education linked to their cultural, ethnic and moral values or, on the contrary, if it underlines inequality, favoring the segregation of these populations in schools and hindering their social insertion and ascension. With this purpose, it examines

* Recebido em: 16/03/2018
Aprovado em: 01/04/2018

Esse trabalho é produto da pesquisa desenvolvida no âmbito do grupo Cortes Constitucionais e Democracia (linha: constitucionalismo latino-americano), coordenado pelas professoras Patrícia Perrone Campos Melo e Alessia Barroso L. Campos Chevitarese.

** Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado da UniCEUB. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Email: vcavallazzi@mpsc.mp.br

*** Mestre e Doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professora da graduação e da pós-graduação stricto sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Email: pcampomelo@uol.com.br

**** Graduando da UniCEUB. Email: raony.soares21@gmail.com

the principle of equality, the right to difference and the concepts of multiculturalism, in order to understand to what extent traditional education may or may not produce social assimilation. The aim was to explore the idea of intercultural education in order to identify the existence of a right to difference, its limits and possibilities of guaranteeing principles of the Constitution of Ecuador such as multiculturalism. Finally, the capacity of intercultural education to favor the social insertion of indigenous populations was evaluated to find what kind of inclusion is facilitated: a totalizing insertion or another one capable of establishing recognition and redistribution.

Keywords: Intercultural education, multiculturalism, recognition, redistribution.

1. INTRODUÇÃO

Em 09 de dezembro de 2009, a Corte Constitucional do Equador proferiu uma decisão reconhecendo o direito da Universidade Intercultural das Nacionalidades e Povos Indígenas AMAWTAY WASI de promover a abertura de programas acadêmicos mais próximos às longínquas comunidades tradicionais e indígenas, com o fito de facilitar o seu acesso à educação superior¹. A decisão da mais alta instância judiciária daquele país abraçou a ideia de que os programas acadêmicos ou os centros de saber interculturais devem chegar até as comunidades onde se encontram assentadas originária, histórica e ancestralmente as nacionalidades e povos indígenas, superando a visão então vigente segundo a qual o acesso à educação pressupõe o deslocamento do estudante até um centro de estudos, mesmo que ele se situe longe do seu local de origem e mesmo que essa distância inclua a sua desconexão com os valores de sua comuna e com sua identidade cultural.

De acordo com a decisão em questão, na realidade dos povos indígenas, o conhecimento está na natureza, no seu entorno e nos seus costumes, de tal forma que são os centros de estudo que devem se deslocar para

que possam nutrir-se dos saberes e conhecimentos desses povos. Conforme a Corte Constitucional, exigir que as universidades interculturais tenham uma única sede distante das populações que pretendem atender significa não somente desconhecer a cultura indígena como violar os princípios da igualdade e da interculturalidade, negando-lhes acesso à educação superior. Mais do que isso, segundo a decisão, conferir a uma universidade intercultural o mesmo tratamento conferido às instituições de educação superior convencionais descortina a desnaturação do objetivo inicial de sua própria criação, qual seja: o direito de acesso a uma educação intercultural, que partisse dos conhecimentos e saberes dos povos ancestrais, valorizando a cultura e a cosmovisão dessas sociedades, sem nenhuma relação de subalternidade com o saber científico ocidental.

A decisão representou, certamente, uma fratura na longa tradição de assimilação social promovida pela cultura eurocentrada dos colonizadores do continente em relação aos povos e nacionalidades indígenas, em que a educação ocupou posição estratégica de poder². De acordo com Vera Maria Ferrão Candau, o mecanismo de eliminação do outro, adotado até o final do século XIX, foi substituído pelo da assimilação, base para a construção da homogeneidade requerida pelos Estados nacionais modernos³.

A partir daí, a estratégia de assimilação pela educação passou por muitos processos de sofisticação, como a implementação de escolas bilíngues orientadas para facilitar a alfabetização dos índios e sua incorporação à cultura dominante⁴; a utilização de materiais didáti-

2 DÁVALOS, Pablo. Apuntes sobre la colonialidad y decolonialidad del saber: a propósito de las reformas universitarias en el Ecuador. *Revista Rebeldía*. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167244&titular=apuntes-sobre-la-colonialidady-decolonialidaddel-saber:-a-prop%F3sito-de-las-reformas-universitarias>>. Acesso em 15. dez. 2017.

ORTIZ, Genner de Jesús Llanes. Mirada crítica sobre participación, conocimiento y diálogo en las universidades indígenas e interculturales, *Revista Aquí Estamos: Los Programas de Educación Superior Indígena en Ecuador y México*, ano 6, n. 10, jan./jul. 2009.

3 CANDAU, Vera Maria Ferrão. Educación intercultural en América Latina: distintas concepciones y tensiones actuales. *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, v. 36, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052010000200019&script=sci_arttext>, p. 335. Acesso em: 12. dez. 2017.

4 Importante gizar que o processo de alfabetização das populações indígenas guarda muitas sensibilidades, que envolvem o risco de desintegração de sua identidade comunitária original. Essas sensibilidades são agudizadas quando a iniciação nas letras obedece a uma lógica distinta da lógica existencial indígena, em que os elementos centrais de sua cultura são abandonados ou convertidos em meras

1 Corte Constitucional do Equador, Pleno, Suplemento de Registro Oficial n. 97, 29.12.2009, Caso n. 0027-09-AN, Sentença n. 0008-09-SAN-CC, Rel. Juíza Constitucional Nina Pacari Veja. V. MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello; CHEVITARESE, Alessia L. Barroso Campos; CAVALAZZI, Vanessa Wendhausen et al. Caioteca da América Latina. *Revista Publicum*. Observatório de Direito Público, v. 2, n. 5, 2017, p. 286-338.

cos que contemplassem, cosmeticamente, a cultura indígena, como forma de favorecer uma maior absorção desses indivíduos à sociedade; a folclorização dos seus costumes apontada para escamotear a subalternização de seus saberes tradicionais frente ao saber científico europeu; a estruturação de uma educação superior monolítica, baseada em um conhecimento pretensamente universal, epistemologicamente inacessível e sem sentido existencial para os povos indígenas.

É justamente imersa nesse caldo de realidade que a decisão da Corte Constitucional do Equador floresce e se esvai. Apesar de haver sido proferida em 2009, sob os signos da necessidade de observância dos princípios da igualdade, da continuidade histórica, da interculturalidade na administração da educação superior e na perspectiva da concretização da promessa constitucional de um Estado plurinacional, a decisão não se sustentou por muito tempo. Em 31 de outubro de 2013, por meio da Resolução nº 001-068-CEAACES-2013, o Conselho de Avaliação, Credenciamento e Garantia da Qualidade da Educação Superior do Equador – CEAACES suspendeu, definitivamente, o registro da Universidade AMAWTAY WASI, impedindo que a instituição funcionasse como entidade regular de ensino superior. A partir da aplicação de um instrumento de avaliação institucional, fundado em uma visão de qualidade da educação de viés mercadológico, seriado, científico, desconectado com o processo educacional desenvolvido por unidades interculturais, o CEAACES descredenciou a AMAWTAY WASI por não haver atendido aos padrões mínimos estabelecidos para o funcionamento de uma universidade.

O histórico do caso gerou, contudo, certa estranheza. Em primeiro lugar, os critérios para a avaliação de que se cuida foram definidos por meio da Resolução nº 001-059-CEAACES-2013, aprovada em 09.09.2013; as visitas dos avaliadores à instituição ocorreram entre os dias 02 e 06.10.2013, e a suspensão do registro da Universidade ter ocorrido em 31.10.2013. Não bastasse isso, de acordo com o que o Conselho especificou na publicação *Camino a la excelencia*, em relação aos 50 indicadores selecionados como instrumentos de aferição da AMAWTAY WASI, apenas 11 deles eram inteiramente concebidos com o específico fim de avaliar uma universidade intercultural⁵. Os demais estavam vin-

ilustrações cosméticas, laterais e, algumas vezes, estereotipadas.

5 EQUADOR. CEAACES. *Rendición de Cuentas – año 2013:*

culados a um desenho de avaliação incompatível com a configuração, os objetivos e os processos pedagógicos desenvolvidos em uma universidade intercultural. Basta ver os eixos definidos pelo CEAACES para tanto.

O primeiro deles cuidava dos “resultados de aprendizagem”, os quais foram mensurados, dentre outros, por meio da análise da *comunicação escrita* e da *leitura crítica* dos estudantes⁶. Ocorre que boa parte da transmissão do conhecimento indígena respeita a critérios de oralidade, de repetição, de subordinação às máximas da natureza, premissas que não podem ser avaliadas pela aplicação de instrumentos que tomem em conta a comunicação escrita ou a criticidade em relação ao conhecimento obtido. Não bastasse isso, no segundo eixo da avaliação aplicada à AMAWTAY WASI, foi aferido o “entorno da aprendizagem”, o que incluiu pontos como *academia, institucional, suporte pedagógico e âmbito de aprendizagem*⁷. Partindo do pressuposto de que a universidade intercultural enfocada não trabalha sob a perspectiva acadêmica e científica ocidental, mas sim dos saberes tradicionais indígenas, custa crer que um dos critérios elencados tenha sido, justamente, o acadêmico. A situação assim desvelada põe em relevo a inadequação da avaliação a que foi submetida a Universidade Intercultural AMAWTAY WASI para o fim de mensurar a qualidade dos serviços educacionais que presta.

Os fatos assim postos, então, impõem a pergunta: mas, afinal, o que vem a ser educação superior intercultural e a quem ela se destina? E mais: a educação intercultural atende mesmo ao princípio da igualdade? Na medida em que contempla com educação superior os povos indígenas a partir de premissas ligadas aos seus valores culturais, étnicos e morais ou sublinha a desigualdade, ela favorece a segregação dessas populações em centros de educação de qualidade duvidosa e a consequente dificuldade de sua inserção e ascensão sociais? Essa parece ter sido a perspectiva que predominou no caso AMAWTAY WASI.

camino a la excelencia. 2014, p. 50. Disponível em: <https://issuu.com/farola-comunicaciones/docs/rendicion_de_cuentas_correcciones>. Acesso em: 12. mar. 2018.

6 EQUADOR. CEAACES. *Rendición de Cuentas – año 2013: camino a la excelencia*. 2014, p. 52. Disponível em: <https://issuu.com/farola-comunicaciones/docs/rendicion_de_cuentas_correcciones>. Acesso em: 12. mar. 2018.

7 EQUADOR. CEAACES. *Rendición de Cuentas – año 2013: camino a la excelencia*. 2014, p. 52. Disponível em: <https://issuu.com/farola-comunicaciones/docs/rendicion_de_cuentas_correcciones>. Acesso em: 12. mar. 2018.

As respostas a essas questões impelem a realização de incursões pelo princípio da igualdade e pelo direito à diferença com o propósito de contrastá-los com os conceitos de multiculturalismo e interculturalidade, e, assim, compreender em que medida a educação tradicional pode ou não produzir a assimilação social e a homogeneização das diversidades culturais e étnicas tão características das sociedades latino-americanas. A partir dessas articulações conceituais, procuraremos explorar o que vem a ser educação intercultural, objetivando identificar a existência de um suposto direito à diferença na educação superior. Procuraremos apontar, também, os limites inerentes a ele e, assim, as possibilidades de que disporia de garantir o princípio da multiculturalidade.

Por fim, avaliaremos a capacidade da educação intercultural de favorecer a inserção social das populações indígenas, investigando que espécie de inclusão no tecido social deve ser buscada: uma inserção totalizante, assimiladora, que descontextualize os povos indígenas, descolando-os de suas raízes culturais, ou uma outra capaz de gerar reconhecimento e redistribuição.

2. A EDUCAÇÃO COLONIZADORA DOS POVOS INDÍGENAS

Apesar das sutis diferenças observadas nas distintas realidades dos países latino-americanos, é possível afirmar que a compreensão sobre a educação escolar indígena no continente se desenvolveu em quatro etapas fundamentais⁸. A primeira delas, foi inaugurada no período colonial e se estendeu até as primeiras décadas do século XX. Fundou-se na ideia de eliminação do outro e buscou aniquilar as populações indígenas, por meio da violência explícita, com a imposição da cultura eurocêntrica. A segunda etapa baseou-se na lógica da assimilação das populações indígenas e traçou uma linha harmônica com a homogeneidade requerida pelos estados nacionais modernos, o que perdurou até a década de 70. A terceira, por sua vez, valeu-se do ideal de integração indígena, empregando elementos da cultura desses povos para alcançar a sua inserção na sociedade

⁸ CANDAU, Vera Maria Ferrão. Educación intercultural en América Latina: distintas concepciones y tensiones atuales. *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, vol 36, n. 2, 2010, p. 335. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052010000200019&script=sci_arttext>.

de mercado moderna. A última das etapas teve início na década de 80 e estaria baseada na interculturalidade e na convivência respeitosa e deferente entre os diversos saberes culturais.

Esse traço histórico permite divisar com clareza o papel de poder desempenhado pela educação na formação sociocultural da América Latina. Ao contrário da crença cogente de que a educação promove a libertação, no caso das populações e povos indígenas do continente latino-americano, essa crença não se traduziu em realidade. De fato, para que se possa compreender o papel e as possibilidades de sucesso de uma educação de base intercultural, é preciso entender sobre quais antecedentes ela se assenta.

2.1. A violência epistemológica e o caráter homogeneizador da educação colonizadora

O processo de colonização da América foi marcado por diversas espécies de violência contra os povos e populações indígenas. As estratégias de negação da existência indígena, que partiram da pura e simples eliminação do outro por meio da matança generalizada e da subjugação física, foram, ao longo dos anos, se sofisticando e ganhando contornos tão sutis quanto potentes⁹. Trata-se de processos específicos de organização e hierarquização das diferenças, que Aníbal Quijano denomina de “colonialidade do poder”¹⁰. A colonialidade se traduz na consolidação de uma imagem estereotipada do indígena como uma figura atrasada, ilógica, inocente, facilmente manipulável e corruptível, que insiste em viver em um mundo idealizado de harmonia com o seu entorno¹¹. Essas representações se destinam a, em última instância, negar a capacidade política e epistêmica dos indígenas para construírem seus próprios projetos de vida no mundo contemporâneo, subalternizando sua existência para mantê-los como vassalos da ordem colonial dominante.

⁹ WALSH, Catherine. Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 26, 2007, p. 105.

¹⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo. *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires: Ediciones FACES/UCV, 2000, p. 201-246.

¹¹ ORTIZ, Genner de Jesús Llanes. Mirada crítica sobre participación, conocimiento y diálogo en las universidades indígenas e interculturales, *Revista Aquí Estamos: Los Programas de Educación Superior Indígena en Ecuador y México*, ano 6, n. 10, jan./jul. 2009, p. 11.

Nessa perspectiva, a educação e as formas de reprodução do saber de maneira geral se constituíram em instrumentos-chave da colonialidade do poder. Estruturada de forma simbiótica com o poder, a educação na América Latina foi vitorizada para a reprodução deliberada e homogênea dos costumes, valores e saberes ocidentais, em detrimento dos costumes, valores e saberes dos povos tradicionais.

A partir das primeiras décadas do século XX, ultrapassada a fase de violência etnocêntrica havida durante o período de colonização, a estratégia de eliminação foi substituída pela da assimilação¹², em que a homogeneidade do conhecimento se alinhava com a consolidação dos Estados nacionais, fortemente marcados pelo traço da unidade territorial e de identidades¹³. Surgiram, então, as escolas bilíngues dirigidas aos povos indígenas, cujo escopo principal não era outro senão viabilizar a alfabetização e, a partir daí, a assimilação de populações inteiras. Nesse contexto, o bilinguismo não era nada mais do que um veículo para a aculturação indígena; para a transmissão pasteurizada de saberes modernos; para a cristalização dos valores coloniais, que perpetuavam o esquema de poder vigente¹⁴.

Durante a década de 70, o processo de hierarquização das diferenças passou a encontrar arrimo em outra

estratégia. Essa nova etapa da educação escolar indígena, nascida a partir de experiências protagonizadas por líderes comunitários com ajuda de universidades e de setores progressistas da igreja católica, incorporou a produção de materiais didáticos alternativos e programas de educação bilíngue, que não mais estavam restritos às escolas indígenas, mas compunham o programa da educação geral. A chave para a perpetuação do esquema social já não era mais a assimilação, mas sim a integração¹⁵. Dessa feita, embora a nova didática escolar permitisse a utilização de elementos da cultura indígena, o foco era a integração dessas populações ao tecido social, sem qualquer consideração ou respeito à sua *ratio* existencial ou à lógica funcional de suas sociedades¹⁶. A celebração folclorizante da diversidade ou a nacionalização de ritos, danças e costumes indígenas por meio da educação não funcionava como promotora de uma relação de equivalência deferente entre os saberes tradicionais e os saberes científicos¹⁷. Ao contrário, funcionava como o reconhecimento de um saber diferente, porém, menor, insusceptível de comprovação, cujos elementos culturais somente poderiam ser incorporados ao processo educativo de forma lateral.

Tem-se, assim, que a política de educação indígena, desde o período da colonização até os dias atuais, fez parte da estratégia de manutenção das relações de subordinação colonial, cujos traços essenciais são a desqualificação da episteme indígena e a homogeneização da transmissão do saber, de caráter marcadamente eurócentrífico. Essa ideia, proveniente do processo histórico que se iniciou com a expansão militar e comercial de alguns povos da Europa, redundou na expansão, também, de sua cultura e de suas visões de mundo. A expansão europeia deu lugar ao estabelecimento de relações hierárquicas entre civilizações diferentes, com re-

12 Toma-se como “assimilação” o processo pelo qual um grupo étnico é incorporado a outro, perdendo suas peculiaridades culturais e sua identificação étnica anterior.

13 APARÍCIO, Adriana Biller. Novos direitos indígenas e a desconstrução do conceito hegemônico de identidade nacional. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI – Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amazônia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 1. Nas palavras da autora: “A constituição do ideário de nação, enquanto um conjunto de sentimentos comungados por um determinado povo, ligado a um território, sob a soberania do Estado, é um conceito recente, de origem no final do século XIX, disseminando-se no século XX. Apesar disso, tornou-se um conceito naturalizado. Ao tratar das estratégias complexas de formação de identidade cultural e dos locais discursivos da nação, Homi Bhabha esclarece que a identificação se perfaz, ao mesmo tempo, em nome do povo e em nome da nação e faz daquele o sujeito e objeto de uma narrativa de cunho social e literário. Para esse autor, o conceito de nação é feito a partir de uma narrativa que forja o esquecimento de um passado, visando uma totalidade. A nação traz um ideal de identidade cultural, isto é, um conjunto de símbolos, condutas, expectativas, partilhados por aqueles que vivem em seu território, que não é algo natural, mas conflitivo, que envolve interesses contraditórios, disputas e dominações”.

14 CANDAU, Vera María Ferrão. Educación intercultural en América Latina: distintas concepciones y tensiones actuales. *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, vol 36, n. 2, 2010, p. 335. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052010000200019&script=sci_arttext>.

15 A expressão “integração” é empregada com o sentido de caracterizar o processo pelo qual um grupo étnico justapõe outro ao seu corpo social, preservando algumas peculiaridades da cultura original da etnia justaposta, mas mantendo-a em condição de subalternidade social, cultural, econômica e política.

16 CANDAU, Vera María Ferrão. Educación intercultural en América Latina: distintas concepciones y tensiones actuales. *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, vol 36, n. 2, 2010, p. 335. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052010000200019&script=sci_arttext>.

17 DÁVALOS, Pablo. Apuntes sobre la colonialidad y decolonialidad del saber: a propósito de las reformas universitarias en el Ecuador. *Revista Rebeldía*. Disponível em: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167244&titular=apuntes-sobre-la-colonialidad-decolonialidad-del-saber-a-prop%F3sito-de-las-reformas-universitarias>

flexos no esquema social, cuja reprodução contou com as políticas públicas de educação implementadas pelos vencedores. Essas políticas, fundadas na desqualificação dos modos de produção de conhecimento e de acumulação de resultados empregados pelos povos indígenas, apontam para a sedimentação de relações de subordinação não somente entre os dois tipos de saber envolvidos — um supostamente universal e outro definido como local — mas, sobretudo, entre os descendentes dos colonizadores e os remanescentes povos indígenas¹⁸.

Tais considerações remetem à obra de Michel Foucault, no que respeita à investigação das práticas cotidianas naturalizadas como uma das vias de análise de como o poder se expressa¹⁹. Essas práticas seriam o produto de relações de poder e, ao mesmo tempo, constituiriam os elementos que retroalimentam essas mesmas relações de poder. Nesse sentido, as práticas normalizadas pelo cotidiano sofreriam um processo de translação, passando de elementos meramente operacionais a instrumentos e expressão do poder²⁰. Como esclarece Foucault, a expressão do poder, em termos das práticas cotidianas e do funcionamento dos dispositivos organizadores das relações, seria produtora de sentidos de saber²¹.

Dessa forma, o poder se expressaria não somente nas práticas normalizadas, mas também na produção de verdades sobre a realidade, com a nota qualificativa de que essa verdade pertenceria a um esquema de relações de forças, que operam uma economia dos discursos de verdade²². Nesse sentido, a narrativa de um grupo social não representa somente o desenvolvimento e os fatos referentes a esse grupo, tampouco se refere a outros grupos presentes nas cenas históricas relatadas, sob o ponto de vista do narrador. Na visão de Foucault, a história “informa também as relações de força e poder que permitem a construção de determinada narrativa

18 MATO, Daniel. Interculturalidad, producción de conocimientos y prácticas socioeducativas. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 27, Universidad Central-IESCO, pp. 62- 73, out/2007, p. 122-123.

19 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2010, p. 13.

20 PORTO, José Renato Sant’Anna. Uma analítica do poder para as políticas públicas: Foucault e a contribuição da Antropology of Public Policy. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 363.

21 FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2010, p. 22.

22 PORTO, José Renato Sant’Anna. Uma analítica do poder para as políticas públicas: Foucault e a contribuição da Antropology of Public Policy. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 364-365.

sobre os fatos, retratada a partir de um ponto de vista específico”. A voz empoderada, capaz de sustentar essa narrativa e de construir o discurso de verdade histórica, é, na maioria das vezes, a “de quem subjuga e controla o governo das coisas e das pessoas”²³.

Nessa perspectiva, a construção do discurso vencedor ocidental foi orientada para a idealização do saber científico como o único válido, capaz de contemplar, de maneira horizontal, todos os nichos sociais, com o propósito de lhes atribuir uma identidade pretensamente universal. Ocorre que, na matriz do discurso da universalidade do saber científico, está a narrativa de um grupo social dominante ou de uma civilização dominante, em que se acopla a desqualificação de quaisquer outros saberes como estratégia de reprodução do esquema socioeconômico.

2.2. A sacralização do saber científico como violação ao princípio da igualdade

No caso do saber científico e sua relação com os demais saberes na América Latina, a cristalização do discurso de verdade dominante conduziu à sacralização da ciência como único repositório de conhecimento social e economicamente válido. Por meio da universidade, a institucionalidade da ciência funcionou como motor não somente da desvalorização de todas as espécies de conhecimento que não fossem produzidos a partir de sua própria definição de objetividade científica e neutralidade investigativa, mas também como elemento de desqualificação dos detentores dessas outras espécies de conhecimento.

Nesse sentido, cumpre lembrar o papel histórico da universidade. Nascida na Europa medieval, apontada como importante paradigma civilizatório ocidental, a universidade surgiu como uma espécie de guardiã e propagadora do conhecimento e das verdades científicas produzidas pela razão humana²⁴. De lá para cá, continuou a exercer papel destacado na propagação dos conhecimentos e valores ocidentais, fixando-se como formadora de profissionais eficientes, eficazes e qualificados para atuarem em uma sociedade de mer-

23 PORTO, José Renato Sant’Anna. Uma analítica do poder para as políticas públicas: Foucault e a contribuição da Antropology of Public Policy. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 367.

24 SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 187-190.

cado globalizada²⁵. Essa universidade, organizada pela fragmentação, dividida em faculdades, especializada em departamentos, fracionada em disciplinas, pretendeu, desde o primeiro momento, ser a depositária e a messageira do “todo”, do “inteiro”, do “universal”²⁶. Essa pretensão de completude excluente veio etiquetada com o selo de qualidade das graduações e títulos acadêmicos, qualidade esta medida por uma régua de padrões que se amoldam às exigências dessa mesma sociedade ocidental mercantilista, fragmentada, competitiva²⁷.

Ocorre que a espécie de conhecimento produzido nas universidades e sua forma de organização está longe de ser universal. Muito ao revés, ela não apenas não contempla todas as espécies de conhecimentos válidos, como também não é capaz de transmiti-los de forma universal a todos os nichos sociais. Dois núcleos de ideias são emblemáticos nesse sentido. O primeiro refere-se à pretensão de objetividade do conhecimento científico e à neutralidade dos pesquisadores, derivada da utilização do ideário das ciências naturais nas chamadas ciências sociais e humanas²⁸. Tais premissas da

pesquisa acadêmica, que constituiriam uma das garantias da científicidade do trabalho, na verdade, escondem a existência de subjetividades latentes que, não fossem elas, ficariam claras. Ocorre que a escolha de um tema de investigação, a formulação de hipóteses, o estabelecimento de uma perspectiva de análise, tudo isso não é, de modo algum, objetivo. As escolhas dependem do lugar de onde o pesquisador investiga, para que investiga, por que investiga e o que pensa em fazer do produto da investigação²⁹.

As respostas a essas perguntas já se encontram instaladas no pesquisador antes mesmo que ele tenha a chance de formulá-las, porque dependem do *background* de quem as pergunta³⁰. Para além disso, as perguntas de investigação e os modos de produção de conhecimento dependem, em última análise, de opções epistemológicas que, por sua vez, estão associadas às visões de mundo e às posições éticas e culturais do pesquisador. E são justamente essas posições éticas, culturais e políticas que fundamentam as perspectivas teóricas e práticas da investigação. Daí porque se afirma a inexistência de um conhecimento universal, marcado pelo traço distintivo da assepsia técnica e, portanto, da superioridade em relação aos demais, uma vez que todos guardam as singularidades subjetivas em meio às quais foram produzidos.

O segundo núcleo de ideias vitorizado para a desmistificação do caráter universal da universidade convencional e, bem assim, do conhecimento produzido no seu interior está justamente na forma como ela se organiza. Não há nada de universal na fragmentação dos saberes e na sua transmissão seriada. Essas características são muito mais um paradigma da civilização ocidental, norteado pelas formas de organização de uma sociedade hierarquizada, baseada em um modo de produção que não prescinde do fracionamento e da seriação, do que um padrão universal e obrigatório de constituição da educação superior³¹. Aliás, a fragmentação do conhe-

25 SARANGO, Luis Fernando. *Pluriversidad, interculturalidad y acceso a la universidad*. Disponível em: <http://media.espora.org/mgoblin_media/media_entries/1911/ec94dac4-05ff-43fe-a989-e450ac06ef35.pdf#page=104>. Acesso em 13. dez. 2017, p. 2.

26 SARANGO, Luis Fernando. *Pluriversidad, interculturalidad y acceso a la universidad*. Disponível em: <http://media.espora.org/mgoblin_media/media_entries/1911/ec94dac4-05ff-43fe-a989-e450ac06ef35.pdf#page=104>. Acesso em 13. dez. 2017, p. 3.

27 PORTO, José Renato Sant’Anna. Uma analítica do poder para as políticas públicas: Foucault e a contribuição da Anthropology of Public Policy. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 6. O autor observa: “a igualdade de tratamento e respeito exige o deslocamento não apenas do peso do sucesso, do êxito e dos diplomas nas trajetórias escolares, mas da posição relativa das hierarquias de valor que legitimam certos conhecimentos, disciplinas e formas de saber, secundarizando outras. O mercado e a divisão social do trabalho legitimam o mérito como medida de valor, mas pode-se dizer que também submetem a escola e os indivíduos à lógica dos dinamismos econômicos”.

28 MATO, Daniel. Interculturalidad y educación superior: diversidad de contextos, actores, visiones y propuestas. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 27, Universidad Central-IESCO, pp. 62- 73, out/2007, p. 67. DÁVALOS, Pablo. Apuntes sobre la colonialidad y decolonialidad del saber: a propósito de las reformas universitarias en el Ecuador. *Revista Rebelión*. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167244&titular=apuntes-sobre-la-colonialidad-decolonialidad-del-saber:-a-prop%F3sito-de-las-reformas-universitarias>>. Acesso em 15. dez. 2017, p. 2: “Com efeito, a neutralidade valorativa pretende sancionar como um fato fechado e sem discussão uma das aforias mais fortes do conhecimento científico moderno: a ruptura ontológica entre o sujeito que estuda e o objeto estudado. Quanto mais alienado está o sujeito que estuda em relação ao objeto de seu estudo, supostamente mais objetivo é esse conhecimento e, em consequência, maior validade científica ele terá.

Embora isso pareça plausível num laboratório que estude a natureza em suas diferentes formas, a separação radical entre sujeito e objeto é de inviável aplicação no estudo da realidade humana e social” (tradução livre).

29 MATO, Daniel. Interculturalidad y educación superior: diversidad de contextos, actores, visiones y propuestas. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 27, Universidad Central-IESCO, pp. 62- 73, out/2007, p. 68.

30 MATO, Daniel. Interculturalidad y educación superior: diversidad de contextos, actores, visiones y propuestas. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 27, Universidad Central-IESCO, pp. 62- 73, out/2007, p. 68.

31 DÁVALOS, Pablo. Apuntes sobre la colonialidad y decolonialidad

cimento não se coaduna com a cosmovisão dos povos indígenas, calcada na noção de que somente há sentido na existência humana se ela estiver integrada e em comunhão com o seu entorno. Na perspectiva ocidental, se empregam as ideias de exploração dos recursos naturais, progresso e desenvolvimento; na dimensão indígena, está edificada a noção de respeito à “Mãe Terra” como fonte de vida e de bem-estar. Isso porque na concepção dos povos indígenas, o conhecimento está na natureza, como um bloco uno de saber existencial, o que faz indispensável que a sua transmissão se organize de maneira completamente distinta do que ocorre na educação ocidental.

E as diferenças vão além das questões estruturais das duas culturas. Elas impregnam a forma de organização do pensamento, se estendendo até o modo pelo qual são propagados os saberes. Enquanto o pensamento indígena se organiza pela repetição, pela atenção solícita ao interlocutor, pela imitação e, não raro, pela oralidade ancestral; a educação ocidental não somente privilegia a criatividade como menospreza a imitação, mostrando-se intolerante à repetição e sem disposição suficiente para o “ouvir”³². Como frisa Frederico A. Barbosa Silva, a gramática das culturas indígenas envolve a vivência de experiências em planos de significados e crenças que deslizam entre formas metafísicas, explicações causais,

alidad del saber: a propósito de las reformas universitarias en el Ecuador. *Revista Rebelión*. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167244&titular=apuntes-sobre-la-colonialidady-decolonialidaddel-saber:-a-prop%F3sito-de-las-reformas-universitarias>>. Acesso em 15. dez. 2017, p. 5. O autor narra que: “Uma experiência importante no desafio das estruturas de poder e saber foi o caso da Universidade Amawtay Wasi (A Casa do Saber) da Confederação das Nacionalidades Indígenas do Equador, CONAIE. Quando o movimento pensou a sua universidade, concebeu-a no interior de suas mobilizações de resistência ao poder, como uma forma de desafio a esse poder. Na proposta original da universidade indígena, não havia campus universitário porque o movimento indígena considerava que a produção do saber era um ato social e comunitário, razão pela qual o campus da universidade indígena deveria ser a própria comunidade indígena. Outro desafio foi a compartimentação do saber em unidades estanques. O movimento indígena não compartimentou a estrutura do saber de acordo com o *canon* estabelecido, mas sim de acordo com a sua própria vivência cultural. Um terceiro desafio foi a titulação. O movimento indígena via os títulos acadêmicos mais como uma forma de dominação política do que como reconhecimento acadêmico [...]. O título que a Universidade Indígena concedia era o de ‘amawta’, ou seja, sábio no sentido que os indígenas andinos dão à palavra. O ‘amawta’ é aquele que sabe em função de critérios éticos, humanos, sociais, democráticos, comunitários, solidários e temporais” (tradução livre).

32 RAMOS, Alcida Rita. Mentes indígenas e ecumeno antropológico. *Série Antropologia*, n. 439, Brasília: DAN/UnB, 2013, p.7.

métodos de avaliação e estilos culturais radicalmente diferentes dos ocidentais³³. Essa dissociação entre ambos os tipos de fundamentos epistemológicos determina diferenças entre: (i) as categorias de reflexão e análise; (ii) os sistemas de significantes; (iii) as espécies de conhecimentos a serem produzidos; (iv) os propósitos, os destinatários e as formas de produção desses conhecimentos³⁴. A compreensão dessas diferenças substanciais é essencial para dessacralizar o saber científico ocidental, trazendo-o para a planície onde se situam diversos outros saberes de igual validade. A compreensão dessas diferenças constitui, ainda, um marco para a compreensão dos propósitos a que serviu essa mistificação e, essencialmente, as violações de direitos dos povos indígenas que logrou produzir (e continua produzindo).

Pierre Bourdieu, abordando o método científico e a hierarquia social dos objetos, destacou que a definição da hierarquia dos objetos legítimos, legitimáveis ou indignos é um dos instrumentos por meio dos quais se impõe uma censura específica do grupo dominante³⁵. A definição dominante das “coisas boas de se dizer” e dos “temas dignos de interesse” é um mecanismo ideológico que faz com que outras coisas igualmente boas não sejam ditas e outros temas igualmente relevantes não interessem³⁶. Aprofundando essa discussão e enveredando pela análise das estratégias de reprodução das estruturas patrimoniais, Bourdieu aponta o que chama de *habitus*, para ele, “instrumento de um grupo, tendente a reproduzir nos sucessores o que foi adquirido pelos predecessores”³⁷.

A educação ofertada aos povos indígenas na América Latina tem funcionado como o *habitus* a que se refere Bourdieu, compondo uma estratégia de dominação

33 SILVA, Frederico A. Barbosa. *A Educação Nacional na Escala da Interculturalidade e da Educação Especial*. Relatório de Pesquisa, 2016, mimeografado, p. 4.

34 MATO, Daniel. No hay saber “universal”, la colaboración intercultural es imprescindible. *Revista Alteridades*, Cidade do México, vol. 18, n. 35, jan/jun 2008, p. 101-116. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-7017200800010008&script=sci_arttext&tlang=en>. Acesso em 15. dez. 2017, p. 109.

35 BOURDIEU, Pierre. Método científico e hierarquia social dos objetos. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânia (Orgs.). *Escritos de Educação*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 37.

36 BOURDIEU, Pierre. Método científico e hierarquia social dos objetos. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânia (Orgs.). *Escritos de Educação*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 37.

37 BOURDIEU, Pierre. Método científico e hierarquia social dos objetos. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATANI, Afrânia (Orgs.). *Escritos de Educação*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 123.

de um grupo social em relação ao outro e reproduzindo as escalas sociais até aqui existentes³⁸. A hierarquização do saber científico em detrimento de todos os demais, a eleição da epistemologia ocidental como a única socialmente válida e a institucionalização da transmissão dos conhecimentos assim produzidos por meio de uma educação de feição monolítica, organizada sob premissas igualmente ocidentais, apontam para a reprodução dos esquemas sociais estabelecidos pela colonialidade do poder e viola o direito à igualdade dos povos indígenas.

De acordo com Carlos Bernal Pulido, o princípio da igualdade representa um dos pilares de toda a sociedade bem organizada e de todo Estado constitucional. Ele impõe ao Estado o dever de tratar os indivíduos de tal modo que os ônus e as vantagens sejam distribuídos equitativamente, o que exige o cumprimento de quatro mandatos: (i) tratar de forma idêntica os destinatários que se encontram em posições idênticas; (ii) tratar de forma inteiramente diferente os destinatários que não tenham nenhum elemento em comum; (iii) tratar, de forma paritária, os destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças, quando as similitudes forem mais relevantes que as diferenças; (iv) tratar, de forma diferenciada, os destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças, quando as diferenças forem mais relevantes que as semelhanças³⁹.

No caso da educação superior dos povos e nacionalidades indígenas, então, cumpre ao Estado imprimir trato diferenciado daquele dispensado à educação superior convencional, de modo a contemplar os diferentes valores, usos, costumes, sistemas jurídicos, modos de produção de conhecimento e epistemologias, garantindo, assim, acesso a uma educação que faça sentido para esses povos e que logre produzir profissionais conecta-

38 WALSH, Catherine. Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? *Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales*. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 26, 2007, p. 106. A autora faz referência à colonialidade da natureza, apontando-a como uma divisão binária cartesiana entre natureza e sociedade, uma divisão que descarta por completo a relação milenar entre seres humanos, plantas, animais e os mundos espirituais. Em suas palavras: “A colonialidade da natureza procura eliminar essa racionalidade, que é a base da vida, da cosmologia e do pensamento de muitas comunidades indígenas [...]. O controle que exerce a colonialidade da natureza mitifica estas relações, de forma a convertê-las em lenda, em folclore, posicionando-as como não racionais, como uma invenção de seres atrasados” (tradução livre).

39 PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.

dos com as necessidades de suas comunas.

3. O DIREITO À DIFERENÇA DOS POVOS INDÍGENAS COMO FUNDAMENTO DA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, aprovada em 1989 e ratificada pela imensa maioria dos países latino-americanos, inclusive o Equador, estabeleceu o dever de os Estados signatários assegurarem aos membros de povos e nacionalidades indígenas o gozo em condições de igualdade dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população, traçando como linha balizadora desse dever o respeito à sua identidade social e cultural, aos seus costumes, às suas tradições e às suas instituições. O diploma internacional destaca, ainda, que os programas e serviços de educação destinados aos povos indígenas deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles, a fim de responder às suas necessidades particulares, devendo contemplar a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas as suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais. Estabelece, ainda, a obrigação dos governos de reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam às normas mínimas estabelecidas pela autoridade em consulta com os próprios povos⁴⁰.

40 OIT. *Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convocaes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15. dez. 2017. A norma prevê: “Artigo 2º. 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. Artigo 3º. 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação [...]. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, in-

O que a Convenção nº 169 da OIT aponta, em verdade, é que a garantia do princípio da igualdade para os membros das nacionalidades indígenas passa, necessariamente, pelos conceitos de multiculturalismo, de interculturalidade e pelo reconhecimento do seu direito à diferença como corolário do princípio da dignidade humana. Mas, então, que igualdade é essa que privilegia a diferença e o que ela tem a ver com educação?

3.1. Educação superior intercultural e igualdade: o direito a ser diferente

De acordo com Boaventura de Souza Santos: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”⁴¹. Boaventura destaca, por isso, “a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁴². Na mesma linha, Flávia Piovesan concebe a igualdade sob três dimensões. A primeira delas, a igualdade formal, estaria reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”, máxima que, a seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios. A segunda, correspondente à faceta material do princípio, indicaria o ideal de justiça social e distributiva, orientando-se pelo critério sócio-econômico. Por fim, a terceira dimensão equivaleria ao ideal de justiça

clusive os direitos contidos na presente Convenção”; “Artigo 27. 1. Os programas e serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais. 2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado. 3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade”.

41 SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: Como ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

42 SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: Como ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

enquanto reconhecimento de identidades, norteada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, dentre outros⁴³.

A igualdade enquanto reconhecimento de identidades, então, imporia a consequente afirmação do direito de ser diferente; de não ser tratado de forma genérica e abstrata; de ser visto com as peculiaridades e as particularidades que as diferenças identitárias estratificam, de receber tratamento diferenciado e reverente aos seus traços identitários distintivos. O reconhecimento, no caso, constituiria uma das vias necessárias para restaurar as desigualdades derivadas de relações históricas de subjugação, menosprezo, subalternidade e, assim, em última análise, garantir a dignidade humana⁴⁴.

Como destaca Daniel Sarmento: “O olhar do outro nos constitui. O que somos, o que fazemos, a forma como nossos sentimentos, nosso bem-estar ou sofrimento, a nossa autonomia ou subordinação, tudo isso depende profundamente da maneira como somos enxergados”⁴⁵. Quando a sociedade nos inferioriza, introjetamos uma imagem negativa e passamos a fazer escolhas e traçar as ações daí derivadas a partir dessa concepção menor de nós mesmos. Sarmento vai além e sublinha que a falta de reconhecimento não somente oprime e causa sofrimento, como instaura hierarquias,

43 PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

44 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 280-281. Sobre o ponto, o autor registra: “É necessário reajustar para bases mais equitativas as relações entre os povos indígenas e ‘os Brancos’, e não há como fazê-lo ignorando o passado de tamanha injustiça intergrupal. Esse reequilíbrio das relações intergrupais não envolve apenas redistribuição, mas também reconhecimento, pois as injustiças históricas deixaram profundas cicatrizes no universo simbólico-cultural. [...]. Todas essas razões convergem para a necessidade de uma proteção ativa dessas culturas não hegemônicas. Uma proteção que se volte não para a sua preservação forçada, o que seria, além de inviável, francamente ilegítimo. Afinal, as culturas são dinâmicas, evoluem e se adaptam, e os seus integrantes têm o direito de contestar as suas práticas, e até de renegá-las, deixando-se absorver pela sociedade envolvente, se assim preferirem. Mas é preciso que sejam asseguradas as condições para que a cultura possa existir e se reproduzir. [...]. Uma postura de simples omissão estatal diante das diferenças culturais, como que confiando na mão invisível de um suposto mercado, não é suficiente. Os grupos não hegemônicos são injustamente prejudicados nesse ‘mercado’ pelas práticas cotidianas de pessoas, empresas e instituições, que tendem a refletir o *ethos* dominante”.

45 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241.

frustrando projetos de autonomia e de emancipação⁴⁶. Nesse prumo, a ausência de reconhecimento, veiculada por uma espécie de injustiça de cunho simbólico, enseja: (i) a sujeição de um grupo identitário a padrões de interpretação e de comunicação de outra cultura; (ii) a invisibilidade social ou (iii) o estereótipo cultural⁴⁷. Essas circunstâncias não apenas violam o princípio da igualdade como atingem a dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Adotando um conceito comunitarista de dignidade, Maria Celina Bodin de Moraes sedimentou sua visão do princípio da dignidade humana na ideia de um sujeito moral, que reconhece a existência de outros sujeitos iguais, merecedores de igual respeito à sua integridade psicofísica e que integra um grupo social do qual não pode ser marginalizado⁴⁹. Daí porque, a par dos conteúdos tradicionais do princípio da dignidade humana, consubstanciados no *valor intrínseco da pessoa* e na garantia de um *mínimo existencial*, capaz de estabelecer condições materiais mínimas para uma vida digna⁵⁰, há que se incluir outras duas dimensões. A primeira delas equivale à *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais. E a segunda se refere ao *reconhecimento*, ou seja, ao respeito à identidade tanto individual quanto coletiva das pessoas, vistas não como seres atomizados, mas também como parte de um corpo social que lhes completa e lhes fornece sentido existencial⁵¹.

Nessa perspectiva, a educação superior de feição intercultural surge tanto como expressão da dignidade humana como da igualdade, esta nas suas dimensões material e de reconhecimento de identidades. Isso porque o processo educativo intercultural se encontra baseado em complexas relações, negociações e intercâmbios culturais, na perspectiva da busca pelo desenvolvimento

46 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 241.

47 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 249-250.

48 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. *Multiculturalismo*: examinando a política do reconhecimento. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

49 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

50 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 112.

51 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.

da interação entre pessoas, conhecimentos e práticas culturalmente diferentes; uma interação que enxerga as assimetrias sociais, econômicas e políticas derivadas da colonialidade do poder, assimetrias estas que limitam a possibilidade de que o outro seja reconhecido em sua identidade e capacidade de atuar. A educação intercultural procura romper com tais assimetrias⁵², abrindo espaço para que as identidades indígenas possam desenvolver-se de maneira mais dinâmica e com menos problemas de autoestima⁵³.

Trata-se, em última análise, de focar a atenção nas dinâmicas culturais e sociais locais, articulando educação e escola como vetores de liberdade e não de violência simbólica, apostando que a ampliação da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior para as populações indígenas signifique a educação adequada para as diferenças individuais e coletivas. Não se cogita, na hipótese, da guetização de saberes, mas do reconhecimento da validade dos saberes locais, da valorização das diferenças, da construção de processos educativos que façam sentido para os povos indígenas, mirando na ampliação do acesso à educação superior, no desenvolvimento da cultura indígena, no fortalecimento da autoestima desses povos e na melhoria de sua formação⁵⁴.

52 WALSH, Catherine. Propuesta para el tratamiento de la interculturalidad en la educación. UNEBI, Lima, 2000, p. 9-10.

53 BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. Parecer. 25 abr. 2012 *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 31. jan. 2018: “a desigualdade de fato produz uma sub-representação de determinados segmentos nas posições de maior prestígio e visibilidade sociais, o que pode acabar perpetuando ou retroalimentando um estigma de inferioridade”.

54 SILVA, Frederico A. Barbosa. *A Educação Nacional na Escala da Interculturalidade e da Educação Especial*. Relatório de Pesquisa, 2016, mimeografado, p. 5. Na mesma linha, v. STF, Pleno, *DJe*, 20.20.2014, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “[...] justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. [...]. As ações afirmativas, portanto, encerram também um relevante papel simbólico. Uma criança negra que vê um negro ocupar um lugar de evidência na sociedade projeta-se naquela liderança e alarga o âmbito de possibilidades de seus planos de vida. Há, assim, importante componente psicológico multiplicador da inclusão social nessas políticas. A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social”.

Antes de se adentrar, todavia, em como a educação intercultural pode se articular com a igualdade em suas duas dimensões, é preciso compreender melhor quais as possibilidades existentes de se romper com os padrões educativos coloniais na perspectiva da construção de um ambiente verdadeiramente multicultural.

3.2. Educação superior intercultural e multiculturalismo: em busca de uma hermenêutica diatópica

Os dilemas educacionais do nosso tempo não prescindem de um exame acurado das relações entre política, poder e educação⁵⁵. Segundo essa trilha, Torres enfoca o multiculturalismo como movimento social e como educação multicultural. Multiculturalismo designa “a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”⁵⁶. Como movimento social, o multiculturalismo se constituiria numa orientação filosófica, teórica e política, que não se restringe à reforma escolar, mas aborda, de forma ampla, o tema das relações de raça, sexo e classe na sociedade. Já como educação, o multiculturalismo estaria direcionado para a garantia de igualdade nas escolas⁵⁷.

Vera Maria Candau distingue duas abordagens de multiculturalismo: uma descriptiva e outra propositiva. Segundo ela, a primeira se ocupa de compreender as diversas configurações multiculturais, relacionando-as com o contexto histórico, político e sociocultural onde se apresentam. A segunda, de caráter propositivo, de outro lado, entende “o multiculturalismo não simplesmente como um dado da realidade, mas como uma maneira de atuar, de intervir, de transformar a dinâmica social”. Conforme Candau, trata-se “de um modo de

55 TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 250. Sobre as relações de poder na América Latina e suas interfaces com educação, v. FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988, p. 33-34; e FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

56 SANTOS. Boaventura de Souza. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 26. O próprio autor reconhece, contudo, a existência de diferentes noções de multiculturalismo, nem todas de sentido emancipatório.

57 TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, Educação e Multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 196-197.

trabalhar as relações culturais numa determinada sociedade, de conceber políticas públicas na perspectiva da radicalização da democracia”⁵⁸.

Seja qual for o conceito de multiculturalismo abraçado, o fato é que ele pressupõe o reconhecimento das diferenças pela afirmação da igual dignidade de todas as pessoas, seus grupos e culturas. Como frisa Jefferson Carús Guedes: “A esta altura não é mais desejada a igualdade ou simplesmente que todos venham a ter os mesmos direitos que os homogeneíze numa massa única,” o que se deseja é a preservação de identidades e diferenças como reflexo da igual dignidade de todos.⁵⁹

Ocorre que a coexistência de formas culturais distintas no seio das sociedades, com diferentes *topoi*⁶⁰, constitui fonte de tensões constantes que, normalmente, degeneram para o estabelecimento de relações de hegemonia, ao invés de interações de mútua deferência. E isso ocorre porque compreender uma determinada cultura, a partir do olhar, das premissas e dos *topoi* de outra, constitui uma tarefa muito difícil. Em alguma medida, todas as culturas guardam em si a pretensão da sua própria completude e suficiência, imprimindo, nas relações com outras culturas, o seu padrão conceitual ou os seus *topoi* como lastros argumentativos sobre os quais vão sendo edificadas as máximas da convivência social, inclusive, o conteúdo dos direitos humanos, em especial da dignidade humana.

Todavia, entre o universalismo absoluto da conceção de dignidade humana e o total relativismo do princípio, existe um espaço significativo para a construção de relações dialógicas entre as diversas formas culturais. É nesse sentido que Boaventura de Souza Santos assinala que, paralelamente aos processos de globalização,

58 CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo e educação: desafios para a prática pedagógica*. In: MOREIRA, Antônio Flávio. CANDAU, Vera Maria. *Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas*. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 20-21.

59 GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

60 *Topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura que funcionam como premissas de argumentação. V. SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 19. O autor esclarece que: “Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada a sua evidência, tornam possível a produção e troca de argumentos”.

têm-se desenvolvido propostas de concepções não ocidentais de direitos humanos, que “organizam diálogos interculturais sobre os direitos humanos e outros princípios de dignidade humana”⁶¹. O desenvolvimento desses diálogos, segundo Santos, deveria partir de algumas premissas, entre as quais se destacam: (i) a de que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana e (ii) a de que nenhuma cultura é monolítica, comportando várias versões diferentes de dignidade humana⁶².

Introjetadas essas premissas, deve ser inaugurado, então, um profundo exercício de alteridade, que inclui a busca dentre as diversas correntes interpretativas existentes no bojo das culturas, em cotejo à que mais favoreça a emancipação das sociedades envolvidas e que, portanto, disponha da maior legitimidade social. A busca, também, deve incluir a localização de equivalentes homeomórficos, ou seja, ideias que cumprem papel similar nas formas culturais em análise, mas que recebem designativos diferentes⁶³. Trata-se, portanto, do emprego do que Boaventura chamou de hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que requer um processo de criação participativo, interativo, intersubjetivo e reticular, desenvolvido com base em múltiplas perspectivas culturais. Um procedimento que privilegia a emancipação, em detrimento da regulação, e exige a relativização de inúmeras ininteligibilidades mútuas como forma de se evitar a paralisia ou a hierarquização e imprimir avanços na luta contra a injustiça social⁶⁴.

A educação superior intercultural, então, pode ser vista como um projeto de estabelecimento de diálogos interculturais. Partindo das reflexões até aqui desenvolvidas, ela se coloca como um projeto de formação

61 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 16.

62 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 18.

63 Como esclarece Daniel Sarmento, certas culturas não têm o conceito de direitos humanos, mas detêm, na denominação atribuída por Raimundo Paikkar, um “equivalente homeomórfico”, que desempenha papel semelhante. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 292.

64 SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 27.

teórico-prática e profissional de jovens e adultos em instituições onde as identidades originárias indígenas, os conhecimentos ancestrais, a cosmovisão desses povos gozam de absoluto protagonismo e se refletem na forma como são organizados os conteúdos programáticos, nas espécies de processos pedagógicos desenvolvidos, nas formas de avaliação do aprendizado e, finalmente, no tipo de profissionais formados. Cuida-se de pensar a educação superior a partir de diferentes formas de ser, ver e estar no mundo para a formação de profissionais em áreas como: arquitetura ancestral, direito indígena, medicina tradicional, pedagogia comunitária, administração indígena, educação intercultural, propiciando não somente o desenvolvimento da cultura indígena, mas a criação de novos protagonismos sociais e um ambiente de maior diversidade cultural⁶⁵.

Mas a experiência da Universidade AMAWTAY WASI, no Equador, demonstra o quanto acidentado pode ser esse caminho. A consolidação da educação superior intercultural não prescinde do estabelecimento de um diálogo intercultural franco, no qual sejam reconhecidas as incompletudes mútuas e relevadas as ininteligibilidades culturais existentes na perspectiva da superação das injustiças sociais.

Assim, não é possível edificar uma universidade intercultural sobre os fundamentos da educação ocidental. Não é possível exigir dessas instituições a fragmentação historicamente encontrada no ensino superior ocidental, porquanto essa seriação não se coaduna com a gramática cultural indígena. Não é viável promover a sua avaliação por critérios que incluem uma perspectiva acadêmica, característica de uma espécie de saber ocidental que não tem paralelo no conhecimento indígena. Não é razoável aferir resultados de aprendizagem com base em indicadores de comunicação escrita e de leitura crítica, se a sedimentação do conhecimento indígena se dá por meio de mecanismos orais e pela subordinação às leis máximas da Mãe Natureza. Não é possível esperar que a formação dos profissionais desenvolvida no seio de universidades interculturais esteja baseada nas mesmas premissas do academicismo universitário ocidental.

65 ORTIZ, Genner de Jesús Llanes. Mirada crítica sobre participación, conocimiento y diálogo en las universidades indígenas e interculturales. *Revista Aquí Estamos: Los Programas de Educación Superior Indígena en Ecuador y México*, ano 6, n. 10, jan./jul. 2009, p. 9-13.

4. OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO SUPERIOR INTERCULTURAL NA PERSPECTIVA DA INSERÇÃO SOCIAL DOS POVOS INDÍGENAS.

A primeira consideração a ser traçada, então, é no sentido de destacar qual seria o conceito de inserção social a que nos referimos. E, para encontrá-lo, é preciso chegar, o mais próximo possível, ao que venha a ser exclusão social em seus múltiplos sentidos.

4.1. Educação superior intercultural e a lógica da inserção social

Pessoa excluída é aquela que viu os laços que a ligavam a outros se romperem e que foi, assim, invisibilizada. Ela não é mais suficientemente ligada a nenhuma cadeia na qual o complexo de relações constitui o tecido social. Trata-se de uma situação que leva à percepção da perda de um vínculo de pertencimento e a uma espécie de angústia coletiva⁶⁶. A exclusão é, em verdade, “um processo acumulativo e pluridimensional que afasta e inferioriza, com rupturas sucessivas, pessoas, grupos, comunidades e territórios do centro do poder, dos recursos e dos valores dominantes”⁶⁷.

Se assim for, a inserção social, então, conduziria ao processo inverso, reconectando laços de pertencimento das pessoas com o grupo social, a partir da definição de relações simétricas e de respeito às diversidades étnicas, raciais, sociais, geográficas e de gênero, de tal modo a propiciar a sua aproximação do poder, dos recursos e dos valores dominantes. Não se trata de integração, que pressupõe a justaposição social como forma de criação de uma massa homogênea de pessoas dotadas de certas habilidades que as tornem aptas a serem aproveitadas pela sociedade de mercado globalizada⁶⁸. Uma sociedade que é marcada pelo traço informacional instantâneo e hierarquizado, e que é fundada em concepções de

sucesso pessoal e profissional, que incluem dinheiro e ascensão na pirâmide de classes sociais.

Cogita-se, neste trabalho, de uma espécie de inserção social capaz de preservar diferenças, estabelecendo uma relação deferente com as diversas formas de organização social que podem compor uma sociedade. Uma inserção social que abrace, também, a diferença e abra espaço para o desenvolvimento da economia local e de uma intelectualidade distinta, mas tão relevante quanto a ocidental, capaz de gerar o desenvolvimento da cultura indígena dentro da sua própria lógica identitária.

A educação superior de feição intercultural parece mirar justamente nessa espécie de inserção social. Abandonando a ideia de interculturalidade formal, ou seja, aquela de cunho meramente inspiracional ou valorativa, incapaz de transpor os muros da normatividade para a vida real; ou de interculturalidade subordinada, aquela que se limita a definir políticas paliativas de reconhecimento e que, portanto, continua a reproduzir as mazelas da colonialidade do poder, a educação superior intercultural, que equivale a experiências como as da Universidade AMAWTAY WASI, assume uma interculturalidade crítica⁶⁹. Muito mais do que se dedicar à educação indígena, pretende consolidar a ideia de que, a partir da cosmovisão indígena de comunhão com a “Mãe Terra” e de “*bien vivir*”, pode ser construído um espaço para toda a sociedade. Dentro dessa perspectiva, o ambiente universitário, os cursos oferecidos, a organização dos conteúdos, a didática empregada, os processos de avaliação, enfim, tudo é desenhado a partir desse ideário que, embora se remeta à cultura dos índios, não se destina unicamente a eles.

Na AMAWTAY WASI, por exemplo, o processo de aprendizagem estava assentado num tripé que envolvia estudos de campo, módulos informativos e “conversatórios”. Os módulos informativos, por sua vez, contemplavam três ciclos de conhecimento: (i) *Runa Yachay*: o ciclo do conhecimento ancestral; (ii) *Shuktak Yachay*: o ciclo do conhecimento ocidental; (iii) *Yachay Pura*: o ciclo do conhecimento intercultural⁷⁰. Os cursos ofereci-

66 TEIXEIRA, Cristina. Educação e inclusão social? Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. In: *Anais do XII Congresso Brasileiro de Sociologia*, Belo Horizonte, Brasil, p. 6-7.

67 TEIXEIRA, Cristina. Educação e inclusão social? Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. In: *Anais do XII Congresso Brasileiro de Sociologia*, Belo Horizonte, Brasil, p. 7.

68 A homogeneização, no caso da integração, se dá com a preservando algumas peculiaridades, mas com acepção de subalternidade da cultura dominada, no que respeita à cultura dominante, como já esclarecido acima.

69 SARANGO, Luis Fernando. *Pluriversidad, interculturalidad y acceso a la universidad*. Disponível em: <http://media.espora.org/mgoblin_media/media_entries/1911/ec94dac4-05ff-43fe-a989e450ac06ef35.pdf#page=104>. Acesso em 13. dez. 2017, p. 8.

70 SARANGO, Luis Fernando. La experiencia de la universidad intercultural de las nacionalidades y pueblos indígenas “Amawtay Wasi”. In: MATO, Daniel (org.). *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior: experiencias en América Latina*. Caracas: Instituto

dos estavam diretamente imbricados com os problemas mais emergentes dos povos e nacionalidades indígenas e da sociedade em geral, todos ligados à melhoria da qualidade de vida e à garantia dos direitos fundamentais. Assim, respeitando a lógica de inserção social já delineada, a AMAWTAY WASI ofertava cursos de arquitetura ancestral, agroecologia, pedagogia intercultural, turismo comunitário e comunicação intercultural⁷¹. O objetivo era a formação de pessoas que pudessem trabalhar na perspectiva intercultural, nas estruturas de governo provinciais ou nacionais, em organizações não governamentais, em empreendimentos comunitários sustentáveis, enfim, em processos de base, voltados à organização e ao desenvolvimento dos povos e nacionalidades indígenas.

Mas, em que medida, a educação superior intercultural pode produzir mudanças sociais?

4.2. Educação superior intercultural: reconhecimento e redistribuição

Há que se ter cuidado ao se imaginar que a educação tem capacidade de sozinha induzir mudanças na estrutura de um “status quo” que tem raízes profundas em desigualdades de todas as ordens. Na dicção de Pierre Bourdieu, a educação tem sido, inclusive, um dos veículos condutores da reprodução do esquema de desigualdades sociais, tal qual mencionamos acima⁷². Mas, não se pode

Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, UNESCO, 2008, p. 270.

71 SARANGO, Luís Fernando. La experiencia de la universidad intercultural de las nacionalidades y pueblos indígenas “Amawtay Wasi”. In: MATO, Daniel (org.). *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior: experiencias en América Latina*. Caracas: Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, UNESCO, 2008, p. 265.

72 Bourdieu e Passeron esclarecem que: “Na sociedade moderna, a escola é uma instituição fundamental na reprodução social: O sistema de ensino é um dos mecanismos pelos quais as estruturas sociais são perpetuadas. Existem outros: o sistema sucessório, o sistema econômico, a lógica da velha fórmula marxista segundo a qual o ‘capital vai ao capital’. Mas, nas sociedades modernas, o sistema de ensino tem um peso maior, contribuindo com parte importante daquilo que se perpetua entre as gerações. Uma parte importante da transmissão do poder e dos privilégios se faz por intermédio do sistema escolar, que serve ainda para substituir outros mecanismos de transmissão, em particular os que se operam no interior da família [...]”, contribui, então, para ratificar, sancionar, transformar em mérito escolar heranças culturais que passam pela família” (BOURDIEU, Pierre. PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1982, p. 14-15). Em sentido semelhante, Cristina Teixeira observa: “A seleção efetuada no sistema de ensino é realizada a partir da cultura da classe

perder de vista, que a educação superior intercultural, nos moldes como articulados pela AMAWTAY WASI, tem potencial para seguir por outra trilha que não a descrita por Bourdieu, na medida em que rompe com o *habitus* e passa a trabalhar a partir de uma gramática distinta da tradicionalmente empregada no sistema de ensino. Nela ficam fragilizados os mecanismos de violência simbólica, já que toda a sua estrutura se volta justamente para a deferência ao multiculturalismo e à formação de profissionais com visão intercultural, dotados de instrumental para atuar nas áreas de interesse das comunas indígenas, nas mais diversas esferas, mas a partir da ótica identitária desses povos. Trata-se de uma mudança de paradigma que exige a retomada da ideia de reconhecimento e as suas interações com os vetores de redistribuição.

De acordo com Nancy Fraser, existem injustiças de viés marcadamente econômico, que há muito foram problematizadas por ideólogos de esquerda e para as quais o melhor remédio seria o estabelecimento de políticas de redistribuição de renda. Ainda conforme Fraser, ao lado das injustiças econômicas, há as injustiças de feição cultural ou simbólica, que se acham assentadas sobre padrões sociais, de representação, interpretação e comunicação, que levam à dominação, à invisibilidade social e ao desrespeito. Para estas, o melhor remédio seriam as políticas de reconhecimento⁷³.

Segundo Fraser, há grupos que sofrem injustiças unidimensionais, havendo outros, todavia, que se ressentem de injustiças bivalentes, que se imbricam e se reforçam mutuamente. Os povos e nacionalidades indígenas entram nessa última categoria, pois as consequências da colonialidade do poder se distribuem tanto pela ausência de valorização identitária quanto pela subordinação socioeconômica. Nancy Fraser adverte que um dos grandes problemas do combate às injustiças bivalentes estaria no fato de que os remédios para cada uma delas operariam em lógicas opostas: enquanto

dominante. Conseqüentemente, os melhores resultados e a promoção para níveis mais elevados de ensino, inclusive nas escolas mais conceituadas, são privilégios daqueles que já possuem o *habitus* da classe dominante, que permite melhores condições de domínio da cultura escolar. São os ‘herdeiros’ do capital cultural valorizado na cultura escolar. Os critérios de seleção escolar que classificam são critérios sociais” (TEIXEIRA, Cristina. Educação e inclusão social? Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. In: *Anais do XII Congresso Brasileiro de Sociologia*, Belo Horizonte, 2005, p. 12).

73 FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: FRASER, Nancy. *Justice interrupted: critical reflections on the postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997, p. 14.

as políticas de reconhecimento buscariam valorizar as diferenças, as políticas de redistribuição primariam pela redução das distinções⁷⁴.

Fraser afirma, todavia, que o dilema posto não é insolúvel, chamando a atenção para duas subespécies de antídotos presentes tanto nas políticas de redistribuição quanto de reconhecimento. Ela afirma que tanto uma quanto outra podem ter caráter *afirmativo*, buscando corrigir resultados não equitativos, e *transformativo*, colimando subverter a própria estrutura do problema. A filósoa pontua que de todas as combinações possíveis de políticas de redistribuição e reconhecimento a mais promissora seria a que associa políticas de redistribuição e políticas de transformação⁷⁵.

Tomando-se o projeto de educação superior intercultural estratificado na Universidade AMAWTAY WASI, o que se tem é uma política pública de dupla dimensão. Se, de um lado, busca romper com a cultura de desvalor da identidade indígena, pela estratificação de um sistema de ensino assentado sobre os pilares da cosmovisão desses povos, o que aponta para o viés do reconhecimento; de outro, opera na lógica da qualificação profissional e no desenvolvimento de oportunidades econômicas, que se viabilizam segundo as premissas do “*bien vivir*” da cultura indígena, mas que não deixam de focar elementos de redistribuição.

Portanto, quando se toma uma universidade que respeita a razão existencial dos indígenas, que se organiza conforme uma ordem correlacionada com as leis da Mãe Natureza e que tem como ponto de chegada a formação de profissionais que têm identidade com os problemas de sua comunidade ancestral, tem-se a adoção de uma política pública de reconhecimento fortemente transformativa. Na outra face da mesma moeda, quando se toma uma política pública que logra qualificar pessoas sem despi-las de sua identidade, dando-lhes ferramentas que lhes possibilitem acessar postos de poder, empreender localmente, desenvolver aspectos sociais e econômicos de suas comunas, tem-se a adoção de uma política pública de redistribuição de caráter tam-

bém transformativo. Ter-se-ia, então, o melhor de todos os mundos, não fossem os percalços e os desafios que “a vida como ela é” apresenta.

A definição teórica dessas premissas não afasta a necessidade de estruturação de universidades interculturais, sim; que se organizem segundo normas que façam sentido para as culturas indígenas, sim; que se prestem a formar pessoas com uma *ratio* profissional distinta da daquela requerida pelo mercado globalizado, sim; mas que primem pela qualidade do ensino, para que possam cumprir de modo adequado a sua função. É claro que a utilização de padrões ocidentais de avaliação do ensino superior, nos moldes do que ocorreu com a AMAWTAY WASI, não constitui um bom referencial.

De qualquer modo, mostra-se imperiosa a construção de requisitos avaliativos adequados, de tal forma que existam mecanismos eficientes de controle da qualidade do ensino havido no seio das universidades interculturais. Em outras palavras é necessária a definição de indicadores de qualidade, pertinência e relevância que possam se amoldar às especificidades do contexto que pretendem mensurar, que não se descurem da tarefa de garantir a qualidade dos profissionais que estas instituições formam. Esse olhar sobre a avaliação de qualidade desemboca na própria garantia de que os profissionais formados nesses centros tenham instrumental suficiente para ocupar os espaços sociais que lhes são destinados, sublinhando os vetores de redistribuição.

Enfim, se, por um lado, a história recente da América Latina descortina a existência de novos caminhos a serem trilhados na busca pela superação das injustiças econômicas e culturais perpetradas contra os povos indígenas, por outro, o exemplo do descredenciamento da Universidade Intercultural AMAWTAY WASI, no Equador, demonstra que o percurso é duro e os desafios existentes exigem esforços ainda maiores no sentido da abertura de diálogos interculturais que permitam o reconhecimento identitário dessas populações e a ocupação de espaços políticos, sociais e econômicos que também redundem em redistribuição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quadro retratado, portanto, desvela a cristalização do discurso vencedor ocidental, orientado para a idealização do saber científico como o único válido,

74 FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: FRASER, Nancy. *Justice interruptus: critical reflections on the postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997, p. 16.

75 FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a “postsocialist” age. In: FRASER, Nancy. *Justice interruptus: critical reflections on the postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997, p. 23-33.

capaz de contemplar, de maneira horizontal, todos os nichos sociais. Na matriz desse discurso da universalidade do saber ocidental, está, em verdade, a narrativa de um grupo social dominante ou de uma civilização dominante, onde se acopla a desqualificação de quaisquer outros saberes. A educação ofertada aos povos indígenas na América Latina tem composto a estratégia de dominação de um grupo social em relação ao outro, reproduzindo as escalas sociais até aqui existentes e viola o direito à igualdade dos povos indígenas. Daí a necessidade de imprimir à educação superior dos povos indígenas trato diferenciado daquele dispensado à educação superior convencional, de modo a contemplar os diferentes valores, usos, costumes, sistemas jurídicos, modos de produção de conhecimento e epistemologias, garantindo-lhes, assim, acesso a uma educação que faça sentido e que logre produzir profissionais conectados com as necessidades de suas comunas.

Por essa razão, a educação superior de feição intercultural surge tanto como expressão da dignidade humana como da igualdade, essa última nas suas dimensões material e de reconhecimento de identidades. Isso porque o processo educativo intercultural se encontra baseado em relações e intercâmbios culturais complexos, na perspectiva da busca pelo desenvolvimento da interação entre pessoas, conhecimentos e práticas culturalmente diferentes. Busca-se, por meio dela, uma interação que enxergue as assimetrias sociais, econômicas e políticas derivadas da colonialidade do poder, que limitam as possibilidades de reconhecimento do outro, procurando romper com elas, de forma a abrir espaço para que as identidades indígenas possam desenvolver-se. Trata-se, em última análise, de focar a atenção nas dinâmicas culturais e sociais locais, articulando educação e escola como vetores de liberdade e não de violência simbólica, apostando que a ampliação da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior para as populações indígenas significa a educação adequada para as diferenças individuais e coletivas.

Ocorre que esse não é um caminho fácil. Aliás, essas não são ideias de fácil aceitação. Elas rompem com o *habitus* das sociedades latino-americanas e, por isso, encontram obstáculos. Basta ver a experiência da Universidade AMAWTAY WASI, no Equador, cujo registro de funcionamento como instituição formal de ensino superior foi definitivamente cassado por não haver ela se adequado aos padrões avaliativos de cunho ocidental. O episódio revela que a consolidação da educação

superior intercultural não prescinde do estabelecimento de um diálogo franco, no qual sejam reconhecidas as incompletudes mútuas e relevadas as ininteligibilidades culturais existentes na perspectiva da superação das injustiças sociais.

Há que se empregar a hermenêutica diatópica para encontrar, nos espaços de convergência entre os extremos culturais, alternativas que viabilizem a superação desses entraves, porque, certamente, os ganhos, em termos de reconhecimento e redistribuição, apresentados pela existência de universidades interculturais, são muito maiores do que quaisquer dificuldades com os *topoi* existentes.

REFERÊNCIAS

- APARÍCIO, Adriana Biller. Novos direitos indígenas e a desconstrução do conceito hegemônico de identidade nacional. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI – Direito, Sociobiodiversidade e Soberania na Amazônia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis*. Parecer. 25 abr. 2012. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>>. Acesso em: 31. jan. 2018.
- BOURDIEU, Pierre. Método científico e hierarquia social dos objetos. In: NOGUEIRA, Maria Alice e CATTANI, Afrânio (Orgs.). *Escritos de Educação*. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1982.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. Educación intercultural en América Latina: distintas concepciones y tensiones actuales. *Estudios Pedagógicos*, Valdivia, v. 36, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-07052010000200019&script=sci_arttext>, p. 335. Acesso em: 12. dez. 2017.
- _____. Multiculturalismo e educação: desafios para

- a prática pedagógica. *In: MOREIRA, Antônio Flávio. CANDAU, Vera Maria. Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas.* Petrópolis: Vozes, 2010.
- DÁVALOS, Pablo. Apuntes sobre la colonialidad y decolonialidad del saber: a propósito de las reformas universitarias en el Ecuador. *Revista Rebelión*. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=167244&título=apuntes-sobre-la-colonialidad-decolonialidad-del-saber:-a-propósito-sítio-de-las-reformas-universitarias>>. Acesso em 15. dez. 2017.
- EQUADOR. CEAACES. *Rendición de Cuentas – año 2013: camino a la excelencia*. 2014, p. 50. Disponível em: <https://issuu.com/farola-comunicaciones/docs/rendicion_de_cuentas_correcciones>. Acesso em: 12. mar. 2018.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2010.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. *In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.
- _____. From redistribution to recognition?: dilemmas of justice in a “postsocialist” age. *In: FRASER, Nancy. Justice interruptus: critical reflections on the postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997.
- FREIRE, Paulo. *Educação como prática de liberdade*. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.
- _____. *Educação e mudança*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1988.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MATO, Daniel. Interculturalidad y educación superior: diversidad de contextos, actores, visiones y propuestas. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 27, Universidad Central-IESCO, p. 62- 73, out/2007.
- _____. No hay saber “universal”, la colaboración intercultural es imprescindible. *Revista Alteridades*, Cidade do México, vol. 18, n. 35, jan/jun 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-70172008000100008&script=sci_arttext&tlang=en>.
- _____. Universidades indígenas en América Latina. Experiencias, logros, problemas, conflictos y desafíos. *Revista ISEES*, n. 14, jul/dez. 2014.
- MELLO, Patricia Perrone Campos Mello; CHEVITARESE, Alessia L. Barroso Campos; CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen et al. Casoteca da América Latina. *Revista Publicum. Observatório de Direito Público*, v. 2, n. 5, 2017, p. 286-338.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. *In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). Na medida da pessoa humana: estudos de direito vil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- OIT. *Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 15. dez. 2017.
- ORTIZ, Genner de Jesús Llanes. Mirada crítica sobre participación, conocimiento y diálogo en las universidades indígenas e interculturales. *Revista Aquí Estamos: Los Programas de Educación Superior Indígena en Ecuador y México*, ano 6, n. 10, jan./jul. 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. *In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PORTO, José Renato Sant’Anna. Uma analítica do poder para as políticas públicas: Foucault e a contribuição da Anthropology of Public Policy. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, novembro de 2014.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. *In: LANDER, Edgardo. La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires: Ediciones FACES/UCV, 2000.
- RAMOS, Alcida Rita. Mentes indígenas e ecuménico antropológico. *Série Antropologia*, n. 439, Brasília: DAN/UnB, 2013.
- RAWLS, John. *Teoria de la justicia*. Trad. María Dolores Gonzalez. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a civilização: processo de*

- formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos. São Paulo: Cia das Letras, 2007.
- ROSA, Gilnei. *Pluriversidad Amawtay Wasi*: caminhos para a universidade na América Latina. 136 f. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.
- _____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza, NUNES, João Arri-scado. Introdução: como ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARANGO, Luís Fernando. La experiencia de la universidad intercultural de las nacionalidades y pueblos indígenas “Amawtay Wasi”. In: MATO, Daniel (org.). *Diversidad cultural e interculturalidad en educación superior: experiencias en América Latina*. Caracas: Instituto International para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, UNESCO, 2008.
- _____. Pluriversidad, interculturalidad y acceso a la universidad. Disponível em: <http://media.espora.org/mgoblin_media/media_entries/1911/ec94dac4> 05ff-43fe-a989-e450ac06ef35.pdf#page=104>.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (orgs.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Frederico A. Barbosa. *A educação nacional na escala da interculturalidade e da educação especial*. Relatório de Pesquisa, 2016. Mimeografado.
- SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje*: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001.
- TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. *Multiculturalismo*: examinando a política do reconhecimento. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- TEIXEIRA, Cristina. Educação e inclusão social? Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. In: *Anais do XII Congresso Brasileiro de Sociologia*, Belo Horizonte, 2005.
- TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo*: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Petrópolis: Vozes, 2001.
- WALSH, Catherine. Propuesta para el tratamiento de la interculturalidad en la educación. UNEBI, Lima, 2000.
- _____. Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Revista Nómadas*, Bogotá, n. 26, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Desafios da governança energética global e a participação do brics na construção de um novo paradigma energético

Challenges of global energy governance and participation of brics to the construction of a new energy paradigm

Fernanda Volpon

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Desafios da governança energética global e a participação do brics na construção de um novo paradigma energético*

Challenges of global energy governance and participation of brics to the construction of a new energy paradigm

Fernanda Volpon**

Marilda Rosado de Sá Ribeiro***

RESUMO

Diante da relevância político-econômica do setor energético, desperta-se para o debate crítico sobre as instituições internacionais regulatórias e o domínio dos tradicionais *players* nesse setor. Verifica-se a dominância de países que formam o chamado “clube dos ricos” em uma estrutura arcaica dominada pelo principal ator regulatório internacional — a Agência Internacional de Energia. Revela-se a necessidade de uma releitura das instituições regulatórias à luz da participação do BRICS nesse setor, com o desenvolvimento de novas fontes energéticas e proteção ao meio ambiente. O BRICS representa uma renovação cogente na seara da governança energética global a partir da participação de países dotados da combinação de importantes matrizes energéticas e alto investimento em energia renovável. Neste trabalho, atenta-se para o desenvolvimento de políticas de energia limpa e sua importância como mecanismos de segurança energética e desenvolvimento sustentável, fatores imprescindíveis para o futuro energético global. Aplica-se a metodologia jurídico-dogmática, utilizando-se como marco teórico a pesquisa desenvolvida por Rafael Leal-Arcas e Andrew Filis que defende a governança energética como um mapa fragmentado e multifacetado. Conclui-se que governar energia globalmente requer esforços conjuntos e sistemáticos para endereçar os desafios energéticos. Diante do papel de “*key emerging markets*” do BRICS, a cooperação entre esses países, em especial na energia renovável, será essencial para promover uma agenda robusta que possa alcançar, progressivamente, a proteção ambiental, o desenvolvimento sustentável e democracia energética.

Palavras-Chave: Governança Energética Global. BRICS. Direito da Energia. Energia Renovável.

ABSTRACT

The political-economic relevance of energy sector justifies the need of a critical debate concerning the international regulatory institutions and traditional players dominating this sector. It is clear the dominance of few

* Recebido em: 18/02/2018

Aprovado em: 31/03/2018

** Doutoranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) em 2014. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em 2011. Editora associada da Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (UERJ). Email: fernandavolpon@hotmail.com

*** Pós-Doutora em Direito pelo Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po). Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting Scholar na University of Texas at Austin. Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-RJ). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-RJ). Editora-chefe da Revista Brasileira de Direito de Petróleo e Gás (RBDP). Professora Associada de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Email: marilda.rosado@gmail.com

countries that forms the “club of riches” in an archaic architecture dominated by the main regulatory actor - the International Energy Agency. It is necessary to reshape the regulatory institutions under the participation of BRICS in this sector by developing new energy sources and protection of the environment. The BRICS represent a necessary renovation in the global energy governance as of the participation of countries with a combination of national energy matrix and high investment in renewables. In this paper, we call attention to the policy development in the clean energy field and its importance as mechanisms of energy security and sustainable development. These are important factors for the global energy future. The methodology applied in this paper is the dogmatic legal method, using the theory of fragmented and multilayered global energy governance constructed by the authors Rafael Leal-Arcas and Andrew Filis. The conclusion demonstrates that, governing energy globally requires joint and coordinated efforts to address the challenges in energy field. Considering the roll played by BRICS as “*key emerging markets*” cooperation between these countries - especially in the renewable energy field - is essential to promote a strong agenda, which can progressively reach environment protection, sustainable development and access to energy.

Keywords: Global Energy Governance. BRICS. Energy Law. Renewables.

1. INTRODUÇÃO

A energia é um recurso fundamental para o desenvolvimento da economia. Atualmente, seria inimaginável o funcionamento da indústria e prestação de serviços sem eletricidade — a energia está fincada no coração dos interesses privados e estatais.¹ Como a geração de energia mundial está baseada nas fontes tradicionais e finitas, como petróleo e gás, a questão da segurança energética²,

1 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*. p. 27-60, 2014. p. 27.

2 De acordo com Rafael Leal-Arcas e Andrew Filis, a concepção de segurança energética global reside na satisfação das necessidades energéticas globais. Destaca-se que não se trata de um significado uniforme ou claramente aceito. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and*

assim como o desenvolvimento sustentável³ e o acesso da população mais carente à eletricidade, se tornaram temas de preocupação e debate na comunidade internacional.

Ao analisar o cenário energético internacional, revela-se um fenômeno controverso envolvendo os países que formam o BRICS. Apesar da força econômica desses atores, o panorama contemporâneo desponta que existem profundas omissões na governança energética global.

A importância dos Estados que formam o BRICS⁴ na economia internacional contemporânea cresceu, consideravelmente, nos últimos anos.⁵ Em especial, destaca-se o desempenho estratégico dessas economias no setor da energia. Esse panorama consolidou-se no fato de que os BRICS são dotados de matrizes energéticas diversas, que merecem destaque significativo no mercado internacional de energia. Diante da sua relevância, desperta-se para a necessidade de análise crítica do papel desempenhado pelo BRICS nesse setor, no que tange ao seu posicionamento político e econômico face aos demais *players* desse mercado.

Como exemplo de uma das lacunas presentes no setor, destaca-se a ausência de participação dos países que formam o BRICS como atores na agenda da governança energética global. O resultado de tal deficiência se revela por meio de instituições sem legitimidade e poder global reguladoras do setor energético internacional. Para um setor tão relevante, político e economicamente, entende-se que essa insuficiência pode ser significativamente prejudicial para o seu desenvolvimento.

Neste trabalho, analisamos algumas razões para justificar a ausência de participação do BRICS nas deci-

African Development. p. 27-60, 2014. p. 28-29.

3 Faz-se referência ao trabalho de Magno Gomes e Luís Eduardo Silva que buscava traçar o debate sobre o desenvolvimento sustentável no âmbito das políticas públicas do BRICS. GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017.

4 BRICS é acrônimo que faz referência a um grupo de cinco países: Brasil, Rússia, Índia e China. BRICS 2017 China. Disponível em: <<https://www.brics2017.org/English/AboutBRICS/BRICS/>> Acesso em 02 jan. 2018.

5 “Países que ganharam destaque nas últimas décadas por sua juventude econômica, isto é, os países emergentes, em especial, Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (BRICS).” GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 343.

sões das entidades regulatórias do setor energético: (i) estrutura arcaica dessas instituições; (ii) divergência de interesses político-econômicos entre os atores globais e (iii) ausência de inovação no desenvolvimento de novas fontes energéticas.

Verifica-se que, em primeiro lugar, os Estados BRICS adotam políticas públicas divergentes com relação à política interna e internacional do setor energético. Consequentemente, esses países, em conjunto, não adotam medidas coordenadas em prol da participação desse grupo no cenário energético global. Em segundo lugar, a estrutura do principal instituição regulatória internacional no campo de energia — a Agência Internacional de Energia — se caracterizou como um “clube dos ricos”, destacando o seu restrito acesso a países menos favorecidos economicamente. Em terceiro lugar, destaca-se a necessidade da promoção de fontes de energia renovável⁶ para proteção do meio-ambiente e segurança energética — os países do BRICS desenvolveram um papel relevante no setor de energia renovável que deve ser considerado no debate da governança energética global. Afinal, energia se tornou mais do que um assunto presente na ciência ou engenharia, passando a se caracterizar como ciência social.⁷

Nesse artigo, analisa-se, criticamente, (i) o sistema contemporâneo da governança energética global; (ii) a posição do BRICS no cenário regulatório internacional do setor de energia; e (iii) a promoção da inovação por meio de fontes de energia renovável como mecanismos de segurança energética e desenvolvimento sustentável.

Para tanto, optou-se por dividir este trabalho em quatro seções. Na sua primeira parte, apresenta-se o conceito da governança global e o mecanismo de regulação formado por múltiplos atores públicos e privados. Na segunda seção, trata-se de uma análise crítica sobre o atual *status* das iniciativas regulatórias no setor energético global. Na terceira seção, discute-se a posição do BRICS nesse setor, demonstrando a limitação

⁶ Durante a conferência internacional sobre governança energética global organizada pelo Centro para Inovação em Governança Internacional, o G20 concluiu que existia uma necessidade de “*build on the Major Economies Forum's work on clean energy*”. CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/events/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 16 jan. 2018.

⁷ SOUTH AFRICA. Energy Governance South Africa. Disponível em: <<http://www.egi-sa.org.za/tag/iep-2016/>>. Acesso em 25 jan. 2018.

da participação desses países no seio das relevantes instituições internacionais. Na quarta seção, analisa-se o desenvolvimento de políticas de energia renovável no âmbito do BRICS e sua importância como mecanismos de segurança energética e desenvolvimento sustentável. Alguns desses países, como a China, desenvolveram uma agenda nacional de incentivo à energia renovável. Outros, entretanto, ainda se encontram deficientes no desenvolvimento de um programa para incentivo políticas energéticas limpas.

2. GOVERNANÇA GLOBAL: O PARADIGMA DO MECANISMO DA REGULAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA

O debate crítico da governança energética global⁸ e seus obstáculos pressupõe o exame preliminar do conceito da governança global. Para uma melhor análise, decidiu-se por dividir a seção sobre o tema geral da governança global em duas partes. Na primeira, trata-se do conceito de governança global e, na segunda, busca-se examinar o papel dos diferentes atores nessa esfera.

De forma geral, a formação da governança global é altamente influenciada pelos processos de globalização sob condições resultantes do movimento acelerado de pessoas, capital, tecnologia, comunicação e conhecimento.⁹

O aumento das atividades além-fronteiras associadas à globalização induz a um crescimento da demanda por diferentes mecanismos de regulação no direito internacional.¹⁰ Esse fenômeno transformou as relações internacionais e criou um cenário em que a legislação interna dos Estados não figura mais como capaz de solucionar

⁸ VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. *Palgrave Communications*, v. 2, n. 15047, p.1-12, 2016. p. 1.

⁹ “*Acquiring an understanding of what these processes entail is important, for they give rise to global and regional networks of activity, institutions and regimes of governance, social movements, global legal interactions, and other kinds of transnational association*”. BENDA-BECKMANN, Franz; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. Mobile people, mobile law: an Introduction. In: BENDA-BECKMANN, Franz; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne (Ed.) *Mobile people, mobile law: expanding legal relations in a contracting world*. Surrey, U.K.: Ashgate, 2005, p.1-25, p. 1.

¹⁰ DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 3-35. p. 5.

os conflitos contemporâneos.

Diante desse panorama, permite-se dizer que os Estados podem ser beneficiados pela participação de atores privados no processo regulatório,¹¹ transformando a concepção tradicional da governança global.

Conceitualmente, deve-se destacar que, apesar de ‘governança’ ser facilmente relacionado com ‘governo’,¹² esses termos não são sinônimos. Por um lado, governo se refere às atividades de uma entidade vinculada ao Estado que tem por objetivo assegurar que a política pública seja devidamente implementada. Governança, por outro lado, se refere às atividades que envolvem objetivos comuns e derivam de responsabilidades previstas ou não, legal e formalmente, e que não necessariamente são baseados em poderes derivados de políticas públicas.¹³

Governança acabou por se tornar um termo geral que sumariza diversas formas de conduzir e produzir ordem social, a qual inclui mercados, Estados (governos) e redes.¹⁴ O processo decisório da governança global ocorre em diferentes esferas institucionais e permite a participação de múltiplos atores sociais.¹⁵

A visão tradicional da comunidade internacional, em que predominavam as relações interestatais, foi erodin-

do desde a década de 90.¹⁶ Na era em que os Estados apresentam menor habilidade em controlar as atividades transnacionais, é necessário construir uma regulação global¹⁷ que requer o estabelecimento de órgãos regulatórios globais, como organizações internacionais ou intergovernamentais.¹⁸

Assim, pode-se dizer que o

“adensamento do contexto de interdependência decorrente da globalização introduziu profundas modificações na forma de atuação e da formulação de políticas pelos Estados, ao pleitear tanto a criação de normas, como o exercício de governança para além das próprias fronteiras.”¹⁹

Não se trata de se colocar um fim da soberania ou do papel do Estado, mas sim de um processo em que “o ente estatal abriria mão de parte da soberania para garantir o fluxo de investimentos, mas ao mesmo tempo deve assegurar determinados valores estratégicos para sua preservação”.²⁰

O termo ‘global’ quando associado à ‘governança’ reflete a ampla gama de atores internacionais públicos e privados²¹ participando desse processo regulatório.

16 WOODWARD, Barbara. Introduction. In: WOODWARD, Barbara. *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*, Leiden: Brill, 2010. p. 2.

17 Regulação é um mecanismo adotado pelos Estados para organizar e controlar uma variedade de atividades internas desempenhadas pelos agentes econômicos em diferentes áreas. Walter Mattli e Ngaire Woods apresentam o conceito de regulação como: “*regulation, broadly defined as the organization and control of economic, political, and social activities by means of making, implementing, monitoring, and enforcing of rules*”. MATTLI, Walter; WOODS, Ngaire. In *Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics*. In: MATTLI, Walter; WOODS, Ngaire (Eds.). *The Politics of Global Regulation*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p.1-43, p. 1.

18 CASSESE, Sabino. *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*. *NYU Journal of International Law and Politics*, New York, v. 37, p. 663-694, 2005. p. 671.

19 DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança Global e a Organização Mundial: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.11, n. 2, p. 218-237, 2014. p. 222.

20 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. O Princípio Abrangente da Cooperação Internacional e a Governança dos Recursos Hídricos Transfronteiriços. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 111-131. p. 113.

21 JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability. *Brooklyn Journal of International Law*, New York, vol. 35, p. 41-106, 2010. p. 43. “*The twentieth century also remade global governance – it was no longer all nations all the time*”. KENNEDY, David. *The Mystery of Global Governance*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 37-68. p. 66.

Assim, a governança também pode ser associada às atividades de atores não Estatais, por exemplo, organizações não-governamentais (ONGs) e empresas transnacionais.²²³

Diante do crescimento intenso dessas relações multidimensionais entre atores públicos e privados, se convém utilizar o termo “governança global” em vez de “governança internacional”²⁴ para caracterizar esse fenômeno intenso tão presente na atualidade.

Marilda Rosado e Bruno Almeida apresentam os três principais aspectos que devem estar contidos no termo “governança”:

“o termo governança pode abarcar uma série de definições diferentes, que, entretanto, devem abordar necessariamente, três aspectos principais. Governança consiste no processo inerente à tomada de decisões (*decision-making process*) que acontece nos cenários institucionais devidos (mecanismos, sistemas ou mesmo tradições sociais), por meio dos quais restam assegurados a participação e envolvimento de múltiplos atores sociais”.²⁵

Destaca-se que, quando a governança é associada ao discurso da autoridade governamental, normalmente, está representada como “boa governança” envolvendo a implementação estatal das políticas públicas para o desenvolvimento social,²⁶ proteção do meio ambiente, direitos humanos e atividades econômicas regulatórias.²⁷

22 RAUSCHMAYER, FELIX; Berghöfer, Augustin; OMANN, Ines; ZIKOS, Dimitrios. Examining Processes or/and Outcomes? – Evaluation Concepts in European Governance of Natural Resources. **Environmental Policy and Governance**, Leeds, UK, n. 19, p.1-26, 2009. p. 19.

23 WOODWARD, Barbara. Introduction. In: WOODWARD, Barbara. Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice, Leiden: Brill, 2010. p.1. Jackson refer to the regulation produced by global civil society as “soft law” or “quasi-legislation” representing an alternative to the governmental one. JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability. **Brooklyn Journal of International Law**, vol. 35, p. 41-106, 2010. p. 44.

24 WOODWARD, Barbara. Introduction. In: WOODWARD, Barbara. Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice, Leiden: Brill, 2010. p.15.

25 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. O Princípio Abrangente da Cooperação Internacional e a Governança dos Recursos Hídricos Transfronteiriços. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 111-131. p. 122.

26 XAVIER JUNIOR, Ely; VOLPON, Fernanda. Dilemas da Governança Global: Os Indicadores Privados Internacionais e as Políticas Públicas Nacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). Direito Internacional em Expansão. 1^a ed. Belo Horizonte: Arraes, v. 8, 2016, p. 186-205. p. 188.

27 KAMTO, Maurice. Droit International de la Gouvernance.

Já a governança produzida pelos atores privados é chamada de “soft-law” ou “quasi-legislation”, considerada como uma regulação alternativa à governamental,²⁸ já que não conta com a interferência política estatal.

Governança global é tão importante no cenário atual que diferentes fóruns e instituições colocaram em pauta não somente as discussões sobre políticas públicas globais, mas também temas específicos que gravitam na esfera da governança global. Como exemplo, é possível citar a governança do comércio internacional²⁹, dos recursos hídricos³⁰, a proteção do meio ambiente,³¹ o sistema financeiro internacional, a energia, entre outros temas de equivalente relevância.³²

Identifica-se vasta literatura nacional e internacional construída sobre esses segmentos, o que evidencia as múltiplas facetas da governança global. Cada campo desempenha um papel singular, dotado de sua particular relevância. Alguns campos encontram dificuldades tanto em relação à conceituação quanto em relação à sua própria estrutura. Obstáculos como identificação de conceito, fragmentação na estrutura de governança se verificam tanto na governança energética global como, também, governança dos recursos hídricos ou governança do meio ambiente.

3^{ém} ed. Paris: A. Pedone, 2013. p. 313-4.

28 JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 35, p. 41-106, 2010. p. 44.

29 “A OMC, nesse cenário, é um ator internacional que exerce governança global com relação a um amplo espectro de temas. Ela não só possibilita a cooperação, ao proporcionar um ambiente horizontal de troca de compromissos políticos comerciais e de debates para o estabelecimento de normas de conduta comuns, como também exerce efetiva autoridade sobre as normas jurídicas e sobre a política interna de seus membros. A conformação de um sistema e ciente de governança global relacionada com comércio é essencial para a consecução dos objetivos internacionais de desenvolvimento”. DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança Global e a Organização Mundial: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.11, n. 2, p. 218-237, 2014. p. 224.

30 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. O Princípio Abrangente da Cooperação Internacional e a Governança dos Recursos Hídricos Transfronteiriços. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 111-131. p. 123.

31 RAUSCHMAYER, FELIX; Berghöfer, Augustin; OMANN, Ines; ZIKOS, Dimitrios. Examining Processes or/and Outcomes? – Evaluation Concepts in European Governance of Natural Resources. **Environmental Policy and Governance**, Leeds, UK, n. 19, 2009, p.1-26.

32 CASSESE, Sabino. Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation. **NYU Journal of International Law and Politics**, New York, v. 37, p. 663-694, 2005. p. 671.

No caso da governança dos recursos hídricos, propõe-se que, apesar de não haver um consenso na sua conceituação, pode-se dizer que a “governança das águas não é apenas um instrumento de políticas, mas sim o processo político relativo à gestão dos recursos hídricos”.³³

Já a governança energética, identifica-se não somente o desafio no alcance de uma definição, mas também a fragmentação de um mecanismo que não é capaz de endereçar as necessidades de um mercado energético global.

3. GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL: UM MERCADO ESTRATÉGICO GOVERNADO PELA FRAGMENTAÇÃO

O caráter estratégico do mercado de energia para a economia de um Estado é indiscutível.³⁴ Seria inimaginável o funcionamento de uma economia sem eletricidade — a energia permeia no coração dos interesses estatais.³⁵ Diante de tal singularidade, conclui-se que o desenvolvimento de um processo regulatório e coordenado deve ser priorizado face à importância que a segurança energética tem para a economia internacional.

Destaca-se, por consequência, a proeminência da governança energética evidenciada não somente em nível regional, mas global. A ocorrência de qualquer evento no mercado internacional da energia poderia gerar efeitos de forma escalonada com consequências inestimáveis.³⁶

33 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. O Princípio Abrangente da Cooperação Internacional e a Governança dos Recursos Hídricos Transfronteiriços. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). Direito Internacional Privado: Questões Controversas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 111-131. p. 123.

34 “energy engages almost every aspect of human endeavor in modern times”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elegar, 2014. p. 15.

35 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*. p. 27-60, 2014. p. 27.

36 “O acidente na central nuclear japonesa de Fukushima Dai-ichi a 11 de Março de 2011 redespertou a ansiedade pública relativa às catástrofes nucleares, conduzindo alguns países a rever urgentemente os sistemas de segurança das suas centrais de produção de energia nuclear”. SCHMIDT, Luísa; HORTA, Ana; PEREIRA, Sérgio. O desastre nuclear de Fukushima e os seus impactos no enquadramento midiático das tecnologias de fissão e fusão nuclear. São Paulo: **Ambiente & Sociedade**, v. 17, n. 4, p. 233-250, 2014.

As repercussões não se limitam, apenas, à esfera econômica, mas também ambiental, financeira, dos recursos hídricos. Diante da magnitude do tema, desperta-se para o debate crítico sobre as instituições internacionais e o domínio dos *players* tradicionais nesse setor.

Na governança energética global (GEG), identifica-se uma miríade de iniciativas regulatórias em três níveis: internacional, regional e nacional. Contudo, destacam-se as muitas lacunas no âmbito da GEG, resultando em um regime de governança fragmentado³⁷ e enfraquecido.³⁸

A partir da primeira análise, verifica-se a fragmentação em diferentes segmentos³⁹, destacando-se a realidade de que o próprio conceito de GEG não encontra unanimidade na doutrina internacional.

Os autores Leal-Arcas, Filis e Abu Gosh defendem que não existe um conceito próprio para ‘governança energética global’ devido à ausência de um mecanismo com instrumentos coesos propositadamente desenhados para a comunidade internacional endereçar as necessidades da segurança energética coletiva.⁴⁰ Na opinião desses autores, o que existe são diferentes iniciativas de uma plethora de instituições e atores sem uma organização propriamente dita.

O escopo da GEG tampouco alcançou um consenso. Os autores Van de Graaf e Colgan apresentam uma metodologia em que se diferencia o escopo caracterizado como potencial do escopo real.

p. 233. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2014000400017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 jan. 2018.

37 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elegar, 2014. p. 18.

38 Na opinião da Luizella Branco, o tema da governança global é um debate atual nos diversos campos, mas não é suficiente no campo da energia. O paradigma das relações internacionais e da segurança energética como representação do poder do Estado ainda domina o campo da governança energética global. BRANCO, Luizella G. B. Biocombustíveis, governança global e comércio internacional: rumo a um novo paradigma energético? 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 30.

39 “Conference participants agreed with the characterization that the “global energy governance system” in 2014 is fragmented, Byzantine and unresponsive to new energy problems.”. CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20. 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/articles/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 17 jan. 2018

40 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elegar, 2014. p. 16.

O escopo potencial abrange cinco temas de relevância para a GEG — segurança energética, desenvolvimento econômico, segurança internacional, meio-ambiente sustentável e boa governança nacional.⁴¹ Já o escopo real — assuntos atualmente desenvolvidos pelos principais atores globais — não apresenta equivalência com o potencial. Segundo Van de Graaf e Colgan, cada ator (público ou privado) trata, separadamente, de um tema parte do escopo da GEG, sem lidar com todos os cinco temas de forma coletiva.⁴²

Durante a conferência internacional organizada pelo Centro para Governança Internacional de Inovação, os Estados participantes determinaram que a GEG deveria compreender a segurança energética por meio do preço estável, fornecimento-demanda equilibrado, acessibilidade, sustentabilidade e eficiência.⁴³ Contudo, a conclusão unânime dos participantes dessa conferência foi que esses objetivos ainda não foram alcançados.

A fragmentação da GEG resulta em mercados inefficientes, desconsideração sobre as externalidades da mudança climática e escassez de segurança energética.⁴⁴ Esses fatores devem ser tema de debate diante da necessidade eminente de proteção ambiental e democracia energética⁴⁵ que se verifica na atualidade.

No estudo da GEG, depara-se com outro obstáculo além da inconsistência conceitual e projeção dos objetivos. O mapeamento dos atores na GEG — “*global energy governors*” — pela doutrina internacional se tornou inconsistente em razão da adoção de critérios metodológicos distintos para identificação desses atores.

Sovacool e Florini categorizam os atores da go-

41 VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. **Palgrave Communications**, v. 2, n. 15047, p.1-12, 2016. p. 3-4.

42 VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. **Palgrave Communications**, v. 2, n. 15047, p.1-12, 2016. p. 3-4.

43 CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20. 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/articles/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 17 jan. 2018.

44 “*The consensus view was that current arrangements in the field of energy have resulted in several governance gaps. Indications of this include inefficient markets, a disregard of climate change externalities and an inadequate security of supply.*” CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20. 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/articles/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 17 jan. 2018

45 Adotamos o conceito de democracia energética no sentido de permitir o acesso ampla da população mais carente às fontes energéticas.

vernância energética em seis tipos: as organizações intergovernamentais — como a Agência Internacional de Energia — processos de cúpula, organizações não governamentais internacionais, instituições financeiras multilaterais — desempenham um papel dos bancos de fomento — organizações regionais e entidades híbridas.⁴⁶ Dentro dessas seis categorias, restaram mapeados, em uma lista não exaustiva, aproximadamente, 50 atores globais atuantes no setor energético.⁴⁷

Por outro lado, o trabalho de Leal-Arcas, Filies e Abu Gosh englobou, apenas, 15 atores globais no centro da governança energética global — sem categorias explícitas,⁴⁸ destacando a necessidade de cooperação e engajamento multilateral dos Estados para garantir o endereçamento das necessidades energéticas nacionais.

Em todas essas iniciativas regulatórias, verifica-se o caráter de segmentação, sendo que nenhuma dessas entidades é capaz de cobrir todos os potenciais temas da GEG. Como resultado, pode-se dizer que não há uma única organização capaz de responder globalmente pelo setor energético,⁴⁹ diante da transnacionalidade e fragmentação do setor.⁵⁰

Dentre as instituições que governam a energia, exis-

46 Interessante ressaltar que esses autores excluem as empresas transnacionais da lista de sujeitos da governança global. Na nossa opinião, esses atores privados também deveriam ser considerados como “*global energy governors*”. SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. **Journal of Energy and Natural Resources Law**, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012. p. 239-251.

47 O mapa de atores globais no campo da energia de Sovacool e Florini engloba 12 organizações intergovernamentais, 2 processos de cúpula, 3 organizações não-governamentais internacionais, 6 instituições financeiras multilaterais, 7 organizações regionais e 20 organizações híbridas. SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. **Journal of Energy and Natural Resources Law**, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012, p. 239.

48 UN, EU/EEA, NAFTA, ASEAN/AFTA, ECC, GECE, G8/G8+5, G20, IEA, IEF, MEF, OPEC, UNFCCC, WPC, WTO. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elgar, 2014. p. 24-25.

49 RÖHRKASTEN, Sybille. Integração energética regional: a governança global da energia e o cenário latino-americano. In: HUBNER, Christian (Ed.). Integração Energética Regional: Desafios geopolíticos e climáticos. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 1-53, 2015. p. 31.

50 “*Thus, global energy governance refers to the rules and actors related to energy that cross national borders*”. SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. **Journal of Energy and Natural Resources Law**, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012. p. 237.

tem doze organizações intergovernamentais (IGOs), criadas e fundadas por governos locais, cujo secretariado responde diretamente a alguma autoridade governamental.⁵¹ Esse é o caso da Agência Internacional de Energia (AIE) fundada em 1974⁵², *Organización Latinoamericana de Energía* criada em 1973, Tratado da Carta da Energia assinado em 1994 (entrada em vigor em 1998)⁵³ e a Agência Internacional de Energia Renovável (IRENA) fundada em 2009.⁵⁴

A AIE constitui uma organização intergovernamental que conta, atualmente, com 29 Estados-Membros, focando suas atividades em quatro áreas principais: segurança energética, desenvolvimento econômico, consciência ambiental e engajamento mundial.⁵⁵

Inicialmente, a AIE foi criada com o propósito de atender as consequências da crise do petróleo de 1973-1974. O principal objetivo da AIE consiste na promoção da energia de forma segura e acessível a todos seus membros.⁵⁶

Os críticos às instituições internacionais que formam parte do mecanismo da GEG destacam que a estrutura contemporânea para associação à AIE transformou essa organização em um “clube dos ricos”. Isto porque, o mecanismo de associação exige que os países sejam previamente membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁵⁷⁵⁸

51 SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012. p. 238.

52 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<https://www.iea.org/about/>>. Acesso em 16 jan. 2018.

53 ENERGY CHARTER TREATY. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/>>. Acesso em 16 jan. 2018.

54 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<http://www.irena.org/statutevisionmission>>. Acesso em 17 jan. 2018.

55 “*Energy Security: Promoting diversity, efficiency, flexibility and reliability for all fuels and energy sources; Economic Development: Supporting free markets to foster economic growth and eliminate energy poverty; Environmental Awareness: Analysing policy options to offset the impact of energy production and use on the environment, especially for tackling climate change and air pollution; and Engagement Worldwide: Working closely with partner countries, especially major emerging economies, to find solutions to shared energy and environmental concerns*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<https://www.iea.org/about/ourmission/>>. Acesso em 16 jan. 2018.

56 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<https://www.iea.org/about/history/>>. Acesso em 16 jan. 2018.

peração e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁵⁷⁵⁸

A restrição à associação não se limita a esse único requisito. Dentre outros requisitos, o candidato deve demonstrar que possui reservas de óleo cru e/ou produto equivalente por um período de 90 dias referente à importação de óleo líquido calculado com base no ano anterior.⁵⁹ Esse último é considerado como um mecanismo de evidência de que o Estado seria capaz de responder inequivocamente as possíveis crises internacionais no setor da energia.

Os autores Van de Graaf e Colgan criticam as condições impostas para admissão de membros à AIE. China e Índia, dois dos principais Estados consumidores de energia do mundo, estão fora dessa organização.⁶⁰ Nenhum dos países do BRICS é membro da AIE.

Barreiras legais e políticas são as principais razões bloqueando novos membros para acederem à AIE.⁶¹ As barreiras legais estão representadas pelos requisitos de associação mencionados acima. As barreiras políticas

57 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Membership. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/membercountries/>>. Acesso em 17 jan. 2018.

58 A Agência enfatiza que a associação à OCDE não inclui associação automática à AIE. A partir de 2015, o Chile, Islândia, Israel, México e Eslovênia são membros da OCDE, mas não fazem parte da AIE. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Membership. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/membercountries/>>. Acesso em 17 jan. 2018.

59 “*Before becoming a member country of the IEA, a candidate country must demonstrate that it has:*

as a net oil importer, reserves of crude oil and/or product equivalent to 90 days of the prior year's average net oil imports to which the government (even if it does not own those stocks directly) has immediate access should the Co-ordinated Emergency Response Measures (CERM) – which provide a rapid and flexible system of response to actual or imminent oil supply disruptions – be activated a demand restraint programme for reducing national oil consumption by up to 10% legislation and organisation necessary to operate, on a national basis, the CERM and legislation and measures in place to ensure that all oil companies operating under its jurisdiction report information as is necessary”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Membership. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/membercountries/>>. Acesso em 17 jan. 2018.

60 “*broadening its membership by drawing in the emerging net consumers, that is China and India, would help to give this body [IEA] more clout*”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*. p. 27-60, 2014. p. 52.

61 “*Expanding its membership presumably poses political difficulties as this may require its core membership (eg, the founding members of the IEA/ OECD) to redraft their membership criteria to make these more inclusive*”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*. p. 27-60, 2014. p. 52.

são verificadas diante das dificuldades impostas pelos atuais membros, os quais parecem não admitir a entrada de novos participantes.⁶²

A consequência desse mecanismo é a exclusão de atores públicos que desempenham papel crucial no cenário econômico internacional de energia, o que pode gerar consequências internacionais graves.

Defende-se que, caso surja uma nova crise do petróleo, a AIE não terá a habilidade de gerenciá-la. Isto porque os Estados-membros da AIE⁶³ não representam os principais produtores e consumidores mundiais como representavam no momento da sua formação.

Ademais, apresenta-se outra crítica à estrutura da AIE. Diante do número reduzido de seus membros, pode-se dizer que os objetivos dessa instituição parecem ser demasiadamente ambiciosos. Para alcançar a energia limpa segura e acessível, seria necessário contar com a cooperação e informação coordenada com vários Estados, os quais não formam parte da AIE.

IRENA, por outro lado, é uma organização energética mais acessível. De acordo com o estatuto da IRENA, a associação é aberta àqueles Estados que são membros da Organização das Nações Unidas (ONU) e das organizações intergovernamentais regionais para integração econômica, desejando e atuando de acordo com os objetivos e atividades dispostos nesse estatuto.⁶⁴

IRENA conta com 154 Estados-Membros, inclusive Rússia, Índia, China e África do Sul, assim como 29 Estados participantes do processo formal de adesão.⁶⁵ Em janeiro de 2018, o Brasil formalizou seu interesse em tornar-se membro da IRENA.⁶⁶

62 Para uma visão mais profunda das barreiras legais e políticas, ver também: VAN DE GRAAF, Thijs. The IEA, the New Energy Order and the Future of Global Energy Governance. In: LESAGE, Dries; VAN DE GRAAF, Thijs (Eds.). *Rising Powers and Multilateral Institutions*. Palgrave Macmillan UK, p. 79-96, 2015. p. 79.

63 VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. *Palgrave Communications*, vol. 2, n. 15047, p.1-12, 2016. p. 2.

64 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Statute of the International Renewable Energy Agency (IRENA). Disponível em: < http://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FECD40F55F1>. Acesso em 18 jan. 2018.

65 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. IRENA Membership. Disponível em: < <http://www.irena.org/irenamembership#memberMap>>. Acesso em 18 jan. 2018.

66 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Brasil dá início

IRENA é uma organização intergovernamental focada em prover suporte aos países para promoção de energia sustentável⁶⁷, cooperação internacional entre seus membros e uma plataforma para políticas, recursos e conhecimento financeiro no âmbito da energia renovável.⁶⁸ Apesar da sua fundação recente, IRENA já desenvolveu políticas, promoveu cooperação em transferência tecnológica e pesquisa sobre energia renovável,⁶⁹ representando uma expansão no acesso da população mundial à eletricidade.⁷⁰

Mapear a GEG é um dos maiores desafios no âmbito da governança global. Os governos ainda necessitam se desvincular da percepção antiga de que energia é um assunto de segurança nacional, o qual não permite colaboração entre os atores estatais. Até porque, cooperação entre Estados no campo da energia tem ocorrido de forma fragmentada e multifacetada ao invés de ser coordenada e universal.⁷¹

Como reflexo desse cenário, nenhum fórum de energia se tornou capaz de cobrir a lacuna deixada pela AIE⁷². Nenhuma instituição ainda poderá solucionar os desafios a longo-prazo no setor energético global. As instituições contemporâneas foram criadas para lidar com desafios e crises assim que ocorrem e não com os obstáculos profundos do setor energético.⁷³ Soluções

a processo de adesão à IRENA. Disponível em: <<http://www.italmaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>>. Acesso em 25 de jan. 2018.

67 Para um background histórico da IRENA incluindo origens, antecedentes e instituições, ver WRIGHT, Glen. The International Renewable Energy Agency: A Global Voice for the Renewable Energy Era? The International Renewable Energy Agency, *Renewable Energy Law and Policy Review*, Berlin, Germany, n. 4, p. 251-268, 2011. p. 252-258.

68 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Disponível em: < <http://www.irena.org/aboutirena>>. Acesso em 18 jan. 2018.

69 SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, London, UK, v. 30, n. 3, p. 235-263, 2012. p. 241.

70 MEYER, Timothy. The Architecture of International Energy Governance. *American Society of International Law Proceedings*, Research Paper Series, n.2013-13, p-389-394, 2012. p. 391.

71 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*. p. 27-60, 2014, p. 32

72 VAN DE GRAAF, Thijs. The IEA, the New Energy Order and the Future of Global Energy Governance. In: LESAGE, Dries; VAN DE GRAAF, Thijs (eds.) *Rising Powers and Multilateral Institutions*. Palgrave Macmillan UK, 2015. p. 94.

73 MEYER, Timothy. The Architecture of International Energy

concretas requerem um sistema com mecanismos globais capazes de coordenar as conflitantes políticas e interesses nacionais.

O aperfeiçoamento da GEG consubstancia-se em ferramenta relevante para o desenvolvimento do setor, em especial, para a promoção da energia renovável, desenvolvimento social e proteção ambiental.

Por essa razão, entendemos pela importância de se ampliar o debate crítico sobre o panorama da fragmentação da atualidade, objetivando novas soluções para preenchimento das lacunas e fortalecimento das instituições por meio de um viés mais democrático.

É necessário buscar um mecanismo que permita a cooperação entre os principais *players* globais no cenário da energia. A IRENA pode ser um caminho para mitigar o cenário de fragmentação diante da sua formação permeada de valores democráticos que visam a facilidade de associação. Além disso, suas atividades enfocam mais o desenvolvimento da energia sustentável com compartilhamento de informação, em vez do caráter segmentado da AIE.⁷⁴

Governar energia globalmente requer medidas que possam, simultaneamente, lidar com diferentes realidades: a alta fragmentação e natureza conflituosa do panorama atual da governança energética e o domínio dos procedimentos nacionais no processo decisório, os quais não estão efetivamente integrados no processo regulatório da GEG.⁷⁵

Entende-se que um sistema coeso de governança pode levar a um mercado mais fortalecido, permitindo o desenvolvimento e produção de energia limpa, um instrumento essencial para alcançar crescimento econômico e desenvolvimento sustentável.

Conclui-se pela necessidade iminente de reforma

do cenário fragmentado atual, devendo estimular um processo regulatório mais concentrado e harmonizado. Deve-se investir no aperfeiçoamento da cooperação entre Estados, reformulação do ambiente das políticas nacionais, inovação das fontes de energia e convergência entre o direito internacional público e privado. Em nossa opinião, essas são as vertentes que devem ser desenvolvidas para alcançar o sucesso e governar a energia globalmente.

4. A (IN)EXISTENTE PARTICIPAÇÃO DOS PAÍSES DO BRICS NA GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL

No panorama atual das relações internacionais, depara-se com um cenário em que os gigantes da Índia, China, África do Sul, Rússia e Brasil deveriam desempenhar um papel mais participativo no aprimoramento da GEG.⁷⁶

Casella ressalta que os países do BRICS e o impacto da institucionalização potencial desse novo modelo no cenário global não devem ser subestimados.⁷⁷ Não à toa, China, Índia e Brasil foram apontados para formar parte do grupo G8+5, encaixando-se, perfeitamente, na perspectiva de cooperação interestatal quanto à segurança energética.⁷⁸

O BRICS tem aptidão para contribuir com o preenchimento das lacunas da governança global desperdiçadas pelos Estados Unidos e Europa, mas trata-se de um processo em construção que depende da cooperação entre os países do BRICS para modificar o status atual das relações internacionais.⁷⁹

A característica inovadora do BRICS é justificada pelo fato de que são países que, também, podem pro-

Governance. **American Society of International Law Proceedings**, Research Paper Series, n.2013-13, p-389-394, 2012. p. 390.

74 MEYER, Timothy. The Architecture of International Energy Governance. **American Society of International Law Proceedings**, Research Paper Series, n.2013-13, p-389-394, 2012. p. 392:394. Wright também defende a capacidade da IRENA em “*become something of a coordinating body over time, pooling the resources of organisations and administering projects that take advantage of the various strengths of different groups*”. WRIGHT, Glen. The International Renewable Energy Agency: A Global Voice for the Renewable Energy Era? The International Renewable Energy Agency, **Renewable Energy Law and Policy Review**, Berlin, Germany, n. 4, p. 251-268, 2011. p. 266-267.

75 DUBASH, Navroz K. and FLORINI, Ann. Mapping Global Energy Governance. **Global Policy**, Medford, US, v. 2, p. 6-18, 2011. p. 6.

76 KENNEDY, David. The Mystery of Global Governance. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.) **Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance**. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 37-68. p. 57.

77 CASELLA, Paulo Borba. BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: Uma perspectiva. **Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 105, p.435-472, jan/dez 2010.p. 7.

78 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. **International Economic Law and African Development**, p. 27-60, 2014. p. 54.

79 CASELLA, Paulo Borba. BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: Uma perspectiva. **Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 105, p.435-472, jan/dez 2010. p. 435-437; 441

por um novo modelo de inserção e cooperação na arena internacional.⁸⁰ Assim, o BRICS se tornou uma entidade de política com objetivo de explorar as oportunidades econômicas com interação entre seus membros, como também reformar o sistema da governança global.⁸¹

No campo da energia, os países do BRICS desempenham um papel economicamente relevante. A Rússia exerce forte influência no setor energético da Europa e Ásia.⁸² O Brasil é um dos seis principais produtores de petróleo nas últimas duas décadas,⁸³ China é um dos principais consumidores de energia no mundo e Índia será o principal direcionador de consumo de energia na Ásia a partir de 2020.⁸⁴

A doutrina tradicional do campo da energia defende que os países do BRICS podem vir a desempenhar um papel de vital importância nesse setor. Os principais fatores para esse argumento são baseados no crescimento econômico, territórios extensos, amplitude dos recursos energéticos e desenvolvimento de tecnologia.⁸⁵

Apesar da importância inquestionável do BRICS no consumo e produção de energia, esses países representam uma das lacunas identificadas na GEG. A justificativa para essa perspectiva reside no fato de que todos os países do BRICS são excluídos da posição de Estado-membro na principal organização internacional para energia – AIE.⁸⁶ Ressalta-se que, sequer a China

80 CASELLA, Paulo Borba. BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: Uma perspectiva. **Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 105, p.435-472, jan./dez. 2010.p. 153.

81 HAIBIN, Niu. BRICS in Global Governance: A progressive Force?. Friedrich Ebert Stiftung. 2012. p. 1-6. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/09048.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2018. p. 2.

82 HAIBIN, Niu. BRICS in Global Governance: A progressive Force?. Friedrich Ebert Stiftung. 2012. p. 1-6. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/09048.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2018. p. 5.

83 DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform? **The Royal Institute of International Affairs**, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015. p. 811.

84 DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform? **The Royal Institute of International Affairs**, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015. p. 801.

85 CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 23, n.1, p. 192-203, 2016. p. 193.

86 DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform? **The Royal Institute of**

e Índia — principais consumidores de energia — são Estados-membros dessa organização internacional tão relevante.⁸⁷

Como reconhecimento dessa lacuna, a AIE tem realizado um trabalho de cooperação extraoficial com os países do BRICS.⁸⁸ Em 2015, a China ativou o seu status de “Estado associado”, como anunciado pela AIE por meio da Declaração Ministerial Conjunta. Essa mudança representou um passo histórico no desenvolvimento da governança energética global.⁸⁹ A referida Declaração reconhece que o mecanismo de associação cumpre um papel significativo no setor, mencionando que tal mecanismo é uma etapa importante para desenvolver uma organização verdadeiramente global no setor energético.⁹⁰

O Brasil, por sua vez, se tornou Estado associado em outubro de 2017, quando a AIE reconheceu a experiência desse país no campo da energia limpa e convencional, sendo uma peça importante para ajudar nas soluções dos desafios energéticos globais. O próprio título da notícia que anuncia o novo status do Brasil destaca

International Affairs, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015. p. 799-800.

87 VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. **Palgrave Communications**, vol. 2, n. 15047, p.1-12, 2016. p. 2.

88 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. China, People's Republic of (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/chinapeoplesrepublicof/>>. Acesso em 18 jan. 2018. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. India (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/india/>>. Acesso em 18 jan. 2018. “*The IEA has established ever closer cooperation with Brazil since 2006, and on 31 October 2017 Brazil activated Association status with the Agency.*” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/brazil/>>. Acesso em 18 jan. 2018. “*Co-operation between the IEA and the Russian Federation dates back to 1994 and has addressed the shared objectives of improving global energy security.*” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Russian Federation. Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/russianfederation/>>. Acesso em 18 jan. 2018. “*The Republic of South Africa is a key Partner country of the IEA and a candidate for Association.*” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. South Africa (Partner country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/southafrica/>>. Acesso em 18 jan. 2018.

89 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Joint Ministerial Declaration on the occasion of the 2015 IEA Ministerial meeting expressing the Activation of Association, 2015. Disponível em: <http://www.iea.org/media/news/2015/press/IEA_Association.pdf>. Acesso em 18 jan. 2018.

90 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Structure. Disponível em: <<http://www.iea.org/about/structure/>>. Acesso em 18 jan. 2018.

que a sua participação como associado “reformula a governança energética internacional”.⁹¹

Apesar das evoluções aqui citadas, pode-se afirmar que o mecanismo atual de associação não é suficiente para lidar com uma possível crise energética, diante da falta de participação de Estados com representação econômica de peso na esfera política da AIE. Isto porque, a diretoria — órgão que toma as decisões dessa organização — é formada por ministros de energia apenas dos Estados-membros.⁹²

Esse cenário tem exigido a modernização política da AIE, que desenvolveu uma agenda com base em três pilares: a expansão do mandato da AIE na segurança energética — além do óleo e gás e eletricidade; a permissão para entrada de Estados emergentes como países membros; e, transformação da AIE em uma plataforma global de energia limpa, incluindo eficiência energética.⁹³

Diante do expressivo consumo energético representado pela China e Índia, exige-se uma inclusão mais participativa desses Estados na governança energética global. Brasil e Rússia também devem ser inseridos no cenário da GEG devido a sua capacidade de geração de energia limpa e convencional. Dessa forma, urge-se por uma modernização profunda na estrutura da AIE para um sistema de inclusão material e não apenas um sistema de assistência associativa.

Alternativamente, sugere-se um avanço na cooperação interestatal no seio do BRICS como mecanismo de participação na governança energética global. Esses países podem se organizar a partir de uma relação mais

91 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017. Disponível em: < <http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em 18 jan. 2018.

92 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017. Disponível em: < <http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em 18 jan. 2018.

93 “The 2017 meeting also allowed IEA ministers to review steps the agency should take to extend its modernization mandate, an agenda laid out at the last ministerial meeting, in 2015. It is based on three pillars: expanding the IEA’s mandate on energy security beyond oil to natural gas and electricity; opening the agency’s doors to emerging countries; and turning the IEA into a global clean energy hub, including for energy efficiency.” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Structure - Ministerial Meeting. Disponível em: <<http://www.iea.org/about/structure/>>. Acesso em 18 jan. 2018.

assistencial e coordenada entre si. A atuação como grupo com coordenação de seus interesses pode ajudá-los a barganhar melhorias e batalhar por maior inserção global.⁹⁴

Não restam dúvidas de que o cenário energético global da contemporaneidade exige o desenvolvimento de fontes alternativas de energia para suprir a demanda prevista para o futuro próximo.⁹⁵ Os governos devem reorganizar a sua estratégia política e reduzir os seus subsídios alocados nas fontes energéticas tradicionais, focando a demanda governamental na energia renovável.⁹⁶

A postura recente da AIE foi condizente com essa perspectiva. Determinou-se a mudança do eixo de concentração dos esforços dessa entidade para o desenvolvimento de uma plataforma de energia renovável. Reconheceu-se publicamente que o Brasil — dotado de experiência em fontes renováveis de energia em uma matriz energética mista — pode contribuir para as dis-

94 “Curiously, the energy sector is probably one of the exclusive markets, if not the only Market, where less developed countries may have stronger bargaining power in international negotiations because of the abundance of oil and gas like Venezuela and the Middle Eastern countries”. MOROSINI, Fabio. Rethinking International Regulatory Strategies: The interplay between the electricity sector and the environment in North America. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 81-110, 2006. p. 90.

95 Luizella Branco destaca alguns fenômenos que levam à necessidade de uma agenda renovável mais robusta: “Alguns exemplos da emergência de fenômenos contemporâneos relacionados à atividade energética e a observância de suas consequências no desenvolvimento econômico e na estabilidade política dos países, podem ser facilmente apontados: (i) o potencial esgotamento das reservas de petróleo fóssil em contraponto ao seu consumo contínuo pelas nações; (ii) o aumento do preço do petróleo em descompasso com a baixa inflação do mercado; (iii) a garantia incerta de fornecimento de petróleo devido à instabilidade política nas principais regiões produtoras no mundo; (iv) a adoção de medidas para redução da poluição advindas do consumo dos combustíveis, com vistas à preservação do meio ambiente; (v) a existência do Protocolo de Kyoto que traça a política dos países sobre o meio ambiente, estabelecendo metas de controle das emissões de CO₂ a partir de 2008; (vi) a elevação de preços dos alimentos e a consequente diminuição de seu consumo como consequência da exploração de novas reservas de petróleo”. BRANCO, Luizella G. B. Biocombustíveis, governança global e comércio internacional: rumo a um novo paradigma energético? 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 20.

96 BRANCO, Luizella G. B. Biocombustíveis, governança global e comércio internacional: rumo a um novo paradigma energético? 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 20.

cussões da AIE relativas à segurança energética.⁹⁷

No contexto do BRICS, a promoção de energia renovável pode ser um elemento chave para o sucesso da coordenação no seio do grupo, permitindo o desenvolvimento de uma matriz de energia limpa e acesso democrático por parte da população. No próximo tópico, analisaremos as medidas regulatórias adotadas pelos países do BRICS para incentivar a produção e regulação de energia renovável.

5. ENERGIA RENOVÁVEL: A CHAVE PARA O SUCESSO DO BRICS NA GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL?⁹⁸

O fortalecimento da energia renovável e a busca pela eficiência energética são desafios contemporâneos que devem ser enfrentados pela governança energética global. Como apontado pelo G20 durante a Conferência Internacional organizada pelo Centro para Inovação em Governança Internacional, a ausência de eficiência no setor energético, a inobservância das mudanças climáticas e constantes subsídios para as fontes tradicionais de energia levaram a um cenário internacional inviável.

Atenta-se para a necessidade de uma reformulação das políticas públicas energéticas com objetivo de fomentar a geração de energia renovável.⁹⁹ As fontes tradicionais não apenas contam com preço elevado de produção, mas também impactam, negativamente, o meio-ambiente. Já as fontes alternativas podem gerar, não somente, benefícios ambientais, como também ganhos sociais e econômicos.

97 “The country's experience in managing renewable resources in its energy mix can contribute greatly to IEA discussions on a broadened concept of energy security.” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017. Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em 18 jan. 2018.

98 Na opinião de Benjamin Sovacool e Ann Florini os mecanismos efetivos de governança energética são “essential part of the transition to low-carbon economies”. SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. **Journal of Energy and Natural Resources Law**, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012. p. 236.

99 CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/events/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 10 jan. 2018.

Os benefícios sociais estão relacionados à ampliação do acesso da população mais carente à eletricidade, já que: “1.3 bilhões de pessoas ainda não possuem acesso à eletricidade”, conforme estatísticas de 2014.¹⁰⁰ Os benefícios ambientais consistem em um desenvolvimento sustentável que precisa ser estimulado, em especial, pelos países emergentes do BRICS.

Para o crescimento do mercado de energia renovável no âmbito do BRICS, os governos precisam aperfeiçoar as suas políticas públicas.

“O fortalecimento da capacidade de os países formularem e executarem políticas públicas consistentes, e com vistas à promoção do crescimento e do desenvolvimento econômico também em âmbito internacional, passou a fazer parte da agenda global.”¹⁰¹

Além disso, é preciso endereçar os desafios desse mercado como o alto risco de investimento¹⁰² e a necessidade de inovação tecnológica.

Pode-se afirmar que Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul enfrentam desafios similares no setor energético, mas contam com o mesmo desejo por expansão das fontes renováveis.¹⁰³ Vejamos adiante as políticas públicas implementadas e quais são os obstáculos enfrentados pelo BRICS na transição energética para fontes renováveis.

Cada um dos países do BRICS possui a sua particularidade em termos de consumidores, indústrias, tendência de crescimento, governança ambiental e fontes energéticas.¹⁰⁴

100 CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/events/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 10 jan. 2018.

101 DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança Global e a Organização Mundial: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.11, n. 2, p. 218-237, 2014. p. 223.

102 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable Energy Medium-Term Market Report 2015: Market Analysis and Forecasts to 2020. p. 1-8, 2015. Executive Summary. Disponível em: <<https://www.iea.org/Textbase/npsum/MTrenew2015sum.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018. p. 7.

103 CHAMON, Henrique. A cooperação entre os BRICS e as transformações da ordem energética global. Pontes: Informações e Análises sobre Comércio e Desenvolvimento Sustentável, v. 8, n. 7, 2012. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-coopera%C3%A7%C3%A3o-entre-os-brics-e-as-transforma%C3%A7%C3%A3o-B5es-da-ordem-energ%C3%A9tica-global>>. Acesso em 23 jan. 2018.

104 CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência

Como exemplo dessas singularidades, a China e Índia são países ricos em carvão e pobres em óleo e gás.¹⁰⁵ O Brasil desenvolveu uma matriz energética bastante diversificável, com produção de energia a partir do petróleo, gás natural, assim como investimento e desenvolvimento de renováveis que, em janeiro de 2017, representava 43,80% da matriz energética do Brasil¹⁰⁶. A Rússia estruturou seu pilar energético com base na produção e consumo de petróleo, gás e carvão,¹⁰⁷ em que “os lucros vindos da exportação de hidrocarbonetos possibilitaram uma política social estatista mais forte”.¹⁰⁸

Os países do BRICS também apresentam uma divergência crescente de interesses econômicos e políticos no mercado internacional. Enquanto a Rússia se beneficia da alta do preço, a China e Índia se prejudicam, por se tratarem de consumidores no mercado internacional.

Essas dinâmicas se tornaram focos de tensões persistentes,¹⁰⁹ dentro e fora do BRICS. O status da promoção de energia renovável representa a discrepância entre os países que formam o BRICS, já que se identifica a disparidade das políticas públicas dentro do grupo.

Verifica-se um desenvolvimento na produção de energia renovável no mercado brasileiro, chinês e india-

no, enquanto África do Sul e Rússia apresentam menor interesse no progresso do mesmo.¹¹⁰ Esses países, assim como outros não membros da OCDE permanecem na fase inicial de implementação de projetos de desenvolvimento de renováveis.¹¹¹

A divergência, também, se reflete na governança das políticas públicas. China e Índia decidiram concentrar seus esforços na redução da dependência das fontes tradicionais de energia.¹¹² Como resultado, o governo chinês tem investido alto na agenda de renováveis. Em 2014, a AIE destacou que a China representava sozinha 40% da capacidade de crescimento de energia renovável no mundo, equivalente ao triplo da capacidade de produção energética total da Grã-Bretanha.¹¹³

A AIE defende que as políticas públicas em prol das fontes renováveis representam um instrumento importante para alcançar novos objetivos.¹¹⁴ Ocorre que, não somente as políticas públicas, mas também a disponibilidade de financiamento, segurança jurídica, infraestrutura e redução da utilização de combustíveis fósseis são importantes para a promoção de energia renovável.¹¹⁵

Com objetivo de se perseguir um desenvolvimento econômico sustentável, é fundamental que os países do BRICS busquem o foco no investimento na produção

energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 23, n.1, p. 192-203, 2016. p. 194.

105 ZHANG, Huiming; LI, Lianshui; CAO, Jie; ZHAO, Mengnan; WU, Qing. Comparison of renewable energy policy evolution among the BRICs. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**. Elsevier, n. 15, p. 4904-4909, 2011. p. 4905.

106 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Renováveis devem manter participação de 43% na matriz energética em 2017. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticas/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/renovaveis-devem-manter-participacao-de-43-na-matriz-energetica-em-2017. Acesso em 29 jan. 2018.

107 ZHANG, Huiming; LI, Lianshui; CAO, Jie; ZHAO, Mengnan; WU, Qing. Comparison of renewable energy policy evolution among the BRICs. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**. Elsevier, n. 15, p. 4904-4909, 2011. p. 4905.

108 GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 348.

109 DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform? **The Royal Institute of International Affairs**, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015. p.807. Graham concorda com essa visão e menciona que “Russia’s interest as an energy producer in high oil and gas prices runs counter to China’s and India’s interest as major energy consumer”. GRAHAM, Thomas. Russia, the BRICS, and the United States. **Yale Journal of International Affairs**, p. 23-29, 2013. p.27.

110 MÜLLER, Simon; MARMION, Ada; BEEREPOOT, Miliou. Renewable Energy: Markets and prospects by region., p. 1-118, 2011. Disponível em: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/Renew_Regions.pdf>. Acesso em 24 jan. 2018. p. 48.

111 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>> . Acesso em 25 jan. 2018. p. 6.

112 DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform? **The Royal Institute of International Affairs**, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015. p. 799-800.

113 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable Energy Medium-Term Market Report 2015: Market Analysis and Forecasts to 2020. p. 1-8, 2015. Executive Summary. Disponível em: <<https://www.iea.org/Textbase/npsum/MTrenew2015sum.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2018. p. 4.

114 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Tracking Clean Energy Progress, p. 1-78, 2016. Disponível em:<<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/TrackingCleanEnergyProgress2016.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 20.

115 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 112.

de energia limpa em prol da eficiência energética.¹¹⁶ BRICS são vistos como ““motores’ da economia mundial, aparecem como possíveis líderes de uma revolução ambiental”.¹¹⁷

Nessa esteira, apresentam-se os esforços empenhados pelos governos desses países para desenvolver políticas públicas promotoras de energia renovável, proteção ao meio-ambiente e democracia energética.

China implementou iniciativas de projetos solares e aplicou altos investimentos na energia renovável, liderando o ranking de investidores que representam, aproximadamente, um terço do investimento global da energia renovável.¹¹⁸ Brasil e Índia não deixaram muito a desejar. Esses países foram incluídos no ranking dos dez maiores investidores que concentraram recursos no setor de energia renovável.¹¹⁹

O governo brasileiro tomou a decisão de solicitar a acessão à IRENA em janeiro de 2018, como “demonstração o da importância que o Brasil devota às energias renováveis, ao combate à mudança do clima e ao desenvolvimento sustentável, bem como ao engajamento construtivo na governança internacional.”¹²⁰

A Índia figura, atualmente, em um “*turning-point*” na produção energética renovável. Esse país figura como segundo maior produtor de energia renovável na região asiática,¹²¹ perdendo apenas para a China. Todavia, a sua

matriz renovável ainda precisa fomentar a expansão e as políticas públicas representam um papel relevante para a consecução desses projetos.¹²²

África do Sul passou por mudanças estruturais com objetivo de assegurar um fornecimento adequado de energia e ampliação do acesso da população à eletricidade.¹²³ Verifica-se adoção de políticas mais enfatizadas na proteção do clima e no desenvolvimento projetado para o setor energético.¹²⁴

Contudo, a contribuição da África do Sul para o investimento e pesquisa no setor de renováveis ainda é reduzida, com menor desenvolvimento em comparação aos outros países do BRICS.¹²⁵ A AIE elaborou um balanço da atual política sul-africana, o qual prevê desenvolvimento da energia renovável no médio-prazo, com incertezas para o longo-prazo.¹²⁶ Como resultado desse panorama, verifica-se que 30% da população sul-africana ainda não possui acesso à eletricidade.¹²⁷

Até 2014, a Rússia possuía uma matriz amplamente dominada pelo recurso natural mais abundante em seu território: o gás natural. A energia nuclear e hídrica¹²⁸

ponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018.

122 “India’s renewable policy environment has strengthened in certain areas over the past year, but remains complex, with overlapping initiatives at the central government and state levels and challenges in policy implementation”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018.

123 ABDENUR, Adriana E.; KASSIER, Conrad. Nuclear Energy and the BRICS: Competition and Contestation in South Africa. **Georgetown Journal of International Affairs**, Washington, US, p. 55-66, 2014. p. 56.

124 MÜLLER, Simon; MARMION, Ada; BEEREPOOT, Milou. Renewable Energy: Markets and prospects by region. International Energy Agency, Paris, nov. 2011. Disponível em: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/Renew_Regions.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 54

125 ABDENUR, Adriana E.; KASSIER, Conrad. Nuclear Energy and the BRICS: Competition and Contestation in South Africa. **Georgetown Journal of International Affairs**, Washington, US, p. 55-66, 2014. p. 57.

126 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 85.

127 ABDENUR, Adriana E.; KASSIER, Conrad. Nuclear Energy and the BRICS: Competition and Contestation in South Africa. **Georgetown Journal of International Affairs**, Washington, US, p. 55-66, 2014. p. 57.

128 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Renewable Energy Prospects for the Russian Federation (REmap

116 CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 23, n.1, p. 192-203, 2016. p. 194.

117 GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 354.

118 RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. Renewables 2015: Global Status Report. Disponível em: <http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015_Onlinebook_low1.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 81.

119 RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. Renewables 2015: Global Status Report. Disponível em: <http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015_Onlinebook_low1.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 81.

120 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Brasil dá início a processo de adesão à IRENA. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>>. Acesso em 25 de jan. 2018.

121 “In all cases, a high cost of capital acts as a factor keeping renewable costs relatively high in India. India’s interest rate environment is relatively high, with nominal ten-year government bond rates averaging over 8% in 2013”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018.

preenchem o quadro energético desse país, enquanto que a geração de renováveis permanece quase que omisa.¹²⁹ Ressalta-se que o alto índice de requisitos de conteúdo local presente nos contratos de concessão para projetos de renováveis, bem como a incerteza acerca do nível de retorno do investimento realizado¹³⁰, impõe um estado de alerta para o futuro dos projetos de renováveis nesse país.¹³¹

A dinâmica internacional no setor energético evidencia que as vantagens econômicas da energia renovável vão além da eficiência energética. Inúmeros são os benefícios da política energética limpa como, por exemplo, o desenvolvimento sustentável, a democracia e a independência energética. Isto porque as fontes renováveis permitem o consumo de energia com menos dependência internacional, facilitando o uso de recursos naturais não relacionados às fontes tradicionais de energia.¹³²

Pode-se citar a China como exemplo. Os altos investimentos realizados no setor da energia solar não estão somente relacionados com a redução do consumo externo, que a tornava vulnerável as crises internacionais e aumento dos preços. A energia solar, por exemplo,

working paper). 2017. Disponível em: <<http://www.irena.org/publications/2017/Apr/Renewable-Energy-Prospects-for-the-Russian-Federation-REmap-working-paper>>. Acesso em 22 jan. 2018.

129 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 113.

130 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018. p. 113.

131 A matéria do Financial Times afirma que apenas 3.6% do total do consumo energético provém de fontes renováveis. A pouca produção de energia a partir de fontes renováveis justifica-se na dependência histórica da Rússia em reservas de combustíveis fósseis e a política da indústria estatal do óleo e gás. O Ministro da Energia da Rússia endossou a produção de um relatório da IRENA que esclarece que a Rússia tem um potencial para produção energética a partir de fontes renováveis que perfaz o total de 11.3% do consumo de energia em 2030. FINANCIAL TIMES. Russia struggles to unleash clean energy potential. 2017. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/638e1dc6-1bb2-11e7-bcac-6d03d067f81f>>. Acesso em 25 jan. 2018.

132 CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 23, n.1, p. 192-203, 2016. p. 193.

permite que populações de áreas rurais chinesas tenham acesso à eletricidade — cenário antes inimaginável. Assim, pode-se afirmar que o desenvolvimento da produção de energia a partir de fontes renováveis, como a solar, permitirá uma democracia energética, com maior acesso da população carente à eletricidade.

Ocorre que a divergência de interesses no setor energético representa um obstáculo para o poder de negociação do BRICS com relação a um possível acordo internacional sobre energia — seja no âmbito interno ou externo do grupo.

Para reverter esse quadro, acreditamos no potencial do BRICS para o progresso do setor da energia renovável e desenvolvimento da governança energética global. Até porque, os integrantes do “BRICS, de certa forma, carregam duas responsabilidades: garantir a conciliação entre igualdade social e crescimento para a economia global.”¹³³

Em nossa opinião, a política internacional da África do Sul, Brasil, China, Índia e Rússia deve ser harmonizada para promover o desenvolvimento de regulações mais efetivas em prol da energia renovável. Apostamos que o “Novo Banco de Desenvolvimento” (NBD)¹³⁴ — criado recentemente pelos países do BRICS — possa representar uma nova fonte de investimento e desenvolvimento da energia renovável.

Conclui-se, portanto, pela conjunção de medidas que sejam direcionadas à expansão da produção de energia renovável, com objetivo de alcançar eficiência no setor energético, sustentabilidade e acesso à população mais carente às fontes energéticas. Dentre elas, destacam-se a ampliação dos investimentos, o desenvolvimento de novos processos e tecnologias, assim como o aperfeiçoamento de políticas públicas globais. Essas são ferramentas fundamentais para que a energia renovável possa representar uma parcela maior na matriz energética nacional e internacional.

133 GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 352.

134 O novo Banco de Desenvolvimento foi criado em 2014 no âmbito da Conferência dos BRICS se tornando operacional em fevereiro de 2016. No ano de 2016, foram aprovados financiamentos em um montante total superior a US\$1,5 bilhão para projetos relacionados à energia renovável. NEW DEVELOPMENT BANK. Disponível em: <<http://www.ndb.int/about-us/organisation/members/>>. Acesso em 25 jan. 2018.

Cooperação interestatal no seio do BRICS — como visto no campo da mudança climática, desenvolvimento sustentável¹³⁵ e segurança dos alimentos,¹³⁶ é fundamental para esse processo de mudança rumo à agenda renovável mais robusta.

Tal robustez tem potencial para incentivar o alcance dos objetivos e aprimoramento da governança energética global, transformando um cenário atualmente fragmentado em um sistema dotado de coesão, participação e inclusão.¹³⁷

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disponibilidade energética — abundância ou escassez — apresenta efeitos diretos no Estado e na vida

135 Com relação ao desenvolvimento sustentável no âmbito do BRICS, os autores Magno Gomes e Luís Eduardo Gomes defende que “procurar identidades de cada país envolvendo trajetória de negociações, reivindicações e propostas estratégicas para o desenvolvimento das questões socioambientais aparecem como uma saída aos novos desafios, de modo que haja por exemplo, a redução de emissões de gases de efeito estufa, diminuição da poluição ambiental contribuindo com as questões das mudanças climáticas e a implantação de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo, através do uso de tecnologias que contemplam as energias renováveis, dando aos BRICS posições de destaque em seus discursos perante o mundo.”. GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 354.

136 “In this regard we support the efforts of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and its Green Climate Fund (GCF) to assist developing countries counter climate change and look forward to the successful outcomes of the COP21 in December 2015. We acknowledge the progress and continuous efforts of the BRICS countries on reducing the negative impact of climate change on food security and promoting measures for the adaptation of agriculture to climate change.”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Joint Declaration of the 5th Meeting of the BRICS Ministers of Agriculture and Agrarian Development. Disponível em: <<http://brics.itamaraty.gov.br/category-english/21-documents/256-joint-declaration-of-the-5th-meeting-of-the-brics-ministers-of-agriculture-and-agrarian-development>>. Acesso em 25 jan. 2018.

137 Nesse mesmo sentido, destacam os autores que se trata de uma “longa caminhada rumo à construção de uma futura agenda sustentável, que perpassa pela busca do desenvolvimento sustentável, incentivando o agrupamento BRICS; pela coordenação sistemática dos seus objetivos comuns, obtida com a maior institucionalização do Bloco; e, pela maior participação e comprometimento dos Estados BRICS e do agrupamento nos encontros internacionais de meio ambiente e temas afins.” GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017. p. 354-355.

privada.¹³⁸ De fato, a importância da energia para a economia de um país é inquestionável. Por essa razão, o fórum para negociações e debates da governança energética global deve ser mais inclusivo, permitindo o acesso de todos os países interessados.

Ocorre que, como visto, a realidade da governança energética global é diferente. Verificou-se um cenário de predominante fragmentação, caracterizado como um “clube” dos países ricos em vez de um fórum global amplo e diversificado. Como exemplo da fragmentação da GEG, os países que formam o BRICS não participam desse “clube”, apesar de desempenharem um papel fundamental no setor energético tanto como consumidores, como geradores de energia.

Governar energia globalmente requer esforços conjuntos e sistemáticos para endereçar os desafios energéticos. As falhas da governança são evidenciadas quando a lacuna pode gerar efeitos econômicos e ambientais transnacionais. A concentração de preocupações e esforços para proteção dos mercados nacionais e subsídios para políticas energéticas locais, diversidade de instituições e atores, assim como natureza conflituosa do sistema global são desafios que precisam ser sistematicamente solucionados. Conclui-se pela urgência em reformular o mecanismo de governança energética global.

Diante das suas características, a energia renovável pode ser um mercado próspero e uma solução possível para remediar a discrepância existente. Trata-se de um fórum mais inclusivo, haja vista a atuação da IRENA no cenário global. Como o mundo se volta para a energia renovável na contemporaneidade, o transporte da energia por longas distâncias se torna necessário, exigindo-se um mecanismo multilateral no cenário global da energia.¹³⁹

Considerando-se que os países do BRICS desempenham um papel como “key emerging markets”¹⁴⁰, defende-

138 MOROSINI, Fabio. Rethinking International Regulatory Strategies: The interplay between the electricity sector and the environment in North America. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 81-110, 2006. p. 90.

139 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. **International Economic Law and African Development**. p. 27-60, 2014, p. 34.

140 HAIBIN, Niu. BRICS in Global Governance: A progressive Force?. Friedrich Ebert Stiftung. 2012. p. 1-6. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/09048.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2018. p. 2.

mos que a cooperação entre os países do BRICS será essencial¹⁴¹ para promover a agenda renovável e barganhar a inclusão internacional.

Uma campanha de energia renovável robusta pode alcançar, progressivamente, a proteção ambiental, o desenvolvimento sustentável e a democracia energética,¹⁴² além da necessária integração na governança energética global. Os próximos anos serão cruciais para o debate e a construção de um novo paradigma energético.

REFERÊNCIAS

- ABDENUR, Adriana E.; KASSIER, Conrad. Nuclear Energy and the BRICS: Competition and Contestation in South Africa. **Georgetown Journal of International Affairs**, Washington, p. 55-66, 2014.
- BENDA-BECKMANN, Franz; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne. Mobile people, mobile law: an Introduction. In: BENDA-BECKMANN, Franz; BENDA-BECKMANN, Keebet von; GRIFFITHS, Anne (Ed.) Mobile people, mobile law: expanding legal relations in a contracting world. Surrey, U.K.: Ashgate, 2005. p.1-25.
- BÖRZEL, Tanja; RISSE, Thomas. Public-Private Partnerships: Effective and Legitimate Tools of International Governance? In: GRANDE, Edgar; PAULY, Louis W. (Eds.). Complex Sovereignty: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century, 2005, p.195-216.
- BRANCO, Luizella G. B. Biocombustíveis, governança global e comércio internacional: rumo a um novo paradigma energético? 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Brasil dá início a processo de adesão à IRENA. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>>. Acesso em 25 de jan. 2018.
- BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Renováveis devem manter participação de 43% na matriz energética em 2017. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticas/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/renovaveis-devemmanter-participacao-de-43-na-matriz-energetica-em-2017. Acesso em 29 jan. 2018.
- CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. **Gestão e Produção**, São Carlos, v. 23, n.1, p. 192-203, 2016.
- CASELLA, Paulo Borba. BRIC - Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: Uma perspectiva. **Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 105, p.435-472, jan/dez 2010.
- CASSESE, Sabino. Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation. **NYU Journal of International Law and Politics**, New York, v. 37, p. 663-694, 2005.
- CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION. Global Energy Governance and the G20, 2014. Disponível em: <<https://www.cigionline.org/events/global-energy-governance-and-g20>>. Acesso em 10 jan. 2018.
- CHAMON, Henrique. A cooperação entre os BRICS e as transformações da ordem energética global. Pontes: Informações e Análises sobre Comércio e Desenvolvimento Sustentável, v. 8, n. 7, 2012. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/a-coopera%C3%A7%C3%A3o-entre-os-brics-e-as-transforma%C3%A7%C3%A3o-da-ordem-energ%C3%A9tica-global>>. Acesso em 23 jan. 2018.
- DAIBERT, Letícia de Souza; PERES, Ana Luisa Soares. Governança Global e a Organização Mundial: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.11, n. 2, p. 218-237, 2014.
- DOWNIE, Christian. Global energy governance: do the BRICS have the energy to drive reform? **The Royal International**, v. 15, n. 1, 2018 p.199-220

141 ZHANG, Huiming; LI, Lianshui; CAO, Jie; ZHAO, Mengnan; WU, Qing. Comparison of renewable energy policy evolution among the BRICs. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**. Elsevier, Amsterdam, n. 15, p. 4904-4909, 2011. p. 4904.

142 “Advancing renewable energy development is the effective approach to address energy security and climate change”. ZHANG, Huiming; LI, Lianshui; CAO, Jie; ZHAO, Mengnan; WU, Qing. Comparison of renewable energy policy evolution among the BRICs. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**. Elsevier, Amsterdam, n. 15, p. 4904-4909, 2011. p. 4904.

- Institute of International Affairs**, London, UK, v. 91, n. 4, p. 799-812, 2015.
- DUBASH, Navroz K. and FLORINI, Ann. Mapping Global Energy Governance. **Global Policy**, Medford, US, v. 2, p. 6-18, 2011.
- DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to International Constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009. p. 3-35.
- ENERGY CHARTER TREATY. Disponível em: <<http://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em 16 jan. 2018.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El Derecho Internacional Privado en el inicio del Siglo XXI. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nádia de. (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.89-109.
- FINANCIAL TIMES. Russia struggles to unleash clean energy potential. 2017. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/638e1dc6-1bb2-11e7-bcac-6d03d067f81f>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.14, n. 1, p. 342-357, 2017.
- GRAHAM, Thomas. Russia, the BRICS, and the United States. **Yale Journal of International Affairs**, p. 23-29, 2013.
- HAIBIN, Niu. BRICS in Global Governance: A progressive Force?. Friedrich Ebert Stiftung. 2012. p. 1-6. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/09048.pdf>>. Acesso em 26 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<https://www.iea.org/about/>>. Acesso em 16 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/brazil/>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017. Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. China, People's Republic of (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/chinapeoplesrepublicof/>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. India (Association country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/india/>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Joint Declaration of the 5th Meeting of the BRICS Ministers of Agriculture and Agrarian Development. Disponível em: <<http://brics.itamaraty.gov.br/category-english/21-documents/256-joint-declaration-of-the-5th-meeting-of-the-brics-ministers-of-agriculture-and-agrarian-development>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Joint Ministerial Declaration on the occasion of the 2015 IEA Ministerial meeting expressing the Activation of Association, 2015. Disponível em: <http://www.iea.org/media/news/2015/press/IEA_Association.pdf>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Medium-Term Renewable Energy Market Report 2014. OECD/IEA, p. 1-255, 2014. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/MTRMR2014.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Membership. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/membercountries/>>. Acesso em 17 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Renewable Energy Medium-Term Market Report 2015: Market Analysis and Forecasts to 2020. p. 1-8, 2015. Executive Summary. Disponível em: <<https://www.iea.org/Textbase/npsum/MTrenew2015sum.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Russian Federation. Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/russianfederation/>>. Acesso em 18 jan. 2018.

- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. South Africa (Partner country). Disponível em: <<http://www.iea.org/countries/non-membercountries/southafrica/>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Structure - Ministerial Meeting. Disponível em: <<http://www.iea.org/about/structure/>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Tracking Clean Energy Progress, p. 1-78, 2016. Disponível em: <<https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/TrackingCleanEnergyProgress2016.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. About. Disponível em: <<http://www.irena.org/statutevisionmission>>. Acesso em 17 jan. 2018.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. IRENA Membership. Disponível em: <<http://www.irena.org/irenamembership#memberMap>>. Acesso em 18 jan. 2018.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY Renewable Energy Prospects for the Russian Federation (REmap working paper). 2017. Disponível em: <<http://www.irena.org/publications/2017/Apr/Renewable-Energy-Prospects-for-the-Russian-Federation-REmap-working-paper>>. Acesso em 22 jan. 2018.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Statute of the International Renewable Energy Agency (IRENA). Disponível em: <http://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FECD40F55F1>. Acesso em 18 jan. 2018.
- JACKSON, Kevin T. Global Corporate Governance: soft law and reputational accountability. *Brooklyn Journal of International Law*, New York, vol. 35, p. 41-106, 2010.
- KAMTO, Maurice. Droit International de la Gouvernance. 3^{ème} éd. Paris: A. Pedone, 2013.
- KENNEDY, David. The Mystery of Global Governance. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University, 2009, p. 37-68.
- LEAL-ARCAS, Rafael; FILIES, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.
- LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain Normative Aspects of the Institutional Architecture of Global Energy Governance. *International Economic Law and African Development*, África do Sul, p. 27-60, 2014.
- MATTLI, Walter; WOODS, Ngaire. In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics. In: MATTLI, Walter; WOODS, Ngaire (Eds.). *The Politics of Global Regulation*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p.1-43.
- MEYER, Timothy. The Architecture of International Energy Governance. *American Society of International Law Proceedings, Research Paper Series*, n. 2013-13, p-389-394, 2012.
- MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance. *Utah Law Review*, Utah, v. 1, p. 31-45, 2010.
- MOROSINI, Fabio. Rethinking International Regulatory Strategies: The interplay between the electricity sector and the environment in North America. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 81-110, 2006.
- MÜLLER, Simon; MARMION, Ada; BEEREPOOT, Milou. Renewable Energy: Markets and prospects by region, p. 1-118, 2011. Disponível em: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/Renew_Regions.pdf>. Acesso em 24 jan. 2018.
- NEW DEVELOPMENT BANK. Disponível em: <<http://www.ndb.int/about-us/organisation/members/>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- RAUSCHMAYER, FELIX; Berghöfer, Augustin; OMANN, Ines; ZIKOS, Dimitrios. Examining Processes or/and Outcomes? – Evaluation Concepts in European Governance of Natural Resources. *Environmental Policy and Governance*, Leeds, UK, n. 19, p.1-26, 2009.
- RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. Renewables 2015: Global Status Report. Disponível em: <http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN21-GSR2015_Onlinebook_low1.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018

- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, v.1, n. 20, p. 1-39, 2011.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. O Princípio Abrangente da Cooperação Internacional e a Governança dos Recursos Hídricos Transfronteiriços. In: RAMOS, André de Carvalho (Org.). *Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 111-131.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado. In: TIBURCIO, Carmen (Org.). *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 418-439.
- RÖHRKASTEN, Sybille. Integração energética regional: a governança global da energia e o cenário latino-americano. In: HUBNER, Christian (Ed.). *Integração Energética Regional: Desafios geopolíticos e climáticos*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, p. 1-53.
- ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- SCHMIDT, Luísa; HORTA, Ana; PEREIRA, Sérgio. O desastre nuclear de Fukushima e os seus impactos no enquadramento midiático das tecnologias de fissão e fusão nuclear. *São Paulo: Ambiente & Sociedade*, v. 17, n. 4, p. 233-250, 2014. p. 233. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2014000400017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 jan. 2018.
- SOUTH AFRICA. Energy Governance South Africa. Disponível em: <<http://www.egi-sa.org.za/tag/iep-2016/>>. Acesso em 25 jan. 2018.
- SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. *Journal of Energy and Natural Resources Law*, London, UK, v. 30, n.3, p. 235-263, 2012.
- VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. *Palgrave Communications*, v. 2, n. 15047, p.1-12, 2016.
- VAN DE GRAAF, Thijs. The IEA, the New Energy Order and the Future of Global Energy Governance. In: LESAGE, Dries; VAN DE GRAAF, Thijs (Eds.). *Rising Powers and Multilateral Institutions*. Palgrave Macmillan UK, 2015, p. 79-96.
- WOODWARD, Barbara. Introduction. In: WOODWARD, Barbara. *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*, Leiden: Brill, 2010.
- WRIGHT, Glen. The International Renewable Energy Agency: A Global Voice for the Renewable Energy Era? *The International Renewable Energy Agency, Renewable Energy Law and Policy Review*, Berlin, Germany, n. 4, p. 251-268, 2011.
- XAVIER JUNIOR, Ely; VOLPON, Fernanda. Dilemas da Governança Global: Os Indicadores Privados Internacionais e as Políticas Públicas Nacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. 1^a ed. Belo Horizonte: Arraes, v. 8, 2016, p. 186-205.
- ZHANG, Huiming; LI, Lianshui; CAO, Jie; ZHAO, Mengnan; WU, Qing. Comparison of renewable energy policy evolution among the BRICs. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*. Elsevier, n. 15, p. 4904-4909, 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A hermeneutical analysis on the
recognition of China as a market
economy after 2016**

**Uma análise hermenêutica
sobre o reconhecimento da
China como economia de
mercado em 2016**

Alberto Amaral Júnior

Aline Pereira de Carvalho Heringer

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

A hermeneutical analysis on the recognition of China as a market economy after 2016*

Uma análise hermenêutica sobre o reconhecimento da China como economia de mercado em 2016

Alberto Amaral Júnior**

Aline Pereira de Carvalho Heringer***

ABSTRACT

This article seeks to analyze the possibility of recognition of China as a market economy for purposes of antidumping investigations, especially in light of China's Protocol of Accession to the World Trade Organization (Protocol of Accession). It is assumed that with the extinction of Article 15(a)(ii) of the Protocol there shall be an automatic grant of market economy treatment to China from December 2016 on. In this article, we will analyze legal aspects and the debate over the possible interpretations of Article 15 of the Protocol of Accession, in view of China's "sui generis" economical practices. In view of China's relevant role and considering the economic dependence of WTO Members towards Chinese economy, this issue should be carefully evaluated by all interested WTO Members, most preferably within WTO Dispute Settlement Body.

Keywords: International law. International Trade Law. Multilateral Trading System. World Trade Organization. Antidumping Agreement. Market Economy. China.

RESUMO

Este artigo busca analisar a possibilidade de reconhecimento da China como economia de mercado, para fins de investigações antidumping, especialmente à luz do Protocolo de Adesão da China à Organização Mundial do Comércio (Protocolo de Adesão). Parte-se da hipótese de que com a extinção do Art. 15 (a)(ii) do Protocolo de Adesão haverá concessão automática de tratamento de economia de mercado à China, em investigações antidumping, a partir de dezembro de 2016. Neste artigo, analisaremos os aspectos legais e o debate sobre as possíveis interpretações do artigo 15 do Protocolo de Adesão, tendo em vista as práticas econômicas "sui generis" da China. Dessa análise, conclui-se que os textos dos artigos 15(a) e 15(d) do Protocolo de Adesão devem ser lidos e interpretados com cautela, à luz das regras de interpretação do direito internacional. A afirmação de que a expiração do Art. 15(a)(ii) concederia automaticamente status de economia de mercado à China parece excessivamente rígida e desconsidera as disposições remanescente do Art. 15. Em vista do posicionamento relevante e da de-

* Recebido em: 20/01/2018
Aprovado em: 02/04/2018

** Associate Professor of Faculty of Law of University of São Paulo (USP), Brazil; Ph.D. (USP, 1987); Professor at the University of São Paulo since 2003; Associate Professor (full-time) since 2003. Email: aamaralj@uol.com.br

*** International Trade Law Attorney. Master's degree in International Law (USP, 2017). Email: alinespdc@gmail.com

pendência econômica dos Países Membros com relação à China, a questão deve ser ponderada com prudência, com envolvimento de todos os Estados interessados, preferencialmente, em âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Palavras-chave: Direito Internacional. Comércio Internacional. Sistema multilateral de comércio. Organização Mundial do Comércio. Acordo Antidumping. Economia de mercado. China.

1. INTRODUCTION

In September 1997, the World Bank, in its report entitled “China 2020: China Engaged”, predicted what the benefits to China would be in the scenario of a broadly integrated global economy. The World Bank estimated that if China’s international economic engagement and trade liberalization plan were implemented, Chinese gross participation in world trade could triple by 2020. The World Bank also predicted a drastic increase in Chinese imports and exports in light of its large consumer market and cheap workforce. These were seen as enabling China to become the second largest importer and exporter in the world following the United States (US)¹.

The World Bank estimates were correct. Since the late 1970s, the Chinese system has gone from a closed and centralized economy to a market oriented system. In ten years, China multiplied their exports by a factor of 4.8 and their imports by 5.6. The impact of China’s entry into the World Trade Organization (WTO) was such that since 2009 it has become the world’s leading exporter of goods, surpassing both Germany and the US. These developments demonstrate the relevance of international trade in the economic growth strategy of China – today one of the largest economies in the world.

China’s accession to the WTO in November 2001 represented an important political decision taken by the Chinese government to reinsert the country into the world trade dynamic, but it has also become a major challenge for the WTO. When China joined the WTO, the Member States considered that the Chinese eco-

nomy was not operating under prevailing market conditions because of the high degree of state interference in domestic industries. Therefore, in March 1987, the WTO constituted a Working Party on the Accession of China to the 1947 General Agreement on Tariffs and Trade to analyze and negotiate the terms of China’s status as a contracting party of the GATT 1947. The analysis developed by the Working Group for the Accession of China to the WTO resulted in the Protocol of Accession of People’s Republic of China to the WTO (Protocol of Accession), one of the documents that formalized the country’s entry into that Organization in 2001.

The Protocol of Accession that was approved did not call for immediate, integrated entry, but rather for a gradual and conditioned process of entry into the WTO. The document contains transitional terms and rules for gradual trade liberalization that allow Member States to adopt exceptional measures towards China that were accepted by the Chinese themselves. For instance, Article 15 (a) (ii) of the Protocol of Accession reserves the right of other Member States to adopt alternative methodologies for calculating normal values in antidumping investigations against Chinese imports in cases where Chinese exporters are not able to demonstrate that market conditions prevail in the markets similar to that of the product under investigation.

Unsurprisingly, Article 15 has been the source of much controversy in both academic and political circles. Article 15 (d) provides that Article 15 (a) (ii) is to expire fifteen years after China’s entry into the WTO, i.e., as of December 11, 2016. Consequently, any explicit reference to alternative methodologies for normal value calculation in antidumping investigations involving Chinese imports would no longer be valid according to this reading of the terms of the Protocol of Accession. Yet there are divergent interpretations of the terms of Article 15 (d) of the Protocol of Accession regarding antidumping investigations occurring after December 11, 2016. On one side, there are those who argue that the expiration of the second part of Article 15 (a) in December 2016 means China must automatically be treated as a market economy in antidumping investigations. Others maintain that there is nothing in Article 15 that stipulates an automatic granting of market economy status to China upon that date. Lastly, a third approach suggests that, although automatic recognition of China as a market economy cannot be deduced from

¹ DASGUPTA, Dipak. *China 2020: China engaged: integration with the global economy*. Available at: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/656981468743976946/China-2020-China-engaged-integration-with-the-global-economy>>.

the text of Article 15 (d), the expiration of the second part of Article 15 (a) means that it is no longer possible to adopt alternative methodologies for normal value calculation in antidumping investigations involving China. Therefore, the burden of proof would be reversed, requiring interested parties to demonstrate that market conditions do not prevail in the investigated domestic market.

The potential impact of changes to the Protocol of Accession explains the issue's extreme relevance and the amount of discussion it has attracted in the field of international commerce. The world's dependence on Chinese imports is spreading at the same time as discussion of the impact of Chinese importations on the economies of the Member States increases, especially discussion of unfair competition. Whatever resolution comes out of the debate, that understanding will significantly influence how antidumping rights are applied to Chinese imports in the coming years, and therefore potentially affect the economies of China itself as well as the other Member States.

For instance, Australia granted market economy status to China in 2005 and since then its ability to deal with dumping practices by Chinese producers has declined significantly, as discussed in a Workshop organized by the European Commission: the number of antidumping investigations fell by 50%, as have the number of investigations that resulted in the application of antidumping duties. In addition, the average value of antidumping duties applied fell by more than 80% in relation to the amounts previously applied to the measure².

In this paper, we first analyze different possible scenarios for future antidumping investigations involving China. Following that analysis, and to better understand the debates, we study the concept of market economy, with a special regard for the *sui generis* nature of China's economy, both in general and in terms of antidumping rights as they have been adopted by international organizations, the European Union (EU) and the US. Finally, drawing from respected interpretations of international law, especially those adopted by the WTO Dispute Settlement Body (DSB), the Articles 15 (a) and

15 (d) of the Protocol of Accession will be studied in detail in order to examine their textual ambiguity.

2. THE IMPLICATIONS OF RECOGNIZING CHINA AS A MARKET ECONOMY

One of the interpretations of Article 15 of the Protocol of Accession holds that China is to be automatically recognized as a market economy starting on December 11, 2016 and, as such, it should not be forced to follow a methodology for determining price comparability in antidumping investigations that is different from other Member States, or risk being found in violation of the principle of good faith.³

According to this understanding, Article 15 (a) (ii) has expired, so the remaining part of Article 15 (a) no longer justifies the adoption of alternative methodologies for the calculation of normal values in antidumping investigations against Chinese imports. Rather, now the use of alternative methodologies would represent an abuse of antidumping rights and a breach of good faith. For these analysts, the second part of Article 15 (d) was always understood to mean that 15 years after its accession to the WTO, China would be considered as a market economy; in other words, as establishing the date at which China would be treated the same as the other Member States in antidumping investigations. When the bilateral agreement for China's accession to the WTO, the basis for the Protocol of Accession, was reached between China and the US, the White House issued the following statement:

The agreed protocol provisions ensure that American firms and workers will have strong protection against unfair trade practices including dumping and subsidies. The US and China have agreed that we will be able to maintain our current antidumping methodo-

³ RAO, Weijia. China's market economy status under WTO antidumping laws after 2016. *Tsinghua China Law Review*, v. 5, 2013. YU, Yanning. Rethinking China's market economy status in trade remedy disputes after 2016: concerns and challenges. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 8, 2013. TIETJE, Christian; NOWROT, Karsten. Myth or reality? China's market economy status under WTO anti-dumping law after 2016. *Policy Papers on Transnational Economic Law*, n. 34, Transnational Economic Law Research Center, 2011. GRAAFSMA, F. Kumashova, E. China's protocol of accession and the anti-dumping agreement: temporary derogation or permanent modification? *Global Trade and Customs Journal*, n. 4, p. 154–59, apr. 2014.

² EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for external policies. Policy department. *Workshop: market economy status for China after 2016?*. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO_STU\(2016\)535023_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO_STU(2016)535023_EN.pdf)>.

logy (treating China as a non-market economy) in future antidumping cases. This provision will remain in force for 15 years after China's accession to the WTO.⁴

In regard to the EU position, paragraph 55 of the Explanatory Statement attached to the Council's decision established its position on China's accession to the WTO:

The EU's present legislation which provides specific procedures for dealing with cases of alleged dumping by Chinese exporters, which may not yet be operating in normal market economy conditions, will remain available for up to fifteen years after China enters the WTO.⁵

In a workshop of the Public Policy Department of the European Parliament held to address the issue, Jean-François Bellis criticized the interpretation that nothing shall change in December 2016 regarding antidumping investigations involving China.⁶ Bellis considers that the granting of market economy status to China by a Member State would only have practical significance until December 11, 2016. After that date, however, regardless the stipulations for non-market economies in the domestic law of a Member State, the normal value of imports from China should be determined based on Chinese prices and costs.

This analysis would also be shared by the WTO Appellate Body, citing the following excerpt from the Body Report in the *EC v. China Fasteners* case:

For lawyers and governmental officials dealing with antidumping law and practice, the 11 December 2016 is certainly not a myth – it is reality. From that date onwards, it will be almost impossible – at least from the perspective of WTO law – to make a determination of the normal value of products targeted by an antidumping proceeding on the bases of analogous third country methodology.⁷

⁴ US: China bilateral WTO agreement, antidumping and subsidies methodology, Third WTO Ministerial Conference, Seattle, Washington, 1999.

⁵ Proposal for council decision establishing the community position within the ministerial conference set up by the agreement establishing the World Trade Organization on the accession of the people's Republic of China to the World Trade Organization, §55, (2001). Available at: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/EN/1-2001-517-EN-F1-1.Pdf>>.

⁶ EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for external policies. Policy department. *Workshop: market economy status for China after 2016?*. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO-STU\(2016\)535023_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO-STU(2016)535023_EN.pdf)>.

⁷ EC: definitive anti-dumping measures on certain iron or steel fasteners from China. Appellate Body Report. DS397:2011.

Tietje and Nowrot also share this understanding⁸. The authors warn that from December 2016 on it should be virtually impossible – at least from the perspective of WTO law – to justify calculating normal value in antidumping investigations based on an alternative methodology.

Based on a systematic approach of the antidumping law according to which the Protocol of Accession is read as an international treaty that is a part of the multilateral system of the WTO (a single undertaking), and on the principle of presumption of consistency, the authors concluded that with the extinction of Article 15 (a) (ii), China shall receive market economy status. After the extinction of Article 15 (a) (ii), there is no longer any legal basis in the Protocol of Accession that justifies the adoption of an alternative methodology. Consequently, since no adjustment is necessary for price comparability evaluation in antidumping investigations regarding Chinese products, it is understood that the country possesses adequate market economy conditions.

3. IF CHINA IS NOT RECOGNIZED AS MARKET ECONOMY: THE APPLICABLE ALTERNATIVE METHODOLOGY

Another interpretative analysis of Article 15 of the Protocol of Accession, directly opposed to the one presented above, sustains that China should not be accorded market economy status from December 11, 2016 forward.⁹ For these analysts, there is nothing in the Protocol of Accession that indicates an automatic granting of market economy status to China upon the extinction of Article 15 (a) (ii), unless the condition set forth in the first part of Article 15 (d) is fulfilled; that is, until China has demonstrated that it is a market economy under the domestic law of the importing Member States.

Even in the case that Article 15 (a) (ii) loses effect after December 2016, other provisions of Article 15 (a)

⁸ TIETJE, Christian; NOWROT, Karsten. *Myth or reality? China's market economy status under WTO anti-dumping law after 2016*. *Policy Papers on Transnational Economic Law*, n. 34, Transnational economic law research center, 2011.

⁹ O'CONNOR, Bernard. *The myth of China and market economy status in 2016*. Available at: <<http://worldtradelaw.typepad.com/files/oconnorresponse.pdf>>. RUESSMANN, L.; BECK, J. 2016 and the application of an NME methodology to Chinese producers in antidumping investigations. *Global Trade and Customs Journal*, v. 8, 2014.

that will remain valid past this date must be taken into consideration: the second part of Article 15 (d) clearly provides that “only the provisions of Article 15 (a) (ii) shall expire” and not all the terms of Article 15 (a). According to the authors who read the clause this way, the wording of Article 15 (a) (i) implies that China is not a market economy and that the burden of proving the contrary falls to Chinese exporters. If market economy status were automatically granted to China, the text of Article 15 (a) (i) would be meaningless, for in the event all Member States were to automatically consider China a market economy after December 2016, what would be the rationale behind the requirement that Chinese exporters prove market conditions prevail at home? Similarly, the provisions of the first and third parts of Article 15 (d) – the ones that deal with the recognition of China as a market economy by each Member State – would be empty.

On this point, the defenders of this interpretation appeal to the principle of interpretative efficacy, which requires that a treaty be interpreted in such a way as to give meaning and effect to all its terms, implying that no provision may be interpreted in such a way that annuls the effect of another provision of the same treaty.¹⁰ Accordingly, it would be impossible to interpret the second part of Article 15 (d) in a way that renders its other provisions completely devoid of effect and meaning. These are the arguments used to affirm that automatically conceding the status of market economy to China in December 2016 is mistaken. It is important to question, however, what would happen when Chinese producers are unable to meet the requirements of Article 15 (a) (i) and 15 (d) – i.e., what happens when they do not demonstrate market economy conditions for the investigated area – and Article 15 (a) (ii) has already expired. It is worth exploring. The provisions of Article 15 (a) (i), as seen above, indicate that when an individual producer can demonstrate that market economy conditions prevail in its industry or sector, Chinese prices and costs for the industry should be used to determine whether the exporter is engaging in dumping. Thus, Article 15 (a) (i) imposes the burden of proof on demonstrating the existence of market economy conditions in its sector on the Chinese producer.

¹⁰ CANADA - Term of Patent Protection (Canada - Patents) (WT/DS170/R). Panel Report. Appellate Body Report DS170. 2000. par. 6.49.

The article does not specify the requirements or standards to be observed in this demonstration, however, in a systematic analysis of Article 15, we observed that the provisions of Article 15 (d) indicate that the law of the importing country would determine the requirements for a market economy. Therefore, the authors conclude that the rule to be applied in Article 15 (a) (i) is the one established in the domestic law of the importing Member. What if Chinese producers cannot meet these requirements and Article 15 (a) (ii) had already expired? In that case Article 15 should be applied, as it provides the use of alternative methodology in anti-dumping investigation that does not use Chinese prices and costs.

At the Workshop promoted by European Parliament's Public Policy Department, O'Connor argued that a restrictive textual analysis of the term “based” would indicate that the rules set out in sub-paragraphs (i) and (ii) of Article 15 (a) would not need to be applied rigidly, allowing a different application from that provided for in those sub items. All the authors who stand by this position foresee serious economic consequences if the understanding that China should be recognized as a market economy by December 2016 prevails. The authors defend that the recognition would promote a significant weakening of antidumping rights and an increase in Chinese imports that would directly impact production and employment in the importing Member State.

4. IF CHINA IS NOT RECOGNIZED AS A MARKET ECONOMY BUT THE BURDEN OF PROOF IS INVERTED

The last interpretation to be analyzed argues that there is no provision in Article 15 of the Protocol of Accession implying a mandatory recognition of China as a market economy after December 2016.¹¹ What is different from

¹¹ MIRANDA, Jorge. Implementation of the shift in burden of proof approach to interpreting paragraph 15 of China's protocol of accession. *Global Trade and Custom Law*, v. 11, 2016. POSNER, Theodore. A comment on interpreting paragraph 15 of China's protocol of accession by Jorge Miranda. *Global Trade & Customs*, 146, 2014. SPADANO, Lucas. *O tratamento da China como economia (não) de mercado após 2016*. Em Observatório de Defesa Comercial da Confederação Nacional da Indústria (CNI). 2013. THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina. O reconhecimento da China como economia de mercado: o dilema de 2016. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, ano 26, n. 112, jul./set. 2012.

the view presented above, in this analysis it is held that some change must occur due to the extinction of item 15 (a) (ii), since the part that expires must have had some effect while it was in force. This positioning suggests that a procedural change should occur due to the elimination of Article 15 (a) (ii). More specifically, it is argued that after December 2016 there would be a reversal of the burden of proof regarding market economy conditions demonstration, whether general or sectorial, prevail in China.¹² Currently, Member States proceed on the premise that true market conditions do not prevail in China. From December 11, 2016 on, however, this interpretation maintains that it should be necessary for the importing Member State to demonstrate the absence of genuine market conditions in China before the product's Chinese price and costs are not used to determine "normal value."

In making this point, advocates of this interpretation argue for the application of the provisions contained in the Interpretative Note to Article VI of the GATT 1994 which contemplates exceptions to the regular system of normal value calculation established in the Antidumping Agreement (ADA). The Interpretative Note aimed to correct potential distortions arising from, for example, dumping margins greater than those that would exist if the normal value of the exports was established on the basis of what the products' or like products' price would be if market conditions prevailed in the domestic market.

Even if December 2016 is taken as the deadline for the application of the system provided in the Protocol of Accession, Member States would be able to have recourse to the provisions of the general rule established in the Interpretative Note above mentioned. Unlike the second part of Article 15 (d) of the Protocol of Accession, the Interpretative Note determines that whoever claims the right to apply an alternative methodology carries the burden of proof. Consequently, after December 11, 2016 there would be a reversal of the burden of proof with respect to antidumping investigations involving China.

In European Communities v. Fasteners, in a footnote, the Appellate Body examines the Interpretative Note as follows¹³:

12 MIRANDA, Jorge. Implementation of the shift in burden of proof approach to interpreting paragraph 15 of China's protocol of accession. *Global Trade and Custom Law*, v. 11, 2016.

13 EC – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or

We observe that the second Ad Note to Article VI:1 refers to a "country which has a complete or substantially complete monopoly of its trade" and "where all domestic prices are fixed by the State". This appears to describe a certain type of NME, where the State monopolizes trade and sets all domestic prices. The second Ad Note to Article VI:1 would thus not on its face be applicable to lesser forms of NMEs that do not fulfill both conditions, that is, the complete or substantially complete monopoly of trade and the fixing of all prices by the State.

In this regard, the Appellate Body argues that there are different levels of economies that do not adequately demonstrate free market dynamics. The Interpretative Note could be applied only to those that wholly fulfilled two conditions: (i) when a complete or nearly complete monopoly of trade exists and (ii) where all prices are fixed by the State.

In the Legal Opinion of the European Parliament's legal sector dated of June 25, 2015, the same interpretative view is followed, however, an additional solution is also presented¹⁴. Although the opinion does not maintain that China should receive automatic market economy status from December 2016 on, it proposes that subsequent to that date it will no longer be possible for Member States to adopt an alternative methodology for the calculation of normal value in antidumping investigations against Chinese imports based on Art 15 (a) (ii). The Legal Opinion esteems that the alternative methodology can be applied by adapting the EU legal and administrative framework to those cases where it has found that China does not comply with the "5 Criteria" provided for in Article 2.7 (c) of the Antidumping Regulation of the EU¹⁵:

A claim under subparagraph (b) must be made in writing and contain sufficient evidence that the producer operates under market economy conditions, that is if:

(i) decisions of firms regarding prices, costs and inputs, including for instance raw materials, cost of technology and labour, output, sales and investment,

Steel Fasteners from China. Appellate Body Report. DS397:2011, parag. 285.

14 NEERGAARD, Anders; AUERSPERGER MATIC, Andrej. *Parecer legal do parlamento europeu*. Bruxelas: 2015. Disponível em: <<http://www.vieuws.eu/eutradeinsights/wp-content/uploads/2015/10/Extract-of-EP-legal-opinion-on-market-economy-status-for-China.pdf>>.

15 ANTIDUMPING Regulation of the EU on protection against dumped imports from countries not members of the European Community, 1225/2009. Available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146035.pdf>.

are made in response to market signals reflecting supply and demand, and without significant State interference in this regard, and costs of major inputs substantially reflect market values;

(ii) firms have one clear set of basic accounting records which are independently audited in line with international accounting standards and are applied for all purposes;

(iii) the production costs and financial situation of firms are not subject to significant distortions carried over from the former non-market economy system, in particular in relation to depreciation of assets, other write-offs, barter trade and payment via compensation of debts;

(iv) the firms concerned are subject to bankruptcy and property laws which guarantee legal certainty and stability for the operation of firms, and

(v) exchange rate conversions are carried out at the market rate.

The EU currently applies “cost adjustment” methodology in some antidumping investigations for certain countries, whether market conditions predominate or not. This cost adjustment methodology is based on Article 2.2 of the ADA, which states that the existence of a “particular market situation” justifies the adoption of a methodology that disregards production and administrative costs, sales and other expenses and profits from the country of origin:

When there are no sales of the like product in the ordinary course of trade in the domestic market of the exporting country or when, because of the particular market situation or the low volume of the sales in the domestic market of the exporting country(2), such sales do not permit a proper comparison, the margin of dumping shall be determined by comparison with a comparable price of the like product when exported to an appropriate third country, provided that this price is representative, or with the cost of production in the country of origin plus a reasonable amount for administrative, selling and general costs and for profits [...]

Adoption of the cost adjustment policy is thus warned against, as the policy is being challenged by the EU's trading partners within the WTO.¹⁶ As observed at the outset, it remains unclear how the new legal scenario regarding Chinese economy status will be designed.

5. ANALYZING CHINA'S SUI GENERIS ECONOMY

The treatment China receives in antidumping investigations has been under discussion for many years. Overall, China is considered by economists and lawyers as an economy that does not operate under prevailing market conditions. But what, in the end, would such conditions look like in the Chinese context? The theoretical basis for the concept of market economy was developed by classical economists who advocated classical liberalism, in particular Adam Smith and David Ricardo, between the 19th and 20th centuries, theorists who believed that protectionism and State intervention generated economic inefficiencies. The theories of Adam Smith, the precursor of economic that the definition of a market economy is, in general, related to the degree of State interference liberalism, are basically structured around a concern for economic growth, that is, around the factors that lead to increased productivity of labor and distribution to different classes of society.¹⁷ All these theories involve the notion that the State should not intervene in the economy; it should only guarantee free competition between economic agents and the right to private property when it is threatened during social upheavals. Analysis of the theories of Smith and Ricardo demonstrates in the economy of the country. Few countries have anything approaching wholly free trade or a full market economy,¹⁸ but ever since Adam Smith and David Ricardo, economists have defined free trade as an ideal towards which trade policy should strive.

It is based on the theories developed by these and related economists that an understanding of what characterizes a “market economy” was created. Yet there is no concrete and unified definition of “market economy,” and each individual country or organization confers its own certain peculiarities and requirements to the concept. To take one example, in explaining the idea of the “invisible hand”, Krugman identifies the salient features of what he means by market economy:

[...] the US has a market economy, where production and consumption are the result of decentralized decisions by businesses and individuals. There is no central authority telling people what to produce and where to carry it. Each individual does what it is believed to be more profitable; each consumer

16 Argentina v. European Union, EU- Antidumping Measures on Biodiesel from Argentina, DS473, (2014). Russia v. European Union, EU - Cost Adjustment Measures and Certain Antidumping Measures on Imports from Russia, DS474, 2014. Indonesia v. European Union, EU - Antidumping Measures on Biodiesel from Indonesia, DS480, 2014.

17 KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2009.

18 Krugman cites the city of Hong Kong as one of the only modern economies without tariffs or import quotas.

chooses its buys.¹⁹

Krugman adds that market economies “are able to coordinate extremely complex activities and guarantee consumers the supply of the goods and services required.” Drawing a parallel to what a non-market economy would resemble, Krugman affirms that “the alternative to a market economy is a command economy, where there is a central authority making decisions about production and consumption.”²⁰

The economist David Ricardo, in his development of Adam Smith’s theory, proposes a theory of “Comparative Advantages.” In his book, *Principles of Political Economy and Taxation* (1817), Ricardo contests Smith’s assertion that a country should specialize in producing merchandise where it has an absolute advantage, and instead argues that it should focus on producing in areas where it has greater relative advantages, usually related to the lower costs of production. The theory of Comparative Advantages, as well as other theories developed by Ricardo, helped to form the basis and direction for the development of a line of theories of international trade during the 20th century that came to dominate the international scene and remains largely relevant in the current economic and foreign trade scholarly literature.

The World Bank, for one, although it has never issued a definition for market economy, has identified the conditions it considers relevant in the characterization of an economy as such, including minimal State interference. The World Bank argues that a market economy is not one in which the State is absent; on the contrary, State intervention is considered essential since in its absence market economies would succumb to monopolies. On the other hand, State intervention must be moderated in order to avoid favoring specific sectors, uniform pricing, and other State practices that impede competitive market dynamics.²¹

In the context of the WTO, certain perceptions regarding the concept of market economy can be noted

19 KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

20 KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

21 Although the World Bank has not explicitly defined what a market economy is, in its reports and studies, especially on countries in transition to market economies, in the 1990s, some patterns can be observed. A World Bank Country Study On Czechoslovakia, ECA Sector Units World Bank, (1991). Available at: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/197971468746734285/Czechoslovakia-Transition-to-a-market-economy>>.

in Interpretative Note 1.2 to Article VI of the GATT 1994, as noted earlier in this article by the Appellate Body in *EC v. Fasteners*.²² Combining an analysis of this excerpt from the Appellate Body’s decision mentioned above in this article with the text of Interpretative Note 1.2 to Article VI of the GATT 1994 indicates the existence of different levels of economies that may not be considered market-oriented. This is because, for the purposes of invoking the Interpretative Note, a total or substantial monopoly of trade must exist in the exporting country targeted by the antidumping investigation, as must price fixing by the State.

The lack of a concrete legal definition allows Member States to decide the issue based on a wide range of diverse criteria, such as exchange rates, interest rates, wages, prices, capital controls and political factors. In EU law, for example, there are no criteria that determine when a country is to be considered a market economy. The EU has created a non-exhaustive list of countries, however, where, according to the bloc, market conditions are presumed not to prevail. Notwithstanding, this regulation neglects to indicate the criteria that must be met for a country to be removed from the list²³.

Yet the EU has analyzed China’s situation and the possibility of considering the country a market economy in certain circumstances. In 2008, China requested market economy recognition from the EU. In its Report published in September 2008,²⁴ the European Commission’s application of the “5 Criteria” indicated in Article 2.7 (c) of the EU’s Antidumping Regulation is evident.²⁵ This article identifies the requirements that a group of companies or industries from countries where market conditions do not prevail must comply to receive market economy treatment in antidumping investigations.

22 EC – Definitive Anti-Dumping Measures on Certain Iron or Steel Fasteners from China. Appellate Body Report. DS397:2011, parag. 285.

23 The first list dates from 1968 and includes all then communist countries except Cuba. This list has been modified on occasion, having shrunk significantly following the breakup of the Soviet Union in 1989.

24 Commission Of The European Communities, Commission Staff Working Document On Progress By The People’s Republic Of China Towards Graduation To Market Economy Status In Trade Defense Investigations, No 1225/2009, (2008). Available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146035.pdf>.

25 Criterion reached by China was: 2) An absence of state-induced distortions in the operation of enterprises linked to privatization and the use of non-market trading or compensation system.

US antidumping legislation only generally defines what comprises a non-market economy country. Under Section 771 (18) of the Tariff Law of 1930, a non-market economy would exist in a country where marketing principles of cost and pricing do not operate and, therefore, the sale prices of goods do not reflect fair value. The criteria used in the US to determine whether a country is a market economy correspond only partially to the EU approach. The US Department of Commerce (DC) takes into account the extent of state control over the means of production, resource allocation and business decision-making. The DC also examines currency manipulation, free wage bargaining and private or public foreign investment. The regulation is not fully defined and allows the DC to consider other factors deemed appropriate, such as the existence and functioning of anti-monopoly laws and stock exchange transactions.²⁶

The US conducts an annual review entitled “USTR Report to Congress on China’s WTO Compliance” (Report), which analyses nine major areas of trade in the WTO in which China has made commitments. In addition, the Report also provides an analysis of the internal policies adopted by the Chinese Government that affect its business practice.²⁷ In the last Report, published in 2015, it focused on: (i) discriminatory trade practices; (ii) taxation; (iii) subsidies; (iv) price control; (v) standardization, technical regulations, transparency; (vi) state-owned enterprises. Especially with regard to government-controlled enterprises, the Report has maintained that the Chinese Government is heavily involved in investments and decisions in strategic sectors such as civil aviation, electric power, petrochemical, marine and telecommunications. About 82% of the assets of central state-owned enterprises are concentrated in the petrochemical, electric power, defense, telecommunications, transportation, mining, metallurgy and machinery sectors. According to the document, since the beginning of the global economic crisis at the end of 2008, there have been a large number of mergers and acquisitions among state-owned enterprises. Consequently, the Report, while indicating gradual progress by the Chinese Government, has concluded that a high degree

of state interference still exists in China, as reflected by its control practices for prices, means of production, exchange rates and wages.

The Report concludes that state-owned enterprises continue to play a key role in China’s political economy even after more than three decades of experimental and gradual reforms and private sector expansion. According to the Report, since the Chinese government started using state-owned enterprises as a mechanism to pursue social, industrial and foreign policy objectives, these companies have benefited from direct and indirect subsidies (capital, energy and property), as well as regulatory preferences (e.g., competition law, public contracts), which resulted in a regime that is highly restrictive for foreign direct investment.

From the perspective of the US Government, these privileges allow Chinese state-owned enterprises to maintain a monopolistic position in certain sectors although they often perform less efficiently and profitably than private-sector firms. While controlled companies – around 155,000 local and central state-owned enterprises (according to data from 2013) – account for 30% of total secondary and tertiary assets, or more than 50% of China’s total corporate industrial assets, and absorb most of state-backed loans, these enterprises only represent 22% of Chinese profits and 17% of total employment, and are also surpassed by the private sector in terms of job creation and innovation.

It is worth noticing that the “Trade Policy Report” (TPR) on China published by the WTO in June 2016 affirms that China continues to maintain an economic system in which the basic mainstay is public ownership of property. As a result, the private sector is dominant in industries such as textiles and food, while sectors of strategic importance – energy, utilities, transportation, telecommunications services, education, finance – remain only partially open to private investment.²⁸ In addition to the Chinese government’s control over local enterprises, the Chinese government’s price controls and fixing also attracts a good amount of attention, as the modification of economic data in a way that privileges China’s domestic industry is also suspected. The WTO’s China TPR indicated that China applies price controls at both central and provincial levels on goods and services it deems to have a direct impact on the na-

26 ANTI-DUMPING Investigations Against China in Latin America. IBA Divisions Project, IBA Trade and Customs Law Committee and the IBA Latin American Regional Forum. p. 11. (2010).

27 UNITED STATES Trade representative. 2014 report to congress on China’s WTO compliance, 2014.

28 Trade Policy Review Body, WTO Secretariat, Trade Policy Review Body. WTO. 2016.

tional economy and people's subsistence. The products and services that are subject to price controls are listed in Central Government and Local Government Price Catalogs. The China TPR also indicated that products and services subject to government fixed prices include pharmaceuticals, tobacco, natural gas and certain telecommunications services; while products and services subject to the government-mandated pricing policy included gasoline, kerosene, diesel oil, fertilizers, cotton, edible oils, various grains, wheat flour, various forms of transportation services, professional services such as engineering and architecture, and certain telecommunication services. From the analysis of the documents mentioned above it can be asserted that China continues to apply price controls on goods and services that have a direct impact on its national economy, practices that sustain the doubts and concerns regarding the degree to which its hybrid economy can be characterized as a market economy.

6. AN ANALYSIS OF ARTICLES 15 (A) AND 15 (D) THROUGH THE LENS OF THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES

The treaties concluded within the framework of the WTO were negotiated by many parties over an extended period and, therefore, divergent interpretations of the precise text of an agreement or specific article are quite common. Article 15 of the Protocol of Accession is one such example where a multilateral negotiation process led to an international treaty termed a single undertaking of the WTO that is not technically perfect, for it contains gaps that open space for a series of doubts and interpretations. As the Article involves an international trade rule, Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) stand out as tools of interpretation in addition to the general principles of international law and the WTO's jurisprudence.

Article 3.2 of the Dispute Settlement Understanding ("DSU") emphasizes the importance of customary rules and sources of international law, emphasizing the need for the Dispute Settlement Body ("DSB") to rely on the usual practices of international law to clarify possible disagreements involving the provisions of the WTO agreements. For this reason, the WTO panels and Appellate Body make constant references to Articles 31

and 32 of the VCLT, which codify the customary rules of treaty interpretation. The WTO Appellate Body, as well as other prestigious international organizations, have emphasized that the rules of interpretation established in the VCLT constitute accepted customs of international law.²⁹ The VCLT deals with the interpretation of treaties in three separate articles – Articles 31, 32 and 33 – which form a coherent and harmonious system to guide hermeneutical analysis. The VCLT's authors were aware from the outset of the difficulties that arise from the diversity of meanings words possess. This was the reason why Article 31 holds that the "ordinary meaning" of a treaty should be determined in accordance with the treaty's context, object and purpose.

We first address a textual analysis of Article 15 (a) and 15 (d) of the Protocol of Accession. Article 15 (a) deals with the comparability of prices determined in antidumping investigations, which involves comparing export price and normal value pursuant to Article 2.1 of the Antidumping Agreement. The article provides two alternatives for the calculation of normal value in antidumping investigations related to China's exports: (i) the use of Chinese prices and costs in the industry under investigation or (ii) an alternative methodology. Article 15 (a) (i) states that Member States may use Chinese prices or costs in cases where producers in the industry under investigation clearly demonstrate that market conditions prevail in that sector. In this case, the burden of proof to demonstrate that market conditions prevail in the investigated sector rests upon Chinese exporters.³⁰ If the Chinese exporter cannot prove that free market rules prevail in its sector, Article 15 (a) (ii) should be applied. Article 15 (a) (ii) states that an alternative methodology may be used for price comparison in an antidumping investigation. As noted earlier, the provisions of Article 15 (a) do not explicitly indicate that China is not a market economy. However, by requiring Chinese exporter to produce evidence of its market character, it is implied that in certain Chinese sectors market conditions do not prevail – an interpretation confirmed later in the text of Article 15 (d) of

29 US Gasoline, DS2, Appelate Body Report, 1996, parag. 16-17. US Gambling, DS285, Panel Report. 2005.

30 In the United States there is no news of any case in which market economy treatment was granted to individual Chinese producers. On the other hand, the European Commission has already recognized market conditions for Chinese exporters in some cases. See: Antidumping Investigations Against China in Latin America, 2010, at 10.

the Protocol of Accession and discussed in detail below.

It is precisely this mechanism that allows Member States to adopt alternative methodologies when determining the normal value of Chinese imports by subjecting goods of Chinese origin to the same treatment as imports from non-market economy countries. From the analysis of the Working Group for the Accession of China to the WTO, it can be concluded that the use of alternative methodologies to calculate normal value in antidumping investigations was considered appropriate because of difficulties related to the special characteristics of the Chinese domestic market.³¹ The absence of a regular trade environment and the high level of State interference in the economy were considered as characteristics that would have the effect of rendering antidumping investigations based on Chinese domestic prices impossible. A similar mechanism had already been planned in the Working Group for the Accession of Vietnam to the WTO.³² The Working Group for the Accession of China to the WTO, when referring to Article 15 of the Protocol of Accession, states that³³:

Several members of the Working Party noted that China was continuing the process of transition towards a full market economy. Those members noted that under those circumstances, in the case of imports of Chinese origin into a WTO Member, special difficulties could exist in determining cost and price comparability in the context of antidumping investigations and countervailing duty investigations. Those members stated that in such cases, the importing WTO Member might find it necessary to take into account the possibility that a strict comparison with domestic costs and prices in China might not always be appropriate.

The Working Group for the Accession of China to the WTO drew attention to the consequences of the WTO system on economies where market conditions did not prevail without, notwithstanding, providing a definition of exactly how a market economy should be identified.

What is possible to observe in Article 15 (a) of the Protocol of Accession is that, especially if compared to the general rule in the Interpretative Note to Article VI

31 Even if the text of the Reports of the Working Group is not considered as part of the text or context, under the terms of Article 31 of the CVDT, they may constitute additional instruments of interpretation, pursuant to Article 32 of the CVDT.

32 WTO. Report of the Working Group on Vietnam Access to the WTO, WT/ACC/CHN/49, parag. 255, (2001).

33 WTO. Report of the Working Group on Vietnam Access to the WTO, WT/ACC/CHN/49, parag. 150 (2001).

of the GATT 1994, the Protocol does guarantee more favorable treatment for Chinese exporters to the degree that it foresees the possibility of allowing them to prove that market economy conditions prevail in their respective sectors. It seems clear that Article 15 (a) is intended to guarantee Chinese exporters the right to avoid alternative methods for determining normal value by providing them an opportunity to demonstrate that market conditions are prevalent in their sector. In addition, the use of alternative methodologies is established by the article only as a subsidiary alternative, which reduces the chances of abusive calculations by other Member States.

We now turn to the analysis of Article 15 (d), whose interpretation is directly related to Article 15 (a). The hypothesis contemplated in the first sentence of Article 15 (d) concerns the recognition of China as a market economy by a Member State in view of its domestic law, in which case the provisions of Article 15 (a) would remain without effect. According to the first part of Article 15 (d), once a country has determined that China represents a market economy, there would be no justification for applying alternative methodologies based on the absence of market conditions. Another possibility foreseen in the final part of Article 15 (d) arises if China proves that market conditions prevail in a specific sector or industry, but not in its entire economy. In that case, the provisions of Article 15 (a) would no longer apply to these specific sectors. Here it is essential to note the particularities of Article 15 (a) and 15 (d). The provisions of Article 15 (a) refer to a "Chinese producer" that can demonstrate market conditions specifically with respect to the object under investigation. Thus, the analysis from the point of view of Article 15 (a) must be carried out on a case-by-case basis, depending on the details and peculiarities of each sector and each product being investigated. In turn, Article 15 (d) says that China may prove to Member States that market conditions prevail generally or in relation to a specific industry. Thus, the recognition under Article 15 (d) could have an *erga omnes* effect, covering all Chinese producers or all producers of the area specifically analyzed.

The second part of Article 15 (d) contains the most controversial point, since it states that "in any event, the provisions of subparagraph (a)(ii) shall expire 15 years after the date of accession". It states that after 15 years from China's accession to the WTO, that is, on December 11, 2016, the provisions of Article 15 (a) (ii), which determine the use of alternative methodology for com-

parison purposes in antidumping investigations against Chinese imports, would cease to have effect. As already noted, extensive debate and competing interpretations currently surround this issue. The WTO Appellate Body has already argued that the text of an agreement should be analyzed in parallel with its context, object and purpose.³⁴ Sir Sinclair, who participated as delegate to the Vienna Conference when the VCLT was approved, noted that the true meaning of a text must be reached in the light of all the consequences that flow naturally and reasonably from that text.³⁵ Therefore, it is essential to ascertain the purpose of the signatory parties to the Protocol of Accession by providing for the transitional application of a special system for the determination of normal value for Chinese imports under investigation.³⁶ For him the essential question is whether it was the intention of the signatory parties of the Protocol of Accession to automatically designate China as a market economy in December 2016 regardless of its actual economic practices.

From the analysis of the above-mentioned positions, the assertion that the expiration of Article 15 (a) (ii) automatically grants market economy status to China seems excessively rigid and disregards the remaining provisions of Article 15 of the Protocol of Accession.³⁷ First of all, according to analysis of the Chinese economy, the Chinese Government still maintains an active and relevant role in its industrial sector. The very endorsement of another Five-Year Plan indicates that the Chinese state will likely continue to have considerable influence on the country's trade practices in order to comply with the measures and achieve the goals identified by the Communist Party. As a result, considering the reality and the factual context of Chinese economy, the automatic concession of market economy status might go against the objectives and purpose of the Protocol of Accession and to the antidumping legislation as a whole, which are, respectively, (i) the gradual emergence of the Chinese market in international trade, with liberalization of its trade and respect for free market ru-

les; and (ii) a fair comparison of prices in antidumping investigations, in order to protect Member States from unfair trade practices and, at the same time, protect China from protectionist measures against their exports.

Secondly, Article 32 lists the preparatory works as one of the supplementary sources of treaty interpretation. It is therefore important that Article 15 (a) of the Protocol of Accession be read in conjunction with paragraph 150 of the Working Group for the Accession of China to the WTO. This paragraph defends and allows the application of alternative methodology for value comparison purposes in antidumping investigations in certain situations in order to ensure fair comparison of prices. In addition, it should be noted that, although there is no automatic recognition of China as a market economy, the Chinese Government and producers retain the guarantee and the right to demonstrate that market rules prevail in certain sectors under the terms of the remaining provisions of Article 15 (the first and third parts of Article 15 (a) (i) and 15 (d)). As the provisions of Article 15 (a) (i) and parts one and three of Article 15 (d) will remain in force, the most plausible interpretation is that it will also remain the right of the Chinese exporting producer and the Chinese Government to defend and prove the existence of market conditions for a specific or general industry, in the unlikely event that a Member State's investigation attests to the absence of market conditions in that industry.

On the other hand, it seems reasonable to recognize that the reversal of the burden of proof regarding price comparison in antidumping investigations will be mandatory after December 2016, since the extinction of Article 15 (a) (ii) means that characterizations of China as a non-market economy subsequent to December 11, 2016 can no longer find their legal basis in the Protocol of Accession, which would constitute legal abuse from that date. International law forbids the abusive exercise of rights from a State and requires that treaty obligations be performed reasonably and in good faith. It is not reasonable to assert that the extinction of Article 15 (a) (ii) will not result in any change in the legal order of the antidumping legislation. Such an understanding, while voiding the letter of Article 15 (a) (ii) counter to the principle of effectiveness, would likely incentivize abusive exercise by the Member States of their trade defense right, thus resulting in a violation of Chinese rights and the transitional nature of the Protocol of Accession.

34 JAPAN v. Canada, Canada - certain measures affecting the automotive industry, DS139, 807, 2000. EUROPEAN communities v. United States, US - Trade Act, DS200, 7.22, 638, 2000.

35 SINCLAIR, Ian. *The Vienna convention and the law of treaties*. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 1984. 130-31.

36 EUROPEAN Communities v. Japan, Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, DS8, 1996.

37 This type of rigid analysis has been studied by the Appellate Body in Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, 1996.

This said, the dispositions Article 15 constitute complementary rules specifying Article 6 of the GATT 1994 and the ADA, which governs price comparability in the context of antidumping investigations. In case of extinction of this special rule, the Member States may use the remaining general rules provided for in Article 6 of the GATT 1994 and the ADA. The multilateral system of the WTO constitutes a single undertaking, which means that every negotiated item is part of a single and indivisible package that cannot be agreed upon, read and interpreted separately, but rather jointly and systematically.³⁸ Therefore, it is most likely that from December 2016 on Member States will have to return to the provisions set forth in Article 6 of the GATT 1994, as well as in the ADA, more specifically in the Interpretative Note to the GATT 1994.

It is worth noting that the Interpretative Note was drawn up in 1955, almost sixty-two years ago and in a completely different historical context in which the world was divided between planned economies and market economies: socialist systems versus capitalist system. In the current political-economic panorama, however, it may be reckless to draw such divisions, even for China since, although there is strong state intervention in economic circles, it cannot be wholly considered a planned economy, but more accurately as a *sui generis* economy from the perspective of international trade. Another possibility that should be considered is the suggestion by the legal department of the European Parliament cost and price adjustment techniques be adopted based on Article 2.2 of the ADA. However, any cost adjustment policy by Member States would likely face serious obstacles. In a recent analysis, the European Parliament's Public Policy Body acknowledged that

[...] the nature of state intervention in China can be so intense that it is very difficult to detect state subsidies – and hence other price and cost distortions of production for the purposes of price adjustment [...].

Thus, importing authorities may encounter difficulty collecting sufficient information and making appropriate cost adjustments in investigations.³⁹

7. FINAL CONSIDERATIONS

The debate over the possible interpretations of Article 15 of the Protocol of Accession is of great importance and currently represents, as mentioned before, one of the most discussed topics in political and commercial circles. Chinese growth, as reflected in its political, economic and military influence, has altered the existing global order. On December 12, 2016, that is, the day after the date established by Article 15 (d) of the Protocol of Accession, China notified the WTO Secretariat that it challenged the calculation methodology used by the US and the EU in antidumping investigations. China did not, however, propose any argument related to the most appropriate interpretation of the Article in question. Rather, China based its challenge on an understanding that Article 15 (d) would immediately and without question apply starting December 11, 2016.

Without doubt, automatic recognition of China as a market economy in antidumping investigations would defy antidumping law as a whole, since the ultimate purposes of the Protocol of Accession, the application of the alternative methodology and main goal of antidumping law are all to avoid distortions in dumping margin calculations. WTO law has developed appropriate methods to accommodate China and its *sui generis* economy within the multilateral trading system through several concessions by Chinese State. However, the recent change in the antidumping legislation represents a new challenge for the WTO. On one side, the Organization must consider not only China's claims that the rules of the Protocol of Accession are eminently transitional and, thus, cannot persist indefinitely, but also the political, economic and commercial strength and influence of China today. On the other hand, WTO must also evaluate Chinese progress in implementing the WTO's rules and in liberalizing trade in view of relevant international studies by the US and the EU that maintain that China cannot yet be considered a market economy. When China entered the WTO in 2001, the political-economic outlook was completely different from the one that exists today, and therefore the analysis to be made by the DSB must necessarily display a broad foundation in international law, especially in the principles established by the VCLT.

38 The concept of single undertaking is the principle of international trade, defined in: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/work_organ_e.htm>.

39 BARONE, Barbara. *One year to go*: the debate over China's market economy status (MES) heats up. 2015.

REFERENCES

- AMARAL JR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ANTIDUMPING regulation of the EU on protection against dumped imports from countries not members of the European community, 1225/2009. Available at: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146035.pdf>.
- ANTI-DUMPING investigations against China in Latin America. IBA Divisions Project, IBA Trade and Customs Law Committee and the IBA Latin American Regional Forum.
- ÁRABE NETO, Abrão M; SARDELLI PANZINI, Fa-brizio. *Consequências do reconhecimento da China como economia de mercado*. São Paulo: FUNCEX, 2011.
- BAJONA, C; CHU, T. *China's WTO accession and its effect on State enterprise*. Hawaii: East-West Center Working Papers, 2004.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. Dumping e antidumping no Brasil In: AMARAL JR, Alberto. *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- BARONE, Barbara. One year to go: the debate over China's market economy status (MES) heats up. 2015.
- BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- CANADA - Term of Patent Protection (Canada - Patents) (WT/DS170/R). Panel Report. Appellate Body Report DS170. 2000.
- DASGUPTA, Dipak. *China 2020: China engaged: integration with the global economy*. Available at: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/656981468743976946/China-2020-China-engaged-integration-with-the-global-economy>>.
- EC: definitive anti-dumping measures on certain iron or steel fasteners from China. Appellate Body Report. DS397:2011.
- EU - Antidumping Measures on Biodiesel from Indonesia. Appelate Body Report DS480.
- EU - Cost Adjustment Measures and Certain Antidumping Measures on Imports from Russia. DS474.
- EU- Antidumping Measures on Biodisel from Argentina. Appellate Body Report DS473: 2016.
- EUROPEAN communities v. United States, US - Trade Act, DS200, 7.22, 638, 2000.
- EUROPEAN Communities v. Japan, Japan - Taxes on Alcoholic Beverages, DS8, 1996.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Directorate-general for external policies. Policy department. *Workshop: market economy status for China after 2016?*. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO_STU\(2016\)535023_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/535023/EXPO_STU(2016)535023_EN.pdf)>.
- FINGER, J. M. *Antidumping: how it works and who gets hurt*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993.
- GAO, Henry. *If you don't believe in the 2012 myth, do you believe in the 2016 myth?* WTO and China. 2011. Disponível em: <<http://wtoandchina.blogspot.com/2011/11/if-you-dont-believe-in-2012-myth-do-you.html>>.
- GRAAFSMA, F. Kumashova, E. China's protocol of accession and the anti-dumping agreement: temporary derogation or permanent modification? *Global Trade and Customs Journal*, n. 4, p. 154–59, apr. 2014.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- IANCHOVICHINA, E.; MARTIN, W. Impact of China's accession to the World Trade Organization. *The World Bank Economic Review*, 2004.
- INDONESIA - Certain Measures Affecting the Auto-moblie Industry (Indonesia - Auto). Panel Report. WT/ DS54; WT/DS55, WT/DS59, WT/DS64: 1994.
- JAPAN v. Canada, Canada - certain measures affecting the automotive industry, DS139, 807, 2000.
- KRUGMAN, Paul; OBSTFELD, Maurice. *Economia internacional: teoria e política*. 6. ed. São Paulo: Pearson, 2009.
- KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.
- MAVROIDS, Petros C., PALMETER, David. *Dispute settlement in the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MIRANDA, Jorge. Implementation of the shift in bur-den of proof approach to interpreting paragraph 15 of China's protocol of accession. *Global Trade and Custom Lae*, v. 11, 2016.

- NEERGAARD, Anders; AUERSPERGER MATIC, Andrej. *Parecer legal do parlamento europeu*. Disponível em: <<http://www.vieuws.eu/eutradeinsights/wp-content/uploads/2015/10/Extract-of-EP-legal-opinion-on-market-economy-status-for-China.pdf>>.
- O'CONNOR, Bernard. *Market-economy status for China is not automatic*. VoxEu, 2011. Disponível em <<http://www.voxeu.org/index.php?q=node/7345>>.
- O'CONNOR, Bernard. The myth of China and market economy status in 2016. Available at: <<http://worldtradelaw.typepad.com/files/oconnorresponse.pdf>>.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO. Working group on privatization and corporate governance of State owned assets: occasional paper: State owned enterprises In China: reviewing the evidence, 2009.
- PAUWELYN, Joost. "The WTO agreement on sanitary and phytosanitary (SPS) measures as applied in the first three SPS disputes: EC – Hormones, Australia – Salmon and Japan – Varietals". *Journal of International Economic Law*, v. 2, n. 4. 1999.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. How to promote the international rule of law? *World Trade Organization Appellate Review System*. 1998.
- POLOUEKTOV, Alexander. *The non-market economy issue in international trade in the context of WTO accessions*: report. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2002
- POSNER, Theodore. A comment on interpreting paragraph 15 of China's protocol of accession by Jorge Miranda. *Global Trade & Customs*, 146, 2014.
- RAO, Weijia. China's market economy status under WTO antidumping laws after 2016. *Tsinghua China Law Review*, v. 5, 2013.
- REEVES, Martin; HE, Davis. What China's 13th Five Year Plan Means for Business. *Harvard Business Review*. 2015.
- RICARDO, David. *The principles of political economy and taxation*. 3. ed. London: 1821.
- RUESSMANN, L.; BECK, J. 2016 and the application of an NME methodology to Chinese producers in anti-dumping investigations. *Global Trade and Customs Journal*, v. 8, 2014.
- SINCLAIR, Ian. The Vienna convention and the law of treaties. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 1984.
- SPADANO, Lucas. *O tratamento da China como economia (não) de mercado após 2016*. Em Observatório de Defesa Comercial da Confederação Nacional da Indústria (CNI). 2013.
- STOLL, Peter-Tobias; SCHORKOPF, Frank. World economic order: world trade law. *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*. Martinus Nijhoff Publishers.
- THORSTENSEN, Vera. *China e EUA: de guerras cambiais a guerras comerciais*. São Paulo, 2010.
- THORSTENSEN, Vera. *OMC, as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- THORSTENSEN, Vera. *Perfil da política e instrumentos de comércio internacional dos BIC's*. China, Índia e Brasil: projeto regulação do comércio global. Brasília: IPEA, 2011.
- THORSTENSEN, Vera; JANK, Marcos S. *O Brasil e os grandes temas do comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2005.
- THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina. O reconhecimento da China como economia de mercado: o dilema de 2016. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, ano 26, n. 112, jul./set. 2012.
- TIETJE, Christian; NOWROT, Karsten. Myth or reality? China's market economy status under WTO anti-dumping law after 2016. *Policy Papers on Transnational Economic Law*, n. 34, Transnational economic law research center, 2011.
- TRADE Policy Report. WTO secretariat report. Trade Policy Review Body. WTO. 2016.
- TRADE Policy Review. Geneva: OMC, 2014.
- TRADE Policy Review Body, WTO Secretariat, Trade Policy Review Body. WTO. 2016.
- UNCTAD Report, UNCTAD/DITC/TNCD/MISC.20. 2002.
- UNITED States – definitive anti-dumping and countervailing duties on certain products from China. Appellate Body Report. DS379: 2011.
- UNITED States - tax treatment for 'foreign sales corporations'. Panel Report. DS108: 2000.

- UNITED STATES Trade representative. 2014 report to congress on China's WTO compliance, 2014.
- US GAMBLING, DS285, Panel Report. 2005.
- US GASOLINE. Appelate body report. DS2:1996.
- US GASOLINE, DS2, appellate body report, 1996, parag. 16-17.
- US: China bilateral WTO agreement, antidumping and subsidies methodology, Third WTO Ministerial Conference, Seattle, Washington, 1999.
- VAN DEN BOSSCHE, Peter. The law and policy of the world trade organization. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- WORKING Group for the Accession of China to the WTO. WT/ACC/CHN/49.
- WORKING Group for the Accession of Vietnam to the WTO. WT/ACC/VNM/48:2007.
- WTO REPORT. Geneva: WTO, 2010.
- WTO REPORT. Geneva: WTO, 2012.
- YFISLIN, Justin; CAI, Fang; LI, Zhou. The lessons of China's transition to a market economy. *Cato Journal*, 1996.
- YU, Yanning. Rethinking China's market economy status in trade remedy disputes after 2016: concerns and challenges. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, v. 8, 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The ISIS eradication of christians and yazidis: human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it

A erradicação dos cristãos e dos yazidis pelo ISIS: o tráfico humano, o genocídio e os esforços internacionais em falta para acabar com ele

Sarah Myers Raben

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

The ISIS eradication of christians and yazidis: human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it*

A erradicação dos cristãos e dos yazidis pelo ISIS: o tráfico humano, o genocídio e os esforços internacionais em falta para acabar com ele

Sarah Myers Raben**

ABSTRACT

Human trafficking is one of the most shocking and horrifying crimes of the twenty-first century—a criminal enterprise that is funding and motivating terrorist groups like ISIS. The systematic brutality against Christians and Yazidis is unparalleled, as ISIS battles to exterminate any trace of non-Muslim groups from Syria and Iraq. Pope Francis brought ISIS atrocities onto the world stage and called it genocide, as did U.S. Secretary of State John Kerry. While the United Nations acknowledged genocide against the Yazidis, the U.N. erred when it failed to distinguish the violence against Christians as genocide, as well. ISIS forces are on the decline, but accountability for their crimes is inconclusive. Iraq and Syria are not members of the International Criminal Court, which means ISIS fighters are unlikely to be subject to jurisdiction of any ICC proceeding. While the number of nations enacting trafficking statutes continues to increase, the laws are virtually powerless unless ISIS criminals are inside the borders of the country. The only plausible avenue lies in the U.N. Security Council resolution to investigate ISIS war crimes in Iraq. While U.S.-backed forces continue to weaken ISIS, the world stage should proceed with careful optimism, and not let Christianity be an impediment to a strong stance against terrorism.

Keywords: ISIS. Genocide. Yazidis. Christians. Human Trafficking.

RESUMO

O tráfico humano é um dos crimes mais chocantes e horríveis do século XXI - um empreendimento criminoso que financia e motiva grupos terroristas como o ISIS. A brutalidade sistemática contra os cristãos e os yazidis é inigualável, enquanto o ISIS luta para exterminar qualquer vestígio de grupos não-muçulmanos da Síria e do Iraque. O Papa Francisco trouxe as atrocidades do ISIS para o cenário mundial e o chamou de genocídio, assim como o secretário de Estado dos EUA, John Kerry. Enquanto as Nações Unidas reconheceram o genocídio contra os yazidis, também erraram ao não conseguir distinguir a violência contra cristãos como genocídio. As forças do ISIS estão em declínio, mas a responsabilidade por seus crimes é inconclusiva. O Iraque e a Síria não são membros do Tribunal Penal Internacional, o que significa que os combatentes do ISIS não estão sujeitos à jurisdição de qualquer processo do TPI. Enquanto o número de nações que

* Recebido em: 02/04/2018
Aprovado em: 02/04/2018

** Juris Doctorate candidate at the University of Mississippi School of Law (2018), and a Staff Editor of the Mississippi Law Journal. The author would like to thank her faculty advisor Professor Ronald Rychlak for his confidence, knowledge, and direction, as well as Professor John Czarnetzky for his assistance and encouragement. She would also like to thank her bonus dad Keith Sorrell for his countless hours of legal explanations, her mother, and her husband and their three daughters for their unwavering support and patience. Email: smraben@go.olemiss.edu.

promulga leis contra o tráfico continua a aumentar, elas são virtualmente impotentes, a menos que criminosos do EI estejam dentro das fronteiras do país. A única via plausível está na resolução do Conselho de Segurança da ONU para investigar os crimes de guerra do Estado Islâmico no Iraque. Embora as forças apoiadas pelos EUA continuem a enfraquecer o ISIS, o cenário mundial deve prosseguir com um otimismo cuidadoso, e não deixar o cristianismo ser um impedimento para uma postura forte contra o terrorismo.

Palavras-chave: ISIS, genocídio, yazidis, cristãos, tráfico humano

1. INTRODUCTION

Human trafficking is one of the most tragic human rights issues of our time. It splinters families, distorts global markets, undermines the rule of law, and spurs other transnational criminal activity. It threatens public safety and national security. But worst of all, the crime robs human beings of their freedom and their dignity. That's why we must pursue an end to the scourge of human trafficking¹

Modern day slavery is more prevalent now in the twenty-first century than ever before, with twenty-seven million men, women, and children imprisoned or controlled across the globe.² Human trafficking generates an estimated \$32 billion annually,³ making it the second

largest criminal enterprise, only surpassed by drugs.⁴ The Islamic State (ISIS)⁵ is raging a war against Christians, Yazidis, and every other group not aligning with its religious beliefs, trying to eradicate any “infidels” not aligned with the Prophet Muhammad’s religious teachings.⁶ ISIS fighters and leaders exploit the families in the villages they capture and sell women and children as sex slaves or systematically rape them into submission.⁷ ISIS fighters instill horrific fear by beheading their hostages as a tool to convert non-believers.⁸ Complicating the issue is the low social status of women in many parts of the world, which only contributes to the “burgeoning of the trafficking industry.”⁹ Recent months are producing aggressive attacks aimed at ISIS, and a reclaiming of key Middle Eastern cities.¹⁰ However, the

money trail and traces how jihadi groups are making record profits from the current refugee crisis.

4 Nick Vivion, *Human Trafficking: Toppling a \$32 Billion Illegal Industry through Technology*, Sabre (May 25, 2016). Available in: <https://www.sabre.com/insights/human-trafficking-toppling-a-32-billion-illegal-industry-through-technology/>. See also *End Trafficking*, UNICEF. Available in: <https://www.unicefusa.org/sites/default/files/assets/pdf/End-Child-Trafficking-One-Pager.pdf>.

5 IS, ISIL, and ISIS are all names used to identify the jihadist group that controls areas in Iraq and Syria. IS is an abbreviation for Islamic State, ISIL is the acronym for Islamic State in Iraq and the Levant, and ISIS comes from the names Islamic State in Iraq and Syria and Islamic State in Iraq and al-Sham. Daesh is a name used more commonly in the Arabic-speaking world where acronyms are uncommon. Faisal Irshaid, *Isis, Isil, IS or Daesh? One Group, Many Names*, BBC (Dec. 2, 2015). Available in: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27994277>.

6 Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 21-22 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

7 Trafficking and Terrorism, Partners in Crime, The Freedom Story (June 29, 2017). Available in: <http://thefreedomstory.org/trafficking-and-terrorism-partners-in-crime>. See also Terrorists use Human Trafficking to Generate Revenue, Demoralize Adversaries, Fill the Ranks, Lexis-Nexis (Dec. 31, 2014). Available in: <http://www.homelandsecuritynewswire.com/dr20141231-terrorists-use-human-trafficking-to-generate-revenue-demoralize-adversaries-fill-the-ranks>.

8 Trafficking and Terrorism, Partners in Crime, The Freedom Story (June 29, 2017). Available in: <http://thefreedomstory.org/trafficking-and-terrorism-partners-in-crime>. See also Terrorists use Human Trafficking to Generate Revenue, Demoralize Adversaries, Fill the Ranks, Lexis-Nexis (Dec. 31, 2014). Available in: <http://www.homelandsecuritynewswire.com/dr20141231-terrorists-use-human-trafficking-to-generate-revenue-demoralize-adversaries-fill-the-ranks>.

9 Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, H.R. 3244, 106th Cong. § 102(2) (2000). <https://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm> (October 28, 2000).

10 Hilary Clarke, Nick Paton Walsh, Eliza Mackintosh & Ghazi Balkiz, *ISIS Defeated in Raqqa as Major Military Operations’ Declared Over*, CNN (Oct. 18, 2017). Available in: <http://www.cnn.com>.

threat of ISIS and its terror are as present as ever. The business of human trafficking is flourishing¹¹ and ISIS continues to threaten Christians in the Western World.¹² Yet the United Nations (U.N.) fails to acknowledge the brutality and intent aimed at Christians, even though the acts coincide and are indistinguishable from the brutality and horror against the Yazidis.

Human trafficking legislation in the United States continues to evolve, but the laws are reactive, and only as effective as the ability to capture terrorists. Further, they have little if any impact on the ISIS genocide in the Middle East. The U.N. also has policies and international laws criminalizing the “genocide”¹³ of religious

[com/2017/10/17/middleeast/raqqa-isis-syria/index.html](http://www.cnn.com/2017/10/17/middleeast/raqqa-isis-syria/index.html).

11 Nima Elbagir, Ghazi Balkiz, & Tamara Qiblawi, *ISIS’ Power is Waning, but its Child Slave Trade is Still Booming*, CNN (Oct. 18, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2017/10/18/middleeast/isis-yazidi-slavery-child-slaves/index.html>.

12 *Pope Francis: Christianity Threatened in ISIS Propaganda Video that Vatican Aide Calls Worrying*, Fox News (Aug. 26, 2017). Available in: <http://www.foxnews.com/world/2017/08/26/pope-francis-christianity-threatened-in-isis-propaganda-video.html>.

13 See generally Nina Shea, ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

Article II - In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such:

a. *Killing members of the group;*

b. *Causing serious bodily or mental harm to members of the group;*

c. *Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*

d. *Imposing measures intended to prevent births within the group;* (e) [sic]

Forcibly transferring children of the group to another group.

Elements of the crime

The Genocide Convention establishes in Article I that the crime of genocide may take place in the context of an armed conflict, international or non-international, but also in the context of a peaceful situation. The latter is less common but still possible. The same article establishes the obligation of the contracting parties to prevent and to punish the crime of genocide.

The popular understanding of what constitutes genocide tends to be broader than the content of the norm under international law. Article II of the Genocide Convention contains a narrow definition of the crime of genocide, which includes two main elements:

1. *A mental element*: the “intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”; and

2. *A physical element*, which includes the following five acts, enumerated exhaustively:

Killing members of the group,

Causing serious bodily or mental harm to members of the group,

Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part,

Imposing measures intended to prevent births within the group, Forcibly transferring children of the group to another group.

The intent is the most difficult element to determine. To consti-

targets, but efforts are still not substantial enough to subdue violent instability in the Middle East. While the U.N. acknowledges the methodical attacks against the Yazidis as genocide, there remains a reluctance to assert the same designation in regards to Christians, despite repeated and vivid proclamations from ISIS.

Part I of this Article will briefly review the development of ISIS and the historical events that led to current leadership. Part II will identify the specific acts of terror and trafficking of ISIS as part of the group’s mission to exterminate Christians and Yazidis. Part III will address the U.N.’s failure to identify the brutality of ISIS towards Christians as genocide, and analyze why the acts warrant the declaration. Finally, Part IV will evaluate the legal options available under international policies and laws, and the importance of individual nations enacting statutes that criminalize trafficking.

2. THE FORMATION OF ISIS

The terrorism attacks on September 11, 2001, jolted the American people and established al Qaeda as a household name.¹⁴ The man credited with starting ISIS, Abu Musab al-Zarqawi, split from al Qaeda in Iraq in 2004 to form his own group and within two years waged war on the Shiite community.¹⁵ In June 2006, a U.S.

tute genocide, there must be a proven intent on the part of perpetrators to physically destroy a national, ethnical, racial or religious group. Cultural destruction does not suffice, nor does an intention to simply disperse a group. It is this special intent, or *dolus specialis*, what makes the crime of genocide so unique. In addition, case law has associated intent with the existence of a State or organizational plan or policy, even if the definition of genocide in international law does not include that element.

Importantly, the victims of genocide are deliberately targeted - not randomly – because of their real or perceived membership of one of the four groups protected under the Convention (which excludes political groups, for example). This means that the target of destruction must be the group, as such, and not its members as individuals. Genocide can also be committed against only a part of the group, as long as that part is identifiable (including within a geographically limited area) and “substantial.”

United Nations Genocide Prevention and the Responsibility to Protect, United Nations. Available in: <http://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.html>.

14 “September 11 was an extraordinary crisis, warranting emergency measures of extraordinary scope. But there is, unfortunately, no reason to believe that the threat of terrorism will recede any time soon. More likely, the ‘emergency’ will be with us through several future presidential administrations.” Stephen J. Schulhofer, *The Enemy Within* 68 (2002).

15 Ray Sanchez, *ISIL, ISIS or the Islamic State?*, CNN (Oct. 25,

air strike killed al-Zarqawi, and Abu Ayyub al-Masri succeeded in leadership.¹⁶ Later that year al-Masri announced the creation of the Islamic State in Iraq (ISI) and named Abu Omar al-Baghdadi as the leader.¹⁷ In 2010, a joint-operation between the U.S. and Iraq killed both Abu Omar al-Baghdadi and al-Masri; then Abu Bakr al-Baghdadi succeeded in power.¹⁸ In 2013, ISI absorbed the al Qaeda-backed militant group in Syria and became known as ISIS.¹⁹ Violence from ISIS increased throughout 2014 and 2015²⁰ while ISIS expanded its territory in Iraq and Syria and took control of the cities of Fallujah, Mosul, Tikrit, and Al-Qaim.²¹ In February 2015, President Obama asked Congress to authorize the use of force against ISIS.²² As of October 2017, U.S. military leaders believed al-Baghdadi was still heading up the ISIS organization.²³

3. THE ISIS INTENT TO ERADICATE CHRISTIANS AND YAZIDIS

2017). Available in: <http://www.cnn.com/2014/09/09/world/meast/isis-isil-islamic-state/>.

16 CNN Library, *ISIS Fast Facts*, CNN (Updated Oct. 17, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2014/08/08/world/isis-fast-facts/index.html>.

17 *Id.*

18 *Id.*

19 *Id.*

20 *Id.* August 19, 2014, ISIS posted a video of the beheading of James Foley, a journalist from the U.S. missing since 2012; September 2, 2014, ISIS posted a video of the beheading of Steven Sotloff, another U.S. journalist; September 13, 2014, ISIS posted a video of the execution of David Haines, a British aid worker; October 3, 2014 ISIS released another video of the beheading of Alan Henning, a British hostage; November 16, 2014 ISIS posted a video of Peter Kassig, a dead American hostage; January 24, 2015, ISIS released pictures of Haruna Yukawa, a Japanese hostage and on January 31, 2015, a video of a second Japanese hostage, Kenji Goto, beheaded; February 3, 2015 ISIS posted pictures and video of Jordanian pilot Moath al-Kasasbeh being burned alive while locked in a cage. *Id.*

21 *Id.*

22 Letter from President Barack Obama to The Congress of the United States (Feb. 11, 2015). Available in: <http://i2.cdn.turner.com/cnn/2015/images/02/11/2015aumf.2.11.15.msg.rel.pdf>. See also Jim Acosta & Jeremy Diamond, *Obama ISIS Fight Request Sent to Congress*, CNN (February 12, 2015). Available in: <http://www.cnn.com/2015/02/11/politics/isis-aumf-white-house-congress/index.html>.

23 Jack Moore, *ISIS Leader Abu Bakr Al-Baghdadi is Likely Alive, U.S. Commander Says*, Newsweek (Sept. 1, 2017). Available in: <http://www.newsweek.com/intelligence-points-isis-leader-abu-bakr-al-baghdadi-being-alive-us-commander-658192>. Rumors surfaced in mid-June 2017 that al-Baghdadi was killed in an airstrike, but U.S. military is skeptical. *Id.*

In 2014 after ISIS captured the city of Mosul, the group set out to entirely exterminate Christians, Yazidis, and every other religious community in the Province of Nineveh that was non-Muslim.²⁴ ISIS leaders gave the Christians an ultimatum—either they could stay and pay a traditional Islamic tax called a jizya, or flee to escape death.²⁵

3.1. The False ISIS Promise of a Jizya and Coexistence with Christians

In reality, ISIS did not offer the traditional jizya to the Christians. It was nothing more than a false promise used by ISIS “for propaganda purposes and to appear more caliph-like.”²⁶ ISIS summoned Christian leaders, who feared the terrorists were attempting to convene all of the Christians in the Mosul auditorium for a slaughter.²⁷ At the appointed time to meet, none of the Christians showed, which infuriated ISIS and subsequently triggered threats to the Christians to leave

24 Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 22 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

25 *Id.* at 23.

26 *Hudson Institute Releases Report on the ISIS Propaganda Ploy to Hide its Genocide of Christians*, Hudson Institute (July 21, 2016). Available in: <https://www.hudson.org/research/12666-hudson-institute-releases-report-on-the-isis-propaganda-ploy-to-hide-its-genocide-of-christians>.

27 Jizya is mentioned once in the Qur'an (9:29, Surah al-Tawbah), although no payment amount or details are actually given. Under what is known as the Pact of Omar (named after a seventh-century caliph), jizya was an arrangement for coexistence with “People of the Book” ahl al kitab, meaning Jews and Christians, and even Sabean-Mandeans and Zoroastrians. A progressive tax was paid by men or their community in exchange for guarantees for their families: protection of their lives and property and the right to worship, receive the sacraments, and perform their religious rights. They did not have full religious freedom, were harshly discriminated against, and were compelled to adhere to Muslim mores in ways that were deliberately humiliating and onerous and would be seen today as flagrant violations of international human rights law. Yet this arrangement at least allowed the protected non-Muslim communities to assemble inside their houses of worship for communal prayer, led by their own religious leaders. For 1,300 years, from the region's Muslim conquest in the seventh century until the mid-nineteenth, Christianity was practiced and perpetuated in this region under such arrangements.

Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute (Aug., 2016). Available in: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>.

27 Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 28-29 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

the city or be killed.²⁸ Three weeks later, ISIS repeated the same ultimatum throughout the Nineveh Province, which left just a small fraction of Christians in Iraq.²⁹

3.2. The Methodical and Disturbing Capitalization of Women and Children

ISIS capitalized on the fleeing and fear by capturing the refugees to finance its terrorism and became one of the first organizations to create an open public market for human trafficking.³⁰

After attacking a village, [ISIS] splits women from men and executes boys and men aged 14 and over. The women and mothers are separated; girls are stripped naked, tested for virginity and examined for breast size and prettiness. The youngest, and those considered the prettiest virgins fetch higher prices and are sent to Raqqa, the [ISIS] stronghold. There is a hierarchy: sheikhs get first choice, then emirs, then fighters. They often take three or four girls each and keep them for a month or so, until they grow tired of a girl, when she goes back to market. At slave auctions, buyers haggle fiercely, driving down prices by disparaging girls as flat-chested or unattractive.³¹

“They are institutionalizing sexual violence,” said U.N. investigator Zainab Bangura.³² “The brutalization of women and girls is central to their ideology.”³³

ISIS did not tolerate Christians.³⁴ The group purpor-

ted to demand a jizya to avoid death or deportation, which was actually extortion and ransom.³⁵ In reality, ISIS did not give such an option to Christians at any time, and instead turned to murder, kidnapping, or enslaving them.³⁶

A Christian mother attested that she was brutally tortured and taken to a slave detention center with other Christian and Yazidi girls.³⁷

That night I was married to eight different men and divorced eight times. Each man raped me three or four times. When it was all over, we were taken back to the room where all the girls were being held. They made us walk naked through the big room where all the men were sitting. We were barely able to walk. The scenario was repeated every week—it was like a nightmare.³⁸

ISIS fighters captured and enslaved Leila, a twenty-three year old woman, who they sold to a military commander.³⁹ Her captor imprisoned her for more than a year, and regularly raped and tortured her.⁴⁰ She said he did “a lot of terrible things—actions against God.”⁴¹

In August of 2014, ISIS attacked the town of Sinjar, Iraq, home to the Yazidis.⁴² More than 50,000 Yazidis fled to Sinjar Mountain, while thousands of others were subjected to systematic killings and rapes.⁴³ Emad Tammo, a thirteen-year old Yazidi spent three years as a slave for ISIS, forced to carry ammunition and water.⁴⁴ “[H]e could barely speak, and his small body looked fragile after only eating small pieces of dates for months.”⁴⁵ Emad described many injuries he sustained while enslaved by ISIS; shrapnel from a mortar lacerated his stomach, a bullet hit his elbow, and debris from a blown-

28 *Id.*

29 *Id.* at 28.

30 Shannon A. Welch, Note, *Human Trafficking and Terrorism: Utilizing National Security Resources to Prevent Human Trafficking in the Islamic State*, 24 Duke J. Gender L. & Pol'y, 165, 169 (2017).

31 James Reinal, *Q&A: Probing Islamic State's Sex Atrocities with the United Nations*, Middle East Eye (May 18, 2015). Available in: <http://www.middleeasteye.net/news/qa-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-1064004421>. The head of a United Nations envoy Zainab Bangura investigated allegations of mass rape, forced marriages, and slavery in the Middle East. *Id.* See also Ishaan Tharoor, *Islamic State Burned a Woman Alive for not Engaging in an ‘Extreme’ Sex Act*, U.N. Official Says, The Washington Post (May 22, 2015). Available in: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/05/22/islamic-state-burned-a-woman-alive-for-not-engaging-in-an-extreme-sex-act-u-n-official-says/?utm_term=.4058e0a57e79.

32 James Reinal, *Q&A: Probing Islamic State's Sex Atrocities with the United Nations*, Middle East Eye (May 18, 2015). Available in: <http://www.middleeasteye.net/news/qa-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-1064004421>.

33 *Id.*

34 Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy* Hudson Institute (Jul. 21, 2016). Available in: <https://www.hudson.org/research/12665-the-isis-genocide-of-middle-eastern-christian-minorities-and-its-jizya-prop>

aganda-ploy.

35 James Reinal, *Q&A: Probing Islamic State's Sex Atrocities with the United Nations*, Middle East Eye (May 18, 2015). Available in: <http://www.middleeasteye.net/news/qa-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-1064004421>.

36 *Id.*

37 Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 33 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

38 *Id.*

39 Cathy Otten, *Life After ISIS Slavery for Yazidi Women and Children*, The New Yorker (Aug. 31, 2017). Available in: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/life-after-isis-slavery-for-yazidi-women-and-children>.

40 *Id.*

41 *Id.*

42 *Id.*

43 *Id.*

44 *Id.*

45 *Id.*

-apart building hit his head after an air strike.⁴⁶ “Some of them were beating and insulting me, and some of them were a little better than others … [I]t depended on who I was with.”⁴⁷

ISIS members had no desire to cohabit or live alongside Christians and Yazidis. The fighters systematically tortured, enslaved, and killed anyone not aligned with ISIS, and drove out nearly all existence of Christians and Yazidis in ISIS-controlled areas.⁴⁸

3.3. ISIS Justification of Rape and Torture with Religion

These violent, horrific accounts were not challenged or rebuked by ISIS, but instead, touted as religiously sanctioned. In the ISIS English-language digital magazine *Dabiq*, the terrorist group bragged and celebrated their horrific actions.⁴⁹

Before Shayṭān reveals his doubts to the weak-minded and weak hearted, one should remember that enslaving the families of the [infidels] and taking their women as concubines is a firmly established aspect of Sharī‘ah that if one were to deny or mock, he would be denying or mocking the verses of the Qur’ān and the narrations of the Prophet … and thereby apostatizing from Islam.⁵⁰

Just over a decade ago, Iraq and Syria had the most “robust Christian populations” in the Middle East.⁵¹ Collectively, there were 1.4 million people in the Iraqi Christian community in 2003, but church leaders in the last few years estimated only a fraction of them, approximately 250,000, were left, mostly living as refugees.⁵² Syria previously had two million Christians living inside the country.⁵³ As of recent years, between one million

and 1.5 million of the country’s Christians remained, and two-thirds of them were displaced.⁵⁴

In 2015, Pope Francis brought the terrorist actions of ISIS onto the world stage, and called the actions “genocide,” stating, “our brothers and sisters are persecuted, tortured and killed for their faith in Jesus.”⁵⁵ The following March, the U.S. Secretary of State John Kerry agreed and officially declared ISIS responsible for genocide among Christians, Yazidis, and Shiīte Muslims in Syria and Iraq.⁵⁶

The terrorist group extinguished nearly two thousand years of religious history and almost every physical trace of Christianity in ISIS-controlled territories.⁵⁷ The assassination of clergy and the destruction of churches started before the emergence of ISIS, but the radical group has almost completely eliminated Christian communities in Syria and Iraq “with brutality that was both deliberate and systematic.”⁵⁸

The U.N. reaction to ISIS crimes of extreme violence and brutality was disappointing. In 2016, the U.N.-established International Commission of Inquiry on Syria completely failed to acknowledge the persecution of Christians.⁵⁹ While the Yazidis were considered victims of genocide, the report concluded ISIS did not intend to destroy the Christian community.⁶⁰ The U.N. attributed its decision not to declare genocide of Christians to insufficient persecution that did not suffice the high bar of the Genocide Convention.⁶¹ The U.N., however, was wrong.

4. THE UNITED NATIONS’ DISREGARD FOR CHRISTIANS

The international community, specifically the U.N., displayed a alarming reluctance to react appropriate-

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ See generally Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁴⁹ See generally *The Revival of Slaver Before the Hour*, *Dabiq* (2014). See also Allen McDuffee, *ISIS Is Now Bragging About Enslaving Women and Children*, *The Atlantic Daily* (Oct. 13, 2014). Available in: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/10/isis-confirms-and-justifies-enslaving-yazidis-in-new-magazine-article/381394/>.

⁵⁰ *The Revival of Slaver Before the Hour*, *Dabiq* (2014).

⁵¹ Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 20 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* at 20-21.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 18.

⁵⁶ *Id.* at 17. See also Matthew Rosenberg, *Citing Atrocities, John Kerry Calls ISIS Actions Genocide*, *New York Times* (Mar. 17, 2016). Available in: https://www.nytimes.com/2016/03/18/world/middleeast/citing-atrocities-john-kerry-calls-isis-actions-genocide.html?_r=0.

⁵⁷ Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 46 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁵⁸ *Id.* at 54.

⁵⁹ *Id.* at 55.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* at 55-56.

ly and within its justifiable force to the ISIS crimes of violence and trafficking against Christians. The tragedies and horrific treatment of women and children by ISIS were acknowledged and condemned throughout the world, but the news media and leaders of countries continually sidestepped the issue of Christianity. While the U.N. was confident to declare genocide by ISIS against the Yazidis, world leaders stopped short of the same designation with regard to Christians—despite the fact the torturous acts happened in the same geography and with the same brutality and tactics. Western media outlets gave sparse attention to the plight of Christians.⁶² Modern-day politics continued to contain pervasiveness on both sides of the aisle to dodge any religious affiliation in an obvious effort to appear secular.⁶³ This argument is in no way intended to discount the horrific, unacceptable treatment of the Yazidis by ISIS. Simply, the U.N. shied away from a declaration of genocide by ISIS against Christians, despite the same categorically barbaric, torturous acts employed on the Yazidis. Further, the U.N. commission failed to do a critical analysis of the law, and instead relied on false ISIS propagation.⁶⁴

4.1. The ISIS Declared-Intent to Destroy Christians and Yazidis

As part of the 1948 Genocide Convention, the U.N. member states defined genocide in Article II.⁶⁵ While the U.N. asserted that intent is the most difficult of the elements to prove in genocide, the declaration made by ISIS in *Dabiq*, and the continued threats and brutality against Christians, clearly demonstrated the intent element of the radical group. In *Dabiq* magazine, the terror group said:

And so we promise you [O crusaders] by Allah's permission that this campaign will be your final campaign. It will be broken and defeated, just as all your previous campaigns were broken and defeated, except that this time we will raid you thereafter, and

⁶² See generally The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁶³ Human rights activist Nina Shea urged Condoleezza Rice, Secretary of State under George W. Bush, to highlight the persecutions of Christians in the Middle East. Rice's response was, "We can't be sectarian." Al Kresta, *Under Caesar's Sword: A Report on the Conference, in The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 363, 366 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁶⁴ Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 55 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁶⁵ U.N. Genocide definition, *supra* n.13.

you will never raid us. We will conquer your Rome, break your crosses, and enslave your women, by the permission of Allah, the Exalted. This is his promise to us; He is glorified and He does not fail in His promise.⁶⁶

The reference to "final campaign" and "never raid us" were certainly evidence of the goal of ISIS to exterminate non-Muslim groups. While the article in *Dabiq* focused on the Yazidis, the references to "Rome" and "crosses" is undoubtedly directed towards Christians. In 2015, in the seventh issue of *Dabiq*, ISIS propagated, "the truth is also clear regarding... jihad against the Jews, the Christians ... go forth for jihad and defend your Islam wherever you may be."⁶⁷

The U.N. leaned on the false proposition that the jizya tax or payment was available to Christians, but was not to the Yazidis, which distinguished the two groups.⁶⁸ In actuality, the U.N. willfully chose to fall victim to misleading propaganda from ISIS, more accurately characterized as a "Salafi Caliphate publicity stunt."⁶⁹

By contrast, there is no evidence that ISIS has fulfilled the caliphate's obligations under a jizya agreement. In fact, irrespective of any payment made to it by a Christian, ISIS prevents and punishes Christian worship, attacks the Christian and his family members, and steals the Christian's property. What ISIS refers to as "jizya" taxes are simply extortion and ransom payments that at most provide temporary protection from ISIS attacks. Virtually every Christian who can flees ISIS-controlled territory. The few aged, disabled, and other Christians who have stayed behind in ISIS-controlled areas have been forced to convert to Islam, become jihadi "brides," or been taken captive or killed. In invoking the term jizya, ISIS is providing a pretext to appear more authentically Islamic. Experts on ISIS have called this a "ploy" and a "publicity stunt." Both terms are accurate.⁷⁰

ISIS may have claimed to offer the tax to Christians

⁶⁶ The Revival of Slaver Before the Hour, *Dabiq* (2014).

⁶⁷ Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 54 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁶⁸ *Id.* at 55. "Unlike the Jews and Christians, there was no room for jizyah payment." *The Revival of Slaver Before the Hour*, *Dabiq* (2014).

⁶⁹ Nina Shea, *ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 17, 55 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

⁷⁰ Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute 4 (Aug. 2016). Available in: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>.

in order to maintain their religious beliefs, but the actual practice or reality of such a possibility was a farce. In September 2014, one family of twelve Assyrian Christians from the town of Nineveh finally escaped after ISIS fighters robbed them and forcibly made them convert to Islam.⁷¹

The Assyrians said for the first three days they were given food by ISIS but for the next 17 days after they were given nothing. They survived from whatever they had in the house. ISIS stole all their money and their papers. They were brought to an Islamic court in Mosul where they “converted” and were given an Islamic state ID and then returned to Bartella. They said they saw one Assyrian who had not converted and was badly beaten, his hands were tied behind his back and he was driven off in a truck. They assumed that he was killed.⁷²

Ambassador Alberto Fernandez, a former State Department counterterrorism expert, poignantly described ISIS treatment of Christians in Mosul and Nineveh.⁷³ “Indeed, there are no images whatsoever of what could be described as normal Christian life in ISIS-controlled territory – no functioning churches, no monasteries or working priests, and no Christian families or Christian schools – all of which had existed throughout Islamic history.”⁷⁴

4.2. The Physical Elements and Acts of ISIS Against Non-Muslims

The second element of genocide, the physical requirements, must be evidenced by five distinguishable acts, which were all exceedingly documented by the destruction and violence of ISIS against the Christians and Yazidis alike. With a brutality and inhumanity of proportions rarely displayed, the terrorists repeatedly broadcasted beheadings of Christians for the world to watch in horror.⁷⁵ Coupled with the countless murders of Christians, nuns, and clergy in the Middle East,⁷⁶

71 Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute, (Aug., 2016). Available in: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>.

72 *Id.* at 10.

73 *Id.* at 11.

74 *Id.* at 13.

75 See *supra* n.20.

76 See generally The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

without question, the first act of “killing members of the group” could not be disputed. With that comes the forgone conclusion that the second act of “causing serious bodily or mental harm to members of the group” was also evidenced. ISIS demonstrated such brutality against Christians with the forcible rapes of young women and girls witnessed by the victims’ family members, which ISIS used to mentally torture and break them into submission.⁷⁷

The third act needed was “deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part.” In the summer of 2014 during the waves of refugees fleeing Mosul, the ISIS leadership turned off the water supply to some of the Christian places in Nineveh, and explained that they did not deserve to drink.⁷⁸ That, however, was just a small example. The self-proclaimed goal of ISIS was to destroy all Christians, either by death or by conversion to Islam.⁷⁹ There was no middle ground—and no justification for the U.N. not to recognize the intent of ISIS.

ISIS actions abundantly demonstrated the fourth act of “imposing measures intended to prevent births within the group.” ISIS fighters separated the men and boys from the women.⁸⁰ With no families intact and the men and women isolated from each other, ISIS prevented the possibility of pregnancies and future generations of Christians. But ISIS also destroyed nearly all

77 Victoria Craw, *Inside My Life as an ISIS Sex Slave*, New York Post (Oct. 11, 2017). Available in: <https://nypost.com/2017/10/11/inside-my-life-as-an-isis-sex-slave/>.

78 Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute 11 (Aug. 2016). Available in: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>.

79 *Id.*

In one example, a group of men reportedly converted when jihadis threatened to rape the girls.

There was Khalia, a woman in her fifties, who was captured and held hostage along with 47 others. During her 15 days in captivity, she rebuffed demands to convert, despite a gun being put to her head and a sword to her neck. She literally fought off ISIS militants as they tried to rape the girls, and again later when they tried to take a 9-year-old as a bride. Because of the abuse, 14 men gave in to ISIS’ demands and said they would convert to Islam. Khalia would not. Ultimately, the hostages were left in the desert to walk to Erbil. Others in Kurdistan affirmed without prompting that ‘she had saved many people.’

80 James Reinal, *Q&A: Probing Islamic State’s Sex Atrocities with the United Nations*, Middle East Eye (May 18, 2015). Available in: <http://www.middleeasteye.net/news/qa-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-1064004421>.

traces of the group. It essentially performed an ethnic cleansing of Christians in ISIS territories.⁸¹ Anyone not killed initially was forced to convert from Christianity to Islam, or be murdered. Staying alive and remaining a Christian was not an option, which extinguished any way to sustain Christian populations.

Finally, the fifth of the acts, “forcibly transferring children of the group to another group,” was transparent in ISIS actions. ISIS boasted of slaughtering young men and keeping the girls as their sex slaves. Some of those who converted from Christianity remained alive, but only as worshipers of Islam, while all others were murdered. ISIS did not leave any group of Christian children, they either converted to Islam or were murdered—children had no other option.

Arguably, it is impossible to fix a problem the U.N. seemed more willing to downplay. The acts against Christians in the Middle East were appalling, and no less devastating or destructive than those sustained by the Yazidis. ISIS left territories that were once intact, Christian communities without almost anyone from the religious group, and those few who remained had no place to worship and certainly no freedom to do so.

5. LEGAL OPTIONS TO STOP ISIS AND HUMAN TRAFFICKING

The only plausible approach of stopping ISIS trafficking and brutality must come from an international approach. While the U.N.’s lackluster stance on ISIS and the treatment of Christians is somewhat of a setback, recent developments are spurring renewed optimism of an ISIS defeat. However, international laws will likely offer little to no accountability of ISIS’ crimes.

5.1. The International Criminal Court

The International Criminal Court (ICC) developed in 2002 with jurisdiction over individuals who have committed “horrific crimes of an international magnitude.”⁸² Genocide, war crimes, crimes against hu-

manity, and crimes of aggression fall under its jurisdiction, with rape, sexual slavery, and enforced prostitution under the umbrella of crimes against humanity.⁸³ Jurisdiction was designed to occur only when a nation is “unwilling or unable” to act.⁸⁴ While the U.N. did not elevate the crimes against Christians to that of genocide, ISIS would still likely escape the reach of the ICC even if it had.⁸⁵

Before they can be held accountable for crimes committed, someone must arrest the members of ISIS and bring them before the court. The arrest is the most difficult part, since the ICC does not have a police force, and must rely on state power.⁸⁶ Even if that difficult piece were accomplished, the ICC only has jurisdiction “if either the ‘State on the territory of which’ a crime was committed or ‘the State of which the person accused of the crime is a national’ has ratified the Rome Statute.”⁸⁷ However, Syria and Iraq are not parties to the Rome Statute.⁸⁸ While ISIS has recruited several thousand foreign fighters, a “jurisdictional basis for opening a preliminary examination into this situation is too narrow at this stage.”⁸⁹

ICC Prosecutor Fatou Bensouda issued a statement regarding the reports of ISIS crimes and said they undoubtedly constituted serious crimes of concern to the international community and threatened the peace, security, and wellbeing of the region and the world.⁹⁰ But given the lack of territorial and personal jurisdiction over ISIS, prosecution of ISIS leaders was limited.⁹¹ Bensouda stressed the primary responsibility for investigation and prosecution of mass crimes rested with re-

and Genocide of Christians in the Middle East 323, 324 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

83 *Id.*

84 *Id.* at 325.

85 *Id.* at 326.

86 *Id.* at 327.

87 *Id.* at 329. Former President Bill Clinton signed the Rome Statute of the International Criminal Court on December 31, 2000. Later, President George W. Bush took the unprecedented step of “unsigning” the Rome Statute. As of today, the world’s four largest nations, the United States, Russia, China, and India are not parties to the Rome Statute. *Id.* at 337.

88 *Id.* at 330.

89 *Id.*

90 Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, (Apr. 8, 2015). Available in: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>.

91 *Id.*

81 See generally Nina Shea, ISIS Genocide of Christian Communities in Iraq and Syria, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

82 Ronald J. Rychlak, *Persecution of Christians in the Middle East: The Failed Promise Of the International Criminal Court*, in *The Persecution*

levant States.⁹² Therefore, with the ICC virtually powerless to arrest or prosecute ISIS leaders and fighters, accountability falls to the hands of the U.N.

5.2. The United Nations Security Council

In September 2017, the U.N. voted 15-0 to launch an investigation in Iraq of the crimes of ISIL (ISIS).⁹³ This notion was contemplated previously in 2014, but both Russia and China exercised their veto power to prevent it.⁹⁴ A special advisor appointed by the Secretary-General will lead the investigation team, and consist of both international and domestic experts, with an initial mandate of two years.⁹⁵

⁹² *Id.*

The International Criminal Court is governed by the Rome Statute, which entrusts the Court with a specific and defined jurisdiction and mandate. A fundamental feature of the Rome Statute (articles 12 and 13) is that the Court may only exercise jurisdiction over international crimes if (i) its jurisdiction has been accepted by the State on the territory of which the crime was committed, (ii) its jurisdiction has been accepted by the State of which the person accused is a national, or (iii) the situation is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter.

The Office of the Prosecutor of the ICC conducts independent and impartial investigations and prosecution of the crimes of genocide, crimes against humanity and war crimes. The Office of the Prosecutor has opened investigations in: Uganda; Democratic Republic of the Congo; Darfur, Sudan; Central African Republic; Kenya; Libya; Côte d'Ivoire and Mali. The Office is also conducting preliminary examinations relating to the situations in Afghanistan, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq (alleged abuses by UK forces), Nigeria, Palestine and Ukraine. *Id.*

⁹³ *Security Council Approves Probe into ISIL's Alleged War Crimes in Iraq*, UN News Centre (Sept. 21, 2017). Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=57631#.WhYvBbbMy8U>.

⁹⁴ Ronald J. Rychlak, *Persecution of Christians in the Middle East: The Failed Promise of the International Criminal Court*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 323, 330 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017). See also U.N. News Centre, *Russia, China block Security Council referral of Syria to International Criminal Court*, UN News Centre (May 22, 2014). Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47860#.V2gNtLgrKuk>. Since 2011, Russia has blocked a U.N. Security Council vote on Syria eight times. See Euan McKirdy, *8 times Russia blocked a UN Security Council resolution on Syria*, CNN (Apr. 13, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2017/04/13/middleeast/russia-unsc-syria-resolutions/index.html>.

⁹⁵ *Security Council Approves Probe into ISIL's Alleged War Crimes in Iraq*, UN News Centre (Sept. 21, 2017). Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=57631#.WhYvBbbMy8U>. The resolution stated:

[t]he commission of such acts which may amount to war crimes, crimes against humanity or genocide, is part of the ideology and strategic objectives of ISIL (Da'esh), and used by ISIL (Da'esh) as a tactic of terrorism, and that holding ISIL (Da'esh) members accountable, particularly those who bear the greatest responsibility,

Amal Clooney, a human rights attorney and counsel for Yazidi survivors has urged the U.N. to take action for more than a year.⁹⁶ "The resolution is a rare show of unity for the council and provides a global response to ISIS that extends beyond the battlefield to include a commitment to punishing individuals through the courts."⁹⁷ Clooney's efforts are targeted at securing justice for survivors, and putting ISIS on trial. On March 8, 2017, Clooney told the U.N. representatives, "[m]y message to you was that ISIS is a global threat, which requires a global response, and that the response should not be limited to the battlefield: the U.N. should also investigate ISIS' crimes and make sure that those responsible are brought to justice."⁹⁸

While an investigation into ISIS war crimes and genocide in Iraq will analyze the terror groups' actions from a reflective view, other efforts are still necessary to stop the proliferation of ISIS brutality in the Middle East.

5.3. Continued United States and Allied Military Action Against ISIS

Future violence and brutality of ISIS can only be prevented by permanently dismantling the group. In August 2017, U.S. President Donald Trump moved forward with a long-awaited strategy for resolving the conflict in the Middle East.⁹⁹ The U.S. is deploying more American troops to Afghanistan after concerns of a deteriorating security situation for the Afghan forces.¹⁰⁰ U.S. Defense Secretary James Mattis announced

including in terms of leadership, which can include regional or mid-level commanders, and the ordering and commission of crimes, will further expose this, and could assist in countering terrorism and violent extremism which can be conducive to terrorism, including by stemming financing and the continued flow of international recruits to the terrorist group ISIL (Da'esh). *Id.*

⁹⁶ Madison Rossi, *Amal Clooney Praises United Nations for Putting ISIS Terrorists 'On Trial' Via New International Investigation*, People (Sept. 25, 2017). Available in: <http://people.com/movies/amal-clooney-praises-united-nations-for-putting-isis-terrorists-on-trial-via-new-international-investigation/>.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ David Nakamura & Abby Phillip, *Trump Announces New Strategy for Afghanistan that Calls for a Troop Increase*, The Washington Post (Aug. 21, 2017). Available in: https://www.washingtonpost.com/politics/trump-expected-to-announce-small-troop-increase-in-afghanistan-in-prime-time-address/2017/08/21/eb3a513e-868a-11e7-a94f-3139abce39f5_story.html?utm_term=.0ee1669194d5.

¹⁰⁰ *Id.*

the pivot to “annihilation tactics” instead of attrition, to defeat ISIS.¹⁰¹ “Our intention is that the foreign fighters do not survive the fight to return home to North Africa, to Europe, to America, to Asia, to Africa. We are not going to allow them to do so. We are going to stop them there and take apart the caliphate.”¹⁰²

Shortly thereafter, in October of 2017, U.S.-backed forces regained control in Raqqa, the self-declared capital of ISIS.¹⁰³ Director of the Syrian Observatory for Human Rights (SOHR), Rami Abdelrahman, said that “only a few, dozens of fighters from ISIS, are still in the centre of the city ... The rest are killed. That’s it. Finished. Game over.”¹⁰⁴

Despite the loss of ISIS-held territory, the slave trade continues to prosper.¹⁰⁵ ISIS still holds more than 3,000 people, mostly women and children, according to the Kurdistan Regional Government’s (KRG) Office of Kidnapped Rescues.¹⁰⁶ Military leaders fighting against ISIS speculate where the remaining ISIS soldiers will settle.¹⁰⁷ The number of ISIS fighters in Afghanistan poses serious security concerns for Russia, estimated at about 2,500 ISIS combatants, with the group planning to expand.¹⁰⁸ The Special Inspector General for Afgha-

nistan Reconstruction (SIGAR) said sixty percent of Afghanistan’s districts are under government control, with the remaining forty percent held by the Taliban or other armed groups.¹⁰⁹

5.4. The Impact of National Trafficking Laws

The U.N. completed a study in 2016 on the global trafficking of persons. The study found that from 2003 to 2016, the number of statutes criminalizing forms of human trafficking increased from thirty-three countries to 158.¹¹⁰ Most of the legislation has been introduced within the last eight to ten years, and the average number of convictions is still low. Statistics show the longer countries have comprehensive legislation in place, the more convictions they record.¹¹¹

In 2000, the U.S. passed the first federal law aimed at human trafficking, the Trafficking Victims Protection Act (TVPA) of 2000.¹¹² It addressed trafficking with a three-prong approach that included prevention, protection, and prosecution. Under U.S. federal law, severe forms of trafficking in persons included both sex trafficking¹¹³ and labor trafficking.¹¹⁴ In 2003, the legisla-

101 Kathryn Watson, *Fight Against ISIS has Shifted to “Annihilation Tactics,”* Mattis says CBS News (May 28, 2017). Available in: <https://www.cbsnews.com/news/fight-against-isis-has-shifted-to-annihilation-tactics-mattis-says/>.

102 *Id.*

103 *See supra* n.10.

104 Dr. Ely Karmon, *The Day After ISIS: the Middle East After the Islamic State Where Will ISIS Regroup?*, BICOM (Oct. 10, 2017). Available in: <http://www.bicom.org.uk/blogpost/day-isis-middle-east-islamic-state-will-isis-regroup/>.

105 *See supra* n.11.

106 *Id.*

107 Dr. Ely Karmon, *The Day After ISIS: the Middle East After the Islamic State Where Will ISIS Regroup?*, BICOM (Oct. 10, 2017). Available in: <http://www.bicom.org.uk/blogpost/day-isis-middle-east-islamic-state-will-isis-regroup/>.

After the demise of ISIS and the destruction of the Caliphate as a territorial entity, many foreign fighters, especially those from the Caucasus as well as central and southeast Asia will either return home or more likely will turn to Taliban “liberated” territory in Afghanistan and the Pakistan tribal areas, a sort of revival of the 1990s situation. They may try to build an ISIS territorial base there but many could instead strengthen the ranks of al-Qaeda in the region because its ally, the Taliban, has succeeded in weakening the pro-ISIS groups that tried to challenge it in the region. *Id.*

108 *Id.*

Contrary to optimistic predictions, ISIS has been expanding its presence in Afghanistan to at least five provinces, from Nangarhar, Kunar, and Nuristan in the east to Jawzjan in the north and Ghor in the west. It is neither a monolithic group nor a direct extension of the group in Iraq and Syria, rather an alliance of splinter groups

from the Afghan and Pakistani Taliban with elements of regional militant groups such as IMU and the Pakistan-based Lashkar-e Jhangvi. There is little evidence yet of fighters relocating from Iraq and Syria in large numbers, although Afghan Defense Ministry spokesman General Dawlat Waziri stated in August that the government had observed an increase in numbers of foreign fighters and weapons entering the country. *Id.*

109 *Id.*

110 *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, United Nations Office on Drugs and Crime (2016). Available in: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf.

111 *Id.* The report concluded that it takes time and dedicated resources for a national criminal justice system to acquire sufficient expertise to detect, investigate, and successfully prosecute cases of trafficking in persons. *Id.*

112 Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, H.R. 3244, 106th Cong. (2000). <https://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm> (October 28, 2000). The TVPA was reauthorized through the Trafficking Victims Protection Reauthorization Act (TVPRA) of 2003, 2005, 2008, and 2013.

113 **Sex trafficking** is the recruitment, harboring, transportation, provision, obtaining, patronizing, or soliciting of a person for the purposes of a commercial sex act, in which the commercial sex act is induced by force, fraud, or coercion, or in which the person induced to perform such an act has not attained 18 years of age. 22 USC § 7102 (2000).

114 Labor trafficking is the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for labor or services, through the use of force, fraud, or coercion for the purposes of subjection to involuntary servitude, peonage, debt bondage, or slav-

ture enhanced the punishment of individuals engaged in sex tourism with children from the U.S. and other countries.¹¹⁵ In 2015, the legislature enacted the Justice for Victims of Trafficking Act (JVTA) of 2015, which made the criminal liability of buyers equal to that of sellers of commercial sex.¹¹⁶ It also led to the creation of a survivor-led U.S. advisory council on human trafficking, and new directives for the implementation of a national strategy for combating human trafficking.¹¹⁷

Another tool at the hands of U.S. federal prosecutors in trafficking cases is the Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO). Since 2003, federal prosecutors have been able to charge human and sex traffickers under the RICO Act.¹¹⁸ The first case though

ery. 22 USC § 7102 (2000).

115 PROTECT Act, S. 151, 108th Cong. (2003-2004) (enacted). *See also* The PROTECT Act, Polaris, <https://polarisproject.org/current-federal-laws>. It also created the Amber Alert System and other methods of alerting the public to missing, exploited, and abducted children; and grants for transitional housing for child victims of sexual assault. S. 151, 108th Congress § 301-305 (2003-2004); Expanded the prohibitions on, and increases penalties for, traveling in or into the United States or in foreign commerce to engage in illicit sexual conduct, S. 151. § 105; Considered a defendant to have engaged in a pattern of activity involving prohibited sexual conduct if, on at least two separate occasions, such defendant engaged in such conduct with a minor, (S. 151. § 401; Provided for specified offense level increases if the offense involved: (1) material that portrays sadistic or masochistic conduct or other depictions of violence (up four levels); and (2) specified numbers of images (up from two to five levels). S. 151. § 401.

116 Justice for Victims of Trafficking Act of 2015, S. 178, 114th Cong. § 108 (2015-2016).

This section requires DOJ to ensure that each DOJ anti-human trafficking program includes technical training on: (1) effective methods for investigating and prosecuting persons who obtain, patronize, or solicit commercial sex acts involving a person subject to severe forms of trafficking in persons (buyers); and (2) facilitating the provision of physical and mental health services to persons subject to severe forms of trafficking in persons. The Bureau of Justice Statistics of DOJ is required to prepare and submit annual reports on state enforcement of human trafficking prohibitions.

Justice for Victims of Trafficking Act of 2015, S. 178, 114th Cong. § 114 (2015-2016).

117 Justice for Victims of Trafficking Act of 2015, S. 178, 114th Cong. § 115 (2015-2016).

118 109. *RICO Charges*, United States Department of Justice. Available in: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-109-rico-charges>.

It is unlawful for anyone employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprise's affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt. 18 U.S.C. § 1962(c). A more expansive view holds that in order to be found guilty of violating the RICO statute, the government must prove beyond a reasonable doubt: (1) that an enterprise existed; (2) that the enterprise affected interstate commerce; (3) that the defendant was associated

was not brought until 2009 in the Western District of Missouri.¹¹⁹

Even with more than seventeen years of evolving human trafficking laws in the U.S. justice is still amiss. The legislature defines and criminalizes trafficking, and equalizes purchasers and sellers of humans, which are effective police and prosecution tools domestically.¹²⁰ But without a way to assert jurisdiction, these laws have little to no significance in addressing the genocide of Christians in Syria or Iraq. Even if ISIS terrorists did engage in the acts on U.S. soil or against Americans, the laws are only as effective as the U.S.'s ability to capture and prosecute terrorists.

In 2016, the House of Representatives unanimously adopted the first draft of the genocide resolution.¹²¹ This move was a solid first step towards long-term legislative and appropriations measures with substantial political and fiscal consequences domestically and abroad.¹²² In order to prevent and punish the horrific

with or employed by the enterprise; (4) that the defendant engaged in a pattern of racketeering activity; and (5) that the defendant conducted or participated in the conduct of the enterprise through that pattern of racketeering activity through the commission of at least two acts of racketeering activity as set forth in the indictment. *Id.*

119 Eight Uzbekistan Nationals Among 12 Charged with Racketeering, Human Trafficking & Immigration Violations in Scheme to Employ Illegal Aliens in 14 States, The United States Department of Justice (May 27, 2009). Available in: <https://www.justice.gov/opa/pr/eight-uzbekistan-nationals-among-12-charged-racketeering-human-trafficking-immigration>.

120 Justice for Victims of Trafficking Act of 2015, S. 178, 114th Cong. § 114 (2015-2016).

121 H.R. Con. Res. 75, 114th Cong. (2015-2016). Expressing the sense of Congress that the atrocities perpetrated by ISIL against religious and ethnic minorities in Iraq and Syria include war crimes, crimes against humanity, and genocide.

[t]he atrocities perpetrated by the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL) against Christians, Yezidis, and other religious and ethnic minorities in Iraq and Syria constitute war crimes, crimes against humanity, and genocide; all governments, including the United States, and international organizations, including the United Nations (U.N.), should call ISIL atrocities war crimes, crimes against humanity, and genocide; U.N. member states should coordinate on measures to prevent further war crimes, crimes against humanity, and genocide in Iraq and Syria, and to punish those responsible for these ongoing crimes, including by the collection of evidence and, if necessary, the establishment of appropriate tribunals; the Hashemite Kingdom of Jordan, the Lebanese Republic, the Republic of Turkey, and the Kurdistan Regional Government in Iraq are to be commended for, and supported in, their efforts to shelter those fleeing violence from ISIL and other combatants until they can safely return to their homes in Iraq and Syria; and the protracted Syrian civil war and the indiscriminate violence of the Assad regime have contributed to ISIL's growth. *Id.*

122 Robert A. Destro, *Genocide, Statecraft, and Domestic Geopolitics*, in

brutality of ISIS, the U.S. must start with such a resolution as a basis for future decisions and policies.

6. FINAL CONSIDERATIONS

The U.N.'s selective declaration of genocide is unfortunate, and will not accelerate accountability of ISIS for actions against Christians. The declaration is critical, because it carries with it the international political footing necessary to motivate changes in policy. The refusal of the U.N. to critically analyze the persecution of Christians highlights the international hesitancy to validate Christianity.

Given the difficulty of capturing ISIS fighters and leaders, combined with the challenges of prosecution, the most effective way of ending the ISIS terror against Yazidis and Christians is through a military defeat and total elimination of the group. Present-day challenges for trafficking victims are no longer a consequence of absent good laws. Instead, the present-day challenge centers on the lack of enforcement capacity. Trafficking laws cannot be carried out if police, prosecutors, and judges are not equipped with the skills and tools to execute.¹²³

Moving forward, the global community should proceed with cautious optimism. Recent victories should not give way to a false sense of security or disproportionate measure of success against ISIS. Even if the terrorist group falls, the U.S. and other nations must be ready to navigate safety in politically unstable regions with others eager to target Christians and other minority groups. As the U.N. investigates the genocide of Yazidis and the war crimes of ISIS, it should also evaluate the crimes of ISIS against Christians, and elevate its designation to genocide. Yet even without the declaration, the international community needs to rally behind all groups subject to terrorism, just as it has the Yazidis. Christianity should not be an impediment to justice.

REFERENCES

109. *RICO Charges*, United States Department of Justice. Available in: <https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-109-rico-charges>
- 22 USC § 7102 (2000)
- Al Kresta, *Under Caesar's Sword: A Report on the Conference*, in *The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East* 363, 366 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017)
- Allen McDuffee, *ISIS Is Now Bragging About Enslaving Women and Children*, The Atlantic Daily (Oct. 13, 2014). Available in: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/10/isis-confirms-and-justifies-enslaving-yazidis-in-new-magazine-article/381394/>
- Andrew Cockburn, *21st-Century Slaves*, National Geographic, (Sept. 2003)
- Cathy Otten, *Life After ISIS Slavery for Yazidi Women and Children*, The New Yorker (Aug. 31, 2017). Available in: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/life-after-isis-slavery-for-yazidi-women-and-children>
- CNN Library, *ISIS Fast Facts*, CNN (Updated Oct. 17, 2017), <http://www.cnn.com/2014/08/08/world/isis-fast-facts/index.html>
- David Nakamura & Abby Phillip, *Trump Announces New Strategy for Afghanistan that Calls for a Troop Increase*, The Washington Post (Aug. 21, 2017). Available in: https://www.washingtonpost.com/politics/trump-expected-to-announce-small-troop-increase-in-afghanistan-in-prime-time-address/2017/08/21/eb3a513e-868a-11e7-a94f-3139abce39f5_story.html?utm_term=.0ee1669194d5
- Dr. Ely Karmon, *The Day After ISIS: the Middle East After the Islamic State Where Will ISIS Regroup?*, BICOM (Oct. 10, 2017). Available in: <http://www.bicom.org.uk/blogpost/day-isis-middle-east-islamic-state-will-isis-regroup/>
- Eight Uzbekistan Nationals Among 12 Charged with Racketeering, Human Trafficking & Immigration Violations in Scheme to Employ Illegal Aliens in 14 States*, The United States Department of Justice (May 27, 2009). Available in: <https://www.justice.gov/opa/pr/eight-uzbekistan-nationals-among-12-charged-racketeering-human-trafficking-immigration>

The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East 59, 89 (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017).

123 Victor Boutros & John Richmond, *The World Day Against Trafficking Persons*, Oxford Human Rights Hub (Sept. 11, 2017). Available in: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-world-day-against-trafficking-in-persons/>.

End Trafficking, UNICEF. Available in: <https://www.unicefusa.org/sites/default/files/assets/pdf/End-Child-Trafficking-One-Pager.pdf>

Euan McKirdy, *8 times Russia blocked a UN Security Council resolution on Syria*, CNN (Apr. 13, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2017/04/13/middleeast/russia-unsc-syria-resolutions/index.html>

Faisal Irshaid, *Isis, Isil, IS or Daesh? One Group, Many Names*, BBC (Dec, 2, 2015). Available in: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-27994277>

Global Report on Trafficking in Persons 2016, United Nations Office on Drugs and Crime (2016). Available in: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

H.R. Con. Res. 75, 114th Cong. (2015-2016)

Hilary Clarke, Nick Paton Walsh, Eliza Mackintosh & Ghazi Balkiz, *ISIS Defeated in Raqqa as 'Major Military Operations' Declared Over*, CNN (Oct. 18, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2017/10/17/middleeast/raqqa-isis-syria/index.html>

Hudson Institute Releases Report on the ISIS Propaganda Ploy to Hide its Genocide of Christians, Hudson Institute (July 21, 2016), Available in: <https://www.hudson.org/research/12666-hudson-institute-releases-report-on-the-isis-propaganda-ploy-to-hide-its-genocide-of-christians>

Ishaan Tharoor, *Islamic State Burned a Woman Alive for not Engaging in an 'Extreme' Sex Act, U.N. Official Says*, The Washington Post (May 22, 2015). Available in: https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/05/22/islamic-state-burned-a-woman-alive-for-not-engaging-in-an-extreme-sex-act-u-n-official-says/?utm_term=.4058e0a57e79

Jack Moore, *ISIS Leader Abu Bakr Al-Baghdadi is Likely Alive, U.S. Commander Says*, Newsweek (Sept. 1, 2017). Available in: <http://www.newsweek.com/intelligence-points-isis-leader-abu-bakr-al-baghdadi-being-alive-us-commander-658192>

James Reinl, *Q&A: Probing Islamic State's Sex Atrocities with the United Nations*, Middle East Eye (May 18, 2015). Available in: <http://www.middleeasteye.net/news/q-a-probing-islamic-state-s-sex-atrocities-united-nations-106400442>

Jim Acosta & Jeremy Diamond, *Obama ISIS Fight Re-*

quest Sent to Congress, CNN (February 12, 2015). Available in: <http://www.cnn.com/2015/02/11/politics/isis-aumf-white-house-congress/index.html>

Justice for Victims of Trafficking Act of 2015, S. 178, 114th Cong. (2015-2016)

Kathryn Watson, *Fight Against ISIS has Shifted to "Annihilation Tactics," Mattis says* CBS News (May 28, 2017). Available in: <https://www.cbsnews.com/news/fight-against-isis-has-shifted-to-annihilation-tactics-mattis-says/>

Letter from President Barack Obama to The Congress of the United States (Feb. 11, 2015). Available in: <http://i2.cdn.turner.com/cnn/2015/images/02/11/2015aumf.2.11.15.msg.rel.pdf>

Loretta Napoleoni, *Merchants of Men: How Jihadists and ISIS Turned Kidnapping and Refugee Trafficking into a Multi-Billion Dollar Business* (2016)

Madison Rossi, *Amal Clooney Praises United Nations for Putting ISIS Terrorists 'On Trial' Via New International Investigation*, People (Sept. 25, 2017). Available in: <http://people.com/movies/amal-clooney-praises-united-nations-for-putting-isis-terrorists-on-trial-via-new-international-investigation/>

Mark J. Perry, *Thomas Sowell on Slavery and This Fact — There are More Slaves Today Than Were Seized From Africa in Four Centuries*, AEI Ideas (October 18, 2017). Available in: <http://www.aei.org/publication/thomas-sowell-on-slavery-and-this-fact-there-are-more-slaves-today-than-were-seized-from-africa-in-four-centuries/>

Matthew Rosenberg, *Citing Atrocities, John Kerry Calls ISIS Actions Genocide*, New York Times (Mar. 17, 2016). Available in: https://www.nytimes.com/2016/03/18/world/middleeast/citing-atrocities-john-kerry-calls-isis-actions-genocide.html?_r=0

Melissa L. Breger, *Trauma in Sex-Trafficked Children, in Human Trafficking, Emerging Legal Issues and Applications*, 171, 172 (Nora M. Cronin & Kimberly A. Ellis eds., 2017)

Nick Vivion, *Human Trafficking: Toppling a \$32 Billion Illegal Industry through Technology*, Sabre (May 25, 2016). Available in: <https://www.sabre.com/insights/human-trafficking-toppling-a-32-billion-illegal-industry-through-technology/>

Nima Elbagir, Ghazi Balkiz, & Tamara Qiblawi, *ISIS' Power is Waning, but its Child Slave Trade is Still Booming*,

- CNN (Oct. 18, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2017/10/18/middleeast/isis-yazidi-slavery-child-slaves/index.html>
- Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy*, Hudson Institute (Aug., 2016). Available in: <https://s3.amazonaws.com/media.hudson.org/files/publications/20160721TheISISGenocideofMiddleEasternChristianMinoritiesandItsJizyaPropagandaPloy.pdf>
- Nina Shea, *The ISIS Genocide of Middle Eastern Christian Minorities and Its Jizya Propaganda Ploy* Hudson Institute (Jul. 21, 2016). Available in: <https://www.hudson.org/research/12665-the-isis-genocide-of-middle-eastern-christian-minorities-and-its-jizya-propaganda-ploy>
- Pope Francis, Christianity Threatened in ISIS Propaganda Video that Vatican Aide Calls Worrying*, Fox News (Aug. 26, 2017). Available in: <http://www.foxnews.com/world/2017/08/26/pope-francis-christianity-threatened-in-isis-propaganda-video.html>
- PROTECT Act, S. 151, 108th Cong. (2003-2004) (enacted)
- Ray Sanchez, *ISIL, ISIS or the Islamic State?*, CNN (Oct. 25, 2017). Available in: <http://www.cnn.com/2014/09/09/world/meast/isis-isil-islamic-state/>
- Rex W. Tillerson, Secretary of State, *Letter from Secretary Tillerson, Trafficking in Persons Report 2017*. Available in: <https://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2017/271105.htm>
- Security Council Approves Probe into ISIL's Alleged War Crimes in Iraq*, UN News Centre (Sept. 21, 2017). Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=57631#.WhYvBbbMy8U>
- Shannon A. Welch, Note, *Human Trafficking and Terrorism: Utilizing National Security Resources to Prevent Human Trafficking in the Islamic State*, 24 Duke J. Gender L. & Pol'y, 165, 169 (2017)
- Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS, (Apr. 8, 2015). Available in: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1>
- Stephen J. Schulhofer, *The Enemy Within* (2002)
- Terrorists use Human Trafficking to Generate Revenue, Demoralize Adversaries, Fill the Ranks*, Lexis-Nexis (Dec. 31, 2014). Available in: <http://www.homelandsecuritynewswire.com/dr20141231-terrorists-use-human-trafficking-to-generate-revenue-demoralize-adversaries-fill-the-ranks>
- The Persecution and Genocide of Christians in the Middle East (Ronald J. Rychlak & Jane F. Adolphe eds., 2017)
- The PROTECT Act*, Polaris. Available in: <https://polarisproject.org/current-federal-laws>
- The Revival of Slaver Before the Hour*, Dabiq (2014)
- Trafficking and Terrorism, Partners in Crime*, The Freedom Story (June 29, 2017). Available in: <http://thefreedomstory.org/trafficking-and-terrorism-partners-in-crime>
- U.N. News Centre, Russia, China block Security Council referral of Syria to International Criminal Court*, UN News Centre (May 22, 2014). Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=47860#.V2gNtLgrKuk>
- United Nations Genocide Prevention and the Responsibility to Protect*, United Nations. Available in: <http://www.un.org/en/genocideprevention/genocide.html>
- Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000, H.R. 3244, 106th Cong. (2000). Available in: <https://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm> (October 28, 2000)
- Victor Boutros & John Richmond, *The World Day Against Trafficking Persons*, Oxford Human Rights Hub (Sept. 11, 2017) Available in: <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-world-day-against-trafficking-in-persons/>
- Victoria Craw, *Inside My Life as an ISIS Sex Slave*, New York Post (Oct. 11, 2017). Available in: <https://nypost.com/2017/10/11/inside-my-life-as-an-isis-sex-slave/>

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion

A prudência estratégica do Sistema Inter-Americano de Direitos Humanos: rejeição de pedidos de opinião consultiva

Cecilia M. Bailliet

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion*

A prudência estratégica do Sistema Inter-Americano de Direitos Humanos: rejeição de pedidos de opinião consultiva

Cecilia M. Bailliet**

ABSTRACT

Advisory opinions may be considered to challenge sovereignty because they often address political issues which may be contentious at the national level. This paper argues that the Inter-American Court of Human Rights is currently under pressure to uphold its legitimacy and examines whether the Court practices strategic prudence by rejecting certain requests for advisory opinions. In particular, it discusses four cases involving political issues: alleged incompatibility of national legislation with the American Convention, the prohibition of corporal punishment of children, the availability of judicial remedies for persons sentenced to death penalty, and due process rights relating to the impeachment of the president of Brazil. The article highlights that the examples of restraint reveal a complex balance between the Court's role in applying and interpreting human rights in relation to nurturing democracy while respecting sovereignty. This signals a possible tension between the conventionality control doctrine and the limitation of the Court's advisory jurisdiction.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinions, Death Penalty, Corporal Punishment, Impeachment, Conventionality Control Doctrine, Legitimacy

RESUMO

Opiniões consultivas podem ser consideradas para desafiar a soberania porque elas freqüentemente tratam de questões políticas que podem ser controversas em nível nacional. Este artigo discute que a Corte Interamericana de Direitos Humanos está atualmente sob pressão para defender sua legitimidade e examina se a Corte desenvolve prudência estratégica ao rejeitar certos pedidos de opiniões consultivas. Em particular, discutem-se quatro casos envolvendo questões políticas: a alegada incompatibilidade da legislação nacional com a Convenção Americana, a proibição de castigos corporais de crianças, a disponibilidade de recursos judiciais para pessoas sentenciadas à pena de morte e os direitos processuais relativos à impeachment do presidente do Brasil. O artigo destaca que os exemplos de contenção revelam um

* Recebido em: 15/02/2018
Aprovado em: 02/04/2018

** Professor, Department of International and Public Law, University of Oslo, Oslo, Norway. Email: cecilia.bailliet@jus.uio.no.

Acknowledgement: I would like to thank Nathan Blikstad and Taina Maia for their research assistance. I extend warm appreciation to Matthew Saul, Jorge Contesse, and Daniel Naurin for their comments.

equilíbrio complexo entre o papel da Corte na aplicação e interpretação dos direitos humanos em relação à promoção da democracia, respeitando a soberania. Isso sinaliza uma possível tensão entre a doutrina de controle da convencionalidade e a limitação da jurisdição consultiva da Corte.

Palavras-chave: Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, Opiniões consultivas, pena de morte, Castigo Corporal, Impeachment, Doutrina de Controle de Convencionalidade, Legitimidade.

1. INTRODUCTION

Advisory opinions may be considered to be good examples of output by international courts which may challenge the principle of sovereignty because they may address political issues at the domestic level without obtaining state consent to jurisdiction.¹ Because of their non-binding character, they are considered to encourage rather than compel state compliance. The Inter-American Court of Human Rights has actively utilized Advisory Opinions to evolve human rights interpretation and strengthen compliance within the region. Indeed, as noted by Burgorgue-Larsen, it is notable that the Court had issued eight advisory opinions before deciding its first contentious case, as neither States nor the Inter-American Commission referred any contentious cases to the Court between 1979 and 1986.² Pursuant to Article 64 of the American Convention on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights is empowered to provide advisory opinions to any OAS member state on the interpretation of the American Convention on Human Rights, as well as other treaties concerning the protection of human rights in the Americas, and on the compatibility of national law with

the American Convention or other treaties.³ There is no requirement that the requesting state be a party to the American Convention on Human Rights or have accepted the contentious jurisdiction of the Court. In addition, all OAS organs may also request advisory opinions; indeed the Inter-American Commission actively seeks advisory opinions from the Court in order to evolve human rights law interpretation.⁴ The Court cannot issue an advisory opinion on its own motion.⁵

This article argues that the Inter-American Court of Human Rights is currently under pressure to uphold its legitimacy and thus examines whether the Court is practicing strategic prudence by rejecting certain requests for advisory opinions addressing political cases. In particular, it discusses the Court's recent rejection of four cases: the first presented by the State of Costa Rica specifically on the potential incompatibility of legislation with the American Convention, the second presented by the Inter-American Commission of Human Rights on the prohibition of corporal punishment of children, the third also presented by the Inter-American Commission on Human Rights on judicial remedies to persons sentenced to death penalty, and the last presented by the OAS Secretary-General on alleged violation of due process rights relating to impeachment of the president of Brazil.⁶

In comparison, it is important to note that the European Court of Human Rights emits advisory opinions in response to requests by the Committee of Ministers of the Council of Europe.⁷ Nevertheless, the manda-

3 See I/A Court H.R., 'Other treaties' subject to the consultative jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-1/82 of 24 September 1982. Series A No. 1.

4 See SANDHOLTZ, Wayne. Expanding Rights: Norm Innovation in the European and Inter-American Courts'. In: BRYSK, Alison; STOHL, Michael (Ed.) *Expanding Human Rights: 21st Century Norms and Governance* 156 (Edward Elgar 2017).

5 Jo M Pasqualucci, 'Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law', 38 *Stan. J. Int'l. L. Journal* 241, 253 (2002).

6 I/A Court H.R., Request of Advisory Opinion submitted by the Republic of Costa Rica. Order of the Inter-American Court of Human Rights of 10 May 2005; I/A Court H.R., Request of Advisory Opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights. Order of the Inter-American Court of Human Rights of 24 June 2005; I/A Court H.R., Request of Advisory Opinion submitted by the Inter-American Commission of Human Rights. Order of the Inter-American Court of Human Rights of 27 January 2009; I/A Court H.R., Request of Advisory Opinion submitted by the Secretary General of the Organization of American States. Order of the Inter-American Court of Human Rights of 23 June 2016.

7 See Protocol No. 2 (1970).

te is limited to addressing legal questions concerning the interpretation of the Convention and its Protocols, *not* the content or scope of freedoms contained therein.⁸ Hence, this article will instead make comparative references to relevant cases from the European Court of Human Rights contentious practice as well as with the Inter-American Court's own contentious practice in relation to similar issues, such as the impeachment of judges. The article also refers to relevant reports from NGOs and media.

Part 2 provides a background overview of the Advisory Opinions of the Inter-American Human Rights Court and the role of the conventionality control doctrine; Part 3 sets out the limitations to the advisory jurisdiction, Part 4 presents the four rejection orders to requests for advisory opinions and explains the dilemmas leading to a potential strategy of restraint, and Part 5 offers a conclusion underscoring a tension between the conventionality control doctrine and the limitation of the Court's advisory jurisdiction.

2. BACKGROUND OVERVIEW OF THE ADVISORY OPINIONS OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT

As of February 2018, the Court's website contains 25 advisory opinions.⁹ Bert B. Lockwood stated that "The advisory jurisdiction established by article 64 of the Convention may offer the most effective means of demonstrating the Court's usefulness and providing the Court with an opportunity to develop a consistent and influential body of human rights jurisprudence."¹⁰ The

⁸ Advisory opinions within this system have addressed the election of judges, including the need for representation of women. The latter is an interesting issue to consider in the comparative perspective given the fact that the Inter-American Court of Human Rights only has one woman judge, Elizabeth Odio Benito, as opposed to the European Court of Human Rights which has 17 women judges at present. See *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*, 12 February 2008 and *Advisory Opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*, 22 January 2010.

⁹ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en

¹⁰ Bert B. Lockwood, Jr. 'Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights', 13 Denv. J. Int'l. L. & Pol'y 245, 246 (1983-84).

Court has espoused a broad scope of reference to normative sources in order to ground its pronouncements on the fundamental guarantees due to vulnerable persons within the region. It also accepts *amicus curiae*, enabling NGOs, experts, academics, and to a lesser extent corporations and states to engage in the development of human rights jurisprudence.¹¹

The scope of the Court's advisory jurisprudence has evolved over time. It commenced with decisions that addressed classic protection issues within international law. The Court affirmed consular rights in the Opinion on Consular Relations¹², confirmed the non-derogable status of *Habeus Corpus* in the Opinion on *Habeus Corpus in Emergency Situations*¹³ and Opinion on *Judicial Guarantees in States of Emergency*¹⁴, and clarified children's rights to fair trial and judicial protection (Articles 8 & 25) in relation to Article 19 in the Opinion on *Judicial Status and Human Rights of the Child*.¹⁵

The Court also addressed procedural issues related to its function. Argentina requested an advisory opinion from the Court on Article 55 of the American Convention, addressing whether the appointment of an ad hoc judge should only apply to inter-state conflicts and whether in cases involving individual opinions, should the judge sharing the nationality of the accused state recuse himself or herself from the case in order to maintain

¹¹ See MOYER, Charles. *The Role of Amicus Curiae in the Inter American Court of Human Rights* (Inter American Institute of Human Rights 1985). Available at: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a1170.pdf>>; see also the *amici curiae* of the NGO CEJIL, available at: <<https://cejil.org/en/amicus-curiae-0>>; and Francisco J. Rivera Juaristi *The Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights* (1982-2013), available at: <<https://www.scribd.com/document/252530356/The-Amicus-Curiae-in-the-Inter-American-Court-of-Human-Rights-1982-2013>>

¹² The judgment addresses the non-regional treaty, the Vienna Convention on Consular Relations, The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of Due Process of Law, Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Series A, No. 16.

¹³ Advisory Opinion OC-8/87 of 30 January 1987, Series A, No. 8.

¹⁴ Advisory Opinion OC-9/87 of 6 October 1987, Series A, No. 9.

¹⁵ Advisory Opinion OC-17/2002 of 28 August 2002, Series A, No. 17. In the children's rights cases, the Court refers to the CRC and the Declaration on the Rights of the Child to emphasize the importance of upholding 'the best interests of the child' standard. It further refers to UN guidelines on juvenile justice and prevention of juvenile delinquency, as well as non-custodial measures. Israel de Jesus Butler, 'Recent Advisory Opinions and Contentious Cases of the Inter-American Court of Human Rights', 4(1) *Human Rights Law Review* 126, (2004).

impartiality?¹⁶ Brazil, Colombia, Mexico, El Salvador, and Venezuela submitted written observations, indicating significant interest by states. The Inter-American Commission of Human Rights and several academic institutions also offered observations. The Court held:

1. That in conformity with Article 55(3) of the American Convention, the possibility for States Parties in a case submitted before the Inter-American Court to appoint a Judge ad hoc to be part of the Court when there is no judge of its nationality in its composition, is restricted to contentious cases originated in interstate communications (Article 45 of said instrument), and that it is not possible to derive a similar right in favor of States Parties in cases originated in individual petitions (Article 44 of said treaty).

2. That the national judge of the respondent State must not participate in the hearing of individual cases.

This decision thus upheld the principles of independence and neutrality of the organ in relation to fair processing of cases.

Another case involved Venezuela which requested an advisory opinion from the Court regarding whether there was an organ which has oversight over due process of law in the proceedings before the Inter-American Commission of Human Rights.¹⁷ Venezuela had been concerned with the Commission's cases and reports on various human rights issues in Venezuela, including violation of freedom of expression, interference with the judiciary, extrajudicial executions, etc.¹⁸ The Court considered its competence to offer an advisory opinion 'as it relates to an organ within the inter-American system for the protection of human rights, such as the Inter-American Commission, and to the extent that its ruling will serve to illustrate the scope of the powers

that the American Convention grants to the Commission for the promotion and defense of human rights.'¹⁹ The Court held that 'the Inter-American Court of Human Rights, in the exercise of its functions, controls due process of law in the proceedings before the Inter-American Commission of Human Rights in relation to the processing of matters that have been submitted to the Court's consideration, in accordance with the competence granted to it by the American Convention and other inter-American instruments for the protection of human rights.' In spite of the Court guaranteeing due process, Venezuela initiated a reform process of the Commission, seeking to limit its authority and transfer of its seat from Washington D.C. to a Latin American country, and eventually denounced the American Convention in 2012.²⁰

This was followed by a period in which the Court addressed broader, holistic protection issues marked by the consequences of globalization. In the *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*²¹, the Court responded to Mexico's request for a clarification of the status of undocumented workers under international law, noting issues of legality of discrimination in the application of international labor standards to migrant workers working illegally under national law. The Court received many amicus briefs from NGOs, labor rights groups, and law firms specializing in immigration cases. The Court sought to recognize non-discrimination as a *jus cogens* norm and underscored the due process and equality rights of migrant workers. Further, it found the obligation to respect labor rights to be of *erga omnes* character and incumbent on the state and private employer. Thus, the Court highlighted the importance of ensuring that undocumented migrants have access to domestic courts, health care, and pension rights in like manner to regular employees. This decision is formidable given the scope of undocumented migrants in the United States, recently underscored by President Trump's decision to build a wall on the US-Mexico border and his support of de-

16 I/A Court H.R., 'Article 55 of the American Convention on Human Rights'. Advisory Opinion OC-20/09 of 29 September 29 2009. Series A No. 20.

17 I/A Court H.R., Control of due process in the exercise of the powers of the Inter-American Commission on Human Rights (Articles 41 and 44 to 51 of the American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-19/05 of 28 November 2005. Series A No.19.

18 The Commission's reports on Venezuela are available here: <<http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2003eng/toc.htm>> <<http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009eng/VE09.TOC.eng.htm>> <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.256%2012.258%20y%2012.307%20Blanco%20Romero%20y%20otros%20Venezuela%2030jun04%20ESP.pdf>>

The Commission has processed 17 cases involving Venezuela.

19 <<http://www.ijrcenter.org/2012/09/19/venezuela-denounces-american-convention-on-human-rights-as-iachr-faces-reform/>>

20 Advisory Opinion OC-18/03 of 18 September 2003, Series A. No. 18. Referring to the ICCPR; UDHR, OAS Charter, ADHR, and ACHR the Court recognized that the Opinion would apply to OAS Member States that have signed the OAS Charter, the American Declaration, or the Universal Declaration or ratified the ICCPR, regardless of whether they have ratified the American Convention or optional protocols.

portation of migrants.²¹ On the one hand, the Court may appear to have embarked upon a strategically risky path by addressing state responsibility in the context of transnational migration, but on the other hand as the US is not a party to the American Convention and has not accepted the jurisdiction of the Court, the Court had no risk of 'losing' the United States. According to Judge Ferrer MacGregor, these advisory opinions serve as a legal source for all OAS Member States (including the US which is not a party to the Convention) in order to contribute to human rights.²²

This opinion was later complemented by the *Advisory Opinion addressing the Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration* as requested by Argentina, Brazil, Uruguay and Paraguay.²³ The applicant states indicated that there is a 'lack of legislation and public policies related to different issues that are examined in the request. [... A] still-frequent feature in some laws and migratory policies is the lack of the corresponding interrelation with the system of protection of the rights of the child, limiting the capability of public institutions to adequately define the measures that they must adopt whenever a child enters a country in an irregular manner' which usually results in 'the absence of adequate procedures to identify the different risk situations faced by those children in mixed migration flows'.²⁴ Briefs were provided by Costa Rica, Ecuador, Honduras, and Mexico, as well as many IOs, including UNHCR, IOM, and UNICEF, as well as NGOs and academic institutions.

The Court explained how the contextual background of the request served to legitimize its engagement through the advisory function to clarify the rights of child migrants:

That from this perspective, the Court understands that its answer to the request submitted will be of specific usefulness in the context of a regional reality in which aspects relating to State obligations concerning

migrant children have not been clearly and systematically established, based on the interpretation of the relevant norms. This usefulness is revealed by the significant interest indicated by all the participants in this advisory procedure. First the request itself, presented by four States, which offers, based on the unified position of the four States, a basic consensual standard in this regard. In addition, 42 briefs with observations were received, submitted by five OAS Member States, the Inter-American Commission, the Inter-American Children's Institute, four international agencies, and 31 institutions and individual members of different organizations, civil society in general, and academic institutions. Similarly, nine OAS Member States, the Inter-American Commission, three international agencies, and 14 institutions and individual members of different organizations, civil society in general and academic institutions played an active role in the public hearing.²⁵

The Court affirmed the conventionality control doctrine, described by Judge Ferrer MacGregor as:

(C)reat(ing) the international obligation on all States parties to the ACHR to interpret any national legal instruments (the constitution, laws, decrees, regulations, jurisprudence, etc.) in accordance with the ACHR and with the Inter-American corpus juris more generally. Wherever a domestic instrument is manifestly incompatible with the Inter-American corpus juris, state authorities must refrain from application of this law, in order to avoid any violation of internationally protected rights.²⁶

The Court firsts developed this doctrine within its contentious jurisdiction, as it declared national amnesty laws to be manifestly incompatible with the American Convention on Human Rights, constituting violations in themselves and incurring international liability.²⁷ This doctrine prompted a significant shift in legal education and practice within Latin America, as lawyers and judges were expected to understand the relevance of the American Convention and case law of the Court to na-

21 <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/donald-trump-mexico-immigration-speech-border-wall-will-pay-latest-news-us-election-2016-a7219416.html>

22 MAC-GREGOR, E. F. 'Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights', *AJIL Unbound*, 109, p. 96, 2015.

23 I/A Court H.R., *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*. Advisory Opinion OC-21/14 of 19 August 2014. Series A n.21.

24 Para. 26

25 Para. 27

26 Mac-Gregor, *supra* note 22 at 93. See also Jorge Contesse, 'Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System', 79 (2) *Law & Contemporary Problems*, (1 April 2016). Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2799476>>, citing Ariel E. Dulitzky, 'An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights', 50 *TEX. INT'L. L.J.* 45 (2015).

27 See 'Almonacid Arellano v. Chile, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs', Judgment IACtHR No. 154 (26 September 2006).

tional cases. Judge Ferrer MacGregor characterizes this doctrine as ‘consonant with democratic values and one that helps make human rights more effective.²⁸ He notes that one of the objectives of the doctrine is ‘to bolster the complementarity (subsidiarity) of national and Inter-American systems and to create a genuinely “integrated system” of human rights protection. . . (and to) facilitate and increase dialogue, especially judicial dialogue, between national courts and the Inter-American Court on the subject of human rights.’ There has been a growing awareness within national jurisdictions of the importance of ensuring that legislation is in accordance with regional human rights standards. It is arguable that the advisory jurisdiction could potentially have an important role in supporting state initiatives to meet its obligations when adopting new legislation. Indeed, Judge Ferrer MacGregor indicates that the conventionality control doctrine is also applicable to its advisory output, citing the Court’s Advisory Opinion:

Different organs of the State must carry out the corresponding control of conformity with the Convention, based also on the considerations of the Court in exercise of its non-contentious or advisory jurisdiction, which undeniably shares with its contentious jurisdiction the goal of the inter-American human rights system, which is “the protection of the fundamental rights of the human being.” Furthermore, the interpretation given to a provision of the Convention through an advisory opinion provides all the organs of the Member States of the OAS, including those that are not parties to the Convention but that have undertaken to respect human rights under the Charter of the OAS (Article 3(l)) and the Inter-American Democratic Charter (Articles 3, 7, 8 and 9), with a source that, by its very nature, also contributes, especially in a preventive manner, to achieving the effective respect and guarantee of human rights. In particular, it can provide guidance when deciding matters relating to children in the context of migration and to avoid possible human rights violations.²⁹

Notwithstanding, one may suggest that there is a tension between the Court’s interest in providing advisory output as an additional source to be utilized within conventionality control and the imperative to avoid the advisory jurisdiction to serve as a mechanism which may undercut the contentious jurisdiction.

²⁸ Ferrer Mac Gregor, *supra* note 22 at 93.

²⁹ *Ibid.* at 96

The opinion set forth the obligations of states to give priority to human rights based approaches over consideration of nationality or migratory status and to identify non-national children who require international protection. The Court relied on the American Convention, the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, and the American Declaration of the Rights and Duties of Man. Further, the Court set forth that states are expected to guarantee due process and pursue “the best interest of the child” as a paramount consideration in decisions. Additionally, the Court recognized the duty to respect the prohibition of deprivation of liberty as a precautionary measure, the principle of family unity, the prohibition on *refoulement*, and the duty refrain from expelling the parents of child nationals for administrative immigration offenses.³⁰ This decision provides an extremely comprehensive protection framework for migrant children, and as it was requested by States, the Court was secure in responding by articulating a clear legal protection framework to assist states to address vulnerable persons, characterizing it as a positive example of a preventive conventionality control doctrine. The Inter-American Commission of Human Rights has followed up these advisory opinions by visits to the US and monitoring the situation of migrants, including children.³¹

In 2016, the Court issued an Advisory Opinion on the entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights system.³² This request was raised by Panama, which indicated that the issue was of concern to various states within the region, and indeed Argentina, Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala and Honduras submitted observations. This was complemented by written observations presented by a variety of IOs, NGOs, academics, and other civil society actors. The Court concluded that the American Convention, Article 1, applies to human persons, not juridical persons. It specified that indigenous commu-

³⁰ I/A Court H.R., Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection. Advisory Opinion OC-21/14 of 19 August 2014. Series A No.21.

³¹ <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2014/105.asp>

³² I/A Court H.R., Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American human rights system (Interpretation and scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador). Advisory Opinion OC-22/16 of 26 February 2016. Series A No. 22.

nities and tribes enjoy rights within the Convention and may access the Inter-American system. In addition, the San Salvador Protocol grants rights to syndicates, federations, and confederations, which enables them to defend their rights within the Inter-American system.³³ The Court also held that in certain cases, physical persons can enjoy their rights by way of legal persons (such as shareholders and their right to property or media and freedom of expression) and thus access the system accordingly. This case indicates the Court's recognition of the growing importance of non-state actors and the need to address them within the human rights system. As this case was raised by a State and addressed the interpretation of the Convention, it falls squarely within the paradigm of normative consultation and hence the Court faced little risk in accepting the request.

In 2017, the Court delivered an *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*.³⁴ Colombia requested the Court to clarify whether states engaged in development infrastructure projects in maritime zones (such as the Caribbean Coast) have an obligation to conduct environmental impact assessments given the risk of possible impact on the right to life (Article 4) and physical integrity (Article 5) of coastal inhabitants. Argentina, Bolivia, Honduras, and Panama provided written observations. The Inter-American Commission of Human Rights, a representative for the OAS Secretary General, and the International Union for the Conservation of Nature also provided written submissions. In addition, the International Maritime Organization, NGOs, academics, and other civil society groups provided statements. The Court articulates the view that the American Convention is applicable wherever member States exercise authority or effective control over persons within or outside of their territory. The Court set forth that States have an obligation to prevent significant environmental damage within or outside of its territory, hence they should regulate and supervise activities under their jurisdiction. Further they should

³³ Organization of American States (OAS), Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights ('Protocol of San Salvador'), 16 November 1999, A-52, available at: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b90.html>>

³⁴ I/A Court H.R., The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity), interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017. Series A No. 23.

complete environmental impact assessments when there is a risk of significant damage to the environment, establish a contingency plan, maintain security measures and procedures to minimize the risk of large environmental accidents, and mitigate damage in the event of such accidents. The Court called upon states to act in conformance with the precautionary principle, in order to protect the right to life and the right to physical integrity. Further, the Court identified an obligation to cooperate in good faith in order to protect against trans-border damage to the environment. States are obliged to notify, consult and negotiate in good faith with states that may be potentially affected by an action which may result in significant trans-border damage and also in cases of environmental emergencies. Further, the Court recognized the duty of States to guarantee the right of access to information on the possible impact on the environment, the right of public participation of persons under their jurisdiction in decision making on issues affecting the environment, and access to justice.

Also in 2017, the Court published an *Advisory Opinion on Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples*.³⁵ Costa Rica petitioned the Court to explain whether gender identity is a protected category according to the American Convention on Human Rights, thereby requiring states to fulfill requests for a name change in relation to gender as well as recognition of same-sex marriage. Additionally, Costa Rica requested clarification of whether persons joined via same sex union would acquire all property rights. Costa Rica indicated that there was divergent practice among member states of the Inter-American system. Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Guatemala, Honduras, Mexico, Panama, and Uruguay provided written observations. The states that did recognize same sex marriage at the time were Argentina, Brazil, Canada, Colombia, Mexico, the United States, and Uruguay. Some states, including Costa Rica, have experienced strong polarization within their societies on this issue. Ironically, the contentious level of politicization of same sex marriage impacted even the presidential election within the same country which

³⁵ I/A Court H.R., *Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples. State obligations in relation to change of name, gender identity, and rights deriving from a relationship between same-sex couples (interpretation and scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights)*. Advisory Opinion OC-24/17 of November 24, 2017. Series A No. 24.

had filed the petition for the advisory opinion.³⁶ The Inter-American Commission of Human Rights, the UN Office of the High Commissioner for Human Rights, national public defenders offices, and a large number of NGOs, academics, and other civil society actors also submitted written observations. The Court underscored that equality and non-discrimination guarantees are considered *jus cogens* within international law and provides a thorough examination of the evolution of state practice and international human rights policy regarding gender identity issues. It concluded that states are obligated to recognize, regulate, and establish procedures to provide access to public registries and ID documentation in accordance with gender identity, in accordance with the right to a juridical personality (Article 3), the right to personal liberty and security (Article 7.1), right to privacy (Article 11.2), the right to a name (Article 18), in conjunction with the state's obligation to protect rights (Article 1) and the right of equal protection (Article 24). The Court stated that states are required to provide an administrative procedure to comply with the right to register in conformance with gender identity, as long as the procedure recognized the self-identity of the person, maintained confidentiality, based on free and informed consent, without requiring hormonal treatment or surgery, was speedy and free. The Court determined that same sex unions were protected in accordance with the right to privacy (Article 11) and the right to family life (Article 17) and called upon states to recognize same-sex marriage and proppriety rights in conformance with the right of equal protection (Article 24). LBGTI advocacy groups across Latin America celebrated but also cautioned that there may be backlashes against implementation of this advisory opinion, hence one may suggest that it may be a real test of the viability of the preventive conventionality control doctrine.

Taken together, these advisory opinions underscore the value of this mechanism for upholding the primacy of protection interests of vulnerable individuals against exertion of state power. They also reveal the deliberate use of advisory opinions to strengthen the normative evolution of human rights law. It is suggested that these cases are balanced by the Court's parallel rejection of requests which address certain political cases and pragmatically signal deference to States.

36 <<http://www.ticotimes.net/2018/01/31/same-sex-marriage-issue-shifts-elections-in-costa-rica>>

3. LIMITATIONS TO THE ADVISORY JURISDICTION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The Inter-American Court is mindful of limitations to its advisory jurisdiction. The first is that the advisory opinion may only address the interpretation of treaties which relate to the protection of human rights in a Member State. These treaties need not be only from the Americas, nor need they be human rights treaties per se, but their provisions should relate to human rights.³⁷ Political cases may involve issues which merge human rights concerns with questions regarding the separation of powers, the rule of law, and the function of democratic institutions. On the one hand, as with the ICJ, the advisory jurisdiction may facilitate political resolution of a problem via adjudication.³⁸ On the other hand, the Court may risk losing credibility should it be deemed to overstep boundaries; hence volatile political issues may spark a backlash against the Court. Hence, the Court must strike a balance when determining which issues to accept pursuant to the advisory jurisdiction.

The second limitation is that cases which are likely to undermine the Court's contentious jurisdiction or weaken the system addressing the protection of victims should be deemed inadmissible.³⁹ Respect for the primacy of contentious jurisdiction within international law roots back to the Permanent Court of International Justice's decision in the Eastern Carelia Case in 1923.⁴⁰ In this case, the Court determined that it could not deliver an advisory opinion on the obligations of Russia towards Finland regarding Eastern Carelia given that Russia had not given its consent to have this issue resolved through the League of Nations nor the Court.

37 Parker, 'Other Treaties': The Inter-American Court of Human Rights Defines its Advisory Jurisdiction, 33 *Ass. U.L. REV.* 211 (1983). I/A Court H.R., 'Other treaties' subject to the advisory jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-1/82 of 24 September 1982, Series A No. 1.

38 See for example, David Sloss, 'Using International Court of Justice Advisory Opinions to Adjudicate Secessionist Claims', 42 *Santa Clara L. Rev.* 357 (2001).

39 Burgorgue-Larsen et. al. *supra* note 2 at 79. See also Thomas Buergenthal, 'The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court', 79 *Am. J. Int'l L.* 1, 27 at 11 (1985), citing the Advisory Opinion on Restrictions to the Death Penalty (1983) paras. 36-37.

40 *Status of Eastern Carelia, USSR v Finland*, Advisory Opinion, (1923) PCIJ Series B no 5, ICGJ 272 (PCIJ 1923), 23rd July 1923, Permanent Court of International Justice (historical) [PCIJ]

In like manner, the Inter-American Court of Human Rights is reluctant to violate sovereign expectations regarding consent and be accused of delivering *ex parte* decisions.

Nevertheless, the ICJ has addressed highly political cases within its advisory jurisdiction, such as the *Legal Consequences of the Construction of a Wall* case and the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Case*.⁴¹ Hence, there is also comparative precedent for openness to addressing claims which may fall within a grey zone of relevance to both contentious and advisory jurisdiction. Indeed, the Inter-American Court of Human Rights itself has also demonstrated such extensibility in its advisory cases addressing the rights of migrants.⁴²

Finally, the last limitation is that the Court is to consider each request individually and may find compelling reasons to issue a denial which is to be issued with reasons. This is an open provision which grants the Court flexibility in exhibiting strategic prudence when determining whether or not to proceed with a case.

4. REJECTION ORDERS TO REQUESTS FOR ADVISORY OPINION

Since 2005, the Inter-American Court of Human Rights has rejected four requests for advisory opinions while issuing six advisory opinions in the same period. The six positive responses involve requests which were all presented by states largely addressing normative or procedural interpretation and were presented in section IV.⁴³ The rejection orders indicate a tension between the

Inter-American Commission's interest in developing human rights law through advisory opinions on key issues, and the Court's concern regarding maintaining legitimacy before Member States which are protective of sovereignty interests. The first rejection order involves a case in which a State requested an advisory opinion addressing incompatibility of legislation with the American Convention of Human Rights, a straightforward request. However, the latter cases are more complex. The Inter-American Commission of Human Rights sought an advisory opinion on Corporal Punishment of Children and another advisory opinion on the application of the Death Penalty, and the OAS Secretary General solicited an advisory opinion in order to address alleged irregularities within the Brazilian impeachment proceedings against the President. These cases prove problematic from a strategic perspective.

4.1. The Incompatibility of Legislation with the American Convention of Human Rights

The Court has rejected requests to issue advisory opinions on legislation, in contrast to its willingness to strike legislation as incompatible with the American Convention on Human Rights within its contentious jurisdiction, and this highlights the dilemma the Court has with its conflicting obligations to assist states to strengthen its democratic institutions and norms while at the same time respecting sovereignty.⁴⁴

23. I/A Court H.R., *Gender identity, and equality and non-discrimination with regard to same-sex couples. State obligations in relation to change of name, gender identity, and rights deriving from a relationship between same-sex couples (interpretation and scope of Articles 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18 and 24, in relation to Article 1, of the American Convention on Human Rights)*. **Advisory Opinion OC-24/17 of November 24, 2017.** Series A No.

24. I/A Court H.R., *Entitlement of legal entities to hold rights under the inter-American human rights system (Interpretation and scope of Article 1(2), in relation to Articles 1(2), 8, 11(2), 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 and 62(3) of the American Convention on Human Rights, as well as of Article 8(1)(A) and (B) of the Protocol of San Salvador)*. **Advisory Opinion OC-22/16 of 26 February 2016.** Series A No. 22.; I/A Court H.R., *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*. **Advisory Opinion OC-21/14 of 19 August 2014.** Series A No.21.; I/A Court H.R., *'Article 55 of the American Convention on Human Rights'*. **Advisory Opinion OC-20/09 of September 29, 2009.** Series A No. 20.; I/A Court H.R., *Control of due process in the exercise of the powers of the Inter-American Commission on Human Rights* Articles 41 and 44 to 51 of the American Convention on Human Rights). **Advisory Opinion OC-19/05 of 28 November 2005.** Series A No.19.

44. See e.g. IACtHR, Case of *Gelman v. Uruguay* (Merits and Reparations), 24 February 2011, at 229, and 238-239. The case involved an amnesty law approved by national referendum which eliminated

41. *Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004, available at: <<http://www.refworld.org/docid/414ad9a719.html>> and *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, International Court of Justice (ICJ), 8 July 1996, available at: <<http://www.refworld.org/docid/4b2913d62.html>>

42. I/A Court H.R., *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03 of 18 September 2003, Series A. No. 18; and I/A Court H.R., *Rights and guarantees of children in the context of migration and/or in need of international protection*. Advisory Opinion OC-21/14 of 19 August 2014. Series A No.21.

43. I/A Court H.R., *The Environment and Human Rights (State obligations in relation to the environment in the context of the protection and guarantee of the rights to life and to personal integrity), interpretation and scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*. **Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017.** Series A No.

In 2005, the Court rejected a request by Costa Rica for an advisory opinion on whether its Personnel legislation of the Legislative Assembly is incompatible with American Convention on Human Rights and the San Salvador Protocol on Economic, Social, and Cultural Rights.⁴⁵ The Court reasoned that to issue an opinion would risk addressing litigious issues which were not yet resolved at the domestic level nor submitted to the contentious jurisdiction of the Commission or the Court. The Court cited its own jurisprudence noting:

The request should be carefully analyzed in order to determine, among other things, whether the aim is to help the soliciting State comply with its international human rights obligations. For such purpose, the Court should act cautiously in order to guarantee that its advisory jurisdiction will not be utilized as a tool for political debate with the aim of affecting the result of the domestic legislative process. In other words, the Court should not immerse itself in internal political disputes, which may affect the role assigned to it by the Convention.⁴⁶

Furthermore, the Court indicates support for the national court to fulfill its duty regarding safeguarding human rights:

That the normative conflict presented as the antecedent to the request is based on the issue regarding the compatibility of legal limitations applied to appointment of officials within the legislative organ of the state, who have some degree of relationship to other officials or members of the legislature. The “reasonable doubt” which the State sets forth as grounds for its request is the existence of a minority vote in the resolution of an Unconstitutional Order issued by the Constitutional Court of the Supreme Court of Justice as pertaining the norm presented in the request. The Court notes the fact that the State seeks that this tribunal issue an opinion on an issue which the Constitutional Court already decided, in spite of the fact that when at the time of presenting the request, the decision was not yet published.

the possibility of prosecution of military and police officers who participated in arbitrary detention, torture, and enforced disappearance. The Inter-American Court determined that the referendum was an act of state incurring state responsibility. See also *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, IACtHR, Judgment of 26 September 2006 regarding the illegality of the amnesty law in Chile.

45 Resolution of the Inter-American Court of Human Rights on the Request for an Advisory Opinion by Costa Rica (10 May 2005) on Law No. 4556 (8 May 1970).

46 I/A Court H.R., *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*. Advisory Opinion OC-4/84 of 19 January 1984. Series A No. 4. at para. 30.

shed, only its holding was disseminated. Furthermore, not only does the request seek that the Court, by way of its advisory competence, indirectly revise what has been resolved by the Constitutional Court, but the State also requests that the Court address the scope of the norm which establishes an *erga omnes* character within constitutional jurisprudence vis-a-vis the American Convention and an eventual advisory opinion of the Court.

Hence the Court recognizes the role of the national judicial and legislative processes in ensuring compliance with human rights. Yet, this appears contradictory, as in this case it is the State itself which requests guidance from the Court. One would have expected that the Court would be more forthcoming in providing recommendations to the State in a non-confrontational manner, instead of indicating that the adjudication mechanism is favorable. In this case, the Court appears to support the competence of the Constitutional Court to uphold human rights.

In sum, it is possible that the Court is concerned about ‘political questions’, which the Court deems a matter to be more appropriately settled within the national jurisdiction, further the Court may be cautious about prompting confrontation with a State, ultimately risking withdrawal from the Court’s jurisdiction.⁴⁷ In contrast, the pressure on the Court to address legislation increases when the inputs come from civil society interest groups which channel their causes through the Inter-American Commission of Human Rights which in turn submits an advisory request to the Court.

4.2. Corporal Punishment of Children

Children’s rights have received much attention from civil society groups.⁴⁸ In particular, the campaign to end corporal punishment of children has been very significant.⁴⁹ In 2009, the Court rejected a request by the Inter-American Commission of Human Rights to

47 See Tsereteli, *supra* note 26 at 1098.

48 See for example, Humanium, available at: <<http://www.humanium.org/es/derechos/>> and <<http://www.deathpenaltyproject.org/where-we-operate/international/the-inter-american-court-of-human-rights/>>

49 See: <<http://www.endcorporalpunishment.org/>> and <<http://resourcecentre.savethechildren.se/keyword/corporal-punishment>> and <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XM-L2HTML-EN.asp?fileid=17235&lang=en>> and <<https://www.coe.int/en/web/children/corporal-punishment>> and <<http://hr-library.umn.edu/crc/comment8.html>>

address corporal punishment of children.⁵⁰ This case was promoted by the Commission to generate a regional debate, given that at that time only three states within Latin America prohibited this type of punishment (Costa Rica, Uruguay, and Venezuela). The dearth of legislation indicated a lack of regional consensus, which Gerald Neuman characterizes as possibly indicating ‘unresolved conflicts of values or that policy regarding new social conditions is in flux’.⁵¹ However, the Court refused to issue an opinion, noting that it had addressed children’s rights in its advisory opinion on *The Juridical Condition and Human Rights of the Child*, as well as in several of its contentious cases.⁵² Nevertheless, it is arguable that the jurisprudence leaves some gaps. For example, in the contentious case of *The Street Children*, which involved the abduction, torture, and murder of five street children in 1990 in Guatemala, the Court held the State in violation of their right to personal liberty (art. 7), right to life (art. 4), right to humane treatment (art. 5), rights of the child (art. 19), rights to judicial protection and a fair trial (arts. 25, 8 and 1(1), and violation

50 Resolution of the Inter-American Court of Human Rights on the Request for an Advisory Opinion by the Inter-American Commission of Human Rights (27 January 2009).

51 Gerald L. Neuman, ‘Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights’, 19 (1) *The European Journal of International Law* 102, 107 (2008). Tsereteli states that ‘the IACtHR does not carry out a comprehensive examination of relevant national practices to establish regional consensus in support of an evolutive interpretation of human rights.’ Further, she concludes ‘It relies on national interpretations selectively, only when they are consistent with its own interpretation.’ See Tsereteli, *supra* note 26 at 1100-1101 and 1104, citing Pablo Contreras, ‘National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights’, 28 *Northwestern Journal of Human Rights* 71 (2012).

52 Case of the ‘Street Children’ (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala Judgment of 19 November 1999.; I/A Court H.R., Case of Bulacio v Argentina, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of 18 September 2003. Series C No. 100: Case of the Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru. Merits, Reparations and Costs. Judgment of 8 July 2004. Series C No. 110; I/A Court H.R.. Case of the Juvenile Re-education Institute v. Paraguay, Preliminary Objections, Merits, Reparations, Costs. Judgment of 2 September 2004, Series C No. 112 , Case of Bámaca-Velásquez v. Guatemala, Merits. Judgment of 25 November 2000. Series C No. 70, Case of Maritza Urrutia v Guatemala, Merits, Reparations, Costs. Judgment of 27 November 2003. Series C No. 103, *Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, Inter-American Court of Human Rights (IA-CrtHR), 8 September 2005, *Case of Servellón-García et al. v. Honduras*, Judgment of 21 September 2006 (Merits, Reparations and Costs), *Matter of Children Deprived of Liberty in the ‘Complexo do Tatuapé’ of FEBEM*, Provisional Order by the Inter-American Court of Human Rights issued to Brazil (25 November 2008).

of the Inter American Convention to Prevent and Punish Torture (Articles 1,6, and 8). It was the first time the Inter-American Court identified the duty of states to adopt special measures to protect children whose rights are under threat or violated according to Article 19 (ACHR):

Every minor child has the right to the measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society, and the state.

The Court stated that the right to life comprises not only the right of all persons to not being deprived of life arbitrarily, but also the right to having access to the conditions needed to lead a dignified life:

When States violate the rights of at-risk children, such as ‘street children’, in this way, it makes them victims of a double aggression. First, such States do not prevent them from living in misery, thus depriving them of the minimum conditions for a dignified life and preventing them from living in misery, thus depriving them of the harmonious development of their personality, even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that he/she may develop this project for his/her personal benefit and that of the society to which he/she belongs. Second, they violate their physical, mental and moral integrity and even their lives.⁵³

It also based its interpretation on the UN Convention on the Rights of the Child (hereinafter CRC), noting ‘Both the American Convention and the Convention on the Rights of the Child form part of a very comprehensive international corpus juris for the protection of the child that should help this Court establish the content and scope of the general provision established in Article 19 of the American Convention.’⁵⁴ The Court cites the CRC, Article 2 on non-discrimination, Article 3 on state protection, Article 6 on the right to life, survival, and development, Article 20 on child welfare guarantees for children deprived of family environment, Article 27 on an adequate standard of living for development, and Article 37 on the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment, arbitrary detention, humane treatment in detention, and right to access to legal aid. The Court emphasized the scope of ‘measures of protection’ to include non-discrimination,

53 Para 191.

54 Para 194.

special assistance for children deprived of their family environment, the guarantee of survival and development of the child, the right to an adequate standard of living, and the social rehabilitation of all children who are abandoned or exploited.⁵⁵

Another relevant contentious case is that of *Brothers Gomez Paquiyari* involves the Peruvian National Police which in 1991 detained two brothers, Rafael Samuel and Emilio Moisés Gómez Paquiyauri (14 and 17 years old) in a counter-terrorism action. The boys were beaten, blindfolded, and placed in the trunk of the patrol car. While in custody, they were beaten, tortured and executed. The Court held that Peru had violated their rights to life, humane treatment, personal liberty, a fair trial, and judicial protection under the American Convention on Human Rights. By applying both the American Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child, the Court found that every child has the right to special measures of protection, and underscored that violations of children's human rights are especially grave. Governments have a special obligation to ensure that children's right to life is never threatened and there is a high standard for children's right to humane treatment. As pertaining protection of the rights of the child, the Court noted that the principle of the best interests of the child prevails, based 'on the very dignity of the human being, on the characteristics of children themselves, and on the need to foster their development, making full use of their potential'.

These decisions are supportive sources for cases involving corporal punishment of children; however they do not constitute an explicit prohibition of all corporal punishment of children.

The European Court of Human Rights addressed corporal punishment in *A v UK* (1998), that the right of the nine year-old applicant 'A' to protection from inhuman or degrading treatment had been breached, and the UK Government was responsible because of its law allowing 'reasonable chastisement'. The Court ruled that the corporal punishment inflicted on A, who had been beaten hard on several occasions with a cane, was severe enough to constitute a breach of article 3, and that since the applicant's stepfather, who had inflicted the punishment on him, had been acquitted of assault occasioning actual bodily harm on the grounds that the punishment constituted 'reasonable chastisement', the Government

had failed to provide adequate protection to the applicant and this constituted a violation of article 3.⁵⁶ The legality of school corporal punishment in the UK was challenged in *Campbell and Cosans v UK* (1982), *Y v UK* (1992), and *Costello-Roberts v UK* (1993).⁵⁷ Judge Buergenthal reflected on the symbolic importance of this issue during a visit by the Inter-American Court of Human Rights to the European Court of Human Rights:

While we were there, the European Court was hearing a case that concerned the legality under the European Convention of corporal punishment in British schools. As we listened to the arguments of the parties, one of my Latin American colleagues leaned over to me and whispered, "if this issue ever comes to our Court, we will know that we've solved the human rights problems of our region."⁵⁸

In like manner to Inter-American Court of Human Rights, the European Court has not issued a judgment condemning all corporal punishment of children without exception. In conclusion, NGOs have been unable to attain regional judgments on point, in spite of their success in promoting recognition within other forums, thereby indicating a limit to transnational human rights initiatives. It is ironic that the Inter-American Court of Human Rights' rejection of the request for an advisory opinion on this issue cannot be interpreted as the Court having had success in resolving human rights problems, but instead may indicate deference to states to address these issues nationally. Civil society groups were not dissuaded by the Inter-American Court's refusal to issue an advisory opinion; they redoubled their efforts and by 2016 there were a total of ten states within Latin America which prohibit corporal punishment of children.⁵⁹ Thus, the evolution of regional human rights is not dependent on the advisory output of the Inter-American Court of Human Rights; this case indicates that strategies which pursue grassroots tactics may

56 See also *Tyler v UK* (1978), involving a 15-year-old in the Isle of Man, the Court ruled that the judicial "birching" to which he had been subjected constituted 'degrading punishment' within the meaning of article 3 of the Convention.

57 There have also been important decisions declaring inadmissible applications challenging bans on corporal punishment in the home and in schools, *Phillip Williamson and others v UK* (2000) this involved Christian families alleging that the ban interfered with their right to religion and family life).

58 Thomas Buergenthal, *Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights*, NYU Center for Human Rights and Global Justice, Working Paper No. 1 (2005).

59 Argentina, Brazil, Bolivia, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela, see: <<http://www.endcorporalpunishment.org/progress/prohibiting-states/>>

perhaps more successful in prompting changes through national reform initiatives. By not engaging with this issue, one may argue that the Court rendered itself superfluous and thus does not take part in the crystallization of a new human rights norm. It is possible to see the Court's uneven application of the conventionality control doctrine in the next section addressing capital punishment.

4.3. Death Penalty

The prohibition of death penalty has been the subject of a very successful international campaign by civil society actors and the Inter-American Commission of Human Rights, but it has proven to present legitimacy problems for the Inter-American Court of Human Rights.⁶⁰ The Inter-American Commission of Human Rights published a report on the death penalty within the Inter-American system and urged the OAS Member States that have the death penalty to abolish it or to impose a moratorium on its use as a step toward abolishing it. The Commission also urges those States that have not done so to ratify the Protocol to the American Convention on Human Rights to abolish the death penalty (1990).⁶¹ It should be noted that the suppression of capital punishment under the Protocol is not absolute. States may make a reservation in order to maintain capital punishment in the event of extremely serious offenses committed during wartime, as pursued by Brazil and Chile. As noted by Sergio Garcia Ramirez, unconditional abolition of the death penalty, in keeping with Article 13 of the European Convention on Human Rights, is not yet the regional standard within the Americas; but once a country has abolished the death penalty it may not be reinstated- it is irrevocable.⁶² Hen-

ce, at present the majority of OAS member states no longer have capital punishment, but a significant minority retain it.⁶³ Antigua & Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Cuba, Dominica, Guatemala, Jamaica, and the United States retain the death penalty, and Brazil, Chile, El Salvador, and Peru have outlawed its application in ordinary crimes.

The Court successfully issued an advisory opinion in 1983 addressing restrictions to the death penalty in Guatemala, brought by the Inter-American Commission of Human Rights.⁶⁴ The Court addressed the link between non-derogability and incompatibility, noting that States may make reservations to rights from which no derogation is permitted, provided the reservations do not weaken the right as a whole to a very substantial extent.⁶⁵ Indeed, it set forth clear limits on expansion of death penalty. Judge Buergenthal reflected on the impact of the advisory opinion:

It was prompted by a series of summary executions in Guatemala that the government claimed did not violate the Convention's prohibition on the reestablishment of the death penalty because of its reservation to that provision. The Commission concluded that the reservation did not apply to Guatemala's action. Believing however that it would be useful for the Court to address this problem, the Commission referred the issue in a general form to the Court as an advisory opinion request. Guatemala, which had not accepted the Court's contentious jurisdiction, challenged the admissibility of the request on the ground that it was a disguised contentious case brought against it. Once the Court had ruled against Guatemala on that point, Guatemala declared in open Court that it had decided to suspend all further executions, repeatedly emphasizing that its decision had nothing to do with the Court's holding on admissibility. The executions did stop. A year earlier, Pope John Paul II on a visit to Central America had appealed, without success, to the Guatemalan authorities to stop the exe-

60 On the civil society groups: <<https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>> and <<https://death.rdssecure.org/section.php?id=13>> and <<http://www.icomdp.org/arguments-against-the-death-penalty/>> and <<http://www.icomdp.org/arguments-against-the-death-penalty/>> and <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2014/115.asp> and <<http://congres.abolition.fr/en/>> And <<http://www.deathpenaltyproject.org/where-we-operate/international/the-inter-american-court-of-human-rights/>>

61 <<https://www.oas.org/en/iachr/docs/pdf/deathpenalty.pdf>> and <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/062.asp> The Protocol has been ratified by Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, the Dominican Republic, Uruguay, and Venezuela. (13 out of 35 states within the OAS)

62 GARCIA RAMIREZ, Sergio. 'The Inter-American Court of

Human Rights and the Death Penalty', *Mexican Law Review*, v. 3, n. 1, p. 99-104, 2009.

63 ICAZA, Emilio Alvarez. 'The Inter-American System and Challenges for its Future', 107 *American Society of International Law Proceedings*, April 3-6 2013, 3,6 (ASIL 2014). See: <<http://www.info-please.com/ipa/A0777460.html>>

64 I/A Court H.R., *Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*. Advisory Opinion OC-3/83 of September 8, 1983. Series A No. 3.

65 Thomas Buergenthal, 'The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court', *Am. J. Int'l L.* 79 1, 25 (1985).

cutions. And we had succeeded with a mere advisory opinion. It was quite a morale booster for the Court.⁶⁶

Unfortunately, the Inter-American Court of Human Rights was later accused of trampling on sovereignty interests when addressing death penalty within its contentious jurisdiction. Trinidad and Tobago denounced the American Convention in 1998 but the Commission filed a case with the Court (as there was a one year delay for the withdrawal to come into effect) which sought to declare Trinidad and Tobago's mandatory death penalty to be in violation of the American Convention.⁶⁷ This case addressed six issues consisting of the mandatory nature of the death penalty, the process for granting amnesty, pardon, or commutation of sentence, delays in criminal proceedings, deficiencies in treatment and condition of detentions, due process violations, and denial of access to legal aid, all in connection with the criminal proceedings resulting from the alleged victims' murder convictions in Trinidad and Tobago. Although Trinidad and Tobago has not filed compliance reports with the Court, it has not executed anyone since 1999 and is subject to review by the Commission.

In 1994, Peru contested the Court's acceptance of a request for an advisory opinion by the Inter-American Commission of Human Rights on issues of state and individual responsibility involving application of the death penalty.⁶⁸

The Court noted that the Commission's questions 'are general in nature and concern the obligations and responsibilities of the states or individuals who promulgate or enforce a law manifestly in violation of the

Convention.'⁶⁹ The Court considered that the Commission had standing to present the request for an advisory opinion as the Commission is expected to make recommendations to States, for the adoption of progressive measures in favor of human rights within the framework of their domestic law and constitutional provisions. The Court noted that "Under those circumstances, the advisory jurisdiction of the Court can and should constitute a valuable support to enable the Commission "[t]o carry out the functions "assigned to it."⁷⁰ The Court held;

1. That the promulgation of a law in manifest conflict with the obligations assumed by a state upon ratifying or adhering to the Convention is a violation of that treaty. Furthermore, if such violation affects the protected rights and freedoms of specific individuals, it gives rise to international responsibility for the state in question.
2. That the enforcement by agents or officials of a state of a law that manifestly violates the Convention gives rise to international responsibility for the state in question. If the enforcement of the law as such constitutes an international crime, it will also subject the agents or officials who execute that law to international responsibility.

Moreover, the Court's jurisprudence places emphasis on the avoidance of arbitrary application of the death penalty, respect for procedural guarantees (including due process, in accordance with Article 8 and 25), application to only the most serious crimes (not political crimes), and respect for the principles of necessity and proportionality.

Nonetheless, in 2005, the Inter-American Court appeared to retreat from expanding the use of the advisory jurisdiction in pursuit of the conventionality control doctrine, as it refused a request by the Inter American Commission of Human Rights for an advisory opinion regarding whether states have an obligation to provide judicial remedies to persons sentenced to the death penalty.⁷¹ The Commission raised this because Barbados, Belize, and Jamaica had enacted what Judge Garcia Ramirez describes as 'excessive legislation' relating to the death penalty that was deemed to violate human rights

66 Thomas Buergenthal, 'Remembering the Early Years of the Inter-American Court of Human Rights', *supra* note 58.

67 Trinidad and Tobago: Notice to Denounce the American Convention on Human Rights (May 26, 1998), reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, Signatures & Current Status of Ratifications of the American Convention, OAS/ser. L/V/1.4, doc. rev. 7. See *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. Case*, Judgment of June 21, 2002, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 94 (2002). See also I/A Court H.R., *Matter of James et al regarding Trinidad and Tobago*. Provisional Measures. Order of the Inter-American Court of Human Rights of April 03, 2009. See also *Boyce and Joseph v. Trinidad and Tobago* (14 June 2005). On Trinidad and Tobago's withdrawal see Natasha Parassram Conception, 'The Legal Implications of Trinidad & Tobago's withdrawal from the American Convention on Human Rights', in 16(3) *American University International Law Review* 847 (2001).

68 *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention*, Advisory Opinion, 1994, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 14, para. 12 (9 Dec. 1994).

69 *Ibid* at para. 24.

70 *Ibid* at para. 25.

71 Resolution of the Inter-American Court of Human Rights on the Request for an Advisory Opinion by the Inter-American Commission of Human Rights, 24 June 2005. In comparison see *Reid v Jamaica* Communication No. 250/1987, Views adopted on 20 July 1990 at para 11 .5, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/355/1989 (1994).

standards.⁷² The Inter-American Court rejected the request and noted that had already addressed the death penalty in a previous advisory opinions, provisional measures, as well as contentious cases. Hence, it called upon the Commission to review this jurisprudence in order to glean the answer to its questions and noted that this jurisprudence should also serve as a guide to States (including those who were not parties to the case).⁷³

At present, the Inter-American Court appears to be very cautious about risking the alienation of Member States, in spite of the fact that there is growing concern about the increased penalties (including death penalty) being applied to transnational crime (such as narco-trafficking and kidnapping), terrorism, and gang related violence within the region.⁷⁴ There is a clear tension between the civil society push to attain an international moratorium on the death penalty and the right of states to determine their national penal systems as a means of guaranteeing security to their citizens.

4.4. Impeachment

Perhaps one of the most pressing tests of a state's level of democracy is that of the process of impeachment. Impeachment is a marker of institutional instability and inter-branch conflict. The recent impeachment of the President of Brazil, Dilma Rousseff was a striking attack by the Congress.⁷⁵ This section will

72 Sergio Ramirez, 'La Pena de Muerte en la Convencion Americana sobre Derechos Humanos y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana', *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*, No. 114 Sept-Dec. 2005, available at: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3853/4820>>.

73 See I/A Court H.R., *Restrictions to the Death Penalty* (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-3/83 of 8 September 1983. Series A No. 3. See I/A Court H.R., *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*. Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999. Series A No.16. See also the contentious case *Boyce et. Al. v. Barbados* 20 Nov. 2007.

See also *Da Costa Cadogan v. Barbados* (2009). See also: *Raxcacó Reyes v. Guatemala* (15 September 2005). See also *Fermin Ramirez v. Guatemala* (20 June 2007).

74 See press release by UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Ben Emmerson denouncing the use of the death penalty in cases involving terrorism: <<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20659&LangID=E> https://www.un.org/press/en/2016/gashc4189.doc.htm>

75 Gretchen Helmke notes that '... Countries heading the list in terms of the total number of inter-branch threats or attacks are also some of Latin America's most distressed democracies: Ecuador,

provide an overview of the impeachment process, the presentation of a request by the OAS Secretary General to the Inter American Court of Human Rights for an Advisory Opinion, the Inter-American Democratic Charter and the Right to Democracy, and a comparison to the removal of judges.

4.4.1. The Impeachment of President Rousseff

On 15 October 2016 three lawyers within the Chamber of Representatives filed for impeachment based on President Rousseff's alleged responsibility for failing to properly respond to a corruption scandal involving Petrobras and the embezzlement of funds directed to her political party, charges of 'fiscal pedaling', as well being as violation of the Annual Budgetary Law due to her issuance of six decrees which provided credits to social programs without first obtaining Congressional authorization.⁷⁶

The Brazilian Constitution (1988) sets forth a process in which the speaker of the lower chamber of Congress, in this case Eduardo Cunha (a political opponent of Ms. Rousseff), had to accept a petition for impeachment. Mr. Cunha then formed a 65-member congressional committee to investigate the accusations and decide if removal was warranted. The committee was created in December, but the court ordered it to suspend proceedings. The committee later resumed its work and in a 38-27 vote on 11 April, approved to move for a vote on her impeachment in Brazil's Chamber of Deputies. On 17 April 17, the lower chamber voted for impeachment. An important point of contention is that in early May, the Supreme Federal Court removed Mr. Cunha from his speaker role on charges of obstructing the corruption investigation. After the lower chamber vote, the process then moved to the Senate, which had

Venezuela, Paraguay, Bolivia, and Argentina.' Gretchen Helmke, 'The Origins of Institutional Crises in Latin America: A Unifies Strategic Model and Test', paper prepared for the Workshop on the Rule of Law, Yale University, 28-29 March 2008.

76 Petrobras is a semi-public Brazilian multinational corporation in the petroleum industry. 'Fiscal pedaling' is a financial practice that consists of transferring delay of federal public resources to public financial institutions to boost government financial reports. Public banks had to pay with their own funds, and then be reimbursed by the government once the public treasury had more funds. Since the government had not made the payment, the market considered the government to have more funds than it actually had. See also: <<https://www.ft.com/content/6e8b0e28-f728-11e5-803cd27c7117d132>>

to decide, with a simple majority vote, whether to accept the charges. On 12 May, the Senate voted 55 to 22 to begin the trial, resulting in Ms. Rousseff's suspension. The vice president, Michel Temer, then took over, with the authority to appoint ministers and enact policy. The Senate trial was overseen by the chief justice of the Supreme Federal Court, Ricardo Lewandowski. Two-thirds of the 81 senators were required vote in favor of removing the president from office. As 61 senators voted in favor, 20 against, President Rousseff was removed from office. It was concluded that that she had violated fiscal laws by using funds from state banks to cover budget deficit spending. Mr. Temer will serve as president for the remainder of Ms. Rousseff's term through the end of 2018 but will not be able to run for president in the next election. President Rousseff claimed that she was a victim of a coup d'etat, noting 'They've just overthrown the first woman elected president of Brazil, without there being any constitutional justification for this impeachment.'⁷⁷ However, the senators voted 42 to 36 to allow Rousseff to maintain her political rights, hence she can continue to stand in elections and hold public office in the future.

In comparison, the European Court of Human Rights has not addressed the legality of impeachment proceedings, but held that there was a violation of Article 3 of Protocol Nr. 1 in a case in which the former President of Lithuania had been impeached and was subsequently barred from running for elected office within the Parliament permanently and irreversibly.⁷⁸ The Court considered this to be disproportionate, as there should have been a time limit and process of review of the measure.

Rousseff's defense argued that the law does not cover negligent crimes of responsibility (it has also been suggested that fiscal pedaling at 2015 was not yet recognized as a crime, *nullem crimen nulla poena sine lege praevia*, and its lack of precision makes it unlikely to be considered a crime according to the principle of legality. Further, they argued that Rousseff acted under the advice of experts, hence she lacked criminal intent. Finally, they stated that Cunha approved of the impeachment in order to retaliate for Rousseff's refusal to support votes in his favor on the Ethics Committee when he

was subject to trial for his involvement in the Petrobras scandal and the discovery of secret accounts in Switzerland. In fact, his acceptance of the impeachment came hours after Rousseff announced that her party would not vote in his favor at the trial. Vice-president Temer assumed the presidency and promptly enacted a series of neo-liberal reforms, stating in the media that the impeachment process had actually been pursued as a means of enabling these reforms to occur.⁷⁹ As noted by Professor Bercovici, the vagueness of the grounds for impeachment appears to have enabled a shift in the system of checks and balance among the branches of government:

The fact that a government is unpopular or without parliamentary majority to its policies does not justify, necessarily, the initiation of the impeachment process. The impeachment is not a vote of confidence, as occurs in the parliamentary system, in the same way that does not constitutes a 'recall' or a form of popular revoking of an elective office. The respect to the popular choice made in the polls is essential in any Democratic State of Law. The impeachment process must always be the last measure, a power to be exercised with extreme cautious in extreme cases of proven Constitution violation, and must have the majority support from the society, not only from a parliamentary majority exasperated or manipulated by economic and political interests [...].⁸⁰

There are clear divisions of opinion about the legality and legitimacy of the impeachment process among Brazilian legal and political experts and thus there emerged a state of crisis regarding the state of democracy.⁸¹

4.4.3. The OAS Secretary-General's Extraordinary Request of an Advisory Opinion

The OAS Charter, Article 2 (b) sets forth that one of the purposes of the OAS is to '...promote and con-

77 'Temer diz que Dilma sofreu impeachment porque rejeitou projeto neoliberal' (23 September 2016). *Pragmatismo Político*. Retrieved from: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2016/09/temer-dilma-sofreu-impeachment-rejeitou-projeto-neoliberal.html>>

80 Gilberto Bercovici (2015), 'Parecer do Impeachment da Presidenta Dilma Rousseff', pp. 8-9; available at: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-dilma-bercovici.pdf> <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/juristas-dizem-que-impeachment-sem-crime-de-responsabilidade-atinge-constituicao/>>

81 Professor of Constitutional Law, Pedro Serrano stated that the impeachment of Dilma Rousseff is an 'attack to the democracy' and that violates treaties involving the Inter-American Court of Human Rights. Fellet, J. (15 August 2016). 'Quais as chances de Dilma conseguir anular o impeachment na OEA?' BBC Brasil in Washington.

77 <http://www.democracynow.org/2016/9/1/dilma_rousseff_on_ouster_this_is>

78 *Paksas v. Lithuania*, no. 34932/04, ECtHR 6 January 2011.

solidate representative democracy.’ Judge Garcia-Sayan confirms ‘since the inception of the OAS, democracy and respect for the essential human rights were conceived as interdependent.’⁸² On April 15, 2016, the OAS Secretary General, Luis Almagro, issued a statement denouncing the impeachment process in Brazil as political in nature, as it was based on poor administration of public resources instead of a criminal accusation, and further expressed concern for the constitutional implications of this process.⁸³

In addition, it must be highlighted that a presidential system like the one in Brazil—and the vast majority of those in our Hemisphere, except for the English-speaking Caribbean—cannot operate out of the blue as if it were a parliamentary system, moving for impeachment, in this case of the chief executive, because of a shift in the political balance of a coalition government.

In effect, the sustainability of the presidential system does not depend solely on the legislature and the alliances generated therein. This is a reality that is useful in terms of efficiency in legislating and governing, but does not substitute for popular and sovereign support generated at the moment of voting for the current President. This equation of popular sovereignty cannot be changed for politically opportunistic reasons. If those who wrote the Constitution had wanted to establish a kind of parliamentary or semi-parliamentary solution, they would have structured it in that way and the logic of formation of governments, designation of the cabinet, the political responsibility and the fall of governments would be completely different.

We are not making a judgment as to which kind of system—presidential or parliamentary—is better, because that depends on the social and political contract of every society. But the organization of the Brazilian constitutional system is clear and, for that reason, it has established the constitutional limits for the exercise of an impeachment process. To ignore those limits affects the very structure of how the system operates, and distorts the forces and operation that the Constitution and the laws should have.

In pursuit of an extraordinary recourse, given the

gravity of the situation, the OAS Secretary General requested an advisory opinion from the Inter-American Court regarding the due process rights of the President of Brazil, Dilma Rousseff during impeachment proceedings against her. The fact that the OAS Secretary-General felt compelled to turn to the Court for assistance indicates the gravity of the situation.

He asked the Court to indicate: ‘the specific criteria which should be guaranteed, as regarding separation of powers, that there should be due process in cases of impeachment of a national authority, the seriousness of the causes which could justify such action, taking into consideration the impact this has on respect for the popular will in choosing its representatives, the situation of this person during the proceeding in which she should be presumed innocent, with the aim of avoiding resulting in a violation of human rights and a serious change of the principles which apply to the entire democratic system.’ The Secretary-General requested that the Court specify ‘which actions or changes to due process, such as previous declarations which would indicate prejudice by those who have to decide the case in last instance, and what would be the consequences on the validity of this process.’

He asked the Court to issue an opinion on several issues which could substantively affect the due process rights in impeachment, and what would be the consequences of:

- a) Statements made when voting by those who have to decide the opening of the impeachment process and appear to prejudice, moving ahead condemnation opinions or forgiveness or expressing grounds which are unrelated to the issue under consideration;
- b) The specific recognition on the part of these persons as to their following instructions, to the detriment of the required level of impartiality;
- c) The invocation of common causes for various officials instead of for one individual,
- d) The charge for events that could have been carried out at a time earlier than that which would be relevant from the legal perspective.

Finally, the Secretary-General indicated that it was absolutely urgent that the Court address the legality of the reasons invoked to pursue the impeachment of President Dilma Rousseff and the possible violations conducted in the Chamber of Representatives which

82 Separate Opinion of Judge Garcia-Sayan, Inter-American Court of Human Rights, *YATAMA* Case, Series C. No. 107 (2004) at para. 4.

83 <http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?scodigo=E-044/16>

approved the documents of the Special Commission, of the connection of the votes by the representatives motivated by reasons which were unrelated to the charge submitted to the Chamber, as well as the partisan circumstances which inhibited legislators to take a position in conformance with their own personal convictions. He noted that the opinion of this body would be absolutely relevant to the effect of the decisions which the Secretary-General should take in conformance with the obligations which are set forth in the Inter-American Democratic Charter for the Secretary General according to Article 20(1).

The Inter-American Court is recognized for being a strong voice against impunity and defender of due process rights. Rather than accept the invitation to support diplomatic efforts to address the impeachment crisis, the Court declined the request. On 23 June 2016, The Inter-American Court grounded its rejection by stating that the request for an advisory opinion risked the issuance of a premature opinion given the fact that the case may be subjected to contentious proceedings in the future and that the matter had not yet been resolved at the domestic level.⁸⁴ The deference to the national system is an indication of the delicate balance the Court must maintain while operating in what Tom Gerald Daly describes as “transnational” judicial space, with the courts at the domestic and regional levels working together as part of a common judicial project to constrain arbitrary state action and uphold human rights.⁸⁵ Daly states that the Brazilian Supreme Federal Court does not often refer to the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence and is critical of its lack of deference to the national court.⁸⁶ The Court also reminded the Secretary-General that Article 20 of the Inter-American Democratic Charter specifically recognizes the mandate of the Secretary-General to take action to address these types of issues, hence rendering the need for an advisory opinion superfluous.

⁸⁴ Resolution of the Inter-American Court of Human Rights on the Request for an Advisory Opinion by the OAS Secretary General 23 June 2016.

⁸⁵ Tom Gerald Daly, ‘Brazilian ‘Supremocracy’ and the Inter-American Court of Human Rights: Unpicking an Unclear Relationship.’ P. Fortes et al. (eds) *Law and Policy in Latin America* 3-4 (Palgrave Macmillan UK, 2017).

⁸⁶ Id. at 5 and 15. See *Gomes Lund et al. v. Brazil*, Judgment of 24 November 2010 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), para. 44. The Inter-American Court of Human Rights contests the Supreme Federal Tribunal’s approval of an amnesty law.

Given, the lack of action by the Court, on 9 August 2016 the Brazilian Workers Party requested a precautionary measure from the Inter-American Commission of Human Rights to suspend the impeachment trial due to violations of due process and the lack of possibility of judicial review.⁸⁷ On 2 September 2016, the Inter-American Commission on Human Rights expressed concern over the impeachment process, in particular accusations about irregularities, arbitrariness, and lack of due process guarantees.⁸⁸ However, it did not issue an immediate precautionary measure; hence the impeachment process was unimpeded. It may be that the Commission was cautious regarding Brazil because it was undergoing a severe financial crisis on account of Brazilian withdrawal of funding pursuant to the Commission’s decision of 2011 ordering provisional measures to suspend the Belo Monte Dam Complex in the Amazonian state of Para, citing the project’s potential harm to the rights of traditional communities living within the Xingu river basin.⁸⁹ Nonetheless, the Commission indicated that it was concerned with the Brazilian Judiciary’s monitoring and supervision functions in this case and the ramifications of the impeachment as pertaining President Rousseff’s rights. In September 2016, Rousseff appealed to the Supreme Federal Tribunal, but it rejected the petition in October 2016.⁹⁰

A chilling turn of events occurred after the impeachment, as one of the Supreme Federal Court judges, Teori Zavascki died in a plane crash in January 2017. The judge was expected to rule on the eligibility of plea bargain testimonies by 77 Odebrecht executives which would implicate the several top politicians, including President Temer and Senate President Renan Calheiros (next in line to Temer).⁹¹ This resulted in significant concern about the fragility of institutions and rule of law in Brazil, as there is uncertainty as to how the corruption

⁸⁷ <http://www.pt.org.br/wp-content/uploads/2016/08/cidh_dilma_petition_executive-summary.pdf>

⁸⁸ <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/126.asp>

⁸⁹ <<http://amazonwatch.org/news/2016/0107-iachr-opens-case-against-brazil-for-human-rights-violations-related-to-belo-monte-dam>>; see also <http://latindispatch.com/2011/05/03/brazil-breaks-relations-with-human-rights-commission-over-belo-monte-dam>

⁹⁰ André Richter (20 October 2016). ‘Supreme Court Justice denies appeal to cancel Dilma Rousseff’s impeachment.’ *Agência Brasil*.

⁹¹ Odebrecht is a Brazilian construction company implicated in the Petrobras corruption scandal, see: <<http://www.wsj.com/articles/marcelo-odebrecht-agrees-to-plea-deal-in-brazilian-corruption-probe-1480624125>>

investigation will manage to continue after the loss of the judge. One may suggest that by rejecting the OAS Secretary General's request for an advisory opinion, the Inter-American Court of Human Rights missed an opportunity to provide supportive guidance to the his office during the impeachment crisis which revealed a high level of institutional instability (including within the national judiciary and at the democratic/constitutional crisis level) in the biggest country within Latin America. It is possible to argue that the case would be more appropriate for the contentious jurisdiction, but the urgency of situation indicates that it may have benefited from an intervention from the Court to address the legal issues which had been overshadowed by high tension politics. Indeed, the Court could have chosen to approach the request as addressing an issue which was of 'acute concern to the OAS', in like manner the ICJ's refutation of Israel's contestation of advisory jurisdiction in the Wall case on account of the interest of the United Nations.⁹² Lamentably, instead of an advisory opinion, the Inter-American Court of Human Rights issued a statement calling for an especially careful and timely investigation of the circumstances the plane crash, given the judge's role in important national proceedings.⁹³

4.4.4. The Inter-American Democratic Charter and the Right to Democracy

The Inter-American Court of Human Rights made reference to the fact that the Inter-American Democratic Charter (2001) establishes a specific procedure for situations involving the alteration of a constitutional regime which involve other organs within the OAS, including the Secretary-General, the Permanent Council and the General Assembly:

Article 20

In the event of an unconstitutional alteration of the constitutional regime that seriously impairs the democratic order in a member state, any member state or the Secretary General may request the immediate convocation of the Permanent Council to undertake a collective assessment of the situation and to take such decisions

⁹² *Advisory Opinion Concerning Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, International Court of Justice (ICJ), 9 July 2004, 151-52, para. 47, cited by Calidonio Schmid, *supra* note 1 at 429.

⁹³ <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_02_17.pdf>

as it deems appropriate.

The Permanent Council, depending on the situation, may undertake the necessary diplomatic initiatives, including good offices, to foster the restoration of democracy.

If such diplomatic initiatives prove unsuccessful, or if the urgency of the situation so warrants, the Permanent Council shall immediately convene a special session of the General Assembly. The General Assembly will adopt the decisions it deems appropriate, including the undertaking of diplomatic initiatives, in accordance with the Charter of the Organization, international law, and the provisions of this Democratic Charter.

The necessary diplomatic initiatives, including good offices, to foster the restoration of democracy, will continue during the process.

Article 21

When the special session of the General Assembly determines that there has been an unconstitutional interruption of the democratic order of a member state, and that diplomatic initiatives have failed, the special session shall take the decision to suspend said member state from the exercise of its right to participate in the OAS by an affirmative vote of two thirds of the member states in accordance with the Charter of the OAS. The suspension shall take effect immediately.

The suspended member state shall continue to fulfill its obligations to the Organization, in particular its human rights obligations.

Notwithstanding the suspension of the member state, the Organization will maintain diplomatic initiatives to restore democracy in that state.

This supports the perspective that the Court may have been correct to pursue a 'political question' approach to reject the request for the advisory opinion. Nevertheless, it is also possible to argue that the OAS Secretary General may have been overwhelmed by the intensity of the impeachment crisis and sought institutional backing from the Court.

The Inter American Democratic Charter had been proposed by the transitional government in Peru that had succeeded Alberto Fujimori in order to prevent further attacks on democracy within the region. It was noted that 'the peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to

promote and defend it.⁹⁴ The charter has been invoked in response to coups—the failed one against President Hugo Chávez in Venezuela in 2002 (but Chavez was reinstated before the OAS General Assembly met) and a successful one against Manuel Zelaya of Honduras in 2009. The OAS General Assembly convened a special meeting and suspended Honduras' membership.

It has been noted that the test of the Inter American Democratic Charter is whether the OAS organs will apply it to sitting officials who violate democratic norms.⁹⁵ The Charter has not yet been applied to impeachment cases; hence it is uncertain whether the Inter-American Court of Human Rights is correct in deferring to the other institutions. The Inter-American Democratic Charter preamble states 'One of the purposes of the OAS is to promote and consolidate representative democracy'. As an OAS institution, it is arguable that the Court has an obligation to assist other OAS organs when requested to support a crisis brought about by inter-branch conflict. Indeed, Judge Garcia-Sayen observed:

It is a well-known fact that the list of human rights has never been static. It has gradually been defined and embodied in legal instruments with the development over time of society, the organization of the State, and the evolution of political regimes. This explains why we are currently seeing the development and expansion of political rights, and even what some have called the "human right to democracy." This development is expressed in the Inter-American Democratic Charter, the juridical instrument that the inter-American system has engendered to strengthen democracy and related rights. Its first article stipulates that: "The peoples of the Americas have a right to democracy and their governments have an obligation to promote and defend it."⁹⁶

94 <http://www.economist.com/blogs/americasview/2011/01/inter-american_democratic_charter>

95 See Rubén M. Perina, 'The Inter-American Democratic Charter An Assessment and Ways to Strengthen It', available at: <https://www.oas.org/en/spa/democracia/docs/Brooking_%20Inter%20Am%20Demo%20Charter%20%20RMP%20%2012%20pdf.pdf> He notes that the definition of an 'unconstitutional interruption' remains unclear and that that members of judicial and legislative organs should be able to address the OAS. The IADC recognizes the elements of representative democracy as including: respect for the rule of law; human rights and fundamental freedoms; periodic, free and fair elections; a pluralistic system of political parties; the separation and independence of powers; fundamental democratic core values and practices, such as probity and transparency in government activities; respect for diversity; and citizen participation. See also: <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/crisis-graphs.asp>

96 Separate Opinion of Judge Garcia-Sayen, Inter-American Court of Human Rights, *YATAMA* Case, Series C. No. 107 (2004)

Furthermore, Charter sets forth additional guarantees recognizing a link between human rights and democracy that implies a relevant role for the Court.⁹⁷ :

Article 3: 'Essential elements of representative democracy include, *inter alia*, respect for human rights and fundamental freedoms, access to and the exercise of power in accordance with the rule of law, the holding of periodic, free, and fair elections based on secret balloting and universal suffrage as an expression of the sovereignty of the people, the pluralistic system of political parties and organizations, and the separation of powers and independence of the branches of government.'

Article 7: 'Democracy is indispensable for the effective exercise of fundamental freedoms and human rights in their universality, indivisibility and interdependence, embodied in the respective constitutions of states and in inter-American and international human rights instruments.'

In comparison, we may consider the role of the Court in the example of a case involving the removal of a judge.

4.4.5. The Removal of Judges

The removal of judges can signal problems with the independence of the judiciary and thus indicate democratic weakness. There are various institutions within the OAS that may address the removal of judges. In May 2016, Human Rights Watch called upon the OAS Secretary General to invoke the Inter-American Democratic Charter in relation to the Venezuelan government's interference with the independence of the judiciary.⁹⁸ Venezuela's National Assembly (AN), formally asked the OAS Secretary General to apply the Inter-American Democratic Charter in view of the country's economic and political situation. This included the economic crisis, the *de facto* control by president Maduro of the Judiciary and Electoral branches of government, a decree of 'state of exception and economic emergency' passed without the approval of the AN, and threats made by

at para. 7

97 See also Thomas M. Franck, 'The Emerging Right to Democratic Governance'

86 (1) *The American Journal of International Law*, (Jan., 1992), pp. 46-91.

98 <<https://www.hrw.org/news/2016/05/16/venezuela-oas-should-invoke-democratic-charter>>

President Maduro to close down the AN and prevent a recall referendum promoted by the opposition. In turn, the OAS Secretary General called an emergency meeting of the Permanent Council of Member States to discuss the situation in Venezuela.⁹⁹

The Inter-American Court of Human Rights has also been asked to address the removal of judges within its contentious jurisdiction, Case of the Constitutional Tribunal (Camba Campos et. Al.) v. Ecuador (Judgment of 28 August 2013). The Court found violations of Article 8 in relation to Article 1, and Article 23 on account of the arbitrary termination and removal proceedings in violation of judicial guarantees, as well as having arbitrary effects on the exercise of the judicial function and harm to judicial independence and the guarantee of impartiality. The Court noted that Ecuadoran law expressly prohibited the prosecution of members of the Constitutional Tribunal based on the legal content of their opinions and on the Legislatures' disagreement with a judicial ruling. The Court cited Art. 3 of the Inter-American Democratic Charter which sets forth that essential element of representative democracy is the separation of powers and independence of the branches of government:

The Court concludes that the dismissal of all the members of the Constitutional Tribunal entailed a destabilization of the democratic order that existed at that time in Ecuador, because the attack on the three high courts of Ecuador at that time resulted in a rupture of the separation and independence of the branches of governments. The Court stresses that the separation of powers is closely related not only to the consolidation of the democratic system, but also seeks to preserve the human rights and freedoms of the people.

This is a very important decision which serves as a clear example of the Inter-American Court's role as a guarantor of democracy as a foundation for the enjoyment of human rights in the region. The Court's reluctance to address the case of impeachment of a sitting president stands in contrast its strong engagement in the case of the removal of a judge. Both cases address the state of democracy and separation of powers, as well as human rights, nevertheless it possible to argue that the Court would prefer the presidential case to be presented under the contentious jurisdiction, as was the case

involving the judge. Alternatively, the Court may have been concerned that Brazil may seek to withdraw support from the Court as it did with the Commission.¹⁰⁰

5. FINAL CONSIDERATIONS

Although the four rejections of requests for advisory opinions may be described as evidence of strategic prudence by the Court, it is indeterminate whether the Inter-American Court will continue to develop the scope of the advisory opinion in either a broad or narrow manner.¹⁰¹ It may be argued that the Court, as other international tribunals, is more likely to follow sine wave patterns, rather than linear paths when addressing political cases. International courts within both human rights and international criminal law are increasingly being challenged; the ICC has received notices of withdrawal from Russia, South Africa, Burundi, and Gambia, and the African Court of Human Rights suffered the withdrawal of Rwanda. The Inter-American Court itself underwent threats of withdrawal from Venezuela, Ecuador, and Peru.¹⁰²

The ICC has sought to embark on a strategy of creative expansion of investigation of crimes in order to address environmental harm and damage to cultural property, perhaps to underscore its continued relevance or added value in normative analysis.¹⁰³¹⁰⁴ Similarly, the PCA addressed the duty to conduct Environmental Impact Assessments in the Philippines v. China case.¹⁰⁴¹⁰⁵

100 <<http://latindispatch.com/2011/05/03/brazil-breaks-relations-with-human-rights-commission-over-belo-monte-dam/>>

101 Buergenthal stated 'Whether the scope of the Court's advisory jurisdiction will expand further or begin to contract is closely related to the perceived needs of the inter-American system for the protection of human rights.' He set forth that If more states and the Commission submit more contentious cases to the Court, 'resort to its advisory jurisdiction may decline and its importance diminish.' Buergenthal, *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court*, supra note 64 at 26.

102 See generally: <<http://interamericanhumanrights.org/background/challenges-and-criticisms/>>

103 ¹⁰⁴ The ICC issued a decision cultural destruction of property in the *Ahmad al-Faqi al-Mahdi* case. It issued a statement that it would pursue investigation of cases involving crimes that result in the 'destruction of the environment', 'exploitation of natural resources' and the 'illegal dispossession' of land. <<https://www.theguardian.com/global/2016/sep/15/hague-court-widens-remit-to-include-environmental-destruction-cases>>

104 ¹⁰⁵ See: <<http://www.ejiltalk.org/environmental-aspects-of-the-south-china-sea-award/>>

99 <http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-068/16>

It may be argued that the Inter-American Court has chosen to follow a parallel strategy with its Advisory Opinion on the Environment and Human Rights (2017) that also upheld the duty to conduct Environmental Impact Assessments. On the other hand, given the current climate of emphasis on sovereignty and backlash against human rights, the Court may wish to show deference to states and avoid controversial decisions.¹⁰⁵¹⁰⁶ The Court and the Commission are both facing funding crises and this has already resulted in a temporary complete halt of cases in the latter institution.¹⁰⁶¹⁰⁷ It remains to be seen which strategic choice the Court will pursue, and it may well continue to display mixed approaches, although it may be that the Court may seek to rely more on the contentious jurisdiction to address complex, political claims in deference to the principle of consent. The case examples of restraint signal a possible reluctance to utilize the advisory jurisdiction to expand the interpretation of human rights when led by civil society or consolidate democracy. Nevertheless, the Advisory Opinion on Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination with regard to Same-Sex Couples (2017) indicates otherwise. There is an open question as to whether there will be significant backlash to this opinion and in turn, whether the Inter-American Commission of Human Rights will choose to focus even more on pursuing contentious case, leaving the advisory jurisdiction as a mechanism for states to check on normative consultation. There is a tension between the conventionality control doctrine and the limitation of the Court's advisory jurisdiction, and this in turn may have unintended consequences.

¹⁰⁵ ¹⁰⁶ Thomas Carothers, 8(3) 'Closing Space for International Democracy and Human Rights Support' In *J Human Rights Practice* 358-377 (2016); see also Inter-American Human Rights Network, 'Strengthening the Impact of the Inter-American Human System Through Scholarly Research' 5 (April 2016) available at <<http://discovery.ucl.ac.uk/1478296/1/ReflectiveReport-web.pdf>> (page 5)

¹⁰⁶ ¹⁰⁷ <<http://nobelwomensinitiative.org/inter-american-human-rights-system-underfunded/>> As a matter of fact, both the Court and the Commission are chronically underfunded institutions subject to frequent and public criticism and threats of withdrawal by OAS member states, particularly in reaction to controversial Court rulings.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direito Internacional
Monocromático:** previsão e
aplicação dos direitos LGBTI na
ordem internacional

**Monochromatic International
Law:** provision and application of
LGBTI rights in the international
order

Rafael Carrano Lelis

Gabriel Coutinho Galil

VOLUME 15 • N. 1 • 2018

EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Direito Internacional Monocromático: previsão e aplicação dos direitos LGBTI na ordem internacional*

Monochromatic International Law: provision and application of LGBTI rights in the international order

Rafael Carrano Lelis**

Gabriel Coutinho Galil***

RESUMO

O trabalho investiga a abrangência da proteção conferida pelas normas de direito internacional às pessoas LGBTIs. Sob o marco teórico do reconhecimento enquanto *status social*, proposto por Nancy Fraser, questiona-se se o direito internacional fornece proteção e reconhecimento suficientes aos LGBTIs, utilizando-se o método jurídico-compreensivo de investigação e as técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e pesquisa jurisprudencial. Os resultados obtidos revelam a ausência de direitos aos LGBTIs em documentos internacionais vinculantes, bem como uma jurisprudência que garante direitos a esses indivíduos majoritariamente sob o fundamento do direito à privacidade. Conclui-se, portanto, pela existência de um paradigma que se chamou de Direito Internacional Monocrático, isto é, que não fornece reconhecimento ou proteção suficientes aos LGBTIs, invisibilizando-os.

Palavras-chave: LGBTI; Direito Internacional Monocromático; Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT

The paper investigates the extent of the protection to LGBTI people under international law norms. Guided by the theoretical framework of recognition as a matter of social status, proposed by Nancy Fraser, it is questioned whether international law provides sufficient protection and recognition to LGBTI by using the juridical-comprehensive method of investigation and the techniques of literature review, documental analysis and case-law research. The results indicate an absence of LGBTI rights in international binding documents, as well as precedents that recognize rights to these individuals mainly under the fundament of the right to privacy. It can be concluded, therefore, that exists a paradigm of the Monochromatic International Law which doesn't provide sufficient recognition nor protection to LGBTI people and also invisibilizes them.

Keywords: LGBTI; Monochromatic International Law; International Courts of Human Rights.

* Recebido em:16/02/2018
Aprovado em: 30/03/2018

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Email: rafael.carrano.lelis@gmail.com

*** Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Email: gcgali@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersex (LGBTI¹) têm sua mera existência criminalizada em, pelo menos, 72 países. Além disso, mesmo quando a discriminação contra essas pessoas não é imposta pela legislação, ela se dá de forma efetiva, física e simbolicamente, pela população de cada país, ocasionando a morte de milhares LGBTIs todos os anos. A esfera de preocupação desses indivíduos inclui onde podem ou não dar as mãos, onde podem ou não expressar sua identidade de gênero livremente, onde precisam ou não temer simplesmente andar pelas ruas. É negada a esses indivíduos a mínima dignidade inerente à pessoa humana e seu próprio reconhecimento enquanto sujeitos de direitos.

É com base nessa violência sofrida pelos LGBTIs em todo o mundo e seu não reconhecimento como sujeitos de direitos que se justifica este trabalho. Dessa forma, sustentando-se no marco teórico do reconhecimento enquanto uma questão de *status social*, proposto por Nancy Fraser, segundo o qual a legislação e a jurisprudência possuiriam um importante papel na mitigação das desigualdades, indagou-se se o Direito Internacional fornece proteção e reconhecimento suficientes aos LGBTIs.

O Direito Internacional é importante precursor da proteção e garantia de direitos a minorias representativas. É justamente nesse plano que se vê avançar a concretização dos Direitos Humanos, na tentativa de estabelecer padrões mínimos de existência a cada indivíduo da sociedade. Em um contexto no qual os LGBTIs possuem uma quantidade inimaginável de direitos negados e não reconhecidos, a análise da tutela dos direitos dessa população na esfera internacional é importante para uma real compreensão da importância que é dada a eles. Entende-se, assim, que o plano internacional representa o cenário no qual a tutela dos Direitos Humanos ocorre de forma mais abrangente, permitindo evidenciar o quanto perto (ou longe) se está de se assegurar uma vida

1 A utilização da sigla “LGBTI” não tem a intenção de excluir quaisquer outras formas de identidade ou sexualidade que não sejam diretamente abarcadas por suas letras. Definiu-se sua utilização, justamente, por se considerar uma das formas mais inclusivas de menção aos diversos indivíduos dessa população. Ademais, em coerência com o marco teórico adotado, entende-se estar mais próximo de um remédio transformador, como será visto adiante, ao se utilizar uma sigla com um menor número de letras e que, ainda sim, represente uma grande diversidade de indivíduos, como ao se utilizar a letra “T” para se referir às diversas integrantes da população trans.

digna aos LGBTIs.

Para além dessa primeira razão, podem ser destacados dois motivos para a escolha do plano internacional: a alteração do próprio espaço de realização da justiça, como proposto por Fraser², sendo transposto para além das meras fronteiras dos Estados, adquirindo proeminência a dimensão global de efetivação dos direitos; e a influência exercida pelo Direito Internacional no campo jurídico doméstico.

Com a intensificação da globalização, os Estados, com suas limitações fronteiriças, não são mais capazes de dirimir, isoladamente, as desigualdades ocasionadas em virtude das dimensões econômica, cultural e política da justiça. Dessa forma, transporta-se o protagonismo de promoção da justiça dos Estados para a esfera internacional, mais apropriada a suprir as diversas demandas advindas de um mundo mais integrado e cosmopolita³. Nesse ponto, é essencial o papel exercido pelos sistemas internacionais, regionais e global, de proteção dos Direitos Humanos; pelos tratados multilaterais e demais fontes de Direito Internacional; bem como pela atuação da sociedade civil transnacional e organizações internacionais, atores cruciais na efetivação da justiça na contemporaneidade.

Tal análise é embasamento suficiente para a expansão da luta por direitos LGBTIs para o plano internacional. Além disso, levando-se em consideração um processo contínuo de desenvolvimento normativo no Direito Internacional, é possível sinalizar o forte peso transformador dos tratados internacionais, gerando alterações na legislação interna de cada país⁴. Dessa maneira, adotando-se a concepção de um sistema de proteção multinível para a efetiva tutela dos direitos LGBTIs,

2 FRASER, Nancy. Reenquadramento a Justiça em um Mundo Globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009, p. 29-32.

3 FRASER, Nancy. Reenquadramento a Justiça em um Mundo Globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, 2009, p. 11-17.

4 Apesar de o trabalho ter como foco a proteção oferecida às pessoas LGBTIs a partir do Direito Internacional Público, não se ignora a proteção oferecida à pessoa humana a partir do Direito Internacional Privado, sendo ela, em alguns casos, como no do reconhecimento da união homoafetiva, até mesmo anterior àquela oferecida pelo Direito Internacional Público, cf. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Constitucionalização e Direito Internacional Privado no Brasil. *Rev. secr. Trib. perm. revis.* ano 4, mai. 2016, p. 192. Ainda, sobre o importante papel da disciplina na temática LGBTI cf. ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 43-52.

é essencial o avanço normativo no plano internacional. Sob tal perspectiva, faz-se necessária a construção de uma proteção a nível local, regional e global. Nesse sentido, os organismos internacionais detêm forte “impacto transformador”, desencadeando o avanço na proteção dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno de cada país⁵.

Como suposição inicial para responder ao questionamento da pesquisa, adotou-se a hipótese de que o Direito Internacional não fornece o reconhecimento e proteção necessários aos LGBTIs, atuando de maneira tímida na defesa de seus direitos e contribuindo para sua constante invisibilização. Nesse ponto, é importante conceituar o que denominamos de “Direito Internacional Monocromático”. Como poder ser aduzido, faz-se tal referência em razão da invisibilidade sofrida pelos LGBTIs no Direito Internacional, fazendo com que essa dimensão do direito abarque apenas “uma cor”, excluindo uma pluralidade de sujeitos, quais sejam, a própria população LGBTI, cuja diversidade é comumente simbolizada pelas várias cores do arco-íris. Esse conceito se traduziria, de forma normativa, na ausência de legislação que trate expressamente de pessoas LGBTIs, garantindo sua proteção e reconhecimento. E, ainda, em uma jurisprudência que se apoie em fundamentos demasiadamente genéricos, possibilitando grande variação na esfera de proteção desses indivíduos.

Sendo assim, a partir de um raciocínio hipotético-dedutivo, o problema levantado foi abordado pela utilização do método jurídico-compreensivo de investigação, que privilegia a decomposição do problema jurídico sob diversos aspectos para sua total compreensão. Desse modo, foram empregadas as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica, investigação documental e pesquisa jurisprudencial para a obtenção e exame de dados primários e secundários, visando à construção de uma pesquisa empírica de caráter tanto quantitativo, quanto qualitativo.

A revisão bibliográfica permitiu a definição e aprofundamento do marco teórico adotado, por meio da leitura das diversas críticas levantadas à concepção de reconhecimento elaborada por Nancy Fraser. Além disso, auxiliou no levantamento de dados secundários

⁵ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 6(2), jul-set 2014, p. 143-144.

referentes ao atual estágio de proteção e tratamento dos direitos LGBTIs no cenário global. A investigação documental, por sua vez, possibilitou a coleta de dados primários referentes à positivação dos direitos LGBTIs na ordem internacional, seja em tratados, resoluções da Organização das Nações Unidas ou princípios orientadores. Por fim, a técnica de pesquisa jurisprudencial, a partir da seleção de uma amostragem não probabilística, oportunizou o levantamento de dados primários para a análise do tratamento judicial dado aos direitos LGBTIs pelas Cortes de Direitos Humanos.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a invisibilização sofrida pelos LGBTIs no Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja na legislação, seja na jurisprudência. Como objetivos específicos desta investigação podem ser evidenciados: realizar revisão bibliográfica sobre a temática; analisar as normas de Direito Internacional quanto ao grau de proteção conferido aos LGBTIs; evidenciar todas as normativas de Direito Internacional que abordem os direitos das pessoas LGBTIs; analisar a jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos relativas à temática; indicar a necessidade de mudança de paradigma no tratamento dado pelo Direito Internacional às pessoas LGBTIs com o protagonismo dos indivíduos afetados (*bottom up*).

2. O DIREITO INTERNACIONAL COMO FONTE DE RECONHECIMENTO

Os estudos da filósofa estadunidense Nancy Fraser marcaram, de forma singular, o pensamento no campo da teoria da justiça. Por meio de um processo dialético e constante de reanálise de suas ideias, Fraser⁶ concebeu uma teoria da justiça tridimensional. Dessa forma, visando à concretização da justiça, três dimensões centrais devem ser observadas: a econômica, que se concretiza por meio da *distribuição*; a cultural, que comporta a ideia de *reconhecimento*; e a política, materializada pela *representação*. A partir disso, extrai-se que as formas pelas quais a injustiça se consubstancia são a má distribuição, o falso reconhecimento e a falsa representação. Como previamente mencionado, interessa especialmente ao desenvolvimento do trabalho uma análise mais aprofundada das consequências advindas do falso reconhe-

⁶ FRASER, Nancy. Reenquadramento a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, 2009, p. 17-18.

cimento, motivo pelo qual tal dimensão será abordada com maior enfoque.

Em um primeiro momento, é imprescindível que se destaque a importância e autonomia do reconhecimento na teoria fraseriana. Fraser⁷ rechaça a ideia de que a opressão aos LGBTIs seria “meramente cultural”⁸ e assevera que o falso reconhecimento ocorre de forma institucionalizada nos espaços sociais. A desigualdade do falso reconhecimento possui materialidade em si mesma, não podendo ser reduzida ou subordinada à ideia de má distribuição, ainda que, em algum momento, elas possam se dar conjuntamente.

Marco teórico do artigo, a teoria do reconhecimento enquanto uma questão de *status social* contrasta diretamente com o modelo identitário hegeliano, segundo o qual o reconhecimento seria uma relação recíproca em que os sujeitos se veem como iguais, mesmo que de forma separada⁹. Portanto, em nossa concepção, não ser reconhecido significa ser socialmente subordinado. Isto é, o indivíduo que sofre da injustiça do falso reconhecimento é institucionalmente invisibilizado, classificado como abjeto e impedido de participar da vida de forma paritária com os demais¹⁰. Desse modo, ainda que diretamente conectado à má distribuição e à falsa representação, o falso reconhecimento se materializa de forma independente, afetando, profundamente, a existência daqueles que sofrem a desigualdade nessa dimensão, tornando-os suscetíveis a múltiplas e distintas formas de violência, discriminação e exclusão.

Fraser¹¹ utiliza a população LGBTI como um exem-

pto de coletividade cuja opressão estaria enraizada, majoritariamente, na esfera cultural e, portanto, no âmbito do reconhecimento. Não obstante reconheça que essa população sofra injustiça ligada à dimensão econômica e política, o aspecto cultural predomina com relação a esses indivíduos, tornando-os formas de identidades e sexualidades desprezadas. Caracteriza, assim, o heterossexismo e a homofobia como, respectivamente, a edição de normas que arbitrariamente privilegiam a heterossexualidade e uma forma *cultural* de menosprezo da homossexualidade.¹²

Como solução, a autora apresenta duas alternativas de remédios: os afirmativos e os transformativos. O afirmativo seria aquele que busca solucionar a falta de reconhecimento da população LGBTI a partir de ações ligadas à identidade desse grupo, buscando diferenciá-los para que possam receber um tratamento mais igualitário na sociedade, como poderia se dar a partir de políticas de cotas, programas de inclusão da população no mercado de trabalho e, até mesmo, das organizações das marchas de orgulho LGBTI. Por outro lado, um remédio transformativo é substancialmente mais alinhado aos pensamentos da Teoria Queer, buscando eliminar a dicotomia binária entre homo e heterosexual, masculino e feminino, cis e trans.¹³ Os dois remédios propostos possuem, em diferentes graus, a função de promover a justiça para essa população. Todavia, enquanto o remédio transformativo parece, em longo prazo, oferecer um cenário ideal para que essa população se livre de todas as formas de injustiças e opressões, o afirmativo oferece soluções mais imediatas e que exigem reestruturações menos drásticas aos atuais arranjos sociais, podendo se materializar por meio de uma legislação fortemente protetiva que, ao mesmo tempo, reconheça direitos substantivos e proíba a discriminação a essa população.

O Direito, seja pela legislação, seja pela jurisprudência, possui surpreendente potencial de atuação na seara do reconhecimento. O poder emanado pelo campo

7 FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997, p. 279-280.

8 A expressão “meramente cultural” é utilizada por Butler para tecer críticas à teoria fraseriana que, segundo sua interpretação, desclassificaria a opressão sofrida por pessoas LGBTIs à esfera cultural, ignorando a materialidade dessa opressão, assim como sua centralidade no funcionamento econômico, a partir do sistema sexogênero-desejo, sendo indissociável da esfera da distribuição (Butler, Judith. Meramente Cultural. **Revista Idéias**, Campinas, SP. Vol. 7. n°2. pp. 227-244). No entanto, em produção posterior, Fraser reafirma a indissociabilidade das esferas econômica, cultural e política, sendo esta a concepção adotada pelo presente trabalho. (FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.)

9 FRASER, Nancy. Rethinking Recognition. **New Left Review**, Londres, n. 3, maio-jun 2000, p. 109.

10 FRASER, Nancy. Rethinking Recognition. **New Left Review**, Londres, n. 3, maio-jun 2000, p. 113-114.

11 FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilem-

mas of Justice in a “Postsocialist” Age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics**. London-New York: Verso, 2008, p. 20.

12 FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics**. London-New York: Verso, 2008, p. 21.

13 FRASER, Nancy. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury: Nancy Fraser debates her critics**. London-New York: Verso, 2008, p. 29.

jurídico tem capacidade tanto de (re)produzir o falso reconhecimento como atuar na afirmação de populações marginalizadas, funcionando como remédio a essa injustiça. Ainda mais: a próprias lacunas existentes nesse campo conseguem reforçar as injustiças de reconhecimento. Dessa forma, uma lei que criminaliza relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo provoca o falso reconhecimento, mas também o faz a norma que apenas regula o casamento heterossexual, quedando-se silente a respeito da união civil homoafetiva. Nesse sentido, observa-se que o exercício do Direito, principalmente da legislação, figura com central importância na conquista de espaço a indivíduos oprimidos, ainda que, nem de longe, seja a única seara de avanço necessário. Adentrando o campo dos direitos LGBTIs, Fraser¹⁴ identifica a existência de uma reafirmação da heteronormatividade por meio da edição de leis que reforçam esse paradigma dominante e subjugam os grupos que nele não se enquadram, classificados como desviantes.

Ressalta-se, assim, que a produção legislativa e jurisprudencial que posicione os LGBTIs enquanto sujeitos de direitos é etapa essencial para seu reconhecimento e para a consequente diminuição da violência física e simbólica sofrida por eles.

É com base nessa construção teórica que se entende o Direito Internacional como potencial emanante de reconhecimento, capaz de inserir os indivíduos invisibilizados na vida social. Todavia, esse reconhecimento não pode ser apenas pela via judicial ou por meio de normativas sem qualquer força vinculante. O texto positivado é essencial à legitimidade e à manutenção do reconhecimento fornecido pelo Direito. Ainda mais: é dotado de fortemente de poder simbólico, uma vez que as próprias normas que impedem a participação paritária dos LGBTIs na sociedade são sedimentadas pelas práticas sociais e reforçadas por um *habitus* de reiteração de costumes tradicionalmente idealizados; sendo, portanto, o registro escrito da garantia de direitos etapa essencial para se alcançar o reconhecimento.¹⁵

Sendo assim, considera-se um instrumento internacional escrito com caráter vinculante indispensável ao avanço na luta pelo reconhecimento da população

LGBTI e garantia dos direitos que até hoje lhes são privados. O referido instrumento seria a própria fonte de empoderamento desses indivíduos perante seus opressores.

3. UMA PERSPECTIVA LGBTI SOBRE A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

São inegáveis os avanços do reconhecimento de direitos aos LGBTIs ao longo dos últimos anos, seja na seara nacional ou internacional. Foram conquistas importantes, a maioria delas alcançadas pela via judicial¹⁶, que têm permitido a esses indivíduos viverem com mais dignidade e menos medo em nossa sociedade. Todavia, qualquer avanço parece estrondoso, quando comparado ao cenário anterior no qual os LGBTIs não eram considerados, nem mesmo, seres humanos. Desse modo, ainda hoje, há muito que se avançar para que eles usufruam de todos os direitos garantidos aos demais cidadãos e que não mais precisem se esconder, culpar ou menosprezar por serem quem são.

A partir de uma análise dogmática, os direitos sexuais possuem duas dimensões de proteção no Direito Internacional, que pode se dar, ainda, em duas modalidades diferentes. Segundo André de Carvalho Ramos,¹⁷ as duas dimensões seriam: a positiva, que diz respeito à garantia de autonomia às pessoas LGBTI, permitindo-as exercer sua cidadania plenamente; e a negativa, que concerne a proibição de discriminação dessas pessoas. Por outro lado, o autor assevera, ainda, que essa proteção pode ocorrer de maneira direta, com base na edição de normativas que consagrem direitos substantivos específicos a essa população; ou, ainda, indireta, que se dá por meio da interpretação ampliativa de disposições genéricas já existentes, como do direito à igualdade. Como será demonstrado, a proteção desses direitos na ordem internacional se dá, quase que absolutamente, pela via indireta. Ademais, destaca-se, ainda, que tal forma proteção indireta pode ocorrer, além do direito à igualdade, dicotomicamente, pelo: 1) direito à liberdade, que marca

14 FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, 1997, p. 283.

15 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 19-26.

16 LELIS, Rafael Carrano. Direitos Humanos e Reconhecimento: uma análise da tutela internacional dos direitos LGBTTIs. In: SALLES, Denise et al. **Direito Internacional, Comunidade e Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 103-106.

17 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 847.

o reconhecimento dessa população, delineando sua liberdade sexual e fortemente caracterizando sua existência digna; ou, por outro lado, 2) o direito à privacidade, que relega a sexualidade e identidade de gênero às esferas privadas e individuais, invisibilizando a existência dos LGBTIs e impossibilitando o livre exercício de sua cidadania de maneira digna.

Desse modo, o Direito Internacional, especialmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁸, teve, e vem tendo, um importante nessa evolução do reconhecimento de direitos. No entanto, uma análise detalhada de toda a legislação internacional, a partir tratados e outras fontes de Direito Internacional, revela o quadro precário em que se encontra a tutela dos direitos LGBTIs. Não há qualquer documento vinculante que preveja direitos materiais em espécies e apenas um (e de alcance regional) no qual há vedação expressa à discriminação¹⁹ em razão de orientação sexual e identidade e expressão de gênero.

3.1. O sistema global de proteção dos Direitos Humanos

Como ponto de partida do presente estudo, iniciou-se a análise pelo que se convencionou chamar de Carta Internacional dos Direitos Humanos²⁰, composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH),

18 Adota-se aqui um recorte metodológico que privilegia o Direito Internacional dos Direitos Humanos *strictu sensu*, de modo que não serão analisados os diplomas referentes ao Direito Internacional Humanitário, ao Direito Internacional dos Refugiados e ao Direito Penal Internacional. No entanto, deve-se destacar que nos últimos dois campos mencionados há relevante debate relacionado à proteção de pessoas LGBTIs em suas respectivas esferas de proteção, nesse sentido: JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. **Fleeting Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in the EU**. Amsterdam: COC Nederland – Vrije Universiteit Amsterdam, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2097783>; FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na corte penal internacional: Entre Realpolitiks E Os Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 312-329.

19 O Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que dispõe acerca da criação da Comunidade Europeia de Energia Atômica, a partir de sua emenda realizada pelo Tratado de Amsterdã de 1997, passou a prever, em seu artigo 6-A, que seu Conselho poderia promover ações de combate a discriminação, dentre outras, em razão de orientação sexual. Todavia, não se enquadra esse texto como uma vedação à discriminação, uma vez que ele apenas permite a realização de ações de combate à discriminação, sem criar qualquer espécie de dever de respeito ou proibição de discriminação.

20 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105

juntamente ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Essa escolha se deu em razão do alcance normativo desses documentos, assim como pela abrangência dos direitos neles contidos.

No que toca à DUDH, seu artigo II.1, ao tratar da abrangência dos direitos estabelecidos, determina a ausência de distinção por diversas razões, como de raça, cor e sexo, mas não menciona orientação sexual ou identidade de gênero, possibilitando apenas que essas características sejam tratadas como “qualquer outra condição”. Em seu art. VII, ao tratar da vedação à discriminação, não se vale de rol exemplificativo como no artigo II, estabelecendo proteção contra “qualquer discriminação que viole a presente Declaração”. Por fim, em seu artigo XVI.1, menciona o direito ao casamento como sendo de “homens e mulheres maior de idade”, excluindo de seu âmbito de proteção os relacionamentos que não sejam heteroafetivos.

O PIDESC, ao vedar discriminações em seu texto, no artigo segundo, o faz apenas referindo-se a “motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação”, sem fazer qualquer menção a direitos de pessoas homossexuais, bissexuais, trans e intersex. Da mesma forma, o PIDCP, em seus artigos 2º, 4º, 24 e 26, faz referência, apenas, à proibição de distinção ou tratamento desigual no que se refere à “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Ainda mais, em seu artigo 23, o referido Pacto também reconhece o direito ao matrimônio e formação de família apenas a casais heteroafetivos, ou seja, entre um homem e uma mulher.

Apesar de os três diplomas analisados terem sido editados há quase 60 anos e em meio a acirrada crise na política mundial, o Direito Internacional dos Direitos Humanos continuou silente em relação aos LGBTIs mesmo no intenso desenvolvimento legislativo que ocorreu posteriormente²¹. Nas décadas que se seguiram, foram elaborados diversos tratados de alcance global que visavam à proteção e ao combate à discriminação de diversos grupos vulneráveis, mas nenhum deles vol-

21 RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 105

tado à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Na perspectiva do reconhecimento da população LGBTI, a ausência expressa (e simbólica) de seus integrantes no texto normativo representa uma grande lesão à estima e ao status social desses indivíduos.

Desse modo, pode-se apontar que o sistema global começa a traçar o paradigma do que chamamos de Direito Internacional Monocromático, não dedicando esforços suficientes à proteção das diversas sexualidades e identidades de gêneros e relegando sua proteção às instáveis interpretações do termo “outra condição”.

3.2. Os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos

Voltando a investigação para os planos regionais, tem-se, mais uma vez, evidenciada a lacuna normativa referente à garantia de direitos LGBTIs. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), ao dispor sobre os princípios que regem a organização, indica, na alínea 1 de seu artigo terceiro, que “I) os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”, mais uma vez escancarando a invisibilização sofrida pelos LGBTIs nesses documentos.

Do mesmo modo, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 1º(1) garante a não discriminação dos Estados signatários da Convenção “por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Ademais, a mesma Convenção dispõe, em seu artigo 17(2), que o casamento e a formação de família somente se darão entre um homem e uma mulher, excluindo dezenas de outros arranjos familiares possíveis de serem concebidos.

Ainda nesse sentido, dispõem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. O documento europeu, em seu artigo 14, proíbe discriminações em razão de “sexo, raça, cor, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”. A Carta Africana, por sua vez, o faz em seu artigo segundo garantindo o gozo de direitos e liberdades sem distinção de “raça, etnia, grupo, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer ou-

tra opinião, origem nacional e social, renda, nascimento ou outro status”. Como pode ser observado, ambos os documentos, mais uma vez, não especificam quaisquer dos grupos LGBTIs com relação ao direito à não discriminação²².

Como já explicitado, apesar da inexistência de menção expressa aos LGBTIs nos textos de quaisquer tratados, os chamados *treaty bodies* têm, sistematicamente, definido a reinterpretação da disposição normativa, de forma a incluir a proteção a LGBTIs nos termos “outros status” ou “outra condição social”²³, presentes tanto nos documentos de alcance global, como naqueles regionais, característica marcante do Direito Internacional Monocromático.

Não obstante, ainda que importante tal esforço hermenêutico para a inclusão desses indivíduos, indicar que eles já são contemplados por essas previsões genéricas (e que, portanto, não há necessidade de novas leis) não somente ignora o forte poder simbólico e de reconhecimento carregados pela menção expressa de proteção a um grupo, mas também desmobiliza e desmerece a luta para o reconhecimento dos LGBTIs enquanto sujeitos de direitos. No entanto, essa ideia é defendida, até mesmo, pela Organização das Nações Unidas,²⁴ indicando que “a proteção de pessoas baseada na orientação sexual e identidade de gênero não requer a criação de novas leis ou direitos especiais para pessoas LGBT”.

Nesse cenário, as pessoas LGBTIs se veem à mercê de questões conjunturais para o reconhecimento de seus direitos, ocasionando uma grande insegurança jurídica, demarcando o campo de forma incipiente e repleta

22 Com relação ao Sistema Africano, merece destaque, ainda, a resolução número 275 adotada pela Comissão Africana em maio de 2014, que condena a violência e os abusos cometidos contra pessoas com base na sua orientação sexual e identidade de gênero, indicando aos Estados que tomem medidas para solucionar a situação. ORGANIZATION OF AFRICA UNITY (OAU). African Commission on Human and Peoples' Rights. 275: Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity. Luanda: maio 2014. Disponível em: <<http://www.achpr.org/sessions/55th/resolutions/275/>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

23 O'FLAHERTY, Michael. Sexual Orientation and Gender Identity. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 315.

24 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Nascidos Livres e Iguais**: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Brasília: UNAIDS, 2013, p. 11.

de incertezas. À guisa de exemplificação, pode-se aludir à discussão em torno do direito ao casamento: a própria Corte Europeia de Direitos Humanos já julgou favorável e contrariamente ao exercício desse direito por casais do mesmo sexo, enquanto o Comitê de Direitos Humanos já se pronunciou oficialmente expressando que o casamento homoafetivo não é protegido pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.²⁵

No ano de 2013, a partir de articulação conduzida pelo Estado brasileiro, foi aprovada pela Assembleia Geral da OEA o primeiro (e até o momento o único) documento internacional de caráter vinculante no qual há menção a LGBTIs: a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.

O artigo 1º(1) da referida Convenção veda a discriminação, entre outros motivos, em virtude de “orientación sexual, identidad y expresión de género”. Não obstante essa previsão seja pioneira no Direito Internacional, está longe de ser suficiente. Ademais, além de o documento possuir eficácia apenas regional, mesmo entre os países que compõem o sistema interamericano houve baixíssima adesão. De um total de 35 membros, somente 10 assinaram o documento, com destaque para a ausência de países de grande influência, como Estados Unidos, México e Canadá.

Destaca-se, de maneira positiva, todavia, que a aprovação dessa Convenção se mostra como mais um sinal do recente engajamento recente do Sistema Interamericano na temática LGBTI, reforçado a partir da produção do documento “Violências contra pessoas LGBTI” lançado pela CIDH (2015), fruto do trabalho desenvolvido pela Relatoria Sobre os Direitos das Pessoas LGBTI; e da realização de audiência pública, pela Corte IDH, para a formação de Opinião Consultiva (OC) concernente a direitos LGBTIs em 17 de maio de 2017.

A OC foi divulgada em 24 de novembro de 2017 e significou uma importante consolidação do entendimento da Corte em relação à proteção de pessoas LGBTIs sob os marcos normativos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O pedido inicial formulado pela Costa Rica pediu ao tribunal que se pronunciasse sobre a abrangência dos artigos 11.2; 18 e 24 da Convenção Interamericana em relação ao reconhecimento do

direito de adequação do nome civil com a identidade de gênero e também à igualdade dos reflexos de direitos patrimoniais do casamento hetero e homoafetivo. A decisão da Corte foi que o direito de adequação dos registros públicos e documentos de identidade de acordo com a identidade de gênero autopercebida encontrasse tutelado pela atual redação da Convenção e, ainda, que os Estados não devem condicionar esse direito a procedimentos cirúrgicos ou tratamentos hormonais. Decidiu, também, que a Convenção protege o vínculo familiar que se origina de uma relação homoafetiva e que os Estados devem reconhecer e garantir todos os direitos derivados dessa relação.

Diante do exposto neste subtópico, tem-se que, apesar do recente engajamento Interamericano, também os sistemas regionais e seus diplomas normativos ajudam a compor a ordem monocromática que sustenta o atual paradigma do Direito Internacional, protegendo os direitos LGBTIs de forma tímida e indireta.

3.3. Normativas da Organização das Nações Unidas

Partindo para a investigação de outras fontes de Direito Internacional que tratem dos direitos de pessoas LGBTI, foram encontradas quatro resoluções do Conselho de Direitos Humanos da ONU abordando a matéria.

No ano de 2011, passou no Conselho a resolução *A/HRC/RES/17/19*, encorajando um estudo pelo Alto Comissariado a respeito da existência de leis discriminatórias e violência contra pessoas com base em sua orientação sexual ou identidade de gênero. Sua aprovação se deu com 23 posicionamentos favoráveis, 19 contrários e três abstenções. Salta aos olhos a proximidade entre o número de Estados a favor da proposta (vinte e três) e daqueles que não apoiaram o conteúdo da resolução (22, somando votos contrários e abstenções), reforçando a falta de compromisso estatal com a instauração de uma ordem de proteção efetiva a esses indivíduos.

Três anos mais tarde, o mesmo Conselho aprovou a resolução *A/HRC/RES/27/32*, assinalando sua tomada de conhecimento da produção do relatório “*Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*”²⁶ elabora-

25 O'FLAHERTY, Michael. Sexual Orientation and Gender Identity. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 311.

26 O relatório foi introduzido por meio da resolução *A/HRC/RES/19/41*. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU).

do pela Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos ainda no ano de 2011.

Pouco depois, em 2016, o Conselho aprovou a resolução *A/HRC/RES/32/2*, à qual se considerou um marco histórico no reconhecimento das pessoas LGBTIs enquanto sujeitos de direitos e dignos de proteção pelos Direitos Humanos. No referido documento, o Conselho condenou a violência os atos de violência contra LGBTIs ao redor de todo o mundo e decidiu indicar um expert independente²⁷ na matéria de combate à discriminação e violência baseados em orientação sexual e identidade de gênero.

Constituído para um mandato de três anos, o expert possui dentre os seus objetivos: avaliar a possibilidade de implementação dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos no combate a essas formas de discriminação e violência; conscientizar a população global a respeito da existência dessas formas de violência; e cooperar com os Estados para a implementação de medidas para a proteção dos LGBTIs. Ponto preocupante, contudo, reside nos números da votação da resolução, foram 23 votos favoráveis, 18 contrários e seis abstenções, ou seja, uma quantidade maior de não apoiadores (24 no total) do que de Estados a favor da resolução.

Mais recentemente, em 19 de abril de 2017, a resolução *A/HRC/35/36* introduziu o primeiro relatório produzido por Muntarbhorn. Nele, é feito um breve panorama acerca das formas de violência enfrentadas pelos LGBTIs, sendo destacada a necessidade de proteção específica para esses indivíduos, e são traçadas seis metas fundantes para o avanço na temática:

- 1) desriminalização de relações sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo; 2) medidas anti-discriminação efetivas; 3) reconhecimento legal de identidade de gênero; 4) desestigmatização ligada à despatologização; 5) inclusão sociocultural; e 6) promoção de educação e empatia.

Ainda com relação ao papel das Nações Unidas, merece menção a campanha “Livres e Iguais” (*Free and*

Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/RES/19/41**, 2011b. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

27 Foi, à época, indicado para essa ocupação o professor de direito Vittit Muntarbhorn da Universidade Chulalongkorn, em Bangkok, na Tailândia, cujo exercício da função durou de agosto de 2016 a outubro de 2017. Posteriormente, no final de 2017, foi eleito um novo expert para o cargo, o costarriquenho Victor Madrigal-Borloz, que começou suas atividades na posição em 01 de janeiro de 2018.

Equal) lançada pelo escritório de Direitos Humanos da organização. Iniciada em julho de 2013, seu objetivo é promover a igualdade de direitos e um tratamento justo para as pessoas LGBTI e vem exercendo um importante papel no tocante ao aumento da visibilidade dessa população.

Também na ONU, foi elaborado em 2017 um documento do Alto Comissariado para os Direitos Humanos que visa estabelecer um standard de conduta para as empresas em relação à promoção dos direitos e à vedação de discriminação de pessoas LGBTIs.²⁸ Apesar de demonstrar um primeiro passo no envolvimento de agentes corporativos no processo de consolidação desses direitos, não sinaliza um compromisso efetivo com os indivíduos LGBTIs. Isso porque, como o próprio documento aponta, ele foi confeccionado com base no Pacto Global e nos Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos, dois marcos voluntaristas (i.e., não impõem às empresas qualquer forma de sanção no caso de descumprimento deles) que vem sendo frequentemente desrespeitados. Assim, apesar de chamar a atenção do Direito Internacional para o fato de que as empresas são, potencial e concretamente, violadoras de direitos LGBTIs, não contribui para uma ampliação efetiva da proteção desses indivíduos.

Destaque-se que, apesar dessas diversas iniciativas encabeçadas pela ONU, a organização ainda aposta em regular a matéria por meio de *soft law*, demonstrando a pouca importância que concede aos direitos LGBTIs. Nesse sentido, contribui, também, para o estabelecimento da ordem monocromática ao apostar em normativas não vinculantes em vez de, por exemplo, liderar a elaboração de um tratado internacional que trate, especificamente, dos direitos dessas pessoas e sua proteção.

3.4. Os Princípios de Yogyakarta

Por fim, não se pode deixar de mencionar o documento mais consistente até hoje produzido acerca da temática no âmbito internacional: os Princípios de Yogyakarta (*Yogyakarta Principles*). Encabeçado pela *Inter-*

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Tackling Discrimination against Lesbian, Gay, Bi, Trans, & Intersex People: standards of conduct for business**. Nova Iorque, 2017a. Disponível em: <<https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/09/UN-Standards-of-Conduct.pdf>>. Acesso em 15 out. 2017.

national Comission of Jurists e pelo *International Service for Human Rights*, os princípios, finalizados no ano de 2007, foram elaborados por 29 especialistas em Direitos Humanos Internacionais, tendo o processo sido conduzido pelo professor Michael O’Flaherty.

O documento se dedica à construção de princípios para a aplicação da legislação internacional dos Direitos Humanos com relação à orientação sexual e identidade de gênero. De maneira geral, apresenta um mapeamento das violências sofridas pelos LGBTIs e a possível aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos no combate a tais violências, estabelecendo obrigações para a efetiva implementação e extensão de cada um dos Direitos Humanos à população LGBTI.²⁹

Mais recentemente, ao final de 2017, foram publicados um conjunto de dez princípios adicionais, que complementam o documento original, acrescentando alguns elementos, como a preocupação com a interseccionalidade das opressões sofridas.³⁰

Todavia, é importante notar que eles não possuem caráter vinculante, seja pelo seu modo de elaboração, seja pela ausência de elementos que os transformem em costume internacional, o que diminui sua importância no cenário internacional, sendo sua aplicação facilmente afastável por qualquer tribunal.

3.5 Delineando os resultados da análise documental

Com base no exposto, é possível afirmar que a proteção dos direitos LGBTIs, mesmo na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é extremamente deficiente, além de incipiente, principalmente quando analisados os documentos internacionais positivos. Desse modo, a proteção desses indivíduos continua “restrita ao âmbito, muitas vezes pouco eficaz e sujeito às flutuações políticas dos sistemas internos, tanto em relação

²⁹ THE YOGYAKARTA PRINCIPLES (YP). *Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, mar. 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/wp/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

³⁰ THE YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10 (YP10). *Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles*. Geneva: nov. 2017. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.

à existência de legislação como à efetividade da implementação desta, no sentido de ser assegurada a proteção e não discriminação de importantes minorias”.³¹

A partir da análise documental realizada, pode-se afirmar, como resultado parcial, que, no tangente à legislação internacional positiva, confirma-se a hipótese de um Direito Internacional Monocromático. Isto é, uma ordem internacional que não se manifesta expressamente pela proteção de pessoas LGBTIs, nem mesmo veda, de forma clara, a discriminação contra elas. As poucas menções expressas encontradas estão restritas a documentos que não possuem força vinculante e nem consistem em fontes primárias do Direito Internacional, colocando vidas e direitos LGBTIs sujeitos à vontade política dos Estados.

4. A TUTELA DOS DIREITOS LGBTIS NAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A análise da legislação internacional no tangente à tutela de pessoas LGBTI é essencial, principalmente ao se considerar a dimensão simbólica da exclusão dessas pessoas dos referidos diplomas legais. No entanto, esse enfoque restrito pode não refletir o real nível de proteção dessa população no sistema internacional. Isso porque a jurisprudência internacional possui um papel de cristalização normativa dos Direitos Humanos, por meio de sua interpretação evolutiva. Como afirma Ramos,³² as normas de Direitos Humanos previstas nos tratados, constituições e leis internas, são sempre um ponto de partida e nunca o de chegada, sendo necessária, sempre, a análise jurisprudencial para a real aferição do âmbito de proteção dessas normas.

Esse estudo jurisprudencial deve ser feito, no entanto, sem que se olvide da importância dos meios convencionais, notavelmente dos tratados internacionais. Apoiar-se em meios não convencionais implica depender da vontade não positivada dos Estados, que é totalmente instável. Os tratados podem oferecer, ainda, além da vantagem da segurança jurídica, a constituição de *treaty bodies*, que são os órgãos responsáveis pela implementação das normas.

³¹ ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G.E do Nascimento; CASTELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 523.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35-38.

tação daquelas normas.³³ Tendo em mente essa ressalva relativa à importância dos meios positivados a despeito da posição jurisprudencial, neste tópico será desenvolvido o exame da jurisprudência das cortes regionais de Direitos Humanos em matéria de direitos LGBTI.

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, percebe-se uma acentuada evolução na tutela dos Direitos Humanos no plano internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos se desenvolveu como forma proteção das vítimas reais e potenciais das diversas formas de dominação e poder arbitrário no seio da sociedade internacional. Seu desenvolvimento ocorre tanto no plano substantivo, pela elaboração de normas que visam à proteção do ser humano, como já abordado, quanto no plano processual, por meio de mecanismos globais e regionais que implementam tais normas. A proliferação desses mecanismos processuais, i.e., tribunais internacionais, na metade do século XX, sinaliza significativos avanços na realização da justiça internacional.³⁴ Nesse sentido, os mecanismos regionais têm papel indispensável nessa dinâmica de proteção e implementação dos Direitos Humanos, destacando-se, entre esses, o Sistema Interamericano, Africano e Europeu de proteção de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional que forma, em conjunto com a Comissão, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Sua função é dúplice: consultiva, responsável pela interpretação das disposições da Convenção Interamericana; e jurisdicional propriamente dita, atuando no julgamento dos Estados acusados de violações aos Direitos Humanos e aplicando diretamente as normas de Direito Internacional, especialmente aquelas contidas no Pacto de São José da Costa Rica.³⁵

No continente africano, o sistema de proteção adota a mesma estrutura organizacional, dividindo-se em uma Comissão e na Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Composta por 11 juízes, a Corte atua de forma complementar à Comissão, promovendo a proteção dos Direitos

33 RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

34 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios E Conquistas Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos No Início Do Século XXI**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Washington: OEA, 2006. Acesso:17 mar. 2017.

35 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128-130.

Humanos no continente africano. Nesse sentido, os casos podem chegar até à Corte de duas maneiras: direcionados pela Comissão, diante do não cumprimento pelo Estado de alguma de suas recomendações; ou apresentado diretamente pelo indivíduo afetado, mas apenas se seu país estiver dentre aqueles que autorizam esse tipo de demanda.³⁶ Diante da ausência do instituto da Corte no texto da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sua criação se deu mais recentemente e seu primeiro julgamento ocorreu apenas no ano de 2009, o que pode explicar a ausência de casos relativos à temática LGBTI, como veremos a seguir.

Finalmente, o Sistema Europeu, o mais consolidado dentre os três, foi originalmente criado com sua composição formada por três órgãos principais: a Comissão e a Corte Europeias de Direitos Humanos e um Comitê de Ministros. Após diversas reformas implementadas por meio de protocolos à Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Comissão foi extinta, permanecendo apenas o Comitê e a Corte, que passou a concentrar toda a atividade jurisdicional e a se estruturar de forma mais organizada, permitindo uma densa atuação na consolidação dos Direitos Humanos na região.³⁷

4.1. Metodologia de busca

Explicita-se, neste subtópico, a metodologia de busca empregada para a constatação dos casos relativos à temática LGBTI nas cortes internacionais de Direitos Humanos, que subsidiaram a pesquisa realizada. A pretensão da investigação é identificar casos que tratem de direitos dos LGBTIs de forma geral e, também, de casos específicos relacionados às pessoas trans, por se tratar de um grupo de pessoas especialmente marginalizadas, até mesmo, dentro da população LGBTI.

4.1.1. A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

No primeiro acesso ao site oficial Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos³⁸, constatou-se que

36 HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Africa. in: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 452-454.

37 GREER, Steven. Europe. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 423-425.

38 <http://www.african-court.org/en/>. Acesso em: julho de 2017.

a referida Corte não possui qualquer sistema de busca de jurisprudência. Dessa forma, foram analisados os acórdãos integrais de todos os casos disponíveis na sessão “Case”, sendo feita a leitura individual de todo seu conteúdo pelos pesquisadores. Em relação aos 35 casos disponíveis como “finalizados” na data de 5 de junho de 2017, nenhum possuía pertinência, direta ou indireta, com a temática LGBTI. Desse modo, constatou-se que a discussão acerca dos direitos LGBTIs não foi, até o momento, debatida pela Corte Africana; carecendo-se, portanto, de qualquer jurisprudência relativa à temática passível de ser analisada.

É importante notar que a ausência de casos que discutam a violação de direitos dos LGBTIs não significa que os Estados submetidos a esse órgão jurisdicional não cometam tais violações. Muito pelo contrário, o continente africano é um dos mais conservadores quando se trata de avanço de direitos relacionados à orientação sexual e à identidade de gênero, sendo a homossexualidade criminalizada, ainda hoje, em cerca de 30 de seus países³⁹.

Desse modo, o fato de essas discussões não terem nem mesmo alcançado a Corte Africana de Direitos Humanos ilustra, mais uma vez, as características de um Direito Internacional Monocromático, uma vez que, diante de sua total invisibilidade, as demandas dessa população nem chegaram a ser propostas na Corte, seja para serem reconhecidas, seja para serem negadas.

4.1.2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Diante da impossibilidade de serem examinados todos os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que são numerosos, foi feita uma análise por amostragem a partir de busca realizada na plataforma “Buscador Jurídico de Derechos Humanos”, disponível no site da própria Corte⁴⁰. Na data de 5 de junho de 2017, foi inserido o termo “LGBT”⁴¹ na referida ferramenta de busca, sendo obtido como resultado apenas

um caso⁴² (*Atala Riff and Daughters V. Chile*). Posteriormente, no dia 08 de junho de 2017, foi pesquisado o termo “transexual”, sendo novamente obtido como resultado apenas o caso *Atala Riff and Daughters V. Chile*. Destaca-se que ambas as buscas foram realizadas definindo a língua inglesa como a padrão para os resultados. Optou-se pela Língua Inglesa por ser uma das línguas oficiais do Sistema Interamericano que coincidem com o sistema Europeu e Africano, para fins de padronização dos resultados da pesquisa.

4.1.3 Corte Europeia de Direitos Humanos

Para a análise dos casos do sistema europeu, acessou-se o site oficial da Corte Europeia de Direitos Humanos⁴³ e foi utilizada a ferramenta de busca HUDOC – *Human Rights Documentation*⁴⁴. Valendo-se do buscador mencionado, foi inserido o termo “LGBT”, sendo utilizado o filtro referente aos casos já finalizados. Foram encontrados 23 casos que possuíam decisões da corte (*judgments*) no dia 5 de junho de 2017. Em seguida, foi inserido o termo “transexual”, na data de 8 de junho de 2017, resultando em 20 casos finalizados. Logo após as buscas, foi realizada uma análise manual dos casos encontrados, a partir da leitura do relatório de cada um dos julgados, para que se aferisse a adesão deles à temática, evitando a análise de dados incorretos. Após essa triagem, restaram 16 casos⁴⁵ dos encontrados com o termo “transexual” e 9 dos casos⁴⁶ encontrados com o termo

42 Sabe-se que a Corte Interamericana já julgou um outro caso relacionado aos direitos LGBTIs (*Ángel Alberto Duque v. Colombia*), além de possuir outro caso pendente de julgamento (*Homero Flor Freire vs. Ecuador*). Todavia, para que pudesse ser uniformizada a metodologia de seleção dos casos tanto na Corte Interamericana, quanto na Corte Europeia, optou-se por não inserir o caso *Ángel Alberto Duque v. Colombia* na presente análise, por ele não ter aparecido no mecanismo de busca.

43 <http://www.echr.coe.int/>. Acesso em: junho de 2017.

44 <http://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em: junho de 2017.

45 Case of Oliari and Others v. Italy; Case of X v. Turkey; Case of Schalk and Kopf v. Austria; Case of L. v. Lithuania; Case of Grant v. The United Kingdom; Case of B.B. v. The United Kingdom; Case of Van Kuck v. Germany; Case of I. v. The United Kingdom; Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom; Case of X, Y and Z v. The United Kingdom; Case of B. v. France; Case of Cossey v. The United Kingdom; Case of Rees v. The United Kingdom; Case of Van Oosterwijck v. Belgium.

46 Case of O.M. v. Hungary; Case of Taddeucci and McCall v. Italy; Case of M.C. and A.C v. Romania; Case of Identoba and others v. Georgia; Case of Hämläinen v. Finland; Case of M.E v. Sweden; Case of X and Others v. Austria; Case of Genderdoc-M v. Moldova; Case of Gas and Dubois v. France.

39 ANISTIA INTERNACIONAL (AI). **A Crescente Maré da Homofobia na África**, 2014. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/a-crescente-mare-da-homofobia-na-africa/>>. Acesso em: 15 fev 2018.

40 <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: junho de 2017.

41 A escolha pela sigla “LGBT” se deveu ao fato de essa ser, ainda nos dias de hoje, mais comumente empregada no meio jurídico para ser referir à população LGBTI como um todo.

“LGBT”. Dois casos se repetem em ambas as categorias⁴⁷. Destaca-se que, novamente, a busca foi realizada na Língua Inglesa, devido aos motivos já apontados de uniformização dos dados.

4.2 Análise dos casos encontrados

A partir dos casos encontrados pelo procedimento acima, a pesquisa utilizou o software “MAXQDA12” para que pudessem ser tabulados os resultados referentes ao estudo de cada um dos argumentos jurídicos empregados nas decisões das cortes de Direitos Humanos sobre pessoas LGBTIs.

Nesse sentido, após a leitura da íntegra de cada um dos acórdãos, definiram-se marcadores para representar o fundamento principal da decisão de cada uma das cortes. Dessa forma, foram transpostos os artigos das convenções de Direitos Humanos aludidos nas decisões para os direitos aos quais correspondiam. Em cada caso, foram observados os argumentos jurídicos principais na decisão das cortes. Foram encontrados os seguintes marcadores: direito à privacidade⁴⁸; proibição à tortura combinado com direito à não discriminação; proibição à tortura de forma autônoma; direito à não discriminação de forma autônoma; direito à livre associação; direito à liberdade e segurança; direito a um recurso efetivo; direito ao casamento; questão processual (direito formal); e direito a um processo equitativo.

Em relação à Corte Interamericana (CrIDH), a análise se restringiu ao único julgamento encontrado. Nesse caso, a Corte decidiu com fundamento nos direitos à privacidade e à não discriminação, invocando os artigos 11.2 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

De outro modo, ao analisar os dados obtidos no tocante à Corte Europeia (CEDH), tendo em vista o maior número de casos encontrados, foi possível analisar a tutela das pessoas LGBTIs e, ainda, de forma separada, a tutela das pessoas transexuais. A maior quantidade possibilita um entendimento mais profundo de como ocorre a tutela das pessoas LGBTIs no plano dos

47 Case of Hämäläinen v. Finland e Case of M.E v. Sweden.

48 Foi considerado englobado no “direito à privacidade”, as vezes nas quais foi apresentado pelos juízes, o fundamento no direito à privacidade combinado com o direito à não discriminação. Isso porque o argumento se baseava no fato de a pessoa não poder ser discriminada em função de algo concernente à sua vida privada, posicionando, da mesma forma, a sexualidade na esfera privada.

Direitos Humanos Internacionais.

Nos casos referentes à Corte Europeia em que se utilizou o termo de busca LGBT, a proteção jurídica ocorreu, em 44% das vezes, com fundamento no direito à privacidade (Art. 8 da CEDH), 22,2% com fundamento na proibição da tortura conjugada com a vedação à Discriminação (Arts. 3 e 14) e 11,1% com fundamento no direito à não discriminação, como mostra o gráfico da Figura 1.

Figura 1



Fonte: Autoria própria

Por outro lado, em relação às pessoas transexuais, é possível notar uma utilização ainda maior do direito à privacidade como fundamento da tutela jurídica, uma vez que 87,5% dos casos foram tipificados como violações desse direito humano (Figura 2).

Figura 2



Fonte: Autoria própria

Desse modo, analisando-se os casos encontrados com os dois diferentes critérios de busca, constata-se a utilização do direito à privacidade em 72% dos casos, frequência imensamente superior a todos os outros argumentos somados (Figura 3).

Figura 3



Fonte: Autoria própria.

A partir dos resultados obtidos, é possível identificar o amplo enquadramento, principalmente na Corte Europeia, dos direitos LGBTIs percebidos a partir do direito à privacidade, o que é ainda mais evidente quando se trata das pessoas trans. Esse resultado é preocupante, principalmente, em duas esferas: primeiro, pois diminui a importância de reconhecimento de direitos materiais específicos aos LGBTIs, enquadrando-se todo e qualquer direito dentro das ideias de respeito à privacidade e a não discriminação; e ainda pior: posiciona as “sexualidades e identidades desviantes” na esfera privada, invisibilizando, mais uma vez, a luta dos LGBTIs, contribuindo, portanto, para a construção e manutenção do paradigma que denominamos de Direito Internacional Monocromático.

Renegar a proteção dos direitos desses indivíduos apenas à esfera privada significa mantê-los escondidos da sociedade e impedidos de expressar livremente suas personalidades. Isto é, a utilização desse argumento reforça a invisibilização e opressão históricas enfrentadas por esse grupo, que é impedido de exteriorizar seus sentimentos e sua própria existência para o restante da sociedade. A tutela pela via da proteção à vida privada transmite uma mensagem óbvia por meio desses órgãos de jurisdição internacional: os Direitos Humanos das pessoas LGBTIs são tutelados quando se manifestam na esfera privada e ostentar a sua existência LGBTI na esfera pública é correr o risco de não ter seus Direitos Humanos reconhecidos no direito internacional.

É compreensível que, diante da inexistência de normas específicas que regulem a temática LGBTI, os juízes se valham da interpretação ampliativa de direito genéricos já existentes, para estender sua proteção pela via indireta, como anteriormente apontado. Todavia, seria muito mais digno que essa ampliação se desse com base no direito à liberdade, construindo uma proteção à liberdade sexual e de identidade dos indivíduos; o que não somente garantiria o reconhecimento de seus direitos pelas Cortes, como também funcionaria como uma fonte de empoderamento desses indivíduos, sinalizando que estão livres para existir com dignidade e que suas existências são protegidas e reconhecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, a proteção pela via da liberdade, que permite a esses indivíduos se expressarem com segurança, estaria muito mais próxima de construir um direito internacional diverso e “colorido”, em contraposição ao atual paradigma excluente e monocromático.

É importante frisar que uma vida digna para essas pessoas envolve, justamente, poderem estar livres do armário social que sempre as condicionou. Não terem que esconder suas sexualidades ou identidades de gênero com medo de serem violentadas ou impedidas de frequentar determinados lugares. O próprio exercício de identidade trans é impossível sem a exteriorização de sua real identidade de gênero, que lhe foi negada desde o nascimento. Desse modo, a análise desses casos jurisprudenciais reforça a constatação delineada a partir do exame da legislação internacional: muito avanço ainda é necessário para que as pessoas LGBTIs alcancem a proteção merecida à luz do Direito Internacional.

5. CONSEQUÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL MONOCROMÁTICO

O artigo, até o momento, dedicou-se à análise da tutela internacional dos direitos LGBTIs. Dessa forma, traçou-se um panorama crítico-analítico da previsão de proteção aos LGBTIs nas fontes legislativas do Direito Internacional, bem como na jurisprudência das cortes de Direitos Humanos no trato da matéria.

No diagnóstico apresentado, observou-se um enorme déficit com relação à proteção desses indivíduos em documentos internacionais com caráter vinculante, sem a menção expressa a direitos materiais e também à vedação à discriminação. A utilização de previsões tão genéricas para a proteção LGBTI também faz com que problemas específicos dessa população, diretamente inerentes à sua dignidade, não sejam tratadas no âmbito dos Direitos Humanos Internacionais, como a questão da retificação de registros públicos de pessoas trans ou o seu acesso ao sistema de saúde pública.

Ademais, identificou-se que a principal tutela desses direitos, realizada pelas cortes internacionais de Direitos Humanos, acontece, majoritariamente, pela via do direito à privacidade, relegando a existência das pessoas LGBTIs a um armário perpétuo e impedindo-as de se expressar livremente em meio à sociedade.

A própria gênese da expressão “armário” se dá no contexto de tutela do direito à privacidade no caso *Hardwick*, apreciado pela Suprema Corte estadunidense. A reprodução dessas formulações judiciais constitui óbice ao efetivo reconhecimento das pessoas que têm orientações sexuais ou identidade de gênero alheias ao padrão

heterocisnormativo, estabelecendo limitações ao seu modo de existência. A vinculação da proteção dessas minorias à privacidade as confina na estrutura opressora do armário.⁴⁹ Para além da opressão simbólica promovida pela supressão da publicidade dessas afetividades e identidades, o armário perpetua o risco iminente de violências materiais. Isso porque é uma estrutura insegura: pode ser desconstituído a qualquer momento, até mesmo contra a vontade daqueles que o habitam.⁵⁰

Como aponta Borrillo,⁵¹ restringir o direito dessas pessoas à esfera individual é uma forma de frear a ameaça que eles representam à estrutura conservadora de diferenciação dos sexos. Desse modo, percebe-se que o Direito Internacional atua de forma monocromática, isto é, ignorando a imensa diversidade de sexualidades e identidades de gêneros existentes e reforçando o *status quo* que é estruturado ao entorno da heterossexualidade compulsória, que é vista como regra, o mesmo se aplicando às diversas identidades de gênero desviantes do padrão cisnormativo.

Ressalta-se, ainda, que esse panorama atual é reflexo direto da vertente liberal da homofobia, que reconhece que as esferas individuais como sagradas, sem se preocupar em garantir direitos para além delas àqueles que são marginalizados. É dessa forma que esse tipo de homofobia “confina os homossexuais no silêncio da vida privada; as dicotomias privado/público, dentro/fora, interior/exterior organizam a hierarquia das sexualidades, reservando a posição visível para um aspecto, mantendo o outro em segredo”.⁵² Assim, a atual sistemática do Direito Internacional tem contribuído para que os LGBTIs sejam “mantidos em segredo”.

Constatar que, em pleno século XXI, os LGBTIs ainda não possuem direitos consolidados no cenário internacional, apesar de previsível, é avassalador. Indivíduos historicamente oprimidos e discriminados con-

tinuam a sofrer com a violência física e simbólica irradiada pela sociedade, sem poder encontrar amparo em instrumentos jurídicos.

Nesse cenário, é essencial que sejam propostas alternativas a esse Direito Internacional Monocromático, visando à superação desse paradigma e à efetiva proteção desses indivíduos. Desse modo, faz-se imprescindível a elaboração de um tratado internacional sobre a matéria, com protagonismo dos LGBTIs, pois, somente assim, é possível a formulação de um documento que abarque todas as necessidades advindas da vivência diária dessa população. Portanto, é essencial que essa construção normativa ocorra de baixo para cima (*bottom up*), isto é, a partir daqueles diretamente afetados.

Não há dúvidas de que a sujeição dos Estados às cortes internacionais de Direitos Humanos paulatinamente força a revisão de conceitos clássicos, como a soberania, e avançam significativamente na humanização do Direito Internacional. No entanto, os sistemas globais e regionais de proteção dos Direitos Humanos são constituídos, ainda, dentro de uma lógica estadocêntrica, uma vez que o reconhecimento dessas normas de proteção e a instituição desses tribunais é subordinada à vontade e colaboração dos próprios Estados.

Desse modo, há que se entender o Direito Internacional dos Direitos Humanos enquanto campo político que, se ocupado apenas pelos Estados, possui evidentes limites na tutela do ser humano, justamente como ocorre em relação às pessoas LGBTIs.

Nesse sentido, torna-se necessária a atuação da sociedade civil transnacional como instância criativa do Direito Internacional, construindo-o de forma contra hegemônica, de baixo para cima.

Da experiência trazida pelo movimento transnacional pelos direitos das comunidades indígenas, extrai-se que o papel dos movimentos sociais deve se basear na coligação entre esforços locais, regionais e globais, exercidos tanto na esfera legal, quanto na esfera política.⁵³ De maneira semelhante, pode-se analisar a atuação da sociedade civil organizada no âmbito de criação do Tribunal Penal Internacional. Seu processo de elaboração

49 SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. Cad. Pagu, Campinas, n. 28, p. 19-54, June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100003&lng=en&nrm=iso>. acesso em 10 dez. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100003>.

50 JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. **Fleeing Homophobia**: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in the EU. Amsterdam: COC Nederland – Vrije Universiteit Amsterdam, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2097783>. Acesso em: 27 dez. 2017.

51 BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 75-76.

52 BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 77.

53 RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Indigenous rights, transnational activism, and legal mobilization: the struggle of the U'wa people in Colombia. in: RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law and Globalization from Below**: towards a cosmopolitan legality. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 260-261.

ilustra uma intensa participação de ONGs, que é dividida em quatro etapas: suporte ideológico, elaboração de substrato técnico e teórico sobre o tema, acompanhamento das negociações intergovernamentais e suporte aos delegados representantes no processo.⁵⁴ Contornos muito semelhantes podem ser observados no atual processo de discussão sobre um instrumento vinculante sobre empresas e Direitos Humanos, que conta com ampla participação da sociedade civil para impulsionar as mudanças no ordenamento internacional.⁵⁵

Ademais, como indica Fraser, a implementação de demandas por reconhecimento devem sempre ser guiadas pelos posicionamentos emanados dos movimentos sociais, que são os mais capacitados a delinear as necessidades de alteração normativa, em virtude das violências e violações por eles sofridas.⁵⁶

Sendo assim, também a solução ao presente Direito Internacional Monocromático deve se apresentar de forma contra hegemônica. Isto é, com a indispensável participação dos LGBTIs, ilustrando uma perspectiva de construção normativa de baixo para cima, na qual sejam empoderados os próprios indivíduos oprimidos e sejam eles a moldarem as normativas que irão tutelar seus direitos. Ressalta-se que a sociedade civil organizada vem se articulando de maneira internacional para as questões LGBTI desde a década de 1990.⁵⁷ Nesse sentido, destaca-se que uma das primeiras tentativas de estabelecer a pauta LGBTI no âmbito da ONU, pela chamada “Brazilian Resolution” (E/CN.4/2003/L.92*),

54 PUREZA, José Manuel. Defensive and oppositional counter-hegemonic uses of international law: from the International Criminal Court to the common heritage of humankind. in: RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law and Globalization from Below**: towards a cosmopolitan legality. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 270.

55 ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. O Processo de Elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público. in: ARAUJO, Bruno Manoel Viana; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Direito Internacional III**. Florianópolis: CONPE-DI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/50b3b67z/0p38hRLfVzN8V8D9.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2017.

56 FRASER, Nancy. Social Justice in the Age of Identity Politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A political philosophical exchange**. Londres: Verso, 2003.

57 THORESON, Ryan. R. **Transnational LGBT Activism: Working for Sexual Rights Worldwide**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2014, p. 28 ss.

foi amplamente impulsionada pela sociedade civil.⁵⁸

Desse modo, constata-se que um dos caminhos para a superação do paradigma do Direito Internacional Monocromático consiste na edição de instrumentos internacionais vinculantes, capazes de fornecer maior segurança jurídica, que prevejam direitos específicos e substantivos aos LGBTIs e cuja elaboração se dê com a participação direta e efetiva desses indivíduos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo dedicou-se à realização de um estudo acerca da tutela internacional, em nível de legislação e jurisprudência, dos direitos dos LGBTIs.

Como ponto de partida, realizou-se revisão bibliográfica com intuito de expor o marco teórico que conduz o presente estudo, que é a teoria do reconhecimento enquanto *status social* de Nancy Fraser. Com base nessa chave de leitura e no raciocínio hipotético-dedutivo, questionou-se se a legislação e a jurisprudência internacionais apresentam proteção e reconhecimento suficientes aos indivíduos LGBTIs. Valendo-se do método jurídico-compreensivo da pesquisa, desmembrou-se o problema em diferentes aspectos para melhor análise.

No capítulo dois, foi utilizada análise documental com intuito de apreciar a legislação internacional vigente no que tange à (ausência de) proteção de pessoas LGBTIs. Desse modo, fez-se uma leitura crítica da Carta Internacional de Direitos Humanos (composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), dos diplomas que fundamentam os sistemas regionais de proteção de Direitos Humanos (Europeu, Interamericano e Africano), das Resoluções expedidas pelas Nações Unidas e dos Princípios de Yogyakarta.

Os resultados encontrados pela análise confirmaram a hipótese da insuficiência de reconhecimento e proteção de pessoas LGBTIs na legislação internacional, ou seja, de um Direito Internacional Monocromático. Isso porque os diplomas internacionais com força vinculante são silentes em relação à proteção ou à vedação

58 THORESON, Ryan. R. **Transnational LGBT Activism: Working for Sexual Rights Worldwide**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2014, p. 45

de discriminação de pessoas LGBTIs. Por outro lado, as resoluções da ONU e os Princípios de Yogyakarta tutelam esses indivíduos, mas carecem de normatividade. Sendo assim, a atual proteção LGBTI na legislação internacional somente ocorre pela interpretação ampliativa de dispositivos genéricos nos tratados de Direitos Humanos, o que resulta na falta de segurança jurídica e na ausência do avanço de direitos mais específicos para a dignidade dessas pessoas.

Posteriormente, no terceiro capítulo, passou-se ao exame jurisprudencial de casos relativos à temática LGBTI nas Cortes de Direitos Humanos. A partir da análise de uma amostragem não probabilística, constatou-se que o reconhecimento de direitos a esses indivíduos se dá sempre de forma indireta pelas cortes e com grande primazia de embasamento no direito à privacidade.

Desse modo, o quarto capítulo foi dedicado a uma análise conjunta do paradigma do Direito Internacional Monocromático, a partir dos resultados obtidos nos dois capítulos anteriores. Abordou-se, também, a necessidade de que a alteração do presente paradigma se dê por meio da elaboração de um instrumento internacional vinculante, que forneça reconhecimento e segurança jurídica aos LGBTIs e que conte com seu protagonismo no processo de criação normativa, privilegiando uma perspectiva do Direito Internacional de baixo para cima.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G.E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba.

Manual de Direito Internacional Público. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 43-52. DOI: 10.5102/rdi.v11i1.2832

BORRILLO, Daniel. **Homofobia:** história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Lisboa: Edições 70, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Desafios E Conquistas Do Direito Internacional Dos Direitos Humanos No Início Do Século XXI.** Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20can-cado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Washington: OEA, 2006. Acesso:17 mar. 2017.

CONSELHO DA EUROPA (CE). **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2017

EUROPA, Corte Europeia de Direitos Humanos. **Case of O.M v. Hungary**, julgamento em 5 jul. 2016

_____. **Case of Taddeucci and McCall v. Italy**, julgamento em 20 jun. 2016.

_____. **Case of M.C. and A.C v. Romania**, julgamento em 12 maio 2016.

_____. **Case of Identoba and others v. Georgia**, julgamento em 12 maio de 2016.

_____. **Case of Oliari and Others v. Italy**, julgamento em 21 jul. 2015.

_____. **Case of Hämäläinen v. Finland**, julgamento em 16 jul. 2014.

_____. **Case of M.E v. Sweden**, julgamento em 26 jun. 2014.

_____. **Case of X and Others v. Austria**, julgamento em 19 fev. 2013.

_____. **Case of X v. Turkey**, julgamento em 9 out. 2012.

_____. **Case of I. v. The United Kingdom**, julgamento em 11 jul. 2012.

_____. **Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom**, julgamento em 11 jul. 2012.

_____. **Case of Genderdoc-M v. Moldova**, julgamento em 12 jun. 2012.

_____. **Case of Gas and Dubois v. France**, julgamento em 15 mar. 2012.

_____. **Case of Schalk and Kopf v. Austria**, julgamento 24 jun. 2010.

_____. **Case of L. v. Lithuania**, julgamento em 11 set. 2007.

_____. **Case of Grant v. The United Kingdom**, julgamento em 23 maio 2006.

_____. **Case of B.B. v. The United Kingdom**, julgamento em 10 fev. 2004.

_____. **Case of Van Kuck v. Germany**, julgamento em 12 jun. 2003.

_____. **Case of X, Y and Z v. The United Kingdom**, julgamento em 22 abr. 1997.

_____. **Case of B. v. France**, julgamento em 22 mar. 1992.

_____. **Case of Cossey v. The United Kingdom**, julgamento em 17 set. 1990.

_____. **Case of Rees v. The United Kingdom**, julgamento em 17 out. 1986.

_____. **Case of Van Oosterwijck v. Belgium**, julgamento em 6 nov. 1980.

FERREIRA, Gustavo Bussmann. A proteção da orientação sexual e identidade de gênero diversas na corte penal internacional: Entre Realpolitiks E Os Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 312-329

FRASER, Nancy. Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler. **Social Text**, Durham, v. 0, n. 52/53, p. 279-289, 1997.

_____. Rethinking Recognition. **New Left Review**, Londres, n. 3, p. 107-120, maio-jun 2000.

_____. Social Justice in the Age of Identity Politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRAZER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** A political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2003.

_____. From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age. In: OLSON, Kevin. **Adding Insult to Injury**: Nancy Fraser debates her critics. London-New York: Verso, 2008.

_____. Reenquadramento a Justiça em um Mundo Globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

GREER, Steven. Europe. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 416-440.

HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. Africa. n: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 441-457.

JANSEN, Sabine; SPIJKERBOER, Thomas. **Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in the EU**. Amsterdam: COC Nederland – Vrije Universiteit Amsterdam, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2097783>

LELIS, Rafael Carrano. Direitos Humanos e Reconhecimento: uma análise da tutela internacional dos direitos LGBTIs. In: SALLES, Denise et al. **Direito Internacional, Comunidade e Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

O’FLAHERTY, Michael. Sexual Orientation and Gender Identity. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh. **International Human Rights Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 303-315.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos. **Nascidos Livres e Iguais**: orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Brasília: UNAIDS, 2013.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Tackling Discrimination against Lesbian, Gay, Bi, Trans, & Intersex People**: standards of conduct for business. Nova Iorque, 2017a. Disponível em: <<https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/09/UN-Standards-of-Conduct.pdf>>. Acesso em 15 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Solicitud de Opinión Consultiva OC-24**, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Violência Contra Pessoas LGBTI**, 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Case of Atala Riffó and daughters v. Chile**. São José, 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_1ng.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Opinión Consultiva OC-24/17 De 24 De Noviembre de 2017 Solicitudada Por La República De Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>

- docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em 3 fev. 2018.
- ORGANIZATION OF AFRICA UNITY (OAU). African Commission on Human and Peoples' Rights. **275:** Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the basis of their real or imputed Sexual Orientation or Gender Identity. Luanda: maio 2014. Disponível em: <<http://www.achpr.org/sessions/55th/resolutions/275/>>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 6(2), p. 142-154, jul-set 2014.
- _____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PUREZA, José Manuel. Defensive and oppositional counter-hegemonic uses of international law: from the International Criminal Court to the common heritage of humankind. in: RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law and Globalization from Below:** towards a cosmopolitan legality. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2017.
- RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; ARENAS, Luis Carlos. Indigenous rights, transnational activism, and legal mobilization: the struggle of the U'wa people in Colombia. in: RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A.; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Law and Globalization from Below:** towards a cosmopolitan legality. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- ROLAND, Manoela Carneiro; ANGELUCCI, Paola Durso. O Processo de Elaboração do Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público. in: ARAUJO, Bruno Manoel Viana; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Direito Internacional III.** Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/50b3b67z/0p38hRLfVzN8V8D9.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2017.
- SEDGWICK, Eve Kosofsky. A epistemologia do armário. Cad. Pagu, Campinas , n. 28, p. 19-54, June 2007 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100003&lng=en&nrm=iso)>. acesso em 10 dez. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-83332007000100003>.
- THE YOGYAKARTA PRINCIPLES (YP). **Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity**, mar. 2007. Disponível em: <http://www.yogyakartaprinciples.org/wp/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- THE YOGYAKARTA PRINCIPLES PLUS 10 (YP10). **Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta Principles.** Geneva: nov. 2017. Disponível em: <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2018.
- THORESON, Ryan. R.. **Transnational LGBT Activism:** Working for Sexual Rights Worldwide. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2014,
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Constitucionalização e Direito Internacional Privado no Brasil. **Rev. secr. Trib. perm. revis.** ano 4, mai. 2016, p 185-205.

III. RESENHAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Resenha do livro *Empire* de
Michael Hardt e Antonio Negri

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Resenha do livro *Empire* de Michael Hardt e Antonio Negri*

Arthur Roberto Capella Giannattasio**

Apesar de ter sido apontada como **Das Kapital** do século XXI, a obra **Empire** de Michael Hart e Antonio Negri deve ter essa sua imagem revista. Não porque a associação com a obra de Karl Marx seja imperfeita, ou ainda porque seja algum demérito ser associada à aquela obra.

Pelo contrário. O problema de associar **Empire** a **Das Kapital** consiste talvez em afastar potenciais leitores - aliás, ainda hoje no país curiosamente persiste, mesmo entre acadêmicos, um receio em entrar em contato com obras que tenham alguma reflexão próxima a uma linha mais à esquerda, talvez pela conjuntura política atual, desde 2013. De todo modo, o problema dessa associação é outro: emparelhar **Empire** e **Das Kapital** reduz o campo significativo em torno da obra e aniquila todas as diferentes portas de entrada de leitura de **Empire**.

Nesse sentido, inclusive, basta lembrar o alerta dos próprios autores: a obra não precisar ser lida na sequência para ser compreendida, pois o todo se encontra em cada uma das partes. Dito de outro modo, ainda segundo os próprios autores: cada uma dessas partes é inteiramente comprehensível de maneira independente em relação à outra. Isso permite entender que os diferentes trechos do texto estão organicamente transpassados por um mesmo argumento, mas que cada um deles encerra em si mesmo o mesmo argumento. Mas não apenas isso.

Essa liberdade de entrada no texto indica ainda outra possibilidade de interpretação: não apenas a leitura do texto é em qualquer ordem, como também a própria interpretação dele é variada. Mais diretamente, isso significa que o texto encontra uma variedade de camadas de leituras que não esgotam a obra. Exatamente em virtude da existência de todas as possibilidades de interpretação do texto, não se pode reduzir toda a riqueza da abordagem da obra a simplesmente uma única leitura - seja ela econômica, seja ela marxista, seja ela qualquer outra.

Talvez o que tenha permitido associar **Empire** a **Das Kapital** tenha sido precisamente a tônica potencialmente subversiva - e, certamente, crítica - da obra. A partir da análise de diferentes condições da contemporaneidade nas relações internacionais, os autores concluem que a desconstrução das formas de dominação **imperial** apenas será possível pela tomada de tais relações transfronteiriças pela **multidão**. E, apesar de a associação implícita e quase automática à revolução proletária ser possível, é preciso ter muito mais cautela nessa simplificação da análise.

Com efeito, os autores dialogam certamente com Karl Marx e apresentam uma discussão baseada em análise de argumentos econômicos. E também utilizam um método dialético na estrutura de organização da obra. Mas também os autores dialogam estrutural, metodológica e conteudisticamente com Baruch de Espinosa. Com Michel Foucault. Com Políbio. Com Etiénne de la Boétie. Com Hans Kelsen. Com Marco Túlio Cícero. E com Thomas Hobbes. E com John Locke. E com Max Weber. E com Hannah Arendt. E com Robert Reich. E com Fredric Jameson. E com Gilles Deleuze. E

* HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge: Harvard University, 2000

** Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Estágio Pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg); Doutorado-sanduíche na Université Panthéon-Assas (Paris II). Email: artcapell@gmail.com

com Félix Guattari. E com tantos (tantos!) outros autores das mais diferentes tradições políticas, econômicas e filosóficas - marxistas ou não, dialéticas ou não.

Por isso mesmo, as linhas de leitura da obra, dentro do argumento principal do autor - **multidão versus império** - podem ser múltiplas - e essas é a própria intenção da obra: permitir uma variabilidade de leituras para mostrar, de diferentes ângulos, a existência de um império. E de uma forma de o dissolver, diante dos diferentes aspectos negativos do império - aliás, a oposição entre esses dois polos é mencionada, pela primeira vez, não por Karl Marx. Mas por Baruch de Espinosa. E por Marco Túlio Cícero. E é nesse sentido que se inicia o presente comentário sobre **Empire**.

A proposta de Michel Hardt e Antonio Negri não é combater o Capital ou o capitalismo. Antes, a preocupação dos autores é (i) diagnosticar a forma jurídica de um novo tipo de dominação (política, jurídica, econômica, social, cultural, entre outros) na contemporaneidade das relações internacionais (império); e (ii) encontrar uma mecanismo alternativo que possa modificar essa condição atual de dominação (multidão).

Nesse sentido, perceba-se que menos do que negar os parâmetros de legalidade, os autores argumentam pela necessidade de desconstrução de tais parâmetros a partir de uma preocupação com a ampliação das maneiras de realização da legitimidade: livre circulação e canalização de posições e proposições da multidão marginalizada na construção dessa nova ordem jurídica, política, econômica, social, cultural sem fronteiras - isto é, alijada do império. Para os autores, a nova ordem imperial apenas seria contrabalançada pela oposição política fundamental apresentada por todos os seres humanos ditos “híbridos” e “fora de seu lugar”: imigrantes, refugiados, entre outros. Seria o contato da ordem de dominação imperial com a subversão da desordem da multidão avessa à artificialidade Moderna que permitiria desconstruir o império por meio de forçar a estabilidade das artificialidades do Estado-nação

E o que seria esse império? Para os autores, nada a ser confundido com imperialismo.

Para os autores, o **imperialismo** seria uma forma de dominação total de países específicos (Portugal, Espanha, Inglaterra) durante o período colonial por parte dos Estados-nação, até mais ou menos meados do século XX com a descolonização. Cada um dos Estados-nação colonizador teria estendido sua Soberania nacional

sobre determinados espaços geográficos do globo - os territórios coloniais. Cada colônia deveria complementar a economia de sua própria metrópole (pacto colonial) e, em troca, esta seria agraciada com o processo civilizador (modelo jurídico, político, econômico, social, etc.) legado por sua metrópole.

Por outro lado, o **império** seria uma nova forma de dominação. Não se trataria de um mosaico de Estados-nação, mas de toda uma estrutura jurídica internacional que viabilizaria um novo modo de relações entre povos com abrangência global. Haveria aqui a prevalência momentânea de um único Estado-nação, mas este não estaria só: toda a arquitetura institucional do Direito Internacional contemporâneo - incluindo novos atores internacionais - contribuiria para a preservação de uma situação de assimetria nas relações internacionais entre os povos. Não se trataria de um novo tipo de pacto colonial, mas de uma relação de permissibilidade de fragilização de garantias jurídicas típicas do Direito Internacional a Estados-nação.

Para compreender melhor o argumento dos autores, é importante precisar o seguinte. Para os autores, o advento das Organizações Internacionais no pós-Segunda Guerra Mundial, a proliferação de atores internacionais privados (Organizações não-Governamentais e empresas transnacionais) e o estímulo à livre circulação de pessoas, bens e símbolos culturalmente deslocados de suas origens simbólicas seriam as características desse novo momento das relações internacionais. E, nesse sentido, segundo os autores, a ordem internacional estaria disposta em uma estrutura jurídica piramidal próxima à de uma Constituição Mista.

No topo da pirâmide estaria um Estado-nação com maior proeminência - hoje, os Estados Unidos da América. No segundo patamar residiriam os demais países, os mecanismos de concertação de geometria variável (G-7, G-20, BRICS, entre outros). No terceiro patamar são identificadas as empresas transnacionais responsáveis pela produção econômica material necessária para a reprodução social global. No quarto patamar se encontrariam as Organizações Internacionais e as Organizações não-Governamentais como mecanismos de mediação da relação entre multidão (sociedade civil internacional) e as relações internacionais, em diferentes eixos temáticos: saúde, educação, cultura, Direitos Humanos, entre outros. No quinto patamar estaria a multidão, alijada da participação direta no funcionamento da

dinâmica jurídica imperial, mas destinatária de todas as decisões produzidas no interior dessa estrutura jurídica legal internacional.

Essa nova estrutura legal alicerçaria a legitimidade da atuação do topo da pirâmide e teria sido um desenho institucional escolhido de maneira deliberada no período posterior à Segunda Guerra Mundial. A dominação seria realizada não mais por meio de diferentes Estados-nação sobre povos localizados en territórios não-Soberanos (colônias), mas sim por todo um aparelho jurídico- internacional que seria articulado para reforçar as prevalências de um Estado-nação (Soberano) sobre outros Estados-nação (Soberanos), sem aniquilar as Soberanias dos demais.

Nesse sentido, para os autores, empresas transnacionais, Organizações Internacionais e Organizações não-Governamentais seriam atores internacionais que atuariam precisamente no sentido de reforçar o funcionamento político e econômico dessa estrutura jurídica imperial. Por esse motivo, todas essas entidades seriam “cães de guarda” do Imperador: ao fiscalizar as atividades dos diferentes Estados-nação ao redor do globo, em caso de disfunção, tais entidades emitiriam alertas para o detentor da posição imperial. Este seria o último a atuar reativamente, em nome da preservação da estabilidade da ordem imperial - antes, guerra justa, hoje, **responsibility to protect**.

Os autores argumentam, ainda, que a presença dos Estados Unidos da América no topo da ordem jurídico-política e econômica imperial não é algo permanente. Na verdade, segundo a reflexão proposta pelos autores, qualquer Estado-nação - ou conjunto de Estados-nação, como a União Europeia - pode ocupar essa posição. Em outras palavras, a ocupação do cume do lugar do Poder piramidal sempre será realizada por alguma entidade que possa utilizar de forma direta ou indireta o monopólio da violência ao redor do globo - mas nenhuma delas residirá eternamente neste posto.

Assim, nesta linha de raciocínio, as entidades que ocupam este lugar se alternam no tempo, de acordo com o reconhecimento global da legitimidade de cada uma delas em exercer essa função. Se por enquanto a presença central de Washington DC parece certa, para os autores nada impediria a substituição deste por Bruxelas, Pequim, Nova Delhi, Moscou, entre outros emergentes localizados no segundo patamar.

Note-se que o ponto crucial para os autores não é

perceber apenas quem está no topo da pirâmide. Antes, os estudiosos das relações internacionais deveriam se preocupar com a inquestionabilidade global dessa estrutura hierárquica internacional reforçada atualmente pelo Direito Internacional. A dominação não residiria tanto naquele que ocupa o topo da pirâmide, mas na busca constante de colocar alguém neste lugar - em outras palavras, em reforçar a sua própria situação de subordinação. Em outras palavras, o princípio de dominação estaria no desenho institucional atual, forjado no pós-Segunda Guerra Mundial - ou ainda, na globalização de um desejo de servir por meio da linguagem jurídica internacional.

Por fim, é importante ressaltar um aspecto próprio a obras que dialogam ao mesmo tempo

com diferentes autores e tradições de pensamento. Se, por um lado, a abrangência de análise é rica - precisamente por associar autores que tradicionalmente não dialogariam, por outro lado, os comentários individualizados sobre os autores perdem em especificidade e em precisão. Por esse motivo, assim como em diferentes obras panorâmicas, a assimilação do pensamento da galeria de autores mencionada deve ser adequadamente avaliada pelo leitor.

Em outras palavras, cessar de o autor recorrer de maneira coerente a esses autores no sentido de construir o seu argumento, a leitura dos comentários a esses autores e a leitura das obras dos próprios autores sugere que talvez parte dos argumentos originários deles tenham sido desconsiderados em nome da construção do argumento. Por exemplo, talvez Hans Kelsen apareça em **Empire** muito menos internacionalista do que ele continuamente se apresenta próprio em suas obras. E isso apena para comentar um dos autores mais conhecidos do pensamento jurídico e que é rapidamente citado no início da obra. Políbio, Baruch de Espinosa e Marco Túlio Cícero também talvez não estejam sendo retratados segundo uma maneira que eles próprios se reconhecessem.

Esse comentário final, no entanto, não tem por objetivo invalidar a linha de reflexão sobre a ascensão da ordem imperial apresentada pelos autores. Na verdade, há muito tempo nos campos da literatura, da filosofia e do pensamento político já se baniu a pretensão de se encontrar a verdade única entre as diferentes interpretações de autores. Afinal, repetindo Michel Foucault, o que importa ser um autor, se sacrificar sua visão de

mundo apenas aniquila as possibilidades de ressignificações das obras nas diferentes recepções individuais delas?

Por esse motivo, o comentário final não desqualifica a obra. Antes, a valoriza, na medida em que faz um duplo convite aos leitores.

Em primeiro lugar, para compreender o que dizem os autores citados por Michael Hardt e Antonio Negri, o leitor deve ler diretamente aqueles autores, e não Michael Hardt e Antonio Negri. Apenas deste modo o leitor poderá ter a sua própria interpretação dos autores por ele mencionados e avaliar o quanto eles se afastam de sua própria compreensão. Não se aprenderá ou se conhecerá Hans Kelsen, Michel Foucault, entre outros,

na obra de Michael Hardt e de Antonio Negri. Apenas se aprenderá ou conhecerá Hans Kelsen, Michel Foucault, entre outros, lendo diretamente as obras desses autores.

Em segundo lugar, do mesmo modo: para entender **Empire** de Michael Hardt e Antonio Negri, o leitor não deve se contentar com o diagnóstico apressado de que ele nada mais é que uma atualização do **Das Kapital**. Essa interpretação não esgota as leituras que o leitor ele mesmo pode ter de **Empire**. O leitor não deve se contentar com as camadas de significação antecipadas à leitura que lhe são ofertadas. Nem com esta resenha. Ele deve ir, sim, direto à fonte.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW



Resenha do livro *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie

Fábrício José Rodrigues de Lemos

Laura Madrid Sartoretto

VOLUME 15 • N. 1 • 2018
EXCLUSIONS AND ITS CRITICS:
SOUTHERN NARRATIVES OF INTERNATIONAL LAW

Resenha do livro *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie*

Fabrício José Rodrigues de Lemos**

Laura Madrid Sartoretto***

O livro de Antony Anghie, **Imperialismo, soberania e a construção do Direito Internacional**, aborda a recorrente questão levantada pelos acadêmicos da escola crítica do direito internacional relativa à europeização desse campo do direito. Anghie, em sua obra, vai mais além e inova ao sustentar que, em verdade, o direito internacional é produto do encontro do colonizador com os povos colonizados. Fundamentado e instrumentalizado por valores, cultura, princípios ocidentais, o direito internacional foi desenhado e utilizado para justificar e manter relações de dependência entre o mundo ocidental e o não ocidental. A justificativa axiológica esteve baseada na construção da *dinâmica da diferença*, que pressupunha um ocidente culto, racional e civilizado, enquanto o resto do mundo era visto como irracional e primitivo. Partindo desse pressuposto, o autor convida os leitores a considerarem os limites, pressuposições e injustiças produzidas e justificadas pelo campo do direito internacional no passado e na atualidade.

A obra de Anghie inicia sua análise no século XVI, passando do naturalismo jurídico ao positivismo, no século XIX, baseado numa distinção entre civilizados e incivilizados, que reproduziu relações históricas de dominação entre os europeus e os povos colonizados, culminando, no século XX, no pragmatismo judicial, fase em que as Organizações Internacionais, novos sujeitos de direito internacional, emergem e passam a exercer o papel de reguladores e criadores de normas de boa governança no plano internacional.

No primeiro capítulo da obra, o autor visa compreender a relação entre direito internacional e colonialismo. Para tanto, inicia pela apresentação das ideias de Francisco de Vitoria, teólogo espanhol do século XVI, apontado como um dos primeiros doutrinadores de direito internacional. Apesar de sua importância para a discussão teórica mais em voga à época — qual seja, a (ir)racionalidade dos indígenas do Novo Mundo, embate no qual advogava em favor dos povos ameríndios —, Vitoria serviu sobremaneira, consoante aponta Anghie, como um grande teórico do avanço dos interesses colonialistas espanhóis na América. Anghie argumenta que Vitoria, enfocando a questão da soberania, tolhido por uma visão eurocêntrica das diferenças culturais e da própria identidade dos indígenas americanos, a qual veio a marcar, profundamente, sua doutrina, não via a relação Espanha-América como um problema de criação de ordem ou de regulação de embates entre duas sociedades soberanas. Assim, Anghie aponta que Vitoria, adotando um discurso aparentemente neutro — como se dissociado da questão de fundo —, teorizou acerca das requisitos da *guerra justa*, e do problema de dirimir eventuais disputas entre sociedades culturalmente diferentes no plano internacional: ao concluir, Vitoria, por intermédio de uma série de manobras argumentativas, que as práticas espanholas — apresentadas de forma idealizada — deveriam ser universalmente obrigatórias e que os ameríndios não possuíssem soberania sobre seu território, Anghie argumenta que justificou-se, destarte, a chamada *guerra justa* sempre que houvesse resistência de povos nativos

* HANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty and the making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

** Professor universitário - Universidade Feevale. Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (2016). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (2013). Integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Unisinos (NDH). Presidente da Comissão Permanente de Direitos Humanos da OAB - Subseção Sapiranga/RS. Email: fabricio@lemos.adv.br

*** Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e mestre em Direito Internacional Público pela University College London - UCL. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009). Possui graduação incompleta em Administração de Sistemas e Serviços de Saúde. Trabalhou em diversos projetos com imigrantes e refugiados na Inglaterra, Itália e Brasil. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS, Fórum de Mobilidade Humana-RS. Email: laurams11@yahoo.com.br

da América à invasão colonial espanhola, resistência esta que justificaria a tomada de incursões ilimitadas de guerra, da Espanha soberana, aos povos não soberanos da América. Nesse passo, aduz Anghie, ainda, que apresentadas sob um manto de neutralidade, as primeiras iniciativas doutrinárias em direito internacional, representadas sobretudo por Francisco de Vitoria, serviram, primordialmente, para assegurar o esmorecimento e o ostracismo dos povos conquistados.

Em um segundo momento, Anghie passa a disser-
tar sobre o colonialismo no século XIX, argumentando que o arcabouço doutrinário-legal da época, dominado pelo positivismo, concedeu, sob um manto de neutralidade, o ingresso no sistema do direito internacional a todas as nações soberanas — contudo, os requisitos de soberania partiam de premissas basicamente europeias, o que excluía, em grande parte, sociedades africanas e asiáticas. Nesse contexto, ainda que anteriormente recipientes de uma outorga falaciosa de soberania por partes dos poderes coloniais — cujo único objetivo era de dar ar de legalidade às espoliações coloniais previamente justificadas por meio de tratados internacionais eivados de vícios de consentimento —, as nações africanas e asiáticas, em face de uma redefinição e consequente exclusão dos incivilizados do sistema de proteção internacional, foram deixadas à margem do direito. Dita teorização legal abriu caminho para que as potências europeias, reunidas durante a Conferência de Berlim de 1884-1885, pudessem conceituar em novos termos a noção de soberania, o que viria, sob o aspecto de uma missão civilizadora, a justificar a divisão e exploração colonial da África Subsaariana. O autor concluiu que o conceito de soberania, em razão de sua herança colonial, faz com que o seu exercício no plano internacional, ante a flexibilidade de ser um instrumento que possa ser utilizado para os fins da missão civilizadora — termo tão presente no século XIX —, o qual, ainda atualmente, pode, sob o vocabulário de direitos humanos, governança e liberalização econômica, vir a reproduzir as desigualdades inerentes de sua redefinição.

Na terceira seção da obra, o autor foca sua atenção no Sistema de Mandato da Liga das Nações — em que a Liga das Nações, após o término da Primeira Guerra Mundial, por meio de um intrincado conjunto de elementos, levaria desenvolvimento a países outrora sob o domínio da Alemanha e do Império Otomano. Aponta que a análise acerca do referido sistema, substituído pelo sistema de tutela das Nações Unidas, descontinuado em

1994, e, atualmente, conforme a visão de Anghie, pelas instituições de Bretton Woods — o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional —, traz à tona interessante conclusão: a possibilidade de análise, com precisão, das mudanças de paradigma na história do direito internacional — as quais foram abordadas em diversos trechos da obra do autor. Modificações do positivismo ao pragmatismo; do direito para as instituições; da soberania para o governo; de raça para a economia; da conquista para a descolonização; do colonialismo para o neocolonialismo; da exploração para o desenvolvimento; e da Inglaterra e França para os Estados Unidos podem ser analisadas e compreendidas no decorrer do livro de Anghie. Entretanto, no capítulo terceiro, o autor foca seus esforços na análise do conceito de soberania e sua relação de aparente igualdade para com todos os países, tanto europeus quanto não europeus. Anghie aduz que esse manto de legalidade aparente fundamenta o paradigma teórico do direito internacional atual, podendo ser traçado desde o século XIX com uma redefinição do conceito de soberania que ocultava um cerne de discriminação racial para uma conceptualização do termo, durante o período entre guerras, que viria abarcar, também, as desigualdades econômicas, o direito internacional atual serve, segundo Anghie, para uma expansão das hipóteses de intervenção — ocorre, historicamente, o desuso da palavra incivilizado, substituída pelo conceito de não-desenvolvido: ou seja, se verifica, no plano atual, a reprodução das premissas básicas da missão civilizadora e da *dinâmica de diferença* como fundamentadoras da própria estrutura, lógica e identidade das instituições internacionais. Cautelosamente, o autor indica que as constatações feitas não possuem um caráter acusatório, mas sim de melhorias dos sistemas internacionais atuais, para que se compreenda a operação e o papel que essas instituições possuem nas relações internacionais contemporâneas.

No quarto capítulo do livro, Anghie sustenta que, após o processo de descolonização e a criação de novos Estados, tanto acadêmicos ocidentais quanto não ocidentais reconheceram a necessidade de inclusão das reivindicações desses novos atores no ferramental do direito internacional. Na teoria, segundo o autor, esse não era um tema em disputa. Na prática, porém, os interesses dos países do Terceiro Mundo foram desconsiderados. Os novos Estados foram, assim, assimilados pelo mesmo direito internacional com bases e fundamentos eurocêntricos, tendo margem de negociação mínima na

modificação e criação de novos tratados internacionais e acordos bilaterais. A eles restou o enquadramento às diretrizes pré-estabelecidas pelo direito internacional a fim de, também, pleitearem o ingresso no clube de países desenvolvidos. Anghie afirma que a distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento se afigurou extremamente relevante para que as instituições de Bretton Woods justificassem sua operação. O autor reconhece, entretanto, que os países do Terceiro Mundo buscaram, com maior ou menor sucesso, conhecer e aplicar normas estabelecidas pelo direito internacional com o condão de obter vantagens no cenário internacional, principalmente na área de comércio e investimento.

Os conceitos de globalização, governança e seus impactos no cenário internacional, principalmente para as populações do Terceiro Mundo, são os pontos de análise do quinto capítulo. Ao citar Chimni, acadêmico que, assim como Anghie, adere às Abordagens de Terceiro Mundo do Direito Internacional (Third World Approaches to International Law – TWAIL), o autor expressa que, na era da globalização, o direito internacional representa o fantasma da recolonização. A atuação das instituições de Bretton Woods no *design* de diretrizes que impactam e vinculam investimentos, leis e políticas públicas no Terceiro Mundo constitui, na visão de Anghie, a *longa manus* de intenções neocolonialistas nos Estados do sul global. Em suma, o autor afirma que, enquanto o direito internacional protege a soberania dos países ocidentais, ao Terceiro Mundo esse direito é imposto, em detrimento de sua soberania.

Por fim, no sexto capítulo, Anghie questiona a utilização da ferramenta da intervenção humanitária como uma forma de subverter a soberania dos Estados do Terceiro Mundo. Partindo da análise da *guerra contra o terror*, expressão cunhada após o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, o autor critica a ideia de legítima defesa preventiva para justificar guerras no Terceiro Mundo (guerras por procuração). Ou seja, Anghie defende a tese de que se criou, após os atentados de 11 de setembro, uma permissão para a ingerência e o imperialismo nos países do Terceiro Mundo. Essa intromissão em assuntos internos estaria fundamentada no exercício da legítima defesa dos Estados ameaçados: ocorre que a aplicação do mecanismo de legítima defesa preventiva é bastante controversa, mesmo para o direito internacional *mainstream*.

Assim, partindo da premissa de que o direito internacional surge do encontro colonial, Anghie delineia, com base na análise do naturalismo jurídico do século XVI, as ferramentas usadas pelo Ocidente para manter a dominância e a dependência dos países não ocidentais que marcaram o sistema colonial. Ao adquirir independência política, o Terceiro Mundo foi assimilado nas estruturas europeizadas já existentes do direito internacional, com reduzida margem de ingerência na negociação de acordos e tratados internacionais. A criação de Organizações Internacionais (ex: instituições de Bretton Woods), que promovem governança global, também seguiu a lógica de adequar Estados não desenvolvidos às práticas das potências do Primeiro Mundo, principalmente no que concerne ao comércio e investimento internacionais. A justificativa do tratamento assimétrico entre o Norte e o Sul sempre se fundamentou na ideia de dicotomia entre a essência dos ocidentais e não ocidentais, ou seja, entre civilizados e incivilizados. Ao final do livro, a perturbadora conclusão a que chega Anghie é a de que, apesar de se utilizar de ferramentas diversas, o imperialismo é uma constante na relação entre o mundo desenvolvido e a periferia global.

Em que pese a conclusão contundente a que Anghie chega, é interessante apontar que, apesar das imensas dificuldades que são percebidas pelos países do Terceiro Mundo nas relações internacionais e na lida com países cuja tradição jurídico-legal interna está incorporada ao ordenamento internacional, verifica-se que a curva de aprendizado de tais países está diminuindo substancialmente: por exemplo, o papel que o Brasil desempenhou na Organização Mundial do Comércio, no início dos anos 2000, denota que o país procurou internalizar e aplicar, de forma bastante eficiente, a visão multilateral do comércio internacional — ou seja, buscou, em conformidade com a moldura fornecida pelas instituições internacionais, avançar seus próprios interesses comerciais. Assim, ao mesmo tempo que as aproximações que o Brasil tem feito à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, que também o colocam como aluno aplicado das normas de direito internacional impostas pelo Ocidente, o país se posiciona, ciente desse plano de fundo imperialista, dentro das regras do jogo, como um importante *player* regional e, caso consiga atuar sem reproduzir práticas neocolonialistas em suas relações comerciais com países menos desenvolvidos, pode exercer crescente referência positiva no cenário internacional.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1^a Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descriptivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. **Responsabilidades e conflitos de interesse:** A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uniceb.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW
V. 15, n.1

Editorial - Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional

Martti Koskeniemi

A política do direito internacional: 20 anos depois

Martti Koskeniemi

Abordagens terceiro-mundistas para o Direito Internacional: Um Manifesto

Bhupinder S. Chimni

Around the pyramid: Political-theoretical challenges to law in the age of global governance

Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi

Voice and exit: How emerging powers are promoting institutional changes in the international monetary system

Camila Villard Duran

La libre autodeterminación de los pueblos en el siglo XXI: Una aproximación de la historia del colonialismo y el neo-colonialismo desde los pueblos del tercer mundo en el derecho internacional

Germán Medardo Sandoval Trigo

International climate change regime as a promoter of colonial systemic and symbolic violence: Its relationship with international environment security and food system thru the lens of feminist approach

Douglas Castro e Bruno Pegorari

Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the inter-american system of human rights

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Marina de Almeida Rosa

O conhecimento tradicional relacionado ao complexo do curare e a legislação internacional sobre propriedade intelectual

Marcos Vinício Chein Feres e João Vitor de Freitas Moreira

Revisiting the critique against territorialism in the Law of the Sea: Brazilian state practice in light of the concepts of creeping jurisdiction and spoliative jurisdiction

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura

Educação superior intercultural, reconhecimento e redistribuição: o duro caminho dos povos indígenas no Equador

Vanessa Wendhausen Cavallazzi, Patrícia Perrone Campos Mello e Raony Soares

Desafios da governança energética global e a participação do brics na construção de um novo paradigma energético

Fernanda Volpon e Marilda Rosado de Sá Ribeiro

A hermeneutical analysis on the recognition of China as a market economy after 2016

Alberto Amaral Júnior e Aline Pereira de Carvalho Heringer

The ISIS eradication of christians and yazidis: human trafficking, genocide, and the missing international efforts to stop it

Sarah Myers Raben

The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion

Cecilia M. Bailliet

Direito Internacional Monocromático: previsão e aplicação dos direitos LGBTI na ordem internacional

Rafael Carrano Lelis e Gabriel Coutinho Galil

Resenha do livro *Empire* de Michael Hardt e Antonio Negri

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Resenha do livro *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, de Antony Anghie

Fábricio José Rodrigues de Lemos e Laura Madrid Sartoretto