

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 10	n. 2	p. 1 - 386	jul-dez	2013
--	----------	-------	------	------------	---------	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**BRASILIAN 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 vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prisms, que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. 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 as 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.

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Programa de Pós-Graduação em Direito, UniCEUB

André Lipp Pinto Bastos Lupi, Programa de Pós-Graduação em Direito, UNIVALI

Julia Motte Baumvol, Faculdade de Direito, Universidade de Genebra

Noemy C de Araújo M C Melo, Universidade de Paris II, Panthéon-Assas

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Programa de Pós-Graduação em Direito, UERJ

Wagner Menezes, Programa de Pós-Graduação em Direito, USP

Nitish Monebhurrin, Centro Universitário de Brasília

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 10, número 2 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Semestral.

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

ARTIGO ESPECIAL

O FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL.....1

Alfred Verdross

1. A moral universal como base do direito positivo dos povos	1
1.1 Diferença entre o direito internacional da antiguidade e o direito internacional moderno	1
1.2 A transformação da concepção medieval pela Reforma e o nascimento dos Estados Nacionais.....	2
1.3 Reação aos excessos da escola do direito natural a partir de Grotius, Pufendorf e Hobbes	4
2. A teoria da autolimitação do estado e a Doutrina da Primazia do Direito Nacional	6
2.1 O problema da validade dos tratados internacionais na jurisprudência romana.....	6
2.2 A doutrina de Spinoza. A teoria de Hegel. A influência dessa teoria sobre a ciência do direito internacional....	7
2.3 A doutrina da primazia do direito nacional. A vontade do Estado	9
3. A vontade coletiva dos estados como base do direito internacional e o renascimento da doutrina clássica	12
3.1 - A vontade coletiva dos Estados a partir de Spinoza	12
3.2 A soberania de Krabbe. O direito como base da vontade do Estado.....	13
3.3 A norma de origem hipotética de Kelsen e Anzilotti.....	14
4. A primazia do direito internacional e a concepção unitária do direito.....	18
4.1 Os recursos do direito internacional. O legislador na esfera internacional.....	18
4.2 A constituição dualista do direito e o sistema unitário.....	18
5. Funcionamento do direito internacional.....	22
5.1 A hierarquia dos atos jurídicos. As regras gerais	22
5.2 A competência de estabelecer as regras do direito interno	26
6. As duas noções da soberania do Estado.....	27
6.1 A soberania absoluta.....	27
6.2 A soberania como competência conferida aos Estados pelo direito internacional	29

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

INDIGENOUS RIGHTS MOVEMENT: IS THE SAME NEEDED TO PREVENT CONTINUED HUMAN RIGHTS VIOLATIONS OF THE MENTALLY ILL

35

Liesel LeCates

1. Introduction	36
------------------------------	-----------

2. What is Mental Health and Illness?	37
3. Why the Current Mental Health System is Failing?	37
3.1 Stigma of Mental Illness	37
3.1.1 Lack of Available Care.....	39
3.1.2 Lack of Multi-Sectoral Cooperation	39
3.1.3 Lack of Education.....	40
3.1.4 Lack of Mental Health Policy.....	40
4. Cross-cultural stigmatization: Examples of “developed” and “developing” world	41
4.1 Current Problems within Developing Nations.....	41
4.1.1 Government Spending and Poverty.....	41
4.1.2 An Example from Ghana.....	42
4.2 Current problems within Developed Nations	42
4.2.1 Statistics within the United States	42
4.2.2 Discrimination in the United Kingdom	42
4.2.3 Prisons in the United States	43
5. Why is mental health different from other Human Rights violations?	43
6. Social Movement Theory	44
6.1 Relative Deprivation.....	45
6.1.1 Perception and Actual Opportunity	45
6.2 Authority.....	45
6.2.1 A charismatic leader	45
6.2.2 Rational Authority/Bureaucratic Authority.....	45
6.2.3 Traditional Authority.....	45
6.3 Mobilization	46
6.4 Globalization	46
7. History of social movements	47
7.1 Indigenous Social movement	47
8. Mental Health Social Movements	48
8.1 United States Movement.....	49
8.2 How to implement a Mental Health Social Movement.....	49
8.2.1 Actual Opportunity	49
8.2.2 Leadership and Authority.....	49
8.2.3 Mobilization.....	49
8.2.4 Globalization	50
8.3 Outcomes of a mental health social movement.....	50
8.3.1 Available Care.....	50
8.3.2 Multidisciplinary Cooperation	51

8.3.3 Education	51
8.3.4 Optimal Legislation	51
9. Conclusion: The Need for a Current Social Movement	52

O DISCURSO DAS DROGAS CONSTRUÍDO PELO DIREITO INTERNACIONAL54

Camila Soares Lippi

1. Introdução	55
2. A conferência de Xangai (1909)	55
3. As convenções internacionais do ópio (1912 e 1925).....	56
4. Convenção internacional para limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes (1931).....	57
5. Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas (1936).....	57
6. Convenção única de entorpecentes (1961).....	58
7. Convenção sobre substâncias psicotrópicas (1971)	60
8. Convenção sobre o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas (1988)	60
9. Uma análise do regime internacional de controle penal das drogas sob a ótica da teoria crítica das relações internacionais	62
10. Considerações finais.....	63
Referências	64

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO LAICO E A “NEUTRALIDADE” ANTE A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA67

Antonio Baptista Gonçalves

1. Introdução	67
2. Conceito preliminar de neutralidade	68
3. A identificação de um conceito de estado na época dos impérios: um comparativo com a concepção de estado-nação e a controvérsia acerca do conceito do que vem a ser estado.....	69
4. Quando a nação ainda não se mistura com o estado e o momento posterior: da nação-estado ao surgimento do estado-nação.....	71
5. Do estado-nação ao período expansionista: as I e II guerras mundiais.....	74
6. A organização das nações unidas e a busca pela tolerância e a assunção das liberdades.....	75
7. A organização das Nações Unidas e a questão da soberania dos estados.....	76
7.1 Conceito de soberania	77
7.2 A fortificação do papel do estado x a contenção das mazelas ocasionadas pelo excesso de poder.....	79
8. A globalização e o questionamento acerca da soberania	80
9. A neutralidade dos estados x soberania externa e interna	81
10. Considerações finais.....	83
Referências.....	84

UM DIREITO SEM ESTADO? DIREITOS HUMANOS E A FORMAÇÃO DE UM NOVO QUADRO NORMATIVO GLOBAL87

Anderson Vichinkeski Teixeira e Rafael Köche

1. Considerações iniciais.....	88
2. Transnacionalidade do fenômeno jurídico.....	89
3. Policontextualidade do fenômeno jurídico.....	93
4. Sociedade, normatividade e o direito dos povos.....	95
5. Considerações finais.....	98
Referências.....	99

DIREITO HUMANITÁRIO

THE U.N. STANDARD MINIMUM RULES FOR THE TREATMENT OF PRISONERS AND NORTH KOREA: HOW NORTH KOREA IS VIOLATING THESE RULES WITH ITS OPERATION OF THE YODOK CONCENTRATION CAMP.....102

Tom Theodore Papain

1. Introduction.....	102
2. Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Punishment, defined.....	106
2.1 Torture.....	106
2.2 Cruel, Inhuman, and Degrading Punishment.....	108
3. U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.....	109
3.1 Notes and Comments to the United Nations Standard Minimum Rules.....	111
4. North Korea's Violation of the U.N. Standard Minimum Rules.....	113
4.1 Beating and Verbally Abusing Prisoners without Cause.....	114
4.2 Corporal Punishment.....	115
4.3 Beating and Verbally Abusing Child Prisoners.....	115
4.4 Network of informants.....	116
4.5 Prohibition on Sexual Activity between Men and Women.....	117
4.6 Obligation to attend Public Executions and participate in Postmortem stoning.....	118
4.7 Punishment for Failure to Attend Night Class / Not Criticize Well Enough at a Criticism Session.....	118
4.8 Reduction of Diet as Punishment.....	119
4.9 The "Sweatbox".....	119
4.10 Punishment Cells.....	120
5. Reactions of the International Community.....	121
5.1 The Working Group on the Universal Periodic Review.....	121
5.2 U.N. General Assembly Resolutions.....	122
5.3 U.N. Special Rapporteur of Human Rights.....	123

6. Ways of Applying Pressure on North Korea to Close Yodok.....	123
--	------------

U.S. INSTITUTIONALIZED TORTURE WITH IMPUNITY: EXAMINING RAPE AND SEXUAL ABUSE IN CUSTODY THROUGH THE ICTY JURISPRUDENCE 126

Allison Rogne

1. Introduction	127
2. The rape of female prisoners incarcerated in the U.S.	128
2.1 Data	128
3. Domestic Law	129
3.1 How does the U.S. define cruel and unusual punishment? Where is rape situated within that definition?	129
3.2 Mechanisms: Civil Rights of Institutionalized Persons Act and Section 1983.....	130
3.3 Barriers: Prison Litigation Reform Act.....	130
3.4 Criminal Prosecution	131
3.5 Prison Rape Elimination Act.....	132
4. International Law.....	133
4.1 International Covenant on Civil and Political Rights	133
4.2 The Convention Against Torture.....	133
4.2.1 International use of the Convention Against Torture: Establishing Rape as Torture.....	133
4.2.2 U.S. reservations to the CAT: what is their affect on prisoners?.....	134
5. International Incidents and Jurisprudence	134
5.1 The Prosecutor v. Kunarac et al.....	135
5.1.1 Foča High School	136
5.1.2 Partizan Sports Hall.....	136
5.1.3 Karaman’s House.....	137
5.1.4 Kunarac et al findings regarding rape as torture and how they can inform U.S. proceedings.....	137
6. Conclusions and Recommendations	138

ABDUCTION, TORTURE, INTERROGATION: AN ARGUMENT AGAINST EXTRAORDINARY RENDITION 141

Kaitlyn E. Tucker

1. American Extraordinary Rendition	143
1.1 Extraordinary Rendition With Assurances.....	143
1.2 Extraordinary Rendition to Black Sites.....	144
1.3 A Personal Look at the Black Sites: El-Masri	145
2. Does Extraordinary Rendition Break the Law?	145
2.1 Is it Torture?.....	146
2.2 Is it Simply Intense Interrogation?	147

2.3 Do Black Sites Fall Outside of Scope of the Torture Convention?	147
2.4 Do Black Sites Invite Retaliation?.....	148
3. Solutions for Black Sites	148
3.1 Providing a Remedy for Victims.....	149
3.1.1 The State Secrets Privilege	149
3.1.2 The Palestinian Authority Decision.....	150
3.2 A Return to Former Policies.....	151
3.2.1 Irregular Rendition	151
3.2.2 Original Extraordinary Rendition	151
3.3 An International Option: Amending the Torture Convention	152
4. Conclusion	152

UNITED STATES AND EUROPEAN UNION APPROACHES TO THE DEATH PENALTY: AMERICA SHOULD CONSIDER A NEW PERSPECTIVE 155

Katie R Hill

1. Introduction	155
2. The death penalty in the United States	156
3. The death penalty in the European Union.....	158
4. Historical relationship between the United States and the European Union.....	160
5. Possible explanations for divergent policies.....	161
6. Importance of considering European Union policies	162
7. Conclusion	164
References.....	165

TUDO DE NOVO NO FRONT: MONUSCO, UMA NOVA ERA NAS PEACEKEEPING OPERATIONS? . 169

Priscila Fett

1. Introdução	170
2. Histórico da monusco.....	170
3. Resolução 2.098.....	172
4. Pontos controversos	173
4.1 Questões conceituais.....	173
4.2 Questões legais	175
4.2.1 Alvo legítimo	175
4.2.2 Distinção	177
4.3 Questões operacionais.....	178
4.3.1 A ação de neutralizar	178

4.3.2 “All Necessary Means”	178
4.3.3 Escalada da violência e retaliações	179
5. Considerações finais	179
Referências.....	180

A ADMINISTRAÇÃO DE TERRITÓRIOS OCUPADOS: INDETERMINAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO? **184**

João Henrique Ribeiro Roriz, Fabia Fernandes Carvalho Veçoso e Lucas da Silva Taschetto

1. Introdução	185
2. A noção de território ocupado	185
3. A regulação 43: direitos e deveres da potência ocupante	187
3.1 Restaurar e assegurar a ordem de vidas públicas	188
3.2 Respeitando as leis vigentes no território	189
4. Reformas econômicas no Iraque ocupado: indeterminação na linguagem das normas humanitárias?	191
5. Considerações finais	193
Referências.....	194

THE (IN)APPLICABILITY OF THE STATUTE OF REFUGEES TO ENVIRONMENTALLY DISPLACED PERSONS **197**

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Lucas de Melo Prado

1. Introduction	198
2. Who is refugee?	199
3. Environmentally displaced persons.....	203
4. The global refugee protection system and the environmentally displaced persons	205
5. Final considerations.....	208
References.....	209
Table.....	210

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A CONTRIBUIÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO **212**

Márcio Antônio de Oliveira Filho, Ana Caroline Portes de Oliveira, Jéssica Galvão Chaves e Warlen Soares Teodoro

1. Introdução	213
2. Acesso à justiça e o Projeto de Florença	213
2.1. O acesso à justiça como direito humano	213
2.2. O Projeto de Florença e os obstáculos verificados.....	214

2.3 Respostas apresentadas pelos estudos do Projeto de Florença	215
3. Das ondas renovatórias ao acesso à justiça qualitativo - Quarta onda renovatória?.....	215
3.1 Uma quarta onda renovatória?.....	217
4. Novo olhar sobre o acesso à justiça – o Questionário da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	218
4.1 O propósito do questionário e a preocupação da Comissão com o acesso à justiça de qualidade	219
4.1.1 Garantias da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública.....	219
5. Considerações finais	221
Referências.....	223

A EXECUTIVIDADE DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL **226**

Augusto César Leite de Resende

1. Introdução	227
2. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.....	227
3. Comissão interamericana de direitos humanos	228
4. Corte interamericana de direitos humanos	231
5. Eficácia interna das sentenças proferidas pela corte interamericana de direitos humanos no Brasil..	232
6. Considerações finais	235
Referências.....	236

A EFETIVIDADE DO ATIVISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE CASOS CONTRA O BRASIL..... **238**

Renata Mantovani de Lima e Lucélia de Sena Alves

1. Introdução	239
2. Ativismo transnacional.....	239
3. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e sua competência.....	240
4. A responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos	242
5. Os casos apresentados contra o Brasil no sistema interamericano	243
6. Os reflexos internos do ativismo transnacional no âmbito jurídico interno brasileiro.....	246
7. Considerações Finais	247
Referências.....	247

O PROCESSO E O DIREITO COLETIVO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL..... **250**

Laercio Dias Franco Neto e Dafne Fernandez de Bastos

1. Introdução	250
2. Direitos Humanos e Processo Internacional	251

2.1 – Dimensão Internacional.....	251
2.2 – Os instrumentos jurisdicionais do Sistema Interamericano	254
3. A dimensão coletiva na jurisprudência da Corte	256
3.1 O Direito coletivo a terra	256
3.2 Garantia judicial e tutela judicial efetiva coletiva	257
3.3 A (não) individualização das vítimas para fins de reparação civil	258
4. Considerações finais	259
Referências.....	260

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: OPINIÃO CONSULTIVA 4/84 — A MARGEM DE APRECIÇÃO CHEGA À AMÉRICA **263**

Paloma Morais Corrêa

1. Introdução	264
2. A opinião consultiva 4/84 da corteinteramericana de direitos humanos.....	264
3. A margem de apreciação no sistema interamericano.....	265
4. Em debate: a margem de apreciação e a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos	267
4.1 A técnica de utilização da doutrina no sistema europeu	269
5. A margem de apreciação na jurisprudência da corte europeia de direitos humanos	270
6. O multiculturalismo e a margem de apreciação	272
7. As situações de emergência e a margem de apreciação	273
8. Considerações finais	276
Referências	277

A “PLENA” LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O JULGAMENTO DA ADPF 130 **281**

Natália Paes Leme Machado

1. Introdução	282
2. A liberdade de expressão como um direito fundamental	283
3. A liberdade de expressão e imprensa como um direito humano: aplicação na convenção americana de direitos humanos	285
4. A aplicação da liberdade de expressão e de imprensa no direito brasileiro	290
5. Considerações finais	293
Referências.....	294

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO DIREITO À EDUCAÇÃO..... **298**

Augusto César Leite de Resende

1. Introdução	299
2. Desenvolvimento sustentável	300
3. Consumo consciente	304
4. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	306
4.1 Convenção americana sobre direitos humanos e o protocolo de San Salvador	307
4.2 Comissão interamericana de direitos humanos	308
4.3 Corte interamericana de direitos humanos.....	308
5. Responsabilidade da República Federativa do Brasil por violação do direito à educação para o consumo consciente	310
6. Considerações finais	312
Referências	313

PARAMETERS AND PROCEDURES OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS IN CHILDREN’S RIGHTS VIOLATION LAWSUITS **316**

Maria Guiomar da Cunha Frota e Pedro Alves Barbosa Neto

1. Introduction	317
2. The Inter-American system: theoretical foundations	318
3. Guiding parameters of the Inter-American system in cases of human rights violations	319
3.1 Status of the country in the Inter-American system	320
3.2 Acceptance and referral of complaints by the Inter-American Commission.....	320
3.3 Complaints presented to the commission and accepted by the Inter-American Court.....	321
3.4 Type of authorship in cases judged by the Inter-American Court.....	321
3.5 The cases judged by the Inter-American Court and Violated Human Rights	322
4. Inter-American system procedures in children’s rights violation lawsuits	323
4.1 The “Bulacio versus Argentina” Case.....	323
5. Final considerations	326
Bibliography	327
Tables	328

POVERTY AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF STREET CHILDREN IN GUATEMALA AND BRAZIL **334**

Paloma Morais Correa

1. Introduction	335
2. Poverty as a way of looking at it:	335
2.1 The United Nations view of poverty:.....	336
3. The vulnerability of street children - the cases of Guatemala and Brazil:	338
3.1 Guatemala - the I/A court H.R. “Street Children” case:	339
3.2 The concurring opinion of judges Cançado Trindade and Abreu Burelli:	341

3.3 Brazil - the “Candelária Church” case:.....	342
4. Does social justice go to court?	345
4.1 Taking an integrated approach to human rights:.....	346
4.2 The optional protocol to the ICESCR:.....	347
4.3 The chain of poverty and violence:.....	349
5. Conclusion	350
References.....	350

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO

A LEI N. 11.340/06 E SUAS REPERCUSSÕES NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO354

Humberto Lima de Lucena Filho e Waldeny Pereira Filho

1. Introdução	354
2. Lei n. 11.340/06: Histórico e fundamentos.....	356
3. Repercussões trabalhistas da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.....	357
4. Assistência à mulher sob a perspectiva principiológica.....	359
5. Integrando a norma jurídica.....	361
5.1 Interpretando e integrando os princípios.....	363
6. Considerações finais	366
Referências	367

ORIENTAÇÃO SEXUAL E DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE LABORAL370

Gláucia Fernanda Oliveira Martins Batalha

1. Introdução	371
2. Discriminação por orientação sexual: uma realidade	371
3. Mecanismos e normas de combate à discriminação por orientação sexual.....	374
3.1 Modelos de combate à discriminação por orientação sexual: ação afirmativa.....	374
3.2 Normas de combate à discriminação por orientação sexual	377
4. Considerações finais	379
Referências.....	380

NORMAS EDITORIAIS.....384

Envio dos trabalhos:.....	385
---------------------------	-----



Uniceub
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O fundamento do
direito internacional**

Alfred Verdross

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

1. A MORAL UNIVERSAL COMO BASE DO DIREITO POSITIVO DOS POVOS**1.1 Diferença entre o direito internacional² da antiguidade e o direito internacional moderno**

No primeiro curso ministrado na Academia de Direito Internacional, o barão Serge A. Korff³, que infelizmente faleceu pouco tempo depois, demonstrou de uma maneira que nos parece definitiva que o direito internacional não é um produto relativamente recente da civilização moderna, como foi admitido sem discussão durante muito tempo. Ao contrário, as pesquisas históricas provam que o direito internacional é tão antigo quanto a civilização de modo geral e que parece realmente ser consequência necessária e inevitável de qualquer civilização.

Entretanto, essas constatações muito importantes segundo as quais o direito internacional conserva constantemente seus princípios característicos, não obstante as mudanças que ocorrem na face da terra⁴, nos obrigam a levar em consideração a diferença fundamental entre o Estado moderno e aquele do passado.

O direito internacional moderno é um sistema unitário. Suas regras, é verdade, não são todas universais. Existem também normas de caráter particular e, entre elas, regras continentais. No entanto, as regras de alcance limitado estão baseadas no direito universal. Existe, portanto, uma verdadeira escala, uma espécie de graduação *entre* os diversos grupos do direito internacional moderno⁵.

O direito internacional da antiguidade compreendia, ao contrário, sistemas totalmente diferentes. Cada civilização deu origem a um direito internacional que lhe era próprio. Havia dispositivos **conformes**, princípios idênticos, e o grande mérito de Korff, como de outros historiadores deste ramo do Direito⁶,

* Artigo especial

** Alfred Verdross nasceu em Innsbrück - Áustria, em 22 de fevereiro de 1890. cursou Direito em Viena, Munique e Lausanne. Doutor em Direito pela Universidade de Viena em 1913. Após ter obtido a qualificação nas funções de juiz em 1916, prestou serviço militar na qualidade de juiz militar, na Corte Suprema de Viena. Entrou para o Ministério das Relações Exteriores em 1918, sendo depois Secretário do Consulado em Berlim. Em 1921, tornou-se livre-docente de Direito Internacional na Universidade de Viena. A partir de 1924, diretor da Revista de Direito Público, editada por Hans Kelsen. Membro do Conselho da Sociedade Alemã de Direito Internacional em 1926. Juiz Suplente junto à Corte Constitucional da Áustria em 1927. De 1958 a 1977, foi juiz da Corte Europeia de Direitos Humanos. Faleceu em 27 de abril de 1980.

1 Obra original: *Le fondement du droit international*, Recueil de Cours de l'Académie de Droit International, 1927, p. 325-384. Equipe de tradução: Marcelo Dias Varela (coordenador), Amabile Pierrotti, Luiza Nogueira e Marlon Tomazette. Agradecemos a gentil autorização de traduzir a obra original à Academia de Direito Internacional de Haia.

2 [n.t.]. O autor usa ora a expressão direitos das gentes, ora a expressão direito internacional. No entanto, ao testar a tradução com os alunos de graduação, foi perceptível que há dificuldade das novas gerações lidarem com a expressão *direito das gentes*. Foi necessário tomar uma difícil decisão: uniformizar os termos para facilitar a compreensão ou manter a expressão original. Como não havia diferenças práticas e não houve prejuízo ao texto, preferiu-se manter apenas a expressão *direito internacional*, exceto em poucos casos.

3 *Recueil des Cours de L'Académie*, T. 1, 1923, p. 5 e seguintes.

4 *Op. cit.* p. 21.

5 A. Alvarez, Prefácio p. 12, da obra de Strupp, *Eléments du droit international public universel européen et américain*, 1927.

6 R. Ward, *An Unquiry into the foundation and history of the law of nations in Europa*, 1795, I; H. Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens en Europe et en Amérique*, 1846, I, p. 1 e seguintes. Scala, *Die Staatsverträge des Altertums*, 1898; Phillipson, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, 1911; Raeder, *L'arbitrage international chez les Hellènes*, 1921; N. Niebuhr

consiste na pesquisa dessas normas que, no entanto, não eram regras **universais**.

As origens do direito universal dos povos só se desenvolveram na Idade Média, porque um direito mundial pressupõe a convicção da unidade do gênero humano. Ora, de fato, na Antiguidade havia a Escola dos Estoicos que se elevava a esse patamar. Os estoicos, disse Cícero, “pensam que o mundo é, por assim dizer, uma cidade e uma ‘cidade’ comum aos deuses e aos homens e que cada um de nós é uma parte desse mundo...⁷”. Pensamento análogo é expresso por Sêneca: “Abraçamos duas repúblicas de nosso espírito, uma grande e verdadeiramente pública que encerra os deuses e os homens... outra à qual nosso nascimento nos destinou⁸”.

Para esses autores, também, o problema da humanidade foi somente um problema de moral **individual**. A questão de um direito universal, que rege as relações entre todos os Estados não foi colocada⁹.

A ideia da unidade do gênero humano foi fortemente acentuada pelo Cristianismo, baseado no dogma central, segundo o qual há um só Deus que é Pai de todos os homens e, conseqüentemente, todos os homens são irmãos. Assim, a fraternidade dos seres humanos, **a unidade do gênero humano**, é a base da religião cristã.

Pelo desenvolvimento do cristianismo, essas ideias entraram nos quadros da vida **política**. Entretanto, formaram gradualmente um novo sistema jurídico.

A primeira etapa da realização das ideias de civilização do cristianismo é caracterizada pela **concepção universalista** da Idade Média. Contudo, esse pensamento está ainda inteiramente impregnado do ideal político da Antiguidade, isto é, da ideia de um império universal. Assim, a Idade Média não vê outra forma possível de organização mundial senão a de uma sociedade unida e indivisível, submetida a um poder central. Isto explica a rivalidade entre o Papa e o Imperador, pois ambos aspiravam ao âmbito universal. Cada um baseava-se na pretensa **teoria das duas espadas** que permite dupla interpretação. Partindo da interpretação imperial, havia

a coordenação dos dois poderes porque Deus dera diretamente a espada temporal ao Imperador e ao Papa, somente a espada espiritual. Segundo a interpretação curial, ao contrário, Deus concedeu as duas espadas ao Papa para que ele confiasse uma ao Imperador. Todavia, essa teoria simboliza igualmente a subordinação de todos os outros príncipes cristãos aos poderes centrais dos quais dependiam legalmente, segundo a concepção medieval. A cristandade inteira, portanto, nada mais era do que uma unidade. Formava uma pirâmide das autoridades cujo chefe era o Pontífice romano. Desta forma, a bula *Unam sanctam* de Bonifácio VIII declara que é necessário “para a salvação de toda criatura ser submissa à Santa Sé”.

1.2 A transformação da concepção medieval pela Reforma e o nascimento dos Estados Nacionais

Entretanto, essa comunidade sofreu uma transformação essencial em razão da Reforma e do surgimento dos Estados Nacionais que não reconheceram mais uma autoridade superior. Apesar disso, a concepção universalista foi salva graças aos grandes teólogos católicos da Espanha François de Victoria e F. Suarez¹⁰.

Inicialmente, ampliaram a concepção medieval, substituindo a cristandade unida pelo **gênero humano**. Então, François de Victoria afirma que um Estado é apenas uma parte do mundo inteiro, “que não há senão uma província da república universal¹¹” e F. Soarez escreve que “o gênero humano, embora dividido em povos e em reinos diversos, não é senão uma unidade não apenas específica, mas também, por assim dizer, **política e moral...** é por isso que todo Estado soberano, república ou reinado, embora completo em si mesmo e firmemente assentado, apesar disso, é ao mesmo tempo e de certa maneira, membro deste grande universo no que se refere ao gênero humano¹². É aqui que, pela primeira vez — como bem o observa Koster¹³ —, o Estado organizado é proclamado membro do grande conjunto dos homens, surgindo a ideia de uma comunidade universal dos Estados, cristãos ou não.

Tod, *International arbitration among the Greeks*, 1913; E. Täubler, *Imperium Romanum, Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reiches, Staatsverträge*.

7 *De finibus bonorum et malorum*, III, 19.

8 *Ad serenum de Otio*, cap. XXXI.

9 Lange, *Histoire de l'internationalisme*, I, 1919, p. 33 e seguintes.

10 Lange, *op. cit.*, p. 291. Sobre a doutrina de Suarez, ver especialmente: H. Rommen, *Die Staatslehre des Franz Suarez*, 1927, e a justificativa em *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII, 1928, p. 313.

11 *Relectiones theologicae tredecim* (primeira edição, 1557) *Relectio III*.

12 *De legibus ac Deo legislatore*.

13 Koster, *Les fondements du droit des gens*, Bibliotheca Visseriana, t. I, p. 36, 1925.

Da mesma forma, Victoria e Suarez reconheceram que a organização medieval da comunidade internacional era apenas uma forma possível desta, de modo que a comunidade dos estados podia sobreviver em uma **nova** forma, apesar do desmembramento da unidade cristã. A nova organização se distingue da outra pelo fato de que a sociedade internacional da Idade Média tinha uma forma monárquica (aristocrática)¹⁴, enquanto a comunidade internacional moderna nasce sob uma forma democrática.

No primeiro caso, o órgão soberano da sociedade internacional é uma única pessoa, o Pontífice romano, cuja autoridade não dependia absolutamente dos príncipes subordinados. No segundo caso, a vontade suprema reside na própria comunidade internacional. Ela é, portanto, criada pelo **consentimento dos membros da comunidade internacional**.

Victoria fala de regras jurídicas que foram instituídas por um consentimento universal¹⁵. Suarez declara expressamente que as nações podem criar direitos comuns, seja por um tratado universal,¹⁶ seja pelo costume internacional¹⁷. Em outra passagem, afirma que o direito criado pela autoridade de todas as nações só pode ser suprimido por um consentimento geral¹⁸.

O conjunto dessas regras forma o *Jus gentium* no sentido restrito do termo, isto é, o direito internacional. Suarez vê claramente que a expressão *Jus gentium* compreende duas noções diferentes: “De um lado, é o direito que todas as nações devem observar **entre elas**; de outro, é o direito que cada um observa em seu território, mas que, em razão da semelhança e da conformidade, se chama também *Jus gentium*”¹⁹. Portanto, este último é um

14 Suarez, *De triplici virtute theologica*, IX, s. 7, n. 7: «Potestas universalis in totam Ecclesiam per se non residet in tota aliqua hominum congregatione aut multitudine sed in uno tantum homine, quod est discere, Ecclesiae regimen esse Monarchicum».

15 Lange, *op. cit.*, p. 276.

16 *De legibus ac Deo legislatore*, III, cap. III, n. 6: «quasi communi foedere et consensione».

17 *Op. cit.*, II, cap. xix, n. 9 «aliqua specialia jura potuerunt usu... gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducitur jus, ita in universo humano genere potuerunt jura gentium moribus introduci».

18 *Op. cit.*, II, cap. xix, n. 8 «... jus commune omnium nationum et omnium auctoritate... introductum non sine omnium consensione tolli potest».

19 *Op. cit.*, II, cap. xix: «addo vero ad majorem declarationem duobus modis dici aliquid de jure **gentium, uno modo** quia est jus quod omnes populi... **inter se** servare debent, alio modo quia est jus quod singulae civitates... **intra se** observant, per similitudinem autem et convenientiam jus gentium appellatur».

direito nacional uniforme de todos os Estados civilizados. Contudo, o primeiro, o direito *Inter gentes*, é o direito da comunidade internacional.

Pela concepção desse direito, a ruína do sistema medieval não sepultou a sociedade internacional; apenas sofreu uma revolução completa em sua organização, porque a concepção do direito internacional se opunha ao pensamento moderno da liberdade ilimitada, da soberania absoluta dos Estados.

Essa concepção do direito internacional, portanto, é apenas o último fruto do grande pensamento universalista da Idade Média que inspirou todos os célebres fundadores dessa ciência, não somente Victoria e Suarez, mas também Grotius. Este, por sua vez, fala da sociedade do gênero humano que abraça os diversos povos,²⁰ assim como de um direito tendendo à utilidade dessa grande comunidade²¹.

Entretanto, esse consentimento geral não pode ser o fundamento supremo do direito internacional. Os fundadores dessa ciência não têm dúvida alguma a respeito porque o consentimento geral, que não é senão um acordo expresso ou tácito entre os membros da comunidade internacional e, como tal, é apenas um fato. No entanto, uma obrigação não pode derivar senão de uma norma, ponto de um fato como tal. Se, portanto, sustentamos que os Estados são obrigados pelo consentimento geral, pressupõe-se já um princípio de ordem superior que obriga os membros da comunidade internacional a se conformarem às regras criadas pela vontade comum. Esta regra é o princípio que a palavra dada deve ser mantida. O princípio *pacta sunt servanda* é, para Suarez²² assim como para Grotius, a própria base do direito internacional positivo. Grotius confessa no prólogo²³ de sua obra principal *De jure belli ac pacis* e o repete ainda no final da obra: “A fidelidade a manter naquilo que se prometeu é o fundamento não somente de todo Estado particular, mas também dessa grande sociedade de nações”²⁴.

20 *De jure belli ac pacis*, p. § 24: «... illa (communitas), quae genus humanum aut populos complures inter se colligat».

21 *Op. cit.*, p. § 18: «Sicut cujusque civitatis jura utilitatem suae civitatis respiciunt ita inter civitates ex consensu jura quaedam nasci potuerunt, et nata apparet, quae utilitatem respiciunt non coetum singularum sed *magnae illius universalitatis*. Et hoc jus est quod jus gentium dicitur».

22 *Op. cit.*, II, cap. XVIII, n. 19.

23 *Op. cit.*, § 15.

24 *Op. cit.*, III, cap. XXV: «Fide enim non tantum res publica

De que natureza, devemos perguntar, é a regra *pacta sunt servanda*? A esta questão capital Suarez e Grotius respondem sem hesitação: Esta regra é um princípio do **direito natural** que é o conjunto das regras de que se reconhece a evidência pela luz do espírito²⁵.

O direito natural, aliás, nada tem em comum com a natureza que as Ciências Naturais analisam: nada mais é que uma **parte da moral universal**. Suarez e Grotius, portanto, distinguem claramente entre a moral e o direito positivo dos povos, mas veem, mesmo assim, que a base do direito positivo dos povos reside na primeira.

A concepção universalista predominou aproximadamente até o começo do século XIX. Foi sustentada pela maior parte dos juristas desse tempo, entre outros, por Pufendorf, Leibniz, Zouche, Rachel, Bynkershoek, Thomasius, Christian Wolff²⁶ e ainda por Kant.

1.3 Reação aos excessos da escola do direito natural a partir de Grotius, Pufendorf e Hobbes

Entretanto, ao final do século XVIII, vislumbra-se uma mudança radical na ciência do direito internacional. A causa primeira dessa revolução deve ser atribuída à doutrina do positivismo absoluto, que nega o direito natural como base do direito positivo dos povos, visto que nega o próprio direito natural. Essa teoria é uma reação contra os excessos da escola do direito natural a partir de Grotius, representada por Pufendorf e seus sucessores, que acreditavam que é possível deduzir todas as normas do direito internacional das regras do direito natural. Já o filósofo inglês Hobbes dividiu o direito natural entre o direito natural do homem e aquele dos Estados. “Os preceitos de ambos são os mesmos; mas como os Estados, uma vez estabelecidos, assumem as qualidades pessoais dos indivíduos, esse direito que chamamos de direito natural, quando aplicado a indivíduos, que se chama direito internacional quando é aplicado às nações ou povos inteiros²⁷”.

quaelibet continetur... sed et major illa gentium societas».

25 Suarez, *op. cit.*, II, cap. VII, n. 4: “Omnia praecepta se principia moralia quae **evidenter habent honestatem necessariam ad rectitudinem morum, ita ut opposita moralem inordinationem seu malitiam evidenter contineant**”. Grotius, *op. Cit.*, cap. IX, § 1: «Jus naturae est dictamen rectae rationis».

26 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, 1923, p. 25 e seguintes.

27 *De cive*, cap. XIV, § 4.

Pufendorf adere a essa opinião, confessando que não reconhece outra espécie de direito internacional, voluntário ou positivo, que tenha a força da lei propriamente dita²⁸.

Esse ataque contra o direito positivo dos povos era, na verdade, rejeitado por uma parte da doutrina, sobretudo pelo célebre jurista holandês Bynkershoek e por S. Rachel, professor em Kiel; ambos sublinhavam a importância fundamental do direito positivo dos povos, restringindo o direito nacional aproximadamente ao papel que lhe era designado pela doutrina clássica.

A visão geral de Bynkershoek é expressa em seu comentário ao leitor da obra *Quaestionum juris publici libri duo* (1737), onde diz entre outras coisas: “No direito internacional, autoridade alguma pode prevalecer contra a razão; no entanto, quando a razão é incerta, como frequentemente é o caso, este direito deve ser julgado a partir do **uso quase constante** (*Ex perpetuo fere usu*). Muitas coisas fizeram outrora parte do direito internacional e, atualmente, já não o fazem. Os tratados, por exemplo, não são mais válidos em nossa época se não houver ratificação, embora os negociadores estejam munidos de plenos poderes de seus governos; antes, assim o era. Sirvo-me, portanto, de preferência, de exemplos e de tratados recentes mais do que dos antigos, porque desejo que meu trabalho seja de utilidade prática”. E continua: “Não nego absolutamente que a autoridade possa dar peso à razão, mas prefiro buscar essa autoridade em um uso constante de conclusão dos tratados... e nos exemplos que ocorreram em um país ou outro do que no testemunho dos poetas e dos oradores gregos ou romanos que são verdadeiramente os piores professores do direito público. Dou mais importância à autoridade daqueles que dirigem os negócios públicos sob os olhares do mundo e que aprenderam a sabedoria em acontecimentos passados. Eles têm o hábito de concluir tratados conforme a **prática das nações**. Não é que eu me incline diante deles quando não estão apoiados na razão, mas quando de seu lado está, eu lhes atribuo mais valor que a um monte de poetas e de oradores²⁹”.

28 *De jure naturae et gentium*, 1672, II, cap. III, §23: *Elementa jurisprudentiae*, 1666; §24-26: «Jus gentium nihil aliud est quam jus naturae, quotenus illud inter se summo imperio nom connexae gentes diversae observant, quae eadem invicem suo modo officia praestenda, quae singuli per jus naturae praescribuntur... Praeter hoc nullum dari jus gentium arbitramur, quod quidem tali nominae possit designari».

29 J. Westlaic, *Etudes sur les principes du droit international*, traduzido do inglês por E. Nys, 1895, p. 75 e seguintes.

Suarez e Grotius, é verdade, já haviam feito distinção, como já vimos, entre o direito natural e o direito positivo dos povos, mas sua ciência de um direito positivo dos povos era mais um programa do que uma realidade, porque eles não elucidaram o costume internacional de seu tempo. Ao contrário, Bynkershoek começa, conforme Zouche³⁰, Textor³¹ e Vattel³², a analisar a prática moderna em suas relações recíprocas e extrair delas regras costumeiras.

Entretanto, teoricamente o adversário mais forte de Pufendorf era Rachel que foi o primeiro a reconhecer o engano principal do pensamento de Pufendorf. Este rejeita os tratados internacionais como fonte de direito positivo dos povos, pois acredita que sejam apenas fatos aos quais se aplica o princípio do direito natural de observar os pactos³³. A isto Rachel responde que precisamente sobre essa base podem ser desenvolvidas regras jurídicas, assim como um grau subordinado a este princípio³⁴. Rachel considera que as regras do direito formam uma pirâmide de normas subordinadas e superior-

denadas entre elas, como apresentaremos mais tarde³⁵.

Bynkershoek e Rachel demonstram uma tendência para o positivismo jurídico sem duvidar, entretanto, que a base do direito positivo dos povos reside no direito natural.

Ao contrário, Moser desacreditou a própria base do direito positivo dos povos. Descarta inteiramente os princípios do direito natural. “Não escrevi um direito escolástico dos povos, baseado na aplicação da jurisprudência natural, como ela é ensinada por seus mestres, para regular a conduta das nações consideradas como seres morais; realmente não escrevi absolutamente um direito filosófico dos povos construído a partir de certas noções fantásticas da história e da natureza do homem; enfim, não escrevi de forma alguma um direito político dos povos, no qual visionários como o abade de Saint-Pierre moldaram o sistema da Europa a seu bel prazer. Descrevo o direito internacional que **existe na realidade**, ao qual os Estados soberanos se conformam regularmente”³⁶. Conseqüentemente, Moser dedicou-se à pesquisa dos exemplos modernos daquilo que ocorrera em geral nas relações entre os Estados; na escolha desses exemplos, começa na época da morte do imperador Carlos VI, em 1740. A ciência do direito internacional - escreve - deve tornar-se uma espécie de arquivo do Estado³⁷. Não tem ela outro objetivo senão o de construir as regras desenvolvidas pelo uso das nações. Moser não enfoca, portanto, nada mais que a experiência dos precedentes que nos mostram o que é a prática internacional.

Para justificar essas opiniões, Moser pergunta-se qual é este direito natural de que se fala tanto. É o direito natural de Grotius ou aquele de Hobbes? Entretanto, mesmo se fosse possível descobrir os verdadeiros princípios da justiça, estes seriam sem importância para a ciência do direito internacional, porque a tarefa dessa ciência não é a de julgar os Estados, mas apenas de descrever a realidade dos assuntos internacionais. Eu não sou - diz Moser - senão um viajante que se contenta em descrever aquilo que viu sem criticar os fatos observados³⁸.

30 R. Zouche, *Juris et judicii feccialis, sive juris inter Gentes, et quaestionum de eodem explicatio*, 1650.

31 J. Wolfgang Textor, *Synopsis juris gentium*, 1680, cap. I: “Jus naturae descendit immediate a ratione naturali, jus gentium autem mediante gentium exercitio...”

32 Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires de Nations et des Souverains*, 1758.

33 Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, 1. II, cap. III, § 23, 1672: “Et quod non nemo ad jus gentium quoque referre instituit peculiariter convente duorum pluriumque populorum, foederibus et pacificationibus definiri solita, id nobis plane incongruum videtur. Et si enim illis stare lex naturalis de servanda fide jubet, legum tamen et juris vocabulo valde improprie veniunt. Et praeerea infinita ac magna parte temporaria sunt. Quin nec magis partem juris constituent, quam pacta singularum civium...”

34 Rachel, *De jure naturae et gentium dissertationes*, 1676, Dissertatio altera XCI, p. 307 de l'édition des *Classics of international law*, par l'Institution Carnegie: “Sicuti enim ne quidem Natura, ita nec legislatores omnibus negotiis causisque certam juris normam praefiniverunt; adeoque quam libertatem Natura Legislatoribus permisit, ut hi actiones jure naturae non comprehensas legibus latis determinare queant eandem libertatem privati ab utrisque habent, ut sibi invicem per pacta, jure naturae aut legibus civilibus non adversa, leges dicere itaque se adstringere possint. Et magis etiam nobis favet... jus gentium esse quod utilitatem suarum respectu consensus gentium libere constituit et ab hoc plane diversum jus Naturae facit”, p. 39 e seguintes: “Uti vero certum est, gentes et civitates qua sunt tales, primario etiam inter se juris naturalis debere esse observantes; ita quoque certissimum esse ostendit cum ratio tam experientia, quod plurima inter illas negotia intercedere queant quae a jure naturae nullam determinatum obligationem, sed demum ex illarum libero consensu et pacto acceperint...” Sobre a doutrina de Rachel ver Verdross, *op. cit.*, p. 27 e 43 e Rühlmann, Samuel Rachel, *der Bahnbrecher des völkerrechtlichen Positivismus*, *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, XXXIV (1925), p. 1-112.

35 Cap. V.

36 *Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens und Kriegzeiten*, 177, I, p. 17.

37 *Op. cit.*, p. 14.

38 Sobre a doutrina de Moser, ver artigo de Verdross: „J.-J. Moser Programm einer Völkerrechtswissenschaft der Erfahrung“ *in Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, III, 1922, p. 96 e seguintes.

Neste trecho já se pode encontrar o pensamento da teoria do positivismo jurídico, desenvolvido um século mais tarde por Bergbohm³⁹. Todavia, particularmente no âmbito da ciência do direito internacional, o mérito incontestável de Moser consiste no fato de ter acentuado bem mais que Bynkershoek e Rachel a importância fundamental do estudo escrupuloso da prática internacional moderna e das regras que daí derivam. Foi ele que libertou definitivamente essa ciência das puras especulações, direcionando-a para a realidade dos documentos trocados entre os ministros das relações exteriores⁴⁰.

Contudo, é evidente que tal teoria não responde melhor a questão do fundamento do direito internacional; apenas objetiva o fato desse direito, fechando os olhos diante do problema do **dever** dos Estados em suas relações recíprocas. Consequentemente, não é surpreendente que a questão do fundamento do direito internacional surja novamente no século XIX. Entretanto, a teoria da qual nos iremos ocupar agora não se vincula absolutamente à doutrina de Suarez e de Grotius; é um ponto de partida inteiramente diferente que ela aceita. Isto porque a base da teoria desenvolvida era a concepção universalista da unidade moral do gênero humano; o dado primário da nova teoria, ao contrário, é o Estado **isolado**. É, portanto, como veremos, uma teoria extremamente individualista.

A causa primeira dessa mudança é realmente a teoria de um positivismo ilimitado. Isto pelo fato de que, desenraizando o direito natural, foi derrubado o grande pilar sobre o qual repousava inteiramente, até aqui, o edifício do direito internacional. No entanto, com o direito natural ameaçou-se igualmente a concepção universalista que encontrou seu fundamento precisamente no pensamento de uma justiça universal que não se aplica somente às relações entre os particulares, mas também às relações entre os Estados.

Ora, tendo essa base sido rejeitada pela doutrina positivista, é natural que tenha buscado um novo pilar sobre o qual poderia fundamentar o direito internacional. E essa base **segura e incontestável** acreditou tê-la encontrado no Estado **particular**, no Estado **isolado**.

39 *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

40 Van der Vlugy, *Recueil des Cours de l'Académie du droit international*, 1925, II, t. 7 da coleção, p. 492.

2. A TEORIA DA AUTOLIMITAÇÃO DO ESTADO E A DOUTRINA DA PRIMAZIA DO DIREITO NACIONAL

2.1 O problema da validade dos tratados internacionais na jurisprudência romana

Como vimos no capítulo anterior, a questão do fundamento do direito internacional público é essencialmente um problema da ciência do direito internacional **moderno**. No entanto, sob certo ponto de vista, esse problema era já conhecido na Antiguidade que se encontrava também diante do problema da **validade**, da força obrigatória dos tratados internacionais. A jurisprudência romana resolveu a questão da seguinte maneira: um ato jurídico concluído entre a Urbe e outro Estado era considerado como um *nudum pactum*, isto é, que a execução dependia da boa vontade de Roma. Contudo, todo compromisso internacional tornava-se irrevogável se fosse *sacrosanctum*, sancionado por um juramento entre as partes contratantes. Por esse juramento, cada Estado se submetia à punição de seus deuses no caso de ruptura do pacto em questão. Essa sanção chamada *execratio*, que se tornou um elemento característico dos tratados internacionais, compunha-se de dois atos paralelos: cada Estado se comprometia com seus próprios deuses a observar rigorosamente as decisões concluídas com o outro Estado⁴¹. O tratado, portanto, não era fundamentado numa base comum; ao contrário, derivava de duas fontes inteiramente distintas.

É nesse procedimento do espírito romano — que confirma o talento jurídico desse grande povo — que se pode encontrar a origem, ainda que pouco conhecida, da famosa doutrina da autolimitação dos Estados. Tal doutrina, muito disseminada no século XIX, supõe a existência de Estados isolados, não unidos em uma comunidade internacional. Consequentemente, não há regras superestatais que regem as relações mútuas dos povos organizados. Entretanto, se uma ordem superior falhar, o tratado internacional não pode senão estar fundamentado no direito nacional das partes contratantes. Cada Estado encontra em si mesmo o fundamento de seus compromissos.

Entretanto, essa teoria da autolimitação dos Estados, com certeza o ponto de partida da construção romana do tratado internacional, não era capaz de satisfazer in-

41 Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, 1887, p. 235, 249 e seguintes.

teiramente os juriconsultos da antiguidade. Constatavam claramente que um Estado que se liga apenas por seu próprio direito pode também desligar-se de seus tratados internacionais quando bem lhe aprouver. Procuraram, então, completar a autolimitação pela obrigação de cada Parte contratante em relação a sua divindade⁴².

O ato internacional dividia-se, portanto, em dois compromissos, e cada um consistia em um tratado entre um Estado e seus deuses em favor do outro Estado⁴³.

Essa construção engenhosa do tratado internacional como *pactum in favorem tertii* nos mostra que a antiguidade já reconhecia a necessidade de fundamentar os tratados internacionais sobre uma base acima da vontade do Estado. Entretanto, não podia resolver o problema porque não encontrava uma base comum, igualmente superordenada pelas partes contratantes.

Apesar disso, a teoria da autolimitação dos Estados ressuscitou no início dos tempos modernos, e isto se explica claramente pelo fato de que essa doutrina é inevitável para todos aqueles que negam a existência de regras superiores à vontade dos Estados. Essa doutrina se fundamenta principalmente na filosofia do direito do célebre filósofo Hegel que, nesse assunto, tinha um predecessor no pensador solitário Spinoza.

2.2 A doutrina de Spinoza. A teoria de Hegel. A influência dessa teoria sobre a ciência do direito internacional

Para Spinoza as concepções direito e poder são sinônimas. O direito de cada um equivale a seu poder⁴⁴. Esta opinião é consequência do pensamento panteísta de Spinoza, para quem cada coisa é uma parte do poder divino que nada mais é do que a natureza. Como é evidente que o Deus todo-poderoso tem direito sobre tudo, o direito de Deus equivale, portanto, a seu poder. Isto é verdadeiro também para os Estados, tanto para o âmbito interno como para a esfera internacional. Num caso como no outro, o direito do Estado se estende até os limites de seu poder⁴⁵. Seu cumprimento é a lei su-

prema⁴⁶; também os compromissos internacionais estão subordinados a essa regra. O Estado pode, portanto, livrar-se de um tratado internacional caso seu interesse assim o determine⁴⁷. Contudo, esse direito absoluto do Estado cessa quando seu poder é abalado por um concerto internacional. Então, cada Estado deve inclinar-se diante da vontade geral dos Estados. Se o Estado perder seu poder absoluto, estará igualmente privado de seu direito ilimitado⁴⁸.

Pensamento semelhante é encontrado na filosofia do direito de Hegel, para quem o espírito objetivo, isto é, Deus se encarna no Estado. Então, se o Estado é a encarnação do Absoluto, sua vontade é o poder absoluto sobre o mundo⁴⁹. Todo direito decorre dessa fonte, tanto o direito nacional como o direito internacional⁵⁰. O Estado pode, então, concluir tratados internacionais, mas mesmo assim permanece o senhor, porque a relação entre Estados, diz Hegel, é a relação que seres independentes estabelecem *inter se*, mas que perduram mesmo assim acima dessas cláusulas⁵¹. Portanto, a vontade do Estado continua superior a seus próprios compromissos.

Entretanto, essa doutrina não deve ser interpretada isoladamente. Ao contrário, é preciso enquadrá-la no sistema universal para descobrir o verdadeiro pensamento hegeliano.

Ora, o princípio fundamental de Hegel é o *método dialético*. Segundo esse método, o espírito objetivo coloca-se inicialmente em “tese”, opõe-se em seguida em “antítese” para chegar finalmente à “síntese”⁵². Portanto, o espírito objetivo está em movimento. Deve atravessar a “tese” e a “antítese” para chegar à “síntese”. Finalmente, chega. Em nossa ordem de ideias, a “tese” é a soberania absoluta do Estado. Entretanto, à soberania de um opõe-se em “antítese” a soberania absoluta dos outros Estados. Disto nasce necessariamente uma luta

46 *Op. cit.* cap. III, § 14.

47 *Op. cit.* cap. III, § 14, § 17.

48 *Op. cit.* cap. III, § 16. Sobre a doutrina de Spinoza, ver também A. Menzel “Spinoza und das Völkerrecht” na *Zeitschrift für Völkerrecht*, II, 1908, p. 17 e seguintes; H.H. Lauterpacht “Spinoza and international Law” na *British year book of international Law*, VIII, 1927, p. 89 e seguintes, e A. Verdross “Das Völkerrecht im Systeme Von Spinoza” na *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VII, 1927, p. 100 e seguintes.

49 *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, 1821, § 331.

50 *Op. cit.* § 336.

51 *Op. cit.* Zusätze, point 191 ad §330.

52 Richard Kroner, *Von Kant bis Hegel*.

42 Täubler, *Imperium Romanum*, I, 1913, p. 128.

43 Verdross, Die gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagen der Völkerrechtstheorie, *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, XVI-II, 1925, p. 473 e seguintes. Do mesmo autor *Die Verfassung Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, p. 12 e seguintes.

44 *Tractatus Politicus*, cap. II, § 3º e seguintes.

45 *Op. cit.* cap. III, § 2º, § 11.

entre os Estados, porque cada um procura submeter os outros a sua vontade. No entanto, também essa “tese” e essa “antítese” serão finalmente superadas por uma “síntese” que não é outra coisa senão a *comunidade internacional*. Assim, a soberania dos Estados isolados dá lugar àquela da família das nações.

É verdade que o próprio Hegel não extraiu claramente essas consequências de seu ponto de partida. Nem mesmo resultam necessariamente de seu método dialético que não é um método estático, mas dinâmico⁵³.

Observamos, então, um desenvolvimento bastante notável. Os pensamentos de Spinoza, assim como os de Hegel iniciam pela afirmação da vontade absoluta do Estado particular, negando a existência de um direito internacional superestatal, para abrir-se enfim à soberania da comunidade internacional.

Entretanto, a doutrina dos juristas do último século [século XIX] não interpretava o sistema de Hegel segundo o método dialético e somente considerava a “tese” da soberania absoluta do Estado. Detinha-se apenas nas palavras de Hegel, sem penetrar-lhe o espírito. Lia o sistema do mestre a partir de um método estático, esquecendo-se de que cada pensamento de Hegel deve ser comentado segundo o método dinâmico que nos ensina que cada “tese” é oposta a uma “antítese”, superada por uma “síntese”.

Assim, o pensamento primordial de Hegel foi esquecido ou negligenciado, mas seus termos permaneceram e exerceram enorme influência sobre a ciência do direito internacional. Tal influência foi desastrosa para essa ciência, como também para o direito internacional em si. Pütter fundamenta o direito internacional sobre a vontade do Estado, seguindo a “tese” de Hegel⁵⁴. Foi ele o primeiro jurista moderno que formulou nossa teoria da autolimitação, da auto-obrigação dos Estados. Essa doutrina foi, em seguida, particularmente desenvolvida por Georges Jellinek⁵⁵.

A teoria moderna da autolimitação sustenta a tese segundo a qual o direito internacional encontra seu fun-

damento na vontade do Estado *isolado*, mas permanece, apesar de tudo, obrigatória, porque o Estado é capaz de vincular a si mesmo. Adota, portanto, o mesmo ponto de partida de Spinoza e Hegel, mas não tem a coragem de extrair as mesmas consequências lógicas, isto é, que um direito internacional baseado unicamente na vontade do Estado deixa de ser obrigatório pela simples mudança dessa vontade. Tal doutrina quer também conciliar duas teses inconciliáveis: de um lado, a soberania absoluta do Estado e do outro, a obrigação dos Estados pelo direito internacional. No entanto, esses esforços são inúteis, porque toda obrigação de uma vontade supõe, como discutiremos mais adiante, a existência de uma *regra superior* a essa vontade⁵⁶.

A explicação apresentada pela teoria da autolimitação do Estado não é, portanto, muito satisfatória. Se a regra jurídica é apenas o produto de uma vontade livre, no fundo, não é obrigatória: permanece à disposição dos Estados que a criaram, visto que, cessando de querê-la obrigatória, podem não a levar em consideração. O que a vontade faz, uma vontade contrária pode desfazer⁵⁷.

A teoria da autolimitação do Estado foi admitida particularmente na Alemanha. No entanto, a doutrina francesa dos direitos fundamentais mostra um ponto de partida análogo.

“Os juristas franceses haviam tentado — diz Douguit⁵⁸ — fundamentar o direito internacional em uma concepção consideravelmente semelhante à concepção individualista sobre a qual se persistia em fundamentar o direito interno. Todos os Estados, diziam, são pessoas iguais e soberanas, como todos os homens são indivíduos iguais e autônomos. Todos os Estados podem exercer livremente sua atividade soberana interna e externamente... Entretanto, ainda que o indivíduo, no exercício de sua atividade autônoma, deva respeitar a autonomia dos outros, da mesma forma o Estado, no exercício de sua soberania independente, deve respeitar

53 P. Vogel, Hegels Gesellschaftsbegriff, *Ergänzungshefte der Kant-Studien*, nº 59, 1925, p. 86. Ver também B. Marius Telders, *Staat en volkenrecht, proeve van rechvaardiging van Hegels volkenrechtsleer*, Leiden, 1927, e o resumo de C. Baak na *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VII, 1927, p. 137.

54 Ver Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, 1847.

55 *Die rechtliche Natur der Staatenverträge* (1880). Ver também Bergbohm, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, 1877.

56 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 7 e seguintes; Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920); N. Politis, Le problème des limitations de la souveraineté, dans le *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1925, I, p. 5 e seguintes, 6º volume da coleção; Kunz, La primauté du droit des gens, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, nº 4 e 5; W. Suklennicki, *La souveraineté des Etats en droit international moderne*, 1927, p. 168 e seguintes.

57 Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, 1927, p. 21 e seguintes.

58 *Traité de droit constitutionnel*, 3ª edição, I, 1927. La règle de droit. Le problème de l'État, p. 715 e seguintes.

a independência soberana dos outros Estados... Cada Estado tem direitos fundamentais que pode exercer, mas com a condição de respeitar os direitos fundamentais dos outros Estados”. Buscou-se, portanto, fundamentar o direito objetivo internacional sobre o direito subjetivo de soberania estatal.

Como destaca Douguit: “Entretanto, essa teoria dos direitos fundamentais dos Estados repousa sobre um círculo vicioso. De fato, a fim de que uma personalidade qualquer possa ter direitos subjetivos, é preciso que esteja em relação com outras personalidades; é preciso que haja uma sociedade submetida a um direito objetivo. Se uma personalidade está isolada, não pode ter direitos... Não se pode, portanto, explicar o direito objetivo internacional senão pela existência de direitos subjetivos fundamentais dos Estados, uma vez que esses direitos somente podem existir se houver uma sociedade dos Estados submissa a um direito objetivo”.

Ao contrário, existem autores que permanecem fiéis à “tese” de Hegel e, conseqüentemente, afirmam que o Estado não está mais vinculado a seus compromissos quando seu conteúdo já não corresponde a sua vontade⁵⁹. No entanto, também esses autores veem exclusivamente a “tese” de Hegel e negligenciam a “síntese”.

2.3 A doutrina da primazia do direito nacional. A vontade do Estado

A última fase da doutrina da autolimitação dos Estados é a teoria da primazia do direito nacional. Traduz em termos jurídicos o pensamento da primeira doutrina que era concebida numa linguagem, sobretudo política. Assim, a teoria da autolimitação fala da “vontade” do Estado. A teoria da primazia do direito nacional, ao contrário, diz claramente que a “vontade” de um Estado – que não é uma pessoa real, mas um grupo social unido por regras jurídicas – não é uma vontade real, uma vontade psicológica, mas uma *vontade jurídica*; isto é, a vontade do Estado é aquela de uma ou mais pessoas que o direito declara como vontade do Estado.⁶⁰ Dizer

59 Lasson, *Prinzip und Zukunft des Völkerrechts* (1871); A. Bonucci, *Il Fine dello Stato* (1915), p. 85 e seguintes, p. 92; “Permanecerá a convenção internacional embora sempre expressão da atual vontade jurídica do Estado observante. Em cada caso, e com isto voltamos ao ensinamento de Hegel, não exprime outra vontade senão aquela do Estado disposto a observá-la”.

60 Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911; do mesmo autor: *Aperçu d'une théorie générale de l'État* (tradução francesa por Ch. Eisenmann), 1927. Extrait de la *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, outubro/novembro de 1926, p. 8 e seguintes;

que o Estado “quer” alguma coisa equivale, pois, a um julgamento segundo o qual seu direito nacional designa uma determinada ação como vontade do Estado. O Estado “quer” conseqüentemente a mesma coisa que seu direito “quer”. *A vontade do Estado é a vontade de seu direito.*

Ora, se devemos procurar a vontade do Estado em sua ordem jurídica, toda a esfera de atividade do Estado, mesmo seu âmbito internacional, está baseada em seu direito nacional. Se afirmamos que a vontade do Estado é juridicamente absoluta, devemos outorgar a primazia ao direito nacional.

Com efeito, essa teoria procura a base do direito internacional nos dispositivos das constituições nacionais que autorizam os chefes de Estado a concluir tratados internacionais⁶¹.

A partir dessa doutrina, as constituições nacionais instituem duas fontes de normas jurídicas: a lei para o direito interno e o tratado para o direito internacional.

Num primeiro momento, tal construção parece capaz de atingir seu objetivo. No entanto, um exame aprofundado demonstra que está errada. Sem dúvida, seria possível fundamentar uma grande parte do direito internacional sobre os dispositivos constitucionais em questão; entretanto, há também normas do direito internacional que se opõem a essa construção e, inicialmente, à regra segundo a qual as obrigações de um Estado não deixam de existir mesmo depois de uma mudança revolucionária da forma de Estado ou de sua constituição. Todas essas alterações não têm influência *do ponto de vista do direito internacional*. O Estado permanece *internacionalmente* o mesmo.⁶² Não há absolutamente regras do direito internacional que sejam mais seguras do que esta.

também seu curso ministrado na Academia de direito internacional: ‘Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public’: *Recueil des Cours*, 1926, IV, p. 231 e seguintes.

61 Verdross, *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, p. 329 e seguintes. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920; Wenzel, *Juristische Grundprobleme*, 1920, p. 397 e seguintes; Henrich, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. V, 1926, Viena, p. 308 e seguintes; Weyr, *Archiv des öffentlichen Rechts*, XXXIV, 1915, p. 236 e seguintes; Wittmayer, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIII, 1925, p. 1 e seguintes; Nawiasky, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, 1920. Ver também sobre a doutrina bolchevista do direito internacional sobre a base da primazia do direito interno: Korovine, como Mirkine-Guetzevitch, na *Revue générale de droit international public*, XXXII, 1925, p. 292 e seguintes e página 323 e seguintes, bem como os artigos de M. Kunz, *Sonjetrusland und das Völkerrecht*, na *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIII (1926), p. 580 e seguintes e de M. Hrabar, *Das heutige Völkerrecht vom Standpunkte eines Sonjetjuristen*, na mesma revista, XIV (1927), p. 188 e seguintes.

62 Hall-Higgins, *Treatise on international law*, 8ª edição, 1924, p. 20.

Assim, o artigo 10 da Constituição do Peru declara “nulos os atos daqueles que usurpam funções ou que adquirem empregos sem terem preenchido as formalidades previstas pela Constituição ou pelas leis”. Contudo, a Corte permanente de arbitragem de Haia decidiu em um litígio entre o Peru e a França, em 10 de outubro de 1921: “Levando em consideração que importa pouco que uma lei peruana tenha declarado nulos (os atos de um governo revolucionário)... essa lei não pode ser contrária aos estrangeiros que agiram de boa-fé⁶³”. Do mesmo modo, a decisão do tribunal arbitral de Lausanne, de 05 de julho de 1901, em uma desavença entre a França e o Chile dispôs: “O usurpador que detém de fato o poder com o consentimento expresso ou tácito da nação agiu e concluiu validamente em nome do Estado tratados que o governo legítimo restaurado é obrigado a respeitar⁶⁴”...

Quando das revoluções da Inglaterra de 1649 e de 1688, nem Cromwell nem Guilherme d’Orange repudiaram os compromissos resultantes dos tratados concluídos pelos Stuart, e os Stuart restaurados reconheceram a validade dos tratados concluídos por Cromwell. A República francesa também reconheceu os tratados concluídos pelo regime monárquico,⁶⁵ e o ministro das relações exteriores da França rejeitou em 1834 a proposta de um deputado para declarar nulos os tratados do regime napoleônico. “É preciso dizer-lhe – disse o ministro – em honra da Restauração, [se este fosse o caso], jamais esse argumento foi seriamente empregado amplamente... nós iríamos enrubescer⁶⁶”...

Essa regra deve ser considerada como geralmente reconhecida a partir da Conferência de Londres de 1831, que declarou que “Os tratados não perdem seu poder, sejam quais forem as mudanças que poderiam intervir na organização interior dos povos⁶⁷”. Uma declaração conjunta da França e da Grã-Bretanha, de 28 de março de 1918, repetiu que “Nenhum princípio é melhor estabelecido do que aquele a partir do qual uma nação é responsável pelos atos de seu governo, sem que uma troca de autoridade afete as obrigações incorridas⁶⁸”...

63 *Revue générale de droit international public*, XXIX, 1922, p. 275 e seguintes.

64 *Idem*, p. 278 e seguintes.

65 Fauchille, *Traité de droit international public*, 1922, t.1º, p. 338 e seguintes.

66 Larnaude, *Revue générale de droit international public*, XXVIII, 1921, p. 446 e seguintes.

67 Martens, *Nouveau recueil général*, X, 1826-1838, p. 197 e seguintes.

68 Fauchille, *op. cit.*, t. I, p. 342.

O mesmo princípio foi reconhecido pela decisão do árbitro Taft, em 18 de outubro de 1923, no litígio Tino-co entre a Grã-Bretanha e a Costa Rica⁶⁹, assim como pelo árbitro E. Borel, em 18 de abril de 1925, a propósito da divisão das anuidades da dívida pública turca. Nessa sentença arbitral, Borel diz: “Em direito internacional, a república turca deve ser considerada como continuação da personalidade do império otomano. É neste ponto de vista que evidentemente o Tratado (de Lausanne) se situa, como provam os artigos 15, 16, 17, 18 e 20 que não teriam sentido algum se, aos olhos das Altas Partes contratantes, a Turquia fosse um Estado novo, assim como o Iraque ou a Síria”.

Essa prática constante foi coroada agora pela decisão da Corte Permanente da Justiça Internacional, de 25 de julho de 1926, relativa a certos interesses alemães na Alta-Silésia e que diz expressamente: “Em relação ao direito internacional... as leis nacionais são simples fatos... assim como as decisões judiciais ou as medidas administrativas⁷⁰”.

Ora, é evidente que a regra segundo a qual a autoridade do direito internacional não é abalada em caso de mudança revolucionária da Constituição do Estado não pode ter sua base na teoria da primazia do direito nacional. Isto porque, segundo essa construção, o direito internacional existiria e cessaria de ser obrigatório com base na Constituição do Estado, assim como qualquer outra regra jurídica fundamentada unicamente em uma regra da Constituição do Estado deixa de vigorar se a Constituição, à qual está ancorada, desaparece. Portanto, se existem regras do direito internacional que sobrevivem às Constituições de Estado, estas devem ter outro fundamento além da Constituição. Entretanto, se é impossível basear o direito internacional *inteiramente* sobre o direito nacional, a teoria da primazia do direito nacional é inaceitável. Por este motivo é que abandonei, há quase dez anos, minha “primeira construção da primazia do direito nacional⁷¹”.

Apesar disso, tentou-se um último esforço para salvar essa doutrina moribunda. Disseram que foi solicitada pelo artigo 4º da nova Constituição alemã, assim como pelo artigo 9º da Constituição Federal da Repú-

69 *American Journal of International Law*, XVIII, 1924, p. 147 e seguintes. Ver também Kunz no *Wörterbuch des Völkerrechts*, II, p. 605 e seguintes.

70 Embargo nº 7, p. 19.

71 Verdross, *Die Völkerrechtswidrige Kriegerhandlung und der Strafanspruch der Staaten*, 1920, p. 110, nota 79.

blica da Áustria, artigos que dispõem que as regras geralmente reconhecidas do direito internacional formam uma parte do direito nacional⁷². Todavia, é fácil refutar tal argumento.

Inicialmente, esses artigos têm unicamente como objetivo obrigar os órgãos de Estados e seus sujeitos a se conformarem às regras do direito internacional comum sem precisar aguardar uma ordem especial do Estado que transforma caso a caso as regras do direito internacional em regras do direito interno⁷³. Isto porque, regularmente, as normas do direito internacional não se dirigem *diretamente* senão aos Estados para obrigá-los a tomar as medidas necessárias para torná-las executórias no âmbito do direito interno. Entretanto, a partir do direito internacional, os Estados têm a escolha de editar tais normas executórias em cada caso ou ordenar mediante uma regra geral, uma vez por todas, que os órgãos sejam obrigados a aplicar as regras do direito internacional⁷⁴.

De fato, os diversos sistemas jurídicos estatais variam neste tema. Quanto aos tratados internacionais, podemos constatar três tipos principais. Conforme o primeiro tipo, o tratado internacional tem também uma fonte do direito interno, coordenada pelas leis. O tratado internacional tem, portanto, força de lei. Também o capítulo IV, parágrafo 2º da Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787, dispõe: “A presente Constituição e as leis que os Estados Unidos estabelecerem para si, assim como todos os tratados concluídos ou a concluir sob a autoridade dos Estados Unidos serão a lei suprema do país⁷⁵”. A última alínea do artigo 113 da Constituição Federal da Suíça, de 29 de maio de 1874, declara igualmente: “... o tribunal federal aplicará as leis votadas pela assembleia federal e os embargos desta assembleia que têm um alcance geral. Igualmente se conformará aos tratados que a Assem-

bleia Federal tiver ratificado”. A coordenação das leis e dos tratados internacionais está igualmente inscrita na nova Constituição Federal da Áustria (art. 50). Este primeiro tipo de constituições de Estados ordena, portanto, de modo geral, que os tratados internacionais que se destinam ao Estado sejam igualmente obrigatórios para seus órgãos e seus sujeitos. Essas disposições transformam assim, de uma vez por todas, o direito internacional convencional em direito interno.

O segundo tipo é representado pelo direito da Alemanha, segundo o qual os tratados com os Estados estrangeiros que se referem a objetos que pertencem ao âmbito da legislação recebem a aprovação do Parlamento na forma de uma lei propriamente dita.

Entretanto, existe ainda outro tipo para a execução dos tratados internacionais, que remonta ao artigo 68 da Constituição da Bélgica, de 07 de fevereiro de 1831, e que divide os tratados internacionais em três categorias: 1. Os tratados validamente concluídos unicamente pelo chefe do Estado, o rei; 2. Os tratados de comércio e aqueles que poderiam onerar as finanças do Estado ou vincular individualmente os belgas, que não têm efeito senão após ter recebido o consentimento das Câmaras; esse consentimento, porém, não necessita de uma lei no sentido formal; 3. Os tratados sobre as cessões, as trocas ou as adjunções de territórios, que não podem ocorrer senão em virtude de uma lei formal.

A Constituição da Bélgica, que foi a primeira constituição democrática após a queda de Napoleão, exerceu grande influência. Foi seguida inicialmente pelo artigo 8º da Constituição Francesa e, em nossos dias, pelo parágrafo 64 da Constituição Tcheca. Contudo, a interpretação desses dispositivos não é uniforme⁷⁶. Segundo a prática francesa, por exemplo, um tratado internacional que se refere às matérias legislativas tem força de lei, mesmo se a aprovação da Câmara não tenha ocorrido por uma lei no sentido formal⁷⁷. A jurisprudência tcheca, ao contrário, é de opinião que um tratado internacional aprovado pelo Parlamento deve ainda ser transformado em uma lei formal para torná-lo obrigatório diante dos tribunais do Estado⁷⁸.

72 Wittmayer, *op. cit.*, p. 12 e seguintes.

73 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 111 e seguintes.

74 Verdross, Welche Bedeutung haben zwischenstaatliche Verträge für die innerstaatliche Gesetzgebung? Na *Verhandlungsschrift des zweiten deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei*, Brünn, 1925, p. 232 e seguintes. Ver também Wenzel, *op. cit.*, Kunz, *Annalen des Deutschen Reiches*, 1923, p. 309 e seguintes; G.A. Wälz, *Die A bänderung völkerrechtsgemässen Landesrechts*, 1927, R.A. Métall, Das allgemeine Völkerrecht und das Innerstaatliche Verfassungsrecht, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XIV (1927) p. 161 e seguintes. Do mesmo autor: *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VII (1928), p.308.

75 Vide igualmente o artigo 31 da Constituição da República Argentina: “A presente Constituição, as leis... os tratados concluídos com as nações estrangeiras formam a lei suprema da nação...”.

76 Ver Pitamic, *Parlamentarische Mitwirkung bei Staatsverträgen in Oesterreich*, 1915.

77 Michon, *Les traités internationaux devant les Chambres*, Paris, 1901.

78 *Die Rechtsprechung*, herausgegeben vom Verband österr. Banken und Bankiers, Wien, 7. Jahrgang, 1925, n° 3, p. 37 e seguintes; *Prager Juristische Zeitschrift*, 1925, p. 129 e seguintes.

Portanto, constata-se que há diversos caminhos para fazer penetrar as regras dos tratados internacionais no âmbito do direito interno. Os Estados têm, é verdade, a obrigação de regulamentar a execução dos compromissos internacionais; no entanto, têm escolha entre vários modos de execução.

Ora, o artigo 4º da Constituição Alemã, como o artigo 9º da Constituição Federal da República da Áustria não são nada mais do que tais dispositivos executórios. Entretanto, eles não se referem absolutamente, como os dispositivos das Constituições que acabam de ser analisadas, ao direito internacional convencional particular, mas ao direito *geral* dos povos. Portanto, em vez de editar em cada caso especial as leis executórias exigidas pelo direito comum dos povos, os artigos obrigam os órgãos e também os sujeitos a se conformarem em cada caso às regras que o direito internacional contém atualmente ou que ele, um dia, desenvolverá. O mesmo princípio é reconhecido pela jurisprudência da Grécia⁷⁹. De resto, ocorre apenas repetir a velha e célebre fórmula anglo-americana: “international law is a part of the law of the land”.

De fato, seu sentido é controverso⁸⁰. Entretanto, está fora de dúvida que a doutrina anglo-americana distingue igualmente a obrigação do Estado diante do direito internacional daquela dos órgãos e sujeitos. Assim sendo, a Declaração dos Direitos e Deveres das Nações, proclamada em 1916 pelo Instituto Americano de Direito Internacional, fala no artigo 6º de duas esferas de validade do direito internacional para com os Estados no âmbito interno⁸¹.

Em todos os casos, os artigos em questão que contêm apenas uma ordem geral endereçada aos órgãos e aos sujeitos não sonham absolutamente, como a teoria da primazia do direito nacional, fundamentar os compromissos internacionais do próprio *Estado* sobre seu direito constitucional. De resto, tal intenção não teria importância, visto que o direito internacional sobrevive à Constituição do Estado, como já discutido anteriormente.

A teoria da primazia do direito nacional deve, portanto, ser definitivamente rejeitada.

3. A VONTADE COLETIVA DOS ESTADOS COMO BASE DO DIREITO INTERNACIONAL E O RENASCIMENTO DA DOUTRINA CLÁSSICA

3.1 - A vontade coletiva dos Estados a partir de Spinoza

A crítica da primazia do direito nacional não é somente um resultado negativo; mostra-nos também o caminho que se deve seguir para resolver nosso problema. Spinoza escreve que a vontade de um Estado é suficiente para provocar uma guerra, mas a situação de paz supõe ao menos a vontade de dois Estados juntos⁸². O direito de paz, diz ele, está, portanto, baseado em uma vontade coletiva dos Estados⁸³.

Essa teoria foi retomada no final do século XIX, notadamente pelo renomado professor alemão Triepel⁸⁴, que divide com Hegel e Spinoza o ponto de partida filosófico: a vontade como base do direito. “Uma regra jurídica, escreve Triepel, é o conteúdo de uma *vontade* superior às vontades individuais... A formação da regra jurídica é também uma declaração de *vontade*, declaração a partir da qual qualquer coisa deve tornar-se um direito... No direito interno, a fonte de direito é em primeiro lugar a vontade do próprio Estado. Além disso, na esfera das relações entre Estados, a fonte de direito não pode ser senão *uma vontade emanando de Estados*. É evidente que essa vontade, que deve ser obrigatória para uma pluralidade de Estados, não pode pertencer a apenas um Estado... Entretanto, se a vontade de algum Estado particular não pode criar um direito internacional, pode-se imaginar apenas uma coisa: que *uma vontade comum*, nascida da união dessas vontades particulares, torna-se capaz de cumprir essa tarefa... Consideramos como um meio de constituir tal unidade de vontade, a *Vereinbarung*, termo usado na doutrina alemã para designar a verdadeira união de vontades e distingui-las de contratos que são acordos de várias pessoas para declarações de vontades de um conteúdo oposto”⁸⁵.

Essa passagem de Triepel constitui uma crítica penetrante e totalmente justa à doutrina da autolimitação

79 *Journal du droit international*, 5º ano, 1926, p. 775 e seguintes.

80 Ver: Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899; Wenzel, *op. cit.*; W. Kaufmann, *Die Rechtskraft des Internationalen Rechtes*, 1899; Kunz dans le *Wörterbuch des Völkerrechtes*, I, p. 793 e seguintes.

81 *American Journal of international law*, 1916, p. 215. Ver na mesma revista: XX, 1926, p. 444 e XXI, 1927, p. 308.

82 *Op. cit.* Cap. III, § 13.

83 *Op. cit.* Cap. III, § 15-16.

84 *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, tradução francesa por Brumet, Paris (1920). Ver também D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, 1901.

85 *Recueil des Cours de l'Académie*, T.1, 1923, p. 82 e seguintes.

do Estado. Vê claramente que o direito que provém de um só Estado não pode ser um verdadeiro direito internacional. Um único Estado não pode, portanto, criar senão um “direito público externo”. Por este motivo, Triepel solicita para qualquer regra jurídica do direito internacional a vontade comum de vários Estados, que se manifesta por um *Vereinbarung*, isto é, por tratados-leis. Tal regra não pode também ser modificada ou anulada senão por outro tratado-lei.

Contudo, de que natureza é essa *vontade comum dos Estados*? Que vínculo é capaz de unir as vontades isoladas dos Estados e transformá-las em uma vontade coletiva?

Para resolver esta questão, é necessário lembrar-se do que expusemos no capítulo precedente, isto é, que a vontade do Estado não é um fato extrajurídico que a experiência nos demonstra como tal. Pelo contrário, é um fato *jurídico*, isto é, um fato qualificado por regras jurídicas. Brevemente: a vontade do Estado é a vontade de uma ou mais pessoas que o *direito* declara como vontade do Estado. Ocorre que mesmo a vontade comum dos Estados não é uma realidade encontrada pela observação. É igualmente um fato *jurídico* que supõe uma regra segundo a qual uma vontade oriunda de certas pessoas é declarada como vontade dos Estados. Ora, o direito que contém essa regra pode ser o direito nacional ou o direito internacional. Todavia, se a vontade comum dos Estados era formada a partir de uma regra do direito nacional, a primazia do direito nacional renascia. Retorna-se, então, a uma teoria energeticamente rechaçada até mesmo por Triepel.

Se, ao contrário, desejarmos evitar essa consequência, não há outra escolha senão a de reconhecer pelo menos *uma regra* superior à vontade dos Estados que os vincula juntos. Apenas supondo a existência de tal norma é que uma vontade comum à qual os Estados particulares estão subordinados é concebível. Se a vontade de um Estado isolado não é senão a vontade de um órgão declarado pelo direito nacional como vontade do Estado e se a vontade de outro Estado é também a vontade de um órgão declarado como vontade do Estado por seu direito nacional, a vontade comum dos Estados não pode ser outra coisa senão a vontade dos órgãos que uma regra superior à vontade dos Estados particulares declara como tal.

Entretanto, supondo tal regra de ordem superior, retorna-se a uma velha doutrina, fundada pelos célebres precursores de Grotius, desenvolvida pelo próprio Gro-

tius e por seus sucessores. Portanto, vê-se que a doutrina da vontade coletiva dos Estados, não mais que a teoria da primazia do direito nacional, não é capaz de fundamentar o direito internacional. As duas desmoronam numa crítica imanente, mas a crítica nos demonstrou também que essas teorias, se nos esforçarmos para extrair delas as consequências, abrirão elas mesmas a porta para a doutrina da primazia do direito internacional. Por seu fracasso, é para essa doutrina que preparam o terreno.

3.2 A soberania de Krabbe. O direito como base da vontade do Estado

Ao longo das últimas décadas, produziu-se uma reação sempre crescente contra a doutrina internacionalista do século XIX. Foi preparada inicialmente pelo sábio holandês Krabbe que, mediante uma crítica profunda e decisiva, reverteu a própria base da velha concepção. Tal concepção, sabemos disso, procura fundamentar o direito internacional na vontade do Estado, seja de um único Estado, seja de vários Estados juntos. Krabbe nos mostra de forma engenhosa que tal vontade de Estados, superior ao direito, nada mais é do que pura ficção à qual a realidade não corresponde⁸⁶. Na verdade, não existem senão vontades de seres vivos, de *homens*. A pretensa vontade do Estado não pode ser outra coisa senão uma junção de vontades humanas. Entretanto, se nos perguntarmos se as vontades humanas formam a vontade do Estado, veremos claramente que, falando de uma vontade do Estado, se supõe uma regra jurídica preexistente autorizando determinadas pessoas a agirem em nome de uma coletividade de homens unidos por regras jurídicas. Assim, não se pode fundamentar o direito sobre a vontade do Estado; ao contrário, deve-se basear a vontade do Estado sobre o direito.

Esse pensamento foi desenvolvido ainda por meu mestre e compatriota, o Professor Kelsen⁸⁷, assim como na França pelo renomado jurista Léon Duguit⁸⁸. Estes sábios ensinam que “a vontade do declarante não é jamais a causa criadora do efeito jurídico; a declaração de vontade é somente a condição à qual se subordina o nascimento do efeito jurídico determinado pela regra

86 *Die Lehre von der Rechtsveranität*, 1906; do mesmo autor: *De moderne staatsidee*, 1915 (em holandês) e *Die moderne Staatsidee*, 1919.

87 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911.

88 L. Duguit, *La règle de droit. Le problème de l'État*, 1923, p. 280.

jurídica⁸⁹”, “não é absolutamente a declaração de vontade a causa criadora da situação jurídica consecutiva a um ato jurídico qualquer; na realidade, não é senão a condição da aplicação de uma norma jurídica”. “O ato jurídico não pode em si produzir seu efeito jurídico, pois não é senão a *condição* de aplicação do direito objetivo⁹⁰”. Qualquer vontade jurídica pressupõe, portanto, uma regra jurídica, a partir da qual a declaração de vontade de certas pessoas está ligada a uma consequência jurídica. Não é a vontade como tal que cria direitos; ela não pode fazê-lo senão em virtude de uma regra jurídica preexistente que ordena obedecer a essa declaração de vontade. Nem a vontade do legislador, nem a vontade das partes contratantes constituem a fonte suprema do direito, visto que essas vontades só obrigam quando fundadas em uma regra que estabelece serem obrigatórias as declarações dessas vontades.

Reconhece-se, portanto, que a validade de cada regra jurídica deve depender em último caso, não de uma vontade, mas de outra regra da qual provém⁹¹, porque o direito apresenta — como bem observa Kelsen — a “particularidade de regulamentar sua própria criação; uma regra jurídica determina como outra regra será estabelecida; nesse sentido, a segunda depende da primeira. É este vínculo de dependência que une entre si os diferentes elementos de uma ordem jurídica que é seu princípio de unidade. A validade de uma norma jurídica baseia-se precisamente sobre a norma que regulamenta sua criação; uma norma é válida se colocada conforme aquela que é em relação a ela uma norma superior⁹²”. O sistema de direito consiste, assim, em uma pirâmide de normas que são entre si, sejam coordenadas, sejam sub e superordenadas.

Entretanto, que regra constitui o topo desse edifício? É evidente que não pode ser também uma norma jurídica se denominamos normas jurídicas as regras que derivam de uma vontade jurídica. De que outra natureza é, portanto, a norma suprema da hierarquia das normas jurídicas?

89 *Idem*, p. 561.

90 L. Duguit, *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, 1921, I, p. 259. Sobre as teorias de Kelsen e Duguit, ver os artigos de Kunz e de Tasic na *Revue internationale de la théorie du droit*, Brünn, 1º ano, 1926-1927.

91 Ver igualmente Perassi, na *Rivista di diritto internazionale*, XI, 1917, p. 195 e seguintes, p. 285 e seguintes.

92 *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, *loc. cit.*, p. 28. Do mesmo autor: *Die Idee des Naturrechts, dans la Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), VII (1928), p. 221 e seguintes e *Recueil des Cours de l'Académie*, 1926, IV, p. 263 e seguintes.

3.3 A norma de origem hipotética de Kelsen e Anzilotti

Para Kelsen⁹³ assim como para Anzilotti⁹⁴, notável jurista italiano e juiz na Corte Permanente de Justiça Internacional, essa regra é apenas suposta, uma hipótese científica que garantiu a unidade do sistema do direito.

A pretensa “norma de origem” não é uma verdadeira norma ou norma fundamental, mas uma regra puramente suposta, uma regra hipotética que serve para construir o sistema de direito.

Essa ideia de uma norma fundamental hipotética foi combatida por Triepel, que sustenta que essa hipótese não é absolutamente melhor que sua doutrina da vontade coletiva dos Estados. Se nós derivamos o direito de uma vontade, diz ele, nos é preciso fazer compreender, é verdade, de onde essa vontade extrai sua força obrigatória. Todavia, responder a essa questão com uma resposta não jurídica, fundamentar a validade do direito sobre fatos psicológicos, por exemplo, sobre o sentimento dos sujeitos estarem ligados por quaisquer motivos, pela vontade da comunidade, vale tanto quanto professar a ideia de uma norma fundamental hipotética⁹⁵.

Contudo, esse pensamento desconhece a diferença essencial entre as duas doutrinas. A teoria da norma de origem hipotética tem por objetivo fundamentar o direito sobre uma norma objetiva, totalmente independente da vontade dos sujeitos às quais ela se destina. Se, ao contrário, Triepel busca fundamentar o direito no sentimento dos sujeitos, a base do direito torna-se absolutamente subjetiva. Portanto, caso falhasse o sentimento de estar vinculado, as regras do direito cairiam.

Triepel vai contra a razão quando declara que a norma fundamental hipotética não é senão pura ficção⁹⁶. A teoria da norma fundamental hipotética tem como objetivo fundamentar o direito sobre uma regra objetiva, e isto é o progresso devido a essa doutrina, mas na realidade, ela baseia o direito sobre a ficção de tal regra.

Kelsen, assim como Anzilotti, fala — é verdade — de uma hipótese e acredita que a suposição de uma regra hipotética se torna legítima pelo método das ciências da

93 *Op. cit.*, p. 26 e seguintes.

94 *Corso di diritto internazionale*, 1923, p. 40 e seguintes.

95 *Op. cit.*, p. 87.

96 *Op. cit.*, p. 87.

natureza que se servem também das hipóteses científicas. Entretanto, existe uma diferença essencial entre as hipóteses das ciências experimentais e a regra hipotética no âmbito jurídico, pois as hipóteses das ciências da experiência são apenas antecipações da experiência⁹⁷. Cada hipótese dessas ciências não é outra coisa que uma lei hipotética que deve ser justificada pela experiência. Essas hipóteses não são senão solicitações da experiência. O sábio interroga a natureza ou a vida social: determinado fenômeno pode ser explicado por uma determinada lei? A natureza ou a vida social respondem sim ou não, por intermédio da experiência.

Ora, Kunz considera que da mesma forma, no âmbito jurídico, a escolha da hipótese de origem não depende da vontade arbitrária do sábio, mas do conteúdo do sistema jurídico positivo⁹⁸. Entretanto, esquece que, conforme a teoria de Kelsen, todas as regras do direito positivo *dependem* em última análise da norma de origem hipotética. É dessa hipótese e somente dela — diz Kelsen — que resultam a unidade da ordem jurídica e o caráter jurídico de todos os atos jurídicos⁹⁹. A norma fundamental hipotética é, então, a base suprema do direito que institui as fontes do direito positivo. Não se pode, portanto, escolher — como Kunz acredita — a regra hipotética em correspondência com o direito positivo, porque este não existe senão *em virtude* dessa hipótese. Desse ponto de partida, Kelsen apenas extrai as consequências lógicas quando sustenta a tese de uma escolha possível entre a hipótese da primazia do direito internacional e a da primazia do direito nacional. Com efeito, se a existência de regras positivas depende da norma fundamental hipotética, é impossível demonstrar a existência das regras superestatais a todos aqueles que aceitam como norma fundamental a regra de obedecer à Constituição de um determinado Estado isolado.

No entanto, qual é a causa da diferença essencial entre a norma fundamental hipotética no âmbito jurídico, de um lado, e as hipóteses das ciências experimentais, de outro? Segundo minha opinião, consiste no fato de que as hipóteses dessas ciências devem e podem ser verificadas pela experiência, enquanto a norma hipotética não é em hipótese alguma demonstrada pela realidade. É bem possível também, no campo jurídico, questionar se os

homens aos quais as regras se destinam conformam-se a elas. Este fato, entretanto, não prova absolutamente *o dever* de conformar-se a elas, não confirma a predição de que os indivíduos agirão de uma determinada maneira, porque o fato de uma determinada conduta humana não responde à questão: os homens *devem* conformar-se a determinadas prescrições? Responde apenas à questão: os indivíduos conformam-se a uma determinada predição? Somente a esta questão é que a experiência responde sim ou não, mas não garante absolutamente que os homens *devem* agir como eles agem realmente. Desta forma, o método da comprovação está reservado às regras da experiência e não pode ser aplicado às regras jurídicas, porque seu sentido não expressa determinada regularidade que pode ser demonstrada pela experiência, mas uma prescrição, uma obrigação, um dever cuja existência não está de forma alguma provada pelo simples fato de que determinada conduta humana é regularmente observada.

Consequentemente, é preciso distinguir claramente as regras *normativas*, isto é, as regras que expressam aquilo que deve ser e as regras que não expressam senão uma *regularidade* seja da natureza, de um lado, seja da vida social, de outro. De resto, é evidente que cada regularidade da vida social não é uma observância de uma regra jurídica.

Todavia, se a regra fundamental hipotética não é de forma alguma demonstrável pela experiência, não é uma hipótese no sentido restrito do termo, mas um *axioma* cuja verdade deve ser provada por *outro* método que aquele de que se servem as ciências experimentais.

Com efeito, outros sábios se voltaram diretamente para a velha teoria do direito natural. Entre eles, figuram teólogos como Cathrein, Mausbach e Shilling, assim como sábios leigos como L. von Bar, L. Nelson, Le Fur, Ebers cujas teorias, é verdade, se assemelham sob o ponto de vista crítico às teorias que foram expostas, mas diferem daquelas admitindo verdadeiras normas objetivas acima e independentes de toda vontade humana.

Da primeira categoria, citarei apenas Mausbach¹⁰⁰ que professa: “Há um direito natural acima dos Estados; há princípios para o direito internacional que não podem ser modificados” e, seguindo Liszt, que aceita a regra *pacta sunt servanda* como a própria base do direito internacional, Mausbach pergunta: “Esta primeira nor-

97 J. Petzoldt, *Das Weltproblem vom Standpunkte des relativistischen Positivismus*, 1912, e notadamente Vaihinger, *Die Philosophie des Als-ob*, 5ª e 6ª edição, 1920.

98 *La primauté du droit des gens*, loc. cit.

99 *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, loc. cit., p. 27.

100 *Völkerrecht und Naturrecht*, 1918, p. 88 e 112.

ma é o resultado do direito costumeiro ou dos tratados internacionais”? E ele mesmo responde: “Certamente que não, mas neste caso reconhecemos um princípio geral do direito natural como fundamento do direito internacional”.

Por outro lado, L. von Bar¹⁰¹, L. Nelson¹⁰² e Ebers¹⁰³ procuram basear o direito internacional no princípio da justiça universal. Louis Le Fur constata também que o Estado não cria o direito¹⁰⁴; rechaça a doutrina autonomista que faz o direito internacional apoiar-se inteiramente na vontade do Estado. Essa teoria, afirma, não tem base; na realidade, apoia-se sobre uma petição de princípio, a ideia da força obrigatória dos contratos impondo-se à vontade do Estado. Isto supõe a existência preliminar de uma *lei moral superior* ao Estado e que lhe impõe o respeito à palavra dada¹⁰⁵.

Essas citações são suficientes para reconhecer que a doutrina clássica do direito internacional, sobretudo a de Suarez e de Grotius, renasce.

Entretanto, o objetivo final de nossa tarefa ainda não foi atingido, porque subsiste a objeção fundamental da teoria positivista contra qualquer ideia do direito natural. Conforme essa objeção, o pretensão direito natural não é senão um sentimento subjetivo da justiça que varia conforme as civilizações e as circunstâncias. O erro da teoria do direito natural, dizem, é precisamente confundir o direito com a moral e a política, que devem estar separados claramente, porque a jurisprudência pode apenas analisar o conteúdo do direito positivo sem ter a competência de examinar se essas regras são ou não justas.

A inauguração de tal *actio finium regundorum* entre a jurisprudência de um lado e a ciência da moral de outro é um mérito incontestável da doutrina positivista, sobretudo dos teóricos K. Bergbohm¹⁰⁶ e Kelsen¹⁰⁷ que, como já vimos, no âmbito do direito internacional já contavam com um predecessor, J. J. Moser¹⁰⁸. Seus es-

forços tendiam a purificar a jurisprudência, não o direito, como se acreditava erroneamente¹⁰⁹, de todos os acessórios psicológicos, sociológicos, políticos e éticos para coroá-lo com uma jurisprudência *pura*, isto é, com uma ciência que trate somente o conteúdo do direito positivo sem criticá-lo.

Entretanto, como um maratonista que, para atingir seu objetivo o ultrapassa frequentemente, assim a doutrina positivista foi muito longe na luta legítima contra a mistura das categorias éticas e jurídicas. Tem muita razão em pretender que o direito positivo seja um valor diferente da moral, mas tal diferença não é *absoluta*, é *relativa*.

Como todo direito positivo supõe a ideia da justiça, não é senão uma tentativa mais ou menos bem sucedida aplicar essa ideia às circunstâncias¹¹⁰. O *sentimento* da justiça, é verdade, varia conforme as pessoas e os períodos da história. Entretanto, isto não impede de forma alguma que a justiça como tal seja um valor objetivo e absoluto, independente da vontade e do sentimento dos homens, pois não foi o homem que criou as regras da justiça, pode apenas constata-las. Esses princípios existem numa *esfera ideal* como as verdades matemáticas que, da mesma forma, são absolutamente independentes do fato de seu conhecimento ou reconhecimento pelos homens. Deve-se, portanto, distinguir nitidamente as regras objetivas da justiça ideal do sentimento subjetivo da justiça que é apenas um meio para reconhecê-las.

O conhecimento desses princípios, de fato, é extremamente difícil e só conquistado muito lentamente com o desenvolvimento da civilização. Para reconhecer todas as regras da justiça, seria necessário abraçar de forma absoluta o campo inteiro da atividade humana à qual elas se aplicam¹¹¹. No entanto, como cada homem percebe apenas uma parte mais ou menos restrita dessa atividade, o sentimento de justiça varia igualmente. Assim, conciliam-se dois fenômenos que parecem inconciliáveis, a saber: um, que todos estamos convencidos de reconhecer de modo evidente em determinado momen-

101 *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, VI, 1912, p. 145 e seguintes.

102 *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917.

103 *Mitteilungen der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7, 1928, p. 8 e seguintes.

104 *Philosophie du droit international*, Extraído da *Revue générale du droit international public*, 1921.

105 *Op. cit.*, p. 4.

106 *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892.

107 *Op. cit.*

108 *Op. cit.*

109 Ratzenhofer, *Österr. Gerichtszeitung* (Viena), 1923, p. 129 e seguintes.

110 Stammler, *Die Lehre vom richtigen Recht*; Nicolau Hartmann, *Ethik.*, 1926, p. 59; W. Burckhart, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927, p. 14 e seguintes; B. Horvath, *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Viena), VI, 1926, p. 107 e seguintes.

111 L. Strisower, Discurso de abertura pronunciado na sessão do Instituto de Direito Internacional em Viena, *Annuaire de l'Institut*, 1924, p. 81.

to aquilo que é justo; outro, que esses julgamentos de diversos homens não estão sempre em harmonia. Por vezes, um considera justo aquilo que o outro condena.

Da mesma forma, a pluralidade dos sistemas morais parece opor-se à consciência de cada um deles ser o único na posse dos verdadeiros princípios, fato que induziu o Positivismo a pretender que essa consciência não é senão uma quimera e que, na verdade, há somente regras morais subjetivas.

Todavia, a escola filosófica denominada fenomenológica resolveu criativamente o problema que parece ser antinômico, demonstrando que a tese de **uma** ética objetiva e aquela de sistemas morais diferentes não são contraditórias, porque cada sistema moral pode apenas abarcar uma determinada parte do mundo objetivo das ideias éticas, negligenciando as demais. Essa limitação de nossa consciência dos valores (*Enge des Wertbewusstseins*) explica o fato de que um sistema moral aceita como valor supremo uma ideia que outro sistema não vê absolutamente ou à qual não reconhece senão uma categoria subordinada diante de uma ideia superior que foi omitida pelo outro sistema¹¹².

Entretanto, há também ideias éticas que cada civilização reconhece. Assim, o barão Kaorff, do qual já falamos, demonstra que, no âmbito do direito internacional, “sempre existiu uma predominância marcante de ideias ou de concepções *morais*; estas ideias triunfam sobre a força brutal, as dominam e as controlam firmemente¹¹³”. Entre essas ideias figura o princípio fundamental das relações internacionais que foi sempre e por toda a parte o mesmo, isto é, a santidade das obrigações e dos contratos internacionais. A este respeito, diz Kaorff, jamais houve uma diferença em que essas obrigações tenham sido consideradas vinculando o Estado impessoal ou seu principal representante, o rei ou o soberano¹¹⁴. A força obrigatória de todas essas obrigações internacionais permaneceu exatamente a mesma desde os tempos de Ramsés ou Murdoc, de Péricles ou de Cícero até nossos dias¹¹⁵. Essa ideia era exatamente a mesma na base da teoria romana dos tratados internacionais, sobre os quais falamos no Capítulo II, porque

também reconhecia a necessidade de fundamentar essas convenções sobre uma base acima da vontade das Partes contratantes.

A regra *pacta sunt servanda* tem duplo caráter. De um lado, é, com certeza, uma regra do direito positivo porque aceita pela prática geral dos Estados. Assim, o Protocolo muito conhecido de 17 de janeiro de 1871, da Conferência de Londres, declara solenemente: “Os plenipotenciários da Alemanha, da Inglaterra, da Áustria, da Itália, da Rússia e da Turquia, reunidos, reconhecem que há um princípio essencial do direito internacional que nenhuma potência pode livrar-se dos compromissos de um tratado nem modificar as estipulações senão depois do consentimento das Partes contratantes por meio de um Acordo amigável”. Por outro lado, a norma *pacta sunt servanda* tem um patamar superior ao direito positivo, porque cada regra do direito positivo, seja do direito convencional, seja do direito costumeiro que não se compõe senão de tratados tácitos, já *supõe* a regra *pacta sunt servanda* sobre a qual os tratados se baseiam. Esse pensamento não foi apenas exposto pela escola do direito natural, como já discutimos, mas igualmente reconhecido por um dos primeiros partidários da escola positivista, isto é, pelo renomado holandês Bynkershoek, que a formulou nos termos seguintes: “*pacta privatorum tuetur jus civile; pacta publicorum bona fides. Hanc si tollis, tollis inter principes commercia quae oritur ex expressis pactis, quin et tollis ipsum jus gentium, quod oritur e pactis tacitis et praesumptis, quae ratio et usus inducunt*”¹¹⁶).

A regra *pacta sunt servanda* não é uma simples norma jurídica, é também uma regra ética, isto é, um valor *evidente* ou que deriva logicamente de uma regra absoluta, por exemplo, da norma *suum cuique*.

Assim, o direito positivo é, na verdade, uma classe especial no mundo dos valores, mas não está absolutamente separado de outros troncos da ordem normativa. O direito positivo é, portanto, um valor *relativo*, que se modifica com o desenvolvimento da civilização; mesmo assim, está fundamentado sobre o valor *absoluto* da ideia de justiça. Como todo valor relativo, não é valor senão *em relação* a um valor absoluto.

Este pensamento decide igualmente o litígio científico, se há ou não uma escolha possível entre a primazia do direito nacional e a do direito internacional, porque a justiça universal se opõe à primazia do direito nacional

112 N. Hartmann, *op. cit.*, p. 258 e seguintes. Do mesmo autor, *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 1925. Ver igualmente o relatório na *Zeitschrift für öffentliches Recht (Viena)*, VII, 1928, p. 311-313.

113 *Op. cit.*, p. 7 e seguintes.

114 *Op. cit.*, p. 21 e seguintes.

115 *Op. cit.*, p. 7 e seguintes.

116 *Quaestionum juris publici libri duo, II cap. IX.*

que nada mais é que a negação do direito no âmbito internacional¹¹⁷.

4. A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL E A CONCEPÇÃO UNITÁRIA DO DIREITO

4.1 Os recursos do direito internacional. O legislador na esfera internacional

Se reconhecemos que a regra *pacta sunt servanda* é superior à vontade dos Estados, é fácil demonstrar que as cláusulas estabelecidas entre os Estados *em virtute* dessa regra lhes são igualmente superordenadas, porque a norma *pacta sunt servanda* obriga os Estados a se conformarem às regras criadas pelo acordo entre eles. Esse acordo pode produzir-se seja por um tratado expresso, seja por uma convenção tácita das nações, isto é, por atos concluídos pelos quais os Estados participantes deixam entrever que querem estar vinculados de uma determinada maneira¹¹⁸.

As regras do primeiro grupo constituem o direito convencional, as do segundo grupo, do direito costumeiro. Tanto um como o outro podem introduzir também regras criadas por outro procedimento. Assim, o artigo 38 do Regulamento da Corte Permanente de Justiça Internacional obriga a Corte a aplicar subsidiariamente “os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas” em sua legislação nacional. O mesmo dispositivo é encontrado nos vários tratados de arbitragem¹¹⁹.

Portanto, não é a vontade como tal, seja a vontade de um Estado, seja a vontade comum de todos ou de vários Estados, que faz nascer o direito internacional,

117 Escolha científica sustentada ainda por Hans Kelsen em seu *Cours de l'Académie de droit international*, 1926, IV. No entanto, esse pensamento é apenas a consequência de seu ponto de partida relativista que nega a existência de uma justiça objetiva e absoluta, confundindo o sentimento subjetivo da justiça com a justiça *em si*.

118 Grotius, *De jure belli ac pacis*, Prolegomena § 17: “*Sed sicut jusque civitatis jura utilitatem sua respiciunt, ita inter civitates aut omnes, aut piasque ex consensu jura quadam nasci potuerunt...*”. Bynkershoek, *Quaestiones juris publici*, III: “*Jus gentium oritur et pactis facitis et praesumptis quae ratio et usus inducunt*”; Vattel, *Le droit des gens*, § 25: *Este direito (costumeiro) é fundamentado no consentimento tácito ou... numa convenção tácita das nações que o observam entre elas...*” Ver também Triepel, *op. cit.*, p. 7; Moore, *Digest of international law*, I, 1906, p. 5.

119 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, 1926, p. 57 e seguintes.

mas a força obrigatória deste decorre da regra objetiva *pacta sunt servanda* que impõe aos Estados o respeito à palavra dada. Portanto, o direito internacional todo é superordenado aos Estados. Estes, por sua vez, lhe são subordinados, porque a cada superordenação corresponde sempre uma subordinação. Assim, a crítica da teoria dominante nos conduz à primazia do direito internacional.

Entretanto, antes de desenvolver esse pensamento, convém que nos ocupemos, ainda que brevemente, de uma objeção bastante difundida. Frequentemente sustenta-se que, no âmbito do direito internacional, o legislador coincide com os sujeitos aos quais esse direito se endereça. O Estado, dizem, é igualmente legislador e sujeito do direito internacional. Contudo, esta tese está errada, pois esquece que, na realidade, as regras do direito internacional jamais são criadas por um único Estado, mas por uma comunidade de Estados. Os sujeitos do direito internacional, ao contrário, são os Estados particulares¹²⁰.

Além disso, os Estados-membros da comunidade internacional estão subordinados às regras dessa sociedade, criadas pela vontade geral. Não há, portanto, senão que se decidir pela primazia do direito internacional.

A primazia do direito internacional é de importância fundamental para o edifício jurídico, por ser capaz de superar a pluralidade das ordens jurídicas, fornecendo uma concepção unitária do direito.

4.2 A constituição dualista do direito e o sistema unitário

A doutrina ainda dominante sustenta que os diversos direitos nacionais, assim como o direito estatal de um lado e o direito internacional de outro, são círculos jurídicos fechados sem relação entre eles. Em 1914, propus chamar essa concepção de construção dualista do direito¹²¹, denominação que, infelizmente, já penetrou na doutrina, pois seria melhor dizer construção pluralista do direito, porque, para seus autores, não seria somente o direito internacional de um lado e o direito nacional de outro, mas também cada direito nacional forma um sistema isolado do qual um é inteiramente independente do outro. Em suma, a denominação “construção dualis-

120 Salvioi, *Rivista di diritto internazionale*, XIV, 1921-1922, p. 20 e seguintes, p. 34 e seguintes.

121 *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, p. 329 e seguintes.

ta” pode ser mantida, visto que se trata inicialmente de destacar a independência recíproca do direito internacional e do direito nacional.

A teoria da primazia do direito nacional, ao contrário, como já desenvolvemos e que procura fundamentar o direito internacional sobre o direito nacional, quer, na verdade, criar uma construção *monista*, isto é, uma construção unitária do direito. Entretanto, não atinge seu objetivo e isto por duas razões: uma consiste, como já vimos¹²², na impossibilidade de fundamentar o direito internacional *inteiramente* sobre o direito nacional. No entanto, mesmo se isto fosse possível, os diversos direitos nacionais, apesar disso, permaneceriam independentes um do outro.

Contudo, a primazia do direito internacional não garante apenas a unidade do direito nacional e do direito internacional; está igualmente apta a fundamentar os diversos direitos nacionais da comunidade internacional no sistema unitário do direito. Sozinha, é capaz de fornecer diretamente uma *verdadeira* construção monista.

Essa teoria foi recentemente atacada por uma crítica veemente¹²³ que nos interessa particularmente, pois provém do eminente professor Triepel, o porta-voz da doutrina dualista, defendida também por nosso ilustre colega de Roma, Anzilotti¹²⁴.

A teoria dualista sustenta que o direito internacional e os direitos nacionais são troncos do direito inteiramente diferentes um do outro, particularmente pelas razões seguintes:

1º As fontes jurídicas do direito nacional — segundo essa teoria — diferem totalmente daquelas do direito internacional. A fonte do direito interno é a vontade de um único Estado; o direito internacional deriva da vontade coletiva de vários Estados. Da mesma maneira, o direito nacional de um Estado não tem relação jurídica alguma com o direito dos outros Estados. Portanto, é arbitrário afirmar que esses sistemas jurídicos estão fundamentados no direito internacional. Se isto fosse verdade, diz Triepel, o direito internacional deveria ter existido desde o começo do mundo ou, pelo menos, desde os tempos em que Deus expulsou do paraíso os primeiros homens. A teoria da primazia do direito inter-

nacional é, portanto, totalmente anti-histórica¹²⁵.

2º O direito internacional rege igualmente outras relações além do direito interno. Este regulamenta as relações entre os indivíduos submetidos ao Estado, assim como as relações entre os sujeitos e o Estado. Ao contrário, o direito internacional somente regulamenta as relações entre os Estados perfeitamente iguais. Disto resulta que os sujeitos são obrigados a obedecer também às regras do direito interno contrárias ao direito internacional que não vinculam senão o próprio Estado. Portanto, essas leis, ainda que em oposição às prescrições do direito internacional, são leis válidas para todos os sujeitos que a elas estão submetidos.

Em poucas palavras, vamos tentar refutar estes argumentos.

A tarefa nos é facilitada pelo próprio Triepel sob dois pontos de vista. Se várias fontes, diz ele inicialmente, são coordenadas uma à outra, uma dependência jurídica de uma vontade diante da outra não é possível a não ser se todas as duas forem submissas a uma terceira vontade que se impõe a elas. Por exemplo, os Estados-membros de um Estado federal dependem um do outro porque são submissos à vontade jurídica do Estado federal¹²⁶. Ora, a história nos ensina que a maior parte dos Estados federais foi formada pela vontade de determinados Estados até então soberanos. Da mesma maneira, a teoria da primazia do direito internacional não afirma absolutamente que na história o direito positivo dos povos se tenha desenvolvido antes do direito interno; diz apenas que desde o nascimento da *comunidade internacional*, o direito internacional é superordenado aos direitos internos. Triepel confunde assim uma categoria histórica com uma categoria lógica e jurídica.

É, portanto, uma petição de princípios afirmar que entre o direito interno e o direito internacional é impossível uma relação de justaposição. De resto, essa tese está também em contradição com o ponto de partida da teoria triepeliana que distingue claramente a vontade comum dos Estados da vontade dos Estados particulares, admitindo que a primeira é capaz de impor aos membros da comunidade internacional regras obrigatórias de conduta¹²⁷. Entretanto, essa vontade comum, formada sobre a base da norma primária *pacta sunt servanda*, é precisamente a vontade sobreposta aos Estados

122 Capítulo II.

123 *Recueil des Cours de l'Académie*, 1923, t. I, p. 77 e seguintes.

124 *Corso di diritto internazionale*, 1923, p. 30 e seguintes.

125 *Op. cit.*, p. 87.

126 *Op. cit.*, p. 103.

127 *Op. cit.*, p. 82.

coordenados que apenas são iguais por sua subordinação igual ao direito internacional.

Daí resulta que é impossível tratar o direito internacional e o direito interno assim como os diversos direitos nacionais da comunidade internacional como sistemas jurídicos absolutamente separados, visto que se encontram numa relação de dependência recíproca que é uma relação de subordinação do direito interno perante o direito internacional e, conseqüentemente, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais.

Portanto, não é justo afirmar, como expõe Triepel, por exemplo, que o direito sueco não tem relação jurídica alguma com o direito japonês¹²⁸. Na verdade, essa relação existe pelo fato de sua subordinação comum ao direito internacional.

Do momento em que há essa subordinação, os Estados deixam de ser totalmente livres e fazem parte do sistema jurídico da comunidade internacional. Sem dúvida, conservam ainda nesse âmbito uma liberdade muito ampla, mas esta liberdade não é mais juridicamente ilimitada, porque restrita pelas regras do direito internacional.

Contudo, uma liberdade que depende de regras estabelecidas por uma comunidade superior não é senão uma liberdade limitada, isto é, uma competência conferida pelo direito sobreposto. Esse pensamento, agora, está aprovado pelo artigo 15, alínea 8 do Pacto da Sociedade das Nações, que fala dos desacordos sobre uma questão “que o *direito internacional* deixa à competência exclusiva” de um Estado em litígio. Por esse dispositivo, o Pacto reconhece claramente que a liberdade dos Estados, mesmo sua atividade, que é da competência exclusiva da legislação nacional, deriva do *direito internacional*¹²⁹. É, portanto, com razão que o eminente juriconsulto Lapradelle, advogando diante da Corte de Justiça Internacional, compara a competência exclusiva dos Estados às declarações de direito pelas quais os indivíduos veem ser reservados um certo número de privilégios intangíveis sobre os quais não terá ação a lei majoritária dos diferentes Parlamentos. Além disso, nas Constituições de determinados Estados na forma federativa, há direitos que são direitos *reservados*¹³⁰. Todavia,

como esses direitos em sua condição de *direitos positivos* só existem em virtude da Constituição do Estado, assim toda a esfera de atividade do Estado nada mais é que uma competência sobre a base do direito internacional. Disto resulta claramente que as ordens jurídicas dos Estados-membros da comunidade internacional dependem em última instância do direito internacional. Portanto, impõe-se a concepção unitária do direito.

No entanto, para passar ao segundo argumento da doutrina por nós combatida, Triepel afirma que o domínio de uma fonte jurídica sobre outra se apresenta sob duas formas. Num primeiro caso, a fonte jurídica sobreposta limita a competência da fonte subordinada. Concede a ela ou recusa, num determinado limite, a capacidade de criar regras válidas. Estas são, portanto, *nulas* se ultrapassam os limites estabelecidos pela regra *dominante*¹³¹. No outro caso, “é possível, diz Triepel, que a fonte preponderante, em vez de decidir sobre a capacidade da vontade jurídica subordinada, lhe dê ordens relativas à criação de um direito. Pode dar-lhe a ordem de regulamentar determinadas matérias, proibi-la de legislar em determinadas direções sem que a violação da interdição traga com ela a nulidade¹³²”... Ora, Triepel considera que esse tipo de subordinação é característico para a relação do direito interno em relação ao direito internacional; o melhor exemplo para o primeiro seria, ao contrário, fornecido pelos dispositivos das constituições federais que recusam aos Estados-membros a capacidade de criar um direito nas matérias para as quais a competência legislativa é de exclusividade do Estado federal¹³³. E justamente essa diferença entre as relações do direito internacional com o direito interno, de um lado, e do direito federal com o direito dos Estados-membros de outro, é, segundo Triepel, a causa decisiva do fato de que “o dever de obediência dos sujeitos perante a lei do Estado é absoluto, qualquer atitude que tome essa lei perante o direito internacional, enquanto um ato de um Estado-membro pode ser devido à validade pela Constituição do Estado federal, porque os sujeitos do Estado-membro são também sujeitos do Estado federal¹³⁴”.

Com efeito, não se duvidaria que, para assegurar a legalidade dos atos jurídicos, existem garantias diversas. Entre elas figuram os dispositivos que declaram os atos irregulares seja como *ipso jure* nulos, seja anuláveis por

128 *Op. cit.*, p. 87.

129 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 173 e seguintes.

130 Publications de la Cour, série C, n. 2, p. 71.

131 *Op. cit.*, p. 103 e seguintes.

132 *Op. cit.*, p. 104 e seguintes.

133 *Op. cit.*, p. 103 e seguintes.

134 *Op. cit.*, p. 104.

determinados órgãos. Entretanto, essa diversidade não separa absolutamente a relação do direito interno frente ao direito internacional daquela do direito federal perante o direito dos Estados-membros, porque também no âmbito do direito federal um ato de um Estado-membro pode ser válido, ainda que exceda a competência que lhe foi conferida pela Constituição federal. Assim, segundo a Constituição federal da República da Áustria, toda lei de um Estado-membro é válida ainda que ultrapasse os limites de sua competência. Mesmo o juiz, embora seja um órgão federal, deve aplicá-la. No entanto, o governo federal tem o direito de solicitar à Corte Constitucional a cassação dessas leis irregulares. Portanto, não são nulas como tais, mas sujeitas à anulabilidade. Permanecem assim provisoriamente em vigor até o momento de sua cassação pela Corte Constitucional.

Ora, a posição das leis do Estado contrárias ao direito internacional é exatamente a mesma. É verdade que obrigam os sujeitos assim como as leis conformes ao direito internacional, mas essa validade é igualmente relativa e provisória, porque o Estado lesado está autorizado pelo direito internacional a exigir que esses atos sejam anulados. E o Estado do qual provém o ato irregular está internacionalmente obrigado a conformar sua legislação, até mesmo sua Constituição às prescrições do direito internacional.

A prática internacional confirma essa regra. Assim, Van Eysinga atraiu a atenção sobre a troca de notas entre o governo dos Países Baixos e a Santa Sé, em 1852¹³⁵. Os fatos são os seguintes: a revisão da Constituição de 1848 introduziu a liberdade absoluta para as comunidades religiosas terem a organização que lhes conviesse. A Concordata de 1827, por sua vez, partia de ideias opostas ao princípio da separação da Igreja e do Estado. Ora, o Núncio Apostólico propôs em sua nota de 23 de junho de 1852 que a Concordata de 1827 permanecesse sem execução ao lado da nova organização da Igreja pela Constituição dos Países Baixos. Todavia, o governo holandês recusou esse ponto de vista. Em 14 de agosto de 1852, respondeu: “Se, de um lado, os princípios da lei fundamental permitem a livre organização dos assuntos religiosos dos diferentes cultos, de outro, esses princípios não levam em consideração as convenções existentes entre o Estado e tais cultos, e a adoção da

lei fundamental não poderia a esse respeito ser derrogada. Se havia convenções similares, quando da adoção da lei fundamental atual, estas dominam os dispositivos fundamentais e restringem e suspendem a aplicação. Ao lado de outra apreciação, o Estado poderia unilateralmente livrar-se de seus compromissos, modificando a Constituição. Caso contrário, a outra parte ficaria reciprocamente comprometida pelas mesmas convenções e não poderia invocar os dispositivos fundamentais nem aplicá-los em detrimento dos compromissos contraídos sem que previamente as duas partes estivessem concertadas a esse respeito, seja expressa, seja tacitamente”. Em sua resposta, o Núncio declarou em 17 de setembro de 1852 que “a Santa Sé reconhecia e aceitava o princípio enunciado pelo governo dos Países Baixos, referente à força das concordatas, princípio fundamentado no direito público, e que a Santa Sé sempre havia sustentado que as concordatas têm valor superior às leis ainda que fundamentais do Reino”.

Outro litígio da mesma natureza surgiu em 1919 entre a Alemanha, de um lado, e as Potências Aliadas e Associadas, do outro¹³⁶. Essas Potências constataram que os dispositivos da segunda alínea do artigo 61 da nova Constituição alemã constituem uma violação do artigo 80 do Tratado de Versalhes. A Alemanha, ainda que interpretasse o artigo 61 de maneira compatível com o Tratado de Paz, não hesitou em declarar que, se a Constituição e o tratado estavam em contradição, a Constituição não poderia prevalecer. A Constituição alemã reconhece pelo artigo 178 que “as cláusulas do Tratado de Versalhes não poderiam ser afetadas pela Constituição”, artigo que foi inserido para evitar antecipadamente qualquer contradição possível entre as regras da Constituição e as condições do Tratado de Paz.

No entanto, apesar desse dispositivo expresso do direito interno, as regras do direito estatal contrárias ao direito internacional não são consideradas como *ipso jure* nulas. Todavia, esse fenômeno não se opõe absolutamente à concepção unitária do direito, não sendo inicialmente, como vimos, uma singularidade da relação do direito interno frente ao direito internacional. Não é tampouco uma necessidade, mas unicamente uma consequência do direito positivo atual. Em outras palavras: o fato de que as regras do direito interno contrárias ao direito internacional vinculam os sujeitos é apenas con-

135 *Revue de droit international et de législation comparée*, I, 1920, p. 143 e seguintes. Ver igualmente Garner, *op. cit.*, p. 44 e seguintes; Politis, *op. cit.*, p. 37 e seguintes.

136 Kraus et Rödiger, *Urkunden zum Friedensvertrag*, II, 1921, p. 808 e seguintes.

seqüência do direito internacional atualmente em vigor que, de modo geral, não obriga os sujeitos diretamente, mas declara os Estados competentes para criar regras que se impõem aos sujeitos de seus respectivos territórios. Contudo, nada impediria o direito internacional de restringir tal competência dos Estados e dirigir-se diretamente aos sujeitos. Na realidade, ele já o faz em determinados limites e as necessidades da vida internacional imporão, sem dúvida, outras reduções do âmbito reservado ainda aos Estados¹³⁷. Todavia, se a extensão da competência dos Estados depende do conteúdo do direito internacional, se varia com a mudança desse direito, é evidente que essa competência está fundamentada, a partir do momento da existência do direito positivo dos povos, sobre tal direito.

Portanto, se afirmamos que o Estado tem a competência da competência, isto só é verdade em senso restrito, isto é, em relação a seus órgãos e aos sujeitos que se encontram em seu território. No entanto, a competência da competência absoluta está em poder da comunidade internacional¹³⁸, que é a única capaz de modificar todas as competências das comunidades subordinadas.

Consequentemente, a concepção unitária do direito é inevitável.

5. FUNCIONAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

5.1 A hierarquia dos atos jurídicos. As regras gerais

A concepção unitária do direito internacional de que já falamos está demonstrada finalmente pelo funcionamento do próprio direito internacional. Isto porque o direito internacional em seu sentido tradicional, isto é, as regras do direito costumeiro e convencional que regularmente se direcionam somente aos Estados e não aos órgãos ou sujeitos particulares, não podem penetrar na vida senão por intermédio dos atos do Estado ou de outros atos jurídicos. Têm, portanto, necessidade desses atos inferiores para cumprir seu dever.

137 Garner, *Recent developments in international law*, 1925, p. 30 e seguintes; Polits, *Le problème des limitations de la souveraineté*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1925, I, t. 6.

138 G. Scelle, *Essai de systématique du droit international*, *Revue générale de droit international public*, XXX, 1925, p. 116 e seguintes.

De resto, essa verdade é afirmada pela própria doutrina dualista. Desta forma, Triepel a admite com razão: “para cumprir sua tarefa, o direito internacional é constantemente obrigado a recorrer ao direito interno. Sem ele, é totalmente impotente. Assemelha-se a um marechal que dá suas ordens aos chefes das tropas e não pode atingir seu objetivo se não estiver seguro de que os generais, conformando-se a suas instruções, darão novas ordens àqueles que lhes são subordinados. Se os generais se recusam, ele perde a batalha. E, assim como uma ordem do marechal provoca dezenas de ordens posteriores da parte dos subordinados, assim uma só regra do direito internacional produz, às vezes, uma quantidade de normas do direito interno que todas se reduzem a uma apenas: realizar o direito internacional na vida interior do Estado¹³⁹”.

Entretanto, Triepel não extrai as consequências dessa verdade. Não percebe que essa conexão necessária do direito internacional com o direito interno está em total contradição com a doutrina dualista. Assim, nos conduz, na verdade, como Moisés até as fronteiras da terra prometida, mas sem entrar na estrutura do sistema unitário. Permanece como partidário da doutrina dualista ainda que tenha contribuído fortemente para a vitória da concepção unitária.

Esse fenômeno que parece curioso pode ser explicado por duas razões.

Inicialmente, o ponto de partida da construção dualista baseia-se no preconceito da doutrina tradicional de que o direito está contido inteiramente nas regras gerais (leis, convenções, costumes). De fato, o direito forma uma pirâmide de atos jurídicos, sejam abstratos ou gerais, sejam concretos ou individuais¹⁴⁰. No topo desse edifício está a regra fundamental que tem por função instituir a autoridade suprema criadora do direito positivo. É a regra *pacta sunt servanda* que designa como lei positiva suprema os *pacta* concluídos entre Estados, isto é, regras estabelecidas pela vontade coletiva de Estados que se manifestam por meio dos acordos expressos ou tácitos.

Entretanto, essas regras constituem somente as etapas superiores da regulamentação jurídica porque delas

139 *Op. cit.*, p. 106.

140 A. Merkl, *Die Lehre der Rechtskraft*, 1923; Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'État* (tradução francesa por Ch. Elsenmann), p. 64 e seguintes; Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 42 e seguintes; Nawiasky, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, VI, (1927), p. 488 e seguintes.

dependem outras regras subordinadas. Desta forma, o direito interno dos Estados está baseado em regras costumeiras do direito internacional que limitam a competência dos Estados. As regras estatais, no entanto, formam também entre si uma hierarquia de atos jurídicos superpostos e subordinados. A simples lei é subordinada à Constituição do Estado. Num patamar mais baixo vêm as prescrições ou regulamentos que contêm ainda regras gerais. No entanto, como todo dispositivo geral é abstrato, ao final deve ser individualizado. É preciso estabelecer se o fato previsto *in abstracto* pela regra geral existe *in concreto* e, na afirmativa, aplicar, isto é, inicialmente ordenar e, em seguida, fazer aplicar a sanção prescrita igualmente *in abstracto*¹⁴¹. Este é o papel dos atos judiciais, como aquele das decisões das autoridades administrativas. Ambos concretizam e realizam as regras gerais pelas regras individuais.

Ora, as regras costumeiras ou convencionais do direito internacional são *regularmente* executadas por atos estatais, seja por leis ou regulamentos *complementares*, seja por atos administrativos ou judiciais. O direito internacional, portanto, não é uma classe isolada no âmbito jurídico; não está de forma alguma separado dos outros ramos do direito. Na verdade, coexiste com o direito interno e não forma senão um degrau elevado na pirâmide das regras jurídicas do sistema unitário.

No entanto, a construção dualista está ainda contaminada por outro erro, porque os Estados não realizam nem concretizam sempre o direito internacional. Ao lado dessa esfera de execução das regras gerais do direito internacional, há outros caminhos ainda negligenciados pela doutrina dominante, a saber, uma esfera de atos executivos por organismos internacionais. Esses funcionários podem ser de órgãos legislativos, executivos ou judiciais. Sua competência pode desenvolver-se em um país que não é o território de um Estado ou no território de um Estado.

Assim, a Comissão de Governo da Bacia do Sarre tem, de acordo com o anexo aos artigos 45-50 do Tratado de Versalhes, todos os poderes de governo pertinentes anteriormente ao Império alemão, à Prússia e à Baviera, incluindo o de nomear e exonerar os funcionários e criar órgãos administrativos e representativos que considere necessários. Tem igualmente plenos poderes para administrar e explorar as ferrovias, canais e os diferentes serviços públicos. As leis e regulamentos

em vigor sobre o território da bacia do Sarre desde 11 de novembro de 1918 certamente continuarão sendo aplicados. Entretanto, se por motivos de ordem geral ou para colocar tais leis e regulamentos de acordo com as cláusulas do Tratado de Versalhes, fosse necessário fazer modificações, estas seriam decididas e efetuadas pela Comissão de Governo, após opinião dos representantes eleitos pelos habitantes, depois na forma que a Constituição decidir. Além disso, os tribunais civis e criminais existentes no território da bacia do Sarre até a entrada em vigor do Tratado de Versalhes são mantidos. Todavia, esse tratado autoriza a Comissão de Governo a constituir uma corte civil e criminal para julgar em apelação as decisões assumidas pelos referidos tribunais e estatuir sobre as matérias que esses tribunais desconheciam. Essa Corte julga em nome da Comissão de Governo, por sua vez, composta de cinco membros nomeados pelo Conselho da Sociedade das Nações e compreende um membro francês, um membro originário e habitante do território da bacia do Sarre e três membros indicados por três países, além da França e da Alemanha. Os membros da Comissão de Governo são nomeados por um ano e seu mandato pode ser renovado. Os mandatos poderão ser revogados pelo Conselho da Sociedade das Nações que, no caso, providenciará sua substituição.

Entretanto, a soberania da Alemanha sobre esse território está reservada porque, conforme o artigo 49 do Tratado de Versalhes, renunciou somente em favor da Sociedade das Nações como fideicomissária, ao *governo* desse território por um período de 15 anos, a partir da entrada em vigor do mesmo tratado. Ao término desse prazo, a população do território da bacia do Sarre será convidada a manifestar sua vontade da seguinte forma: um voto ocorrerá por prefeitura ou por distrito e sobre as alternativas seguintes: a) manutenção do regime estabelecido pelo Tratado de Versalhes; b) união com a França; c) união com a Alemanha. A Sociedade das Nações decidirá, então, sob qual soberania o território ficará, levando em consideração o desejo expresso pelo voto da população¹⁴².

142 Sobre o estatuto internacional da bacia do Sarre, ver especialmente: Wehberg, *Die Staats- und Völkerrechtliche Stellung des Saargebietes*, 1924; Frank, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 43º volume, 1922, p. 20 e seguintes; Redslob, *Revue de droit international de sciences diplomatiques, politiques et sociales* (Genebra), III, 1925, p. 283 e seguintes; do mesmo autor: *Théorie de la Société des Nations*, 1927, p. 131 e seguintes; Verdross, *die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 77 e seguintes.

141 Kelsen, *op. cit.*, p. 68.

Eis um exemplo para uma parte de um território de um Estado governado agora por um órgão internacional. Nesse caso, a execução do tratado não é mais confiada a um Estado, mas a uma comunidade internacional parcial, a saber, a Sociedade das Nações que, para exercer essa competência, se serve de um organismo internacional.

Portanto, estamos na presença de regras jurídicas gerais e individuais estabelecidas por um órgão internacional que obrigam diretamente as pessoas desse território.

Um organismo internacional de gênero semelhante, embora de competência mais restrita, é a *Comissão Europeia do Danúbio Marítimo*.

“O ato do Congresso de Viena — diz o artigo 15 do Tratado de Paris, de 30 de março de 1856 — tendo estabelecido os princípios destinados a regulamentar a navegação dos rios que separam ou atravessam vários Estados, as Potências contratantes estabelecem entre elas que, no futuro, esses princípios serão igualmente aplicados ao Danúbio e a suas embocaduras. Declaram que esse dispositivo doravante faz parte do direito público da Europa e o assumem sob sua garantia”. Para garantir a aplicação de seus princípios, o Tratado de Paris instituiu duas comissões: uma é temporária e a outra, permanente. Esta foi encarregada de elaborar as normas de navegação e de policiamento fluvial, de fazer desaparecer os entraves de qualquer natureza que se opunham ainda à aplicação dos dispositivos do Tratado de Viena ao Danúbio; de ordenar e de fazer executar os trabalhos necessários ao longo de todo o percurso do rio; enfim, de controlar, após a dissolução da comissão temporária, a manutenção da navegabilidade das embocaduras do Danúbio e das partes vizinhas do mar. E o Tratado de Berlim, de 13 de julho de 1878, declarou em seu artigo 53 que a Comissão Europeia do Danúbio, na qual a Romênia estaria representada, exerceria a partir de então suas funções até o Galatz, *numa completa independência da autoridade territorial*. No momento, exerce novamente, conforme o artigo 346 do Tratado de Versalhes, os poderes que tinha antes da guerra. Todas as vezes e provisoriamente, os representantes da Grã-Bretanha, da França, da Itália e da Romênia, somente estes, fazem parte dessa Comissão. A competência da Comissão Europeia do Danúbio abarca os poderes legislativo, executivo e judiciário. Visto que emite as normas da polícia fluvial e da navegação, manda executar os trabalhos necessários e decide sobre os litígios concernentes às

infrações às normas fluviais. É, portanto, da mesma forma um órgão internacional competente para estabelecer regras jurídicas, gerais e individuais, *diretamente* aplicáveis aos indivíduos¹⁴³.

No entanto, existem também órgãos internacionais aos quais incumbe regularmente apenas uma administração e jurisdição indiretas. Esta é, por exemplo, a competência da Comissão Internacional do Danúbio fluvial, organizada pelo artigo 347 do Tratado de Versalhes, assim como da Comissão Internacional do Elba, instituída pela Convenção de 22 de fevereiro de 1922. Estão encarregadas de zelar pela manutenção da liberdade de navegação e pelo bom estado de conservação da via navegável, assim como por sua melhoria; de se pronunciar sobre as reclamações derivadas das aplicações da referida convenção; de constatar se as tarifas correspondem às condições estabelecidas; de se pronunciar sobre intimações que são encaminhadas, assim como de proceder a todos os inquéritos e inspeções que julgar úteis por meio de pessoas que designarão para isso¹⁴⁴.

Em todos os casos analisados, trata-se de órgãos internacionais competentes no território de um determinado Estado. Todavia, como qualquer órgão internacional é órgão de uma determinada comunidade de Estados, estamos, pois, diante do fato de que uma comunidade de Estados exerce uma competência sobre o território de um Estado por intermédio de um órgão internacional. Se essa competência da comunidade internacional exclui todas as atividades do Estado soberano sobre esse território, fala-se de um *coimperium*. Assim, antes de 1908, a Áustria-Hungria exercia somente o *coimperium* sobre a Bósnia e Herzegovina, pois esses países, até o momento da cessão pela Turquia, permaneceram sob a soberania desse país. Da mesma maneira, a competência da Sociedade das Nações na Bacia do Sarre nada mais é que um *coimperium*. A Alemanha, atualmente, está despojada de todos seus direitos sobre esse território, mas a soberania alemã está preservada. A Sociedade das Nações é a fideicomissária até a decisão definitiva.

Entretanto, existem também países que não estão sob o domínio de um Estado, mas de uma comunidade de Estados mais ou menos ampla. É o caso dos condo-

143 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 80 e seguintes.

144 *Zeitschrift für Internationales Recht*, XXXII, 1924, p. 287 e seguintes.

mínios. A doutrina tradicional considera que um condomínio é um território sob o domínio comum de dois ou mais Estados, portanto, submetido a regras de diferentes Estados, criadas por um órgão comum¹⁴⁵. Todavia, essa construção confunde duas noções que devem ser esclarecidas: a noção de órgão *comum* e a de órgão *internacional*.

Com efeito, a existência de qualquer órgão comum supõe que duas ou várias ordens jurídicas sejam isoladamente capazes de conferir às mesmas pessoas uma determinada competência. Assim, dois Estados podem conferir a competência de chefe de Estado (rei ou imperador) ao mesmo homem ou à mesma família porque cada um deles é competente para criar para si essa função. É o caso da união pessoal que poderia existir igualmente em relação aos órgãos subordinados. Por exemplo, dois municípios de Estados distintos situados na fronteira poderiam nomear a mesma pessoa como representante.

Se, ao contrário, uma determinada competência não incumbe a cada Estado, mas a vários Estados juntos, estes só podem exercer a função por meio de um órgão internacional, isto é, um órgão que não seja órgão comum desses Estados, mas órgão da *comunidade* Internacional composta desses Estados¹⁴⁶.

Um país cedido a dois Estados não é, portanto, um território de cada um deles; é um território sob a competência de uma *comunidade internacional parcial*.

Uma forma especial de tal condomínio encontra-se nos *Mandatos* da Sociedade das Nações.

Essa sociedade está fundamentada no artigo 22 do Pacto que foi inspirado nas ideias do General Smuts, Primeiro-ministro da União Africana, que elaborou para a Conferência da Paz em Paris um projeto conhecido como Projeto dos Mandatos. Seguindo essas ideias, o presidente Wilson propôs as cláusulas que figuram no artigo 22 do Pacto.

Esse artigo dispõe que a tutela das colônias e territórios que, após a guerra deixaram de estar sob o domínio dos Estados que as governavam anteriormente e que são habitados por povos ainda não capazes de dirigir

a si mesmos nas condições particularmente difíceis do mundo moderno, será confiada às nações desenvolvidas; estas exerceriam a tutela na *qualidade de Mandatário e em nome da Sociedade das Nações*. Contudo, o artigo 119 do Tratado de Versalhes declara: “A Alemanha renuncia em favor das Principais Potências aliadas e associadas a todos seus direitos e títulos sobre seus bens de além-mar”. O artigo 119 parece estar, pois, em plena contradição com o artigo 22 do Pacto.

Ora, é evidente que, conforme o artigo 119, a soberania sobre esses territórios foi transferida para as Principais Potências. Estas, entretanto, eram obrigadas pelo artigo 22 do Pacto a transformar esses países em Mandatos da Sociedade das Nações. De fato, concluíram tratados com os Estados Mandatários confirmados pelo Conselho da Sociedade das Nações, cujo preâmbulo reza:

“O Conselho da Sociedade das Nações,

- Considerando que as Principais Potências aliadas decidiram que o Mandato sobre os territórios citados acima seria conferido ao Governo (por exemplo, da República Francesa) que o aceitou;

- Considerando que o Governo da República Francesa se compromete a exercer o referido Mandato em nome da Sociedade das Nações;

- Confirmando o referido Mandato, estatuiu nos termos como segue:...”

Por esses Tratados dos Mandatos, as Principais Potências abriram mão de sua soberania em favor da Sociedade das Nações. Entretanto, a Sociedade não pode exercer essa competência por intermédio de um órgão qualquer, visto que a administração direta é competência dos Mandatários em nome e sob a vigilância da Sociedade.

O caráter de todos os Mandatos, na verdade, não é o mesmo. Difere de acordo com o grau de desenvolvimento do povo, a situação geográfica do território, suas condições econômicas e tantas outras circunstâncias similares. Distinguem-se três tipos de Mandatos: Mandatos A, B e C. No entanto, em todos os casos, os territórios situados sob Mandato são totalmente distintos do território do Estado Mandatário. Da mesma forma, o estatuto dos habitantes autóctones de um território sob Mandato é distinto daquele dos nacionais da Potência Mandatária e não poderia ser assimilado a esse estatuto por decisão alguma de âmbito geral. Os habitantes

145 Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, p. 163; Neumeyer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, p. 5 e 9; Kelsen, *op. cit.*, p. 37.

146 Verdross, *Staatsgebiet, Staatengemeinschaftsgebiet und Staatsgebiet* dans *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, XXXVII, 1927, p. 293 e seguintes.

autóctones de um território sob Mandato não adquirem, portanto, a nacionalidade da Potência Mandatária. A esta incumbe apenas a competência claramente definida pelo artigo 22 do Pacto e pelos Tratados dos Mandatos. Cada Mandato deve, por sua vez, enviar uma relação anual concernente aos territórios sobre os quais têm responsabilidade, e uma Comissão Permanente está encarregada de receber e examinar tais relatórios e de apresentar ao Conselho sua opinião sobre todas as questões relativas à execução dos Mandatos.

Desta forma, o Mandatário não age senão em nome e sob o controle da Sociedade das Nações. Redslob destacou especialmente um fenômeno análogo na história da Suíça, pois os Confederados Suíços tinham o costume de ter como regentes das terras que lhes pertenciam em comum governadores nomeados alternadamente por um dos codetentores¹⁴⁷. E Le Fur ressalta que as atribuições executivas federais são frequentemente confiadas a um dos Estados Confederados, seja sempre o mesmo, seja sucessivamente um dos Estados mais importantes¹⁴⁸. Desse modo, os territórios sob Mandato são países de uma Comunidade de Estados, isto é, da Sociedade das Nações, administrados, entretanto, por um Estado Mandatário¹⁴⁹.

5.2 A competência de estabelecer as regras do direito interno

Assim, não é verdade, como garante a teoria tradicional, que as regras obrigatórias para os órgãos e sujeitos são criadas somente pelos Estados. Os casos de *coimpérios* e de *condomínios* nos mostram que a competência de estabelecer as regras jurídicas internas pode ser também de uma *Comunidade de Estados* mais ou menos vasta.

Regularmente, de fato, a Comunidade Internacional cria apenas regras gerais do direito internacional e confia a execução dessas regras aos Estados. Entretanto, de forma excepcional, uma Comunidade de Estados esta-

belece igualmente as regras que se referem diretamente aos particulares de um determinado território.

Consequentemente, é preciso distinguir, de início, no âmbito internacional, as comunidades que governam a si mesmas, isto é, os Estados, dos territórios que são governados por uma comunidade de Estados.

Entretanto, existe ainda um terceiro tipo de comunidades. Elas se governam, de fato, mas esse governo está sob um determinado controle de uma comunidade de Estados. Assim, a cidade de Dantzig é realmente uma cidade livre. Governa a si mesma. Todavia, sua constituição é elaborada por representantes da cidade livre, regularmente designados de acordo com um Alto Comissariado da Sociedade das Nações (artigo 103 do Tratado de Versalhes). A cidade livre de Dantzig não está, portanto, somente limitada pelas regras gerais do direito internacional, como qualquer Estado; está também sob a proteção e a garantia da Sociedade das Nações, exercidas em primeira instância por um órgão executivo da Sociedade, o Alto Comissariado.

Resulta disso que existem duas esferas de execução das regras gerais do direito internacional. Regularmente não há senão uma execução *indireta*, porque o direito internacional só funciona normalmente por intermédio dos Estados subordinados que são obrigados a criar por seus próprios órgãos os atos jurídicos necessários para concretizar as regras abstratas do direito internacional. Contudo, em caráter excepcional, há também uma execução *direta* do direito internacional pelos órgãos próprios de uma *comunidade internacional*.

Um grupo importante dos órgãos internacionais é também compreendido pelas comissões e tribunais de arbitragem, especialmente pela Corte Permanente de Arbitragem e pela Corte Permanente de Justiça Internacional, ambas em Haia. E a própria Sociedade das Nações é um grande organismo internacional cuja atividade se exerce pela Assembleia e pelo Conselho, assistidos por um Secretariado Permanente, assim como por várias comissões e organizações técnicas. De fato, a Sociedade das Nações não exerce na esfera legislativa outro papel senão o de uma conferência ou um congresso internacional, isto é, apenas deve provocar a conclusão dos acordos que, para se tornarem obrigatórios, precisam ainda ser ratificados pelos Estados contratantes. Entretanto, nas esferas executiva e judiciária, a Sociedade das Nações tem cer-

147 *Bulletin de l'Institut Intermédiaire International*, XV, 2, 1926, p. 287.

148 *Etat fédéral et confédération d'États*, 1896, p. 525.

149 Sobre os mandatos, ver, sobretudo: Schükking et Wehberg, *Die Satzung des Völkerbundes*, 1924, p. 680 e seguintes; Batsy no *British year book of international law*, 1921-1922, p. 109 e seguintes; Bilesky na *Zeitschrift für Völkerrecht*, XII, 1923, p. 65 e XIII, 1924, p. 77 e seguintes; Diena, no *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 5, 1924, IV, p. 215 e seguintes; Redslob, *op. cit.*; Wright no *American Journal of international law*, XVII, 1923, p. 691 e seguintes e XVIII, 1924, p. 786 e seguintes; Verdross, *op. cit.*, p. 212 e seguintes.

ta competência que lhe é própria¹⁵⁰. Especialmente seus dois órgãos principais, a Assembleia e o Conselho, podem votar imediatamente em decisões obrigatórias sem que haja necessidade de ratificação pelos respectivos Estados. Por exemplo: conforme o artigo 1º, alínea 2 do Pacto, a admissão de novos membros pode ser *decidida* pelos dois terços da Assembleia. Segundo o artigo 22, alínea 8 do Pacto, o Conselho *estabelece* o grau de autoridade a ser exercido pelo Mandatário. O artigo 16, na última alínea, dispõe que a exclusão da Sociedade é *decidida* pelo Conselho. Decide também, em segunda instância, sobre os litígios entre a cidade livre de Dantzig e a Polônia; *nomeia e demite* os membros da Comissão de Governo da Bacia do Sarre; *decidirá* sobre a soberania desse país, levando em consideração o desejo expresso pelo voto da população. Conforme o artigo 4º do Tratado de Locarno, o Conselho constata se foi cometida violação ou contravenção aos artigos 42 e 43 do Tratado de Versalhes. No caso em que um poder contratante se recusar a conformar-se aos métodos de regulamentação pacífica previstos pelo artigo 3º do mesmo tratado, “o Conselho proporá medidas a serem tomadas; as Altas Partes Contratantes se conformarão a essas proposições”. Portanto, têm na realidade o caráter de uma *decisão*. Uma Convenção concluída em Lausanne, em 24 de julho de 1923, ao mesmo tempo que o Tratado de Paz com a Turquia concernente ao direito de passagem nas Dardanelles, no Mar de Marmara e no Bósforo, constituiu uma Comissão Internacional dos Estreitos e a responsabilidade da missão de garantir a observância dos dispositivos relativos à passagem dos navios de guerra e aeronaves militares. Esta Comissão exerce sua missão sob os auspícios da Sociedade das Nações à qual deve encaminhar todo ano um relatório prestando contas do cumprimento de sua missão e fornecendo todas as informações úteis sob o ponto de vista do comércio e da navegação. Todavia, se uma violação dos dispositivos da liberdade de passagem, um ataque ou medida ou qualquer ato de guerra ou ameaça de guerra viessem colocar em perigo a liberdade de navegação pelos estreitos ou a segurança das zonas desmilitarizadas, as Altas Partes Contratantes e, em todos os casos, a França, a Grã-Bretanha, a Itália e o Japão são obrigados a impedir conjuntamente esses atos por todos os meios que o Conselho da Sociedade das Nações *decidir* a respeito.

150 Ver Verdross, *op. cit.*, p. 114 e, sobretudo, D. Schindler, *Die Verbindlichkeit der Berschlüsse der Völkerbundes*, 1927, Schweizerische Vereinigung für internaionales Recht, n° 20.

Essa grande parte dos atos internacionais administrativos e judiciários não é concebível com a doutrina dualista que somente vê de um lado as regras gerais do direito internacional e de outro, o direito estatal. A concepção unitária, ao contrário, abraça sem dificuldade todos esses ramos do direito, reconhecendo que cada um é somente uma etapa da regulamentação jurídica no movimento da criação das regras do direito, cujo conjunto constitui o sistema universal.

6. AS DUAS NOÇÕES DA SOBERANIA DO ESTADO

6.1 A soberania absoluta

Nosso caminho nos conduziu através dos vários obstáculos à concepção unitária do direito sobre a base do direito internacional. Entretanto, o triunfo final dessa concepção não parece garantido, visto que um dogma da teoria tradicional a isto se opõe, dogma que serviu de diretriz para toda a vida internacional durante o século XIX.

Os Estados são, conforme uma doutrina muito divulgada, pessoas soberanas não submetidas ao império do direito senão na medida em que querem reconhecê-lo. A soberania do Estado, na verdade, não é, conforme essa doutrina, o poder sem limite; é somente a capacidade de determinar-se¹⁵¹. No entanto, os limites jurídicos traçados pela vontade soberana não são absolutos. O Estado pode libertar-se de qualquer obrigação jurídica que impôs a si mesmo.

“O desenvolvimento histórico da soberania mostra — como afirma o renomado sábio G. Jellinek¹⁵² — que esta implica a negação de qualquer subordinação ou limitação do Estado por outro poder. O poder soberano do Estado é, portanto, um poder que não conhece nada superior acima dele; é, pois, ao mesmo tempo poder independente e supremo. O primeiro sinal característico revela-se, sobretudo, externamente, nas relações do Estado soberano com outras potências; o segundo revela-se internamente, na comparação com as pessoas que lhe são submissas. Todavia, estes dois sinais característicos estão ligados entre si indissolvelmente.» O

151 G. Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 30 e seguintes.

152 *Allgemeine Staatslehre*, 3ª edição, 1911, p. 175 e seguintes.

sinal da soberania do Estado está, portanto, em não depender senão da própria vontade. “No direito internacional, o Estado também não está juridicamente subordinado senão à própria vontade...” Não é o Estado particular, na verdade, que estabelece as regras do direito internacional. “No entanto, todas as tentativas feitas para direcionar a força do direito internacional a uma fonte jurídica situada acima do Estado fracassaram e fracassarão, segundo G. Jellinek, sempre. Para produzir o direito, a vontade da comunidade internacional deveria ser um novo tipo de *civitas maxima*, ter uma vontade acima dos Estados — o que equivaleria à negação do *processus* histórico que a conduziu ao reconhecimento da soberania”. Consequentemente, “quando a observância do direito internacional entra em conflito com a existência do Estado, a regra jurídica cede, porque o Estado está situado acima de qualquer regra jurídica... o direito internacional existe para os Estados e não os Estados para o direito internacional. A comunidade de Estados é, portanto, de natureza puramente anárquica e o direito internacional... pode ser qualificado como direito anárquico¹⁵³”...

Essa concepção da soberania remonta ao início do século XVI. Foi Maquiavel que libertou seu *Príncipe* — que para ele encarna o próprio Estado — de todas as prescrições do direito, da moral e da religião. A única ideia que o guia é o aumento do poder de seu Estado. Suas regras de conduta são somente aquelas que lhes são impostas pela «razão de Estado¹⁵⁴».

Pensamento similar é encontrado em Spinoza, como já destacamos¹⁵⁵. Entretanto, Duguit observa com razão que o *Contrato Social* de Rousseau, com sua “religião civil”, anuncia também a divinização do Estado¹⁵⁶, proclamada mais tarde pela filosofia de Hegel. Segundo a “tese” desse grande filósofo, os direitos recíprocos dos Estados não têm sua realidade em uma vontade geral constituída acima deles como poder, mas em sua vontade especial.

Essa tese foi energicamente rechaçada por Triepel para quem um dever jurídico de uma pessoa diante de outra não pode jamais extrair sua força obrigatória de

um compromisso em relação a si mesmo, mas somente de uma fonte superior à vontade das partes contratantes. “Somente a força comum de vários ou de muitos Estados, fundida numa unidade de vontade pela união das vontades dos Estados individualmente, pode ser a fonte do direito internacional”. Se essa vontade comum dos Estados, superior à vontade dos Estados particulares, estiver em contradição com a noção da soberania de G. Jellinek, “seria o momento, declara Triepel abertamente, de revisar com urgência e radicalmente essa noção duvidosa¹⁵⁷”.

A concepção da soberania absoluta do Estado não penetrou na ciência do direito internacional propriamente dita senão com a obra de Vattel. Este autor, com efeito, sustenta que “é da competência de todo Estado livre e soberano julgar em sua consciência sobre o que seus deveres exigem dele”. Foi um pensamento de Vattel — diz Van Vollenhoven em sua excelente obra *Les trois phases du droit des gens*¹⁵⁸ — que erradicou a teoria da *bellum justum* desenvolvida pelos grandes fundadores de nossa ciência, notadamente pela doutrina escolástica¹⁵⁹ e por aquela de Grotius¹⁶⁰. Segundo esta velha doutrina, a guerra é lícita unicamente como *bellum justum*, isto é, no caso de um crime por parte do outro Estado. Portanto, a guerra não é senão *uma execução do direito internacional*. A concepção da soberania em Vattel, ao contrário, torna a guerra de execução um simples duelo, visto que cada Estado livre e soberano pode guerrear quando quiser. Entretanto, se o Estado é soberano nesse sentido, se ele tem o direito de julgar em sua consciência sobre o que seus deveres exigem dele, ocorre logicamente que, na prática, as regras do direito internacional dependem da boa vontade do próprio Estado.

Portanto, essa doutrina conduz necessariamente à teoria já refutada da primazia do direito nacional¹⁶¹, teoria que tem como corolários as duas proposições seguintes: 1º Não há ordem jurídica superior ao Estado, nem mesmo o direito internacional; consequentemente, 2º Não há comunidade jurídica que lhe seja coordenada que seja igualmente soberana¹⁶².

153 *Op. cit.*, p. 376 e seguintes.

154 W. Sukiennicki, *La souveraineté des Etats en droit international moderne* (1927), p. 69 e seguintes; Meinecke, *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte* (1924).

155 Capítulo II.

156 *Revue du droit public* (1918), p. 192 e seguintes. Ver também Sukiennicki, *op. cit.*, p. 172 e seguintes.

157 *Völkerrecht und Landesrecht* (1899), p. 76, nota 2ª.

158 Haia, 1919.

159 *De jure belli ac pacis* (1625).

160 Cap. II.

161 Cap. II.

162 Kelsen, *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* (tradução francesa por Eisenmann), p. 29 e seguintes.

Ora, se o direito internacional no sentido próprio do termo, tem por objetivo no futuro obrigar os Estados coordenados da comunidade internacional, é preciso renunciar à existência do direito internacional ou ao princípio da soberania absoluta do Estado, porque as duas noções são inconciliáveis¹⁶³. A soberania absoluta do Estado tem, portanto, como consequência lógica a negação do direito internacional.

6.2 A soberania como competência conferida aos Estados pelo direito internacional

Entretanto, ao lado dessa noção da soberania, há também outra inteiramente distinta, que foi fundamentada pelos teólogos fundadores de nossa ciência e desenvolvida por Bodin, Grotius e seus sucessores¹⁶⁴. Como já expusemos no primeiro capítulo, segundo a doutrina medieval das duas espadas, a cristandade unida formava uma pirâmide feudal das autoridades cujos chefes eram o Papa e o Imperador. Ora, *no âmbito internacional*, a proclamação da soberania do Estado declara que o Estado não está mais submetido a um superior, na pirâmide feudal. A soberania constitui, portanto, o caráter de todo o poder *não vassalo*.

Essa noção da soberania encontra suas raízes na doutrina medieval do direito de guerra, pois a Igreja condena qualquer guerra empreendida por aquele que, tendo um superior, não é soberano¹⁶⁵. Assim, entre as condições necessárias à justiça de uma guerra, figurava aquela em que a guerra deve ser declarada por um príncipe soberano. Já Santo Agostinho escreve que “a ordem natural mais favorável à paz dos homens exige que a decisão e o poder de declarar a guerra pertençam aos *príncipes*”. E São Tomás de Aquino afirma que o direito de declarar guerra não pertence a um particular, “porque, para obter justiça, pode recorrer ao julgamento de seu superior”. Entretanto, o que é preciso entender com a expressão: “príncipe que não tem superior?” A isto, Cajetan responde: “quer dizer pessoa pública, mas pessoa pública perfeita”. E Victoria se expressa assim: “A dificuldade toda está em saber o que é um Estado e o que pode propriamente ser chamado de príncipe. A isso

se pode responder: chama-se Estado uma *comunidade perfeita*. Entretanto, resta definir a comunidade perfeita. Com efeito, denomina-se imperfeito aquilo a que falta alguma coisa e, ao contrário, perfeito aquilo a que nada falta. É, portanto, perfeito o Estado (ou a comunidade) que é completo em si mesmo, isto é, que não é parte de *outro Estado*, que tem suas leis, seu conselho e seus magistrados”.

O mesmo autor professa em sua obra célebre *De Indis* que nem o Papa, nem o Imperador são os mestres temporais do mundo. E Suarez escreve: “Muitos duques reivindicam para si o poder supremo e, por outro lado, foi o erro de um determinado número de canonistas sustentar que somente o Imperador era soberano. Na realidade, isto resulta do tipo de jurisdição peculiar de cada Príncipe ou de cada Estado. O sinal da jurisdição suprema é que existe junto ao Príncipe ou ao Estado um tribunal onde terminam todos os debates do *Principado* e não se pode recorrer a um tribunal superior. Toda vez que é possível recorrer a outro tribunal, prova-se que o Principado é imperfeito, porque a apelação é um ato que demonstra a superioridade de um homem sobre outro”...

Tal Estado imperfeito “não pode legitimamente declarar guerra sem a autoridade desse superior. A razão está em que um determinado príncipe pode pedir justiça a seu superior¹⁶⁶”...

Essa doutrina fala, portanto, da soberania de um Estado caso não tenha superior temporal algum e seja o chefe supremo de seus *sujeitos*. Jamais sustentou que a vontade desses Estados seja a fonte suprema do direito; ao contrário, sublinha que o Estado está subordinado ao direito natural, assim como às regras criadas pelo costume internacional. Sua soberania não é soberania absoluta; trata-se de uma *competência* dada aos Estados pelo direito nacional e o direito positivo dos povos. A mesma coisa quanto ao direito de guerra. “Dado que consiste, escreve Suarez, no poder que tem cada Estado ou cada potência soberana de punir, de vingar ou de reparar uma injustiça que lhe tenha sido infligida por outro Estado, *compete ao direito internacional*, visto que, em virtude da razão natural, não era indispensável que esse poder existisse no Estado ofendido: os homens poderiam ter estabelecido outro modo de *vindita*, por exemplo, remeter esse poder a uma terceira potência, instituí-la árbitro com poder coativo; mas o *modo atual* tendo sido *adotado*

163 Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 1-35; Sukienicki, *op. cit.*, p. 89; Kunz, *Revue de droit international* (Genève, par Sottile), 1927, tomo V, p. 3 e seguintes.

164 Verdross, *op. cit.*, p. 18 e seguintes; Mandestam, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, I (1923), p. 383 e seguintes.

165 Vanderpol, *op. cit.*, p. 76 e seguintes. (É a primeira vez que ele aparece e não se sabe qual é a obra citada).

166 Vanderpol, *op. cit.*, p. 505.

pele costume... É justo do ponto de vista que não se tenha o direito de resistir a ele». O direito de guerra não é, portanto, senão uma competência conferida aos Estados pelo *direito costumeiro dos povos*. Consequentemente, esse direito cessa de existir se o direito internacional é modificado quanto a esse assunto.

Por sua vez, Bodin não explicou a soberania absoluta do Estado. É verdade que afirma que os príncipes que não reconhecem absolutamente superiores, são soberanos, mas acrescenta: “Tanto é que os contratos e testamentos dos particulares não podem derogar as ordens dos magistrados, nem os editos, nem os costumes e as leis gerais de um príncipe soberano. Todavia, as leis dos príncipes soberanos *não podem alterar nem mudar as leis de Deus e da natureza*”. Do mesmo modo, “o príncipe está comprometido com os contratos feitos por ele, seja com seu sujeito seja com o estrangeiro¹⁶⁷”.

O soberano de Bodin não é, pois, um soberano absoluto no âmbito internacional, porque permanece vinculado pelo direito convencional, assim como pelo direito costumeiro que, nessa época, estava mesclado ao direito natural¹⁶⁸.

Além disso, para Grotius e seus sucessores até Vattel, a soberania do Estado nada mais é que uma *competência* dada aos Estados pelo direito da humanidade, visto que seu ponto de partida é o gênero humano. Os diversos Estados são apenas *membros do universo*. Consequentemente, o direito universal que é o direito internacional está superordenado ao direito dos membros, ao direito nacional. Por exemplo, Zouche declara expressamente que os Estados devem sua existência ao direito internacional¹⁶⁹.

A concepção universal da superordenação do direito internacional encontra-se também na doutrina e na prática anglo-saxônica da época. É o antigo sentido do adágio bastante conhecido *international law is a part of common law*. O sentido original dessa fórmula diz que o direito internacional deve ser aplicado, ainda que esteja em contradição com o direito nacional, porque o direito internacional forma a constituição mundial da qual dependem todos os estados civilizados¹⁷⁰.

167 Bodin, *Les six livres de la République* (1576), I, capítulo IX, p. 146 e seguintes.

168 H. Lammasch, *Das Völkerrecht nach dem Kriege* (1918), p. 87; Verdross, *op. cit.*, p. 13 e seguintes.

169 *Op. cit.*, Pars prima, seção I: “... cum *ex hoc fure*... Gentes discretæ sunt regna condita commercia instituta et denique bella introducta...”

170 Blackstone, *Commentaries of the law of England* (1765), IV, capí-

Portanto, a soberania do Estado não é mais o poder supremo, é somente a expressão da competência conferida diretamente pelo direito internacional. É preciso distinguir de modo claro as comunidades subordinadas diretamente ao direito internacional daquelas que estão encaixadas em um Estado. As primeiras dependem do direito internacional; as outras, ao contrário, não estão em relação direta com esse direito porque subordinadas a um determinado Estado. Por consequência, a competência dessas comunidades está fundamentada sobre o direito estatal enquanto a competência dos Estados encontra seu fundamento somente no direito internacional. E essa competência que decorre diretamente do direito internacional é a soberania, no sentido original do termo¹⁷¹.

Assim compreendida, a extensão da soberania é essencialmente variável, porque essa ideia nada diz dos direitos que os Estados soberanos devem ter. Confirma apenas o fato de que cada competência dessas comunidades lhes é conferida pelo direito internacional.

Com certeza, pode-se analisar a extensão atual dessa competência e declarar que os Estados soberanos têm numa determinada época esses ou aqueles direitos. Entretanto, se a extensão da soberania depende do estado do direito internacional, varia com a evolução desse direito.

Essa ideia da soberania não pode *jamaiz* opor-se ao direito internacional, porque o Estado soberano já não pode considerar-se investido de um poder superior a qualquer princípio jurídico. Sua soberania indica somente que não está subordinado a nenhum *outro* poder a não ser o direito internacional.

Os Estados soberanos diferem das comunidades não soberanas pelo fato de que estas estão subordinadas a Estados, enquanto os Estados soberanos não têm outro superior senão o direito internacional.

Por este motivo, um Estado não pode jamais invocar sua soberania a fim de subtrair-se a uma obrigação internacional porque, se sua soberania não é senão uma competência fundamentada sobre o direito internacional, é necessário que o Estado que reivindica uma determinada liberdade de ação prove que esta lhe foi conce-

tulo V. Ver também Verdross, *op. cit.*, p. 100 e Kunz, *La primauté du droit des gens, Revue de droit international et de législation comparée* (1925), p. 17 e seguintes; o mesmo autor em Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, p. 793 e seguintes.

171 Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechts gemeinschaft*, p. 118.

didada pelo direito internacional ao qual está submetido. Quando, ao contrário, como afirma com razão Politis¹⁷², “para legitimar uma atitude, invoca-se a soberania, deruba-se o ônus da prova, porque se pretende justamente ter o direito de agir a seu modo”...

A noção da soberania como competência baseada diretamente sobre o direito internacional é também a da prática internacional. A diplomacia, de fato, apoia-se algumas vezes sobre o velho dogma, mas os tratados internacionais, assim como as sentenças arbitrárias não duvidam em absoluto de que a soberania do Estado não existe fora do âmbito do direito internacional.

Se, por exemplo, um tratado qualquer pelo qual um Estado cede a outro Estado parte de seu território reza que a soberania sobre esse território foi transferida, vê-se claramente que esta soberania não é outra coisa senão a competência definitiva sobre o conjunto do território cedido, incluso o direito de cessão do território a uma terceira potência.

Como consequência, os termos “direito sobre um território” e “soberania” são empregados frequentemente, de forma alternada. Assim, o artigo 15 do Tratado de Viena, de 1815, determina: “Sua Majestade o rei de Saxe renuncia à perpetuidade... , em favor de Sua Majestade ou rei da Prússia, a todos seus *direitos* e títulos sobre as províncias, distritos, territórios ou partes de territórios do reino de Saxe aqui designadas, e sua Majestade o rei da Prússia terá posse sobre esses países em toda *soberania* e propriedade”. Da mesma maneira, o artigo 34 do Tratado de Versalhes afirma, de um lado: “A Alemanha renuncia em favor da Bélgica a todos seus direitos e títulos sobre os territórios, compreendendo o conjunto dos círculos de Eupen e Malmédy” e continua, por outro lado: “Durante os seis meses que se seguirem à entrada em vigor do presente tratado, registros serão abertos pela autoridade belga em Eupen e Malmédy e os habitantes dos citados territórios terão a liberdade de expressar por escrito o desejo de ver todo ou parte desses territórios sob o poder alemão”. E o artigo 37 do mesmo tratado cita a “*transferência definitiva* da soberania sobre os territórios atribuídos à Bélgica”.

Todavia, o termo soberania não significa somente a competência *territorial* definitiva do Estado; visa também a sua competência exclusiva em relação aos *sujeitos* em seu território. Por exemplo: a última alínea do preâmbu-

lo do tratado da Grécia com as Principais Potências, de 10 de agosto de 1920, referente à proteção das minorias, reza: “Considerado, enfim, que a Grécia deve ser liberada também de outras obrigações que contraiu frente a certas potências e que constituem uma restrição a sua plena *soberania* interna”. Este trecho utiliza, portanto, o termo soberania interna no sentido de competência *normal* do Estado em relação aos habitantes de seu território. Uma restrição da plena soberania interna não é, portanto, outra coisa senão uma restrição convencional da competência do Estado sobre a base do direito internacional comum.

O termo soberania tem um sentido análogo no artigo 2º do Tratado de Paz entre a Polônia e a Rússia, de 12 de outubro de 1920. Lê-se: “As duas partes contratantes garantem reciprocamente o respeito de sua *soberania* nacional, a abstenção de qualquer intervenção nos assuntos internos da outra Parte¹⁷³...”

Entretanto, fala-se também de soberania para expressar o direito do próprio Estado de decidir uma questão. Assim, conforme o artigo 16 do Pacto da Sociedade das Nações, os Membros da Sociedade estão obrigados a romper imediatamente todas as relações comerciais e financeiras com o Estado que recorre à guerra, contrariamente às cláusulas do Pacto; contudo, a decisão da questão se há ou não ruptura de Pacto é deixada aos Estados particulares. Motta, representante da Suíça na 2ª Assembleia, falou no caso de um direito *soberano*. «É preciso entender que há Estados que permanecem os juízes *soberanos* dessa obrigação...”

Constata-se, portanto, que o termo soberania nem sempre tem a mesma extensão. Todavia, em todos os casos analisados, não se trata de um poder ilimitado acima do direito internacional, mas de direitos dos Estados *sobre a base do direito internacional*. Um conflito entre a soberania do Estado assim entendida e o direito internacional é logicamente impossível, uma vez que todo poder soberano deve provar que decorre do direito internacional.

Encontra-se o mesmo ponto de vista na Sentença nº 1 da Corte Permanente de Justiça Internacional, concernente ao assunto do vapor *Wimbledon*.

No texto, a Corte diz expressamente: “A Corte recusa-se a ver na conclusão de qualquer tratado, pelo qual

172 Politis, *op. cit.*, p. 21.

173 *Recueil des traités de la Société des Nations*, IV, (1921), p. 34 e seguintes.

um Estado se compromete a fazer ou não alguma coisa, um abandono de sua soberania. Sem dúvida, toda convenção envolvendo uma obrigação desse gênero contém uma restrição ao exercício dos direitos soberanos do Estado... mas a faculdade de assumir compromissos é precisamente um atributo da soberania do Estado.” E no parecer consultivo referente aos decretos de nacionalidade, promulgados em Túnis ou em Marrocos, a Corte declara que a extensão da soberania depende do estado do direito internacional atualmente em vigor. “A questão de saber se determinada matéria entra ou não no âmbito exclusivo do Estado é uma questão *essencialmente relativa: depende do desenvolvimento das relações internacionais*¹⁷⁴.”

Em outro trecho do mesmo parecer, a Corte declara: “Considerando que inicialmente convém destacar que a questão de soberania de uma nação para legislar em matéria de nacionalidade sobre seu campo domina a situação... e que a aplicação desse princípio... não pode ser *refutada ou suspensa senão por uma regra formal do direito internacional* aplicável aos fatos da causa ou por uma cláusula dos tratados ou convenções internacionais existentes entre as partes¹⁷⁵”. Resulta daí que, segundo o parecer da Corte, mesmo a soberania legislativa do Estado sobre seu território não é ilimitada, mas uma competência nos limites estabelecidos pelo direito internacional.

Estamos, portanto, na presença de duas noções da soberania no âmbito internacional. Uma é a da soberania ilimitada que supõe o pensamento do Estado onipotente, criador de todo direito. Está em plena contradição com o fato do direito internacional e da comunidade internacional. A outra, ao contrário, nada mais é que uma criação do próprio direito internacional, porque é uma competência que o direito internacional confere aos Estados e que varia com o desenvolvimento do direito internacional.

Portanto, pode-se ainda chamar de soberania tal competência? Não seria necessário eliminar completamente esse termo da linguagem jurídica? O problema, ainda que seja, sobretudo, uma questão de terminologia, não é sem importância, porque de um lado, o termo soberania desperta a falsa ideia da onipotência do Estado e parece justificar todas as pretensões arbitrárias dos governos¹⁷⁶. Todavia, deve-se reconhecer que o termo dis-

tingue claramente a competência das comunidades que estão subordinadas apenas ao direito internacional daquelas que não estão em relação direta com este último, mas submetidas a um determinado Estado. Se, libertado dos dogmas e reduzido à realidade internacional que demonstra em tudo a interdependência recíproca dos Estados, o termo soberania pode ser mantido com a condição de que seja sempre ressaltada a diferença fundamental entre a soberania absoluta, de um lado, e a soberania como competência internacional, de outro. A soberania absoluta é, com efeito, uma noção extrajurídica, porque considera o Estado, em última instância, como poder acima do direito; a soberania-competência, ao contrário, acentua precisamente que todas as competências do Estado, mesmo seu âmbito reservado, decorrem do direito internacional e que, como consequência, toda a atividade do Estado deve conformar-se às regras do direito internacional.

Kelsen¹⁷⁷, assim como Sukiennicki¹⁷⁸, é verdade, se recusa a aceitar tal noção de soberania relativa. Se a soberania, questionam, não deve mais responder à ideia do superlativo, se, conseqüentemente, não é mais uma noção absoluta, porém uma noção relativa por excelência, por que não se pode falar, por exemplo, da soberania dos municípios? Se não se exige mais que o Estado soberano seja supremo, mas somente superior a todas as demais organizações humanas, exceção feita para aquelas que se encontram ao lado do Estado e em pé de igualdade no mesmo sistema jurídico regido pelo direito internacional, poder-se-ia chamar da mesma forma soberano o município. Afinal, este também está acima dos indivíduos e das famílias e é igual aos outros municípios que se encontram no mesmo sistema estatal.

Sem dúvida, esta objeção tem razão de ser, considerando que nega a existência de uma diferença essencial entre o Estado e as outras organizações jurídicas, se entendermos como diferença essencial uma diferença extrajurídica, pois no domínio jurídico não pode haver senão diferenças jurídicas, isto é, diferenças que se destacam do conteúdo do direito. Ora, a diferença jurídica entre o Estado e as organizações subordinadas ao Estado consiste precisamente no fato de que o Estado é uma organização *diretamente* subordinada ao direito internacional, enquanto as organizações englobadas no

174 Parecer nº 4, p. 24.

175 Parecer nº 4, p. 12.

176 Politis, *op.cit.*, p. 20.

177 *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 39 e 244 e seguintes.

178 *Op. cit.*, p. 312 e seguintes.

Estado não têm regularmente relação direta com esse direito. Consequentemente, somente a competência dos Estados deriva *diretamente* do direito internacional.

Entretanto, como essa competência é muito mais ampla que as competências derivadas do direito estatal, é justo reservar o termo soberania à competência dos Estados sobre a base direta do direito internacional.

Todavia, se a competência dos Estados é limitada pelo direito internacional, a competência da Comuni-

dade Internacional é juridicamente ilimitada, porque a competência da competência lhe pertence. Entretanto, essa competência não é mais uma soberania absoluta, se a entendermos como um poder arbitrário, porque a própria comunidade internacional está encarregada de uma missão social. Assim, a comunidade internacional como instância suprema na pirâmide das autoridades temporais é, de fato, juridicamente ilimitada; apesar disso, está submetida às regras da humanidade e da justiça.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Indigenous rights movement:
is the same needed to prevent
continued human rights
violations of the mentally ill**

**Movimento dos direitos
indígenas: sua necessidade
para a prevenção das violações
contínuas dos direitos humanos
dos doentes mentais***

Liesel LeCates

Indigenous rights movement: is the same needed to prevent continued human rights violations of the mentally ill

Movimento dos direitos indígenas: sua necessidade para a prevenção das violações contínuas dos direitos humanos dos doentes mentais*

Liesel LeCates**

ABSTRACT

Known as “society’s lepers,” the mentally ill endure suffering that transcends borders. This affliction is often the result of cross-cultural social stigma, and includes treatments such as chaining people to beds and solitary confinement. Some scholars have proposed the necessity of an international convention to further obligate states to protect the interest of the mentally ill, but this action alone is insufficient. In order to decrease stigma, and the injustice inflicted upon the mentally ill, the root of social stigma must be degraded prior to the successful implementation of mental health legislation. Changes in societal perspectives and an increase in mental health awareness will positively impact, not only those suffering from mental illness, but society as a whole. But, how should this be done? Unlike past scholarship, this article addresses current problems associated with mental health treatment, and through an interdisciplinary approach, compares the effects of the indigenous rights movement to a mental health movement. Specifically, this article discusses the potential to effectuate change through an analysis of current problems which include: (1) lack of available care, (2) lack of cooperation to acquire the multidisciplinary action necessary to care for the mentally ill, (3) lack of Education, and (4) lack of effective mental health policy. Through integrating social movement theory, the article bridges the gap between laws and effective implementation, which has the potential to curb continued human rights violations of the mentally ill.

Keyword: Global, Mental Health, Indigenous Rights, Social Movement, International law

RESUMO

Conhecidos como “leprosos da sociedade” os doentes mentais vivem o sofrimento que transcende fronteiras. Esta aflição é muitas vezes o resultado do estigma social transcultural, e inclui tratamentos como amarrar as pessoas à camas e submetê-las a confinamento solitário. Alguns acadêmicos têm proposto a necessidade de uma convenção internacional para obrigar os Esta-

* Recebido em 03/10/2013
Aprovado em 14/10/2013

** University of California, Berkeley. Email: liesel.lecates@law.utah.edu

dos a proteger o interesse dos doentes mentais, mas esta ação por si é insuficiente. A fim de diminuir o estigma e a injustiça infligidos aos doentes mentais, a raiz deste estigma social deve ser combatida antes da implementação bem-sucedida da legislação de saúde mental. Mudanças nas perspectivas sociais e um aumento na consciência da saúde mental terá um impacto positivo sobre, não somente aqueles que sofrem de doença mental, mas também para a sociedade como um todo. Mas, como isso deve ser feito? Ao contrário de estudos passados, o presente artigo aborda problemas atuais associados com o tratamento de saúde mental, e através de uma abordagem interdisciplinar, compara os efeitos do movimento dos direitos indígenas a um movimento de saúde mental. Especificamente, este artigo discute o potencial para efetuar a mudança através de uma análise dos problemas atuais, que incluem: (1) a falta de assistência disponível, (2) a falta de cooperação para adquirir a ação multidisciplinar necessário para cuidar dos doentes mentais, (3) a falta da educação, e (4) a falta de política de saúde mental eficaz. Através da teoria da integração dos movimentos sociais, o artigo faz a ponte entre as leis e a implementação efetiva que tem o potencial para reduzir as violações contínuas dos direitos humanos dos doentes mentais.

Palavras chaves: Global, saúde mental, direitos dos povos indígenas, movimento social, direito internacional.

1. INTRODUCTION

The World Health Organization (“WHO”) has recognized the plight of those suffering from mental illness as a “hidden emergency” that needs to be addressed immediately.¹ Known as “society’s lepers,”² the mentally ill suffer horrific circumstances that exaggerate mental illnesses.³ Treatment commonly includes solitary confinement and chaining people to beds.⁴

When addressing many human rights violations, the moral wrongfulness of a violation is universally recog-

nized. Genocide, torture, withholding food and water; all of these wrongs evoke a cross-cultural feeling of injustice. Thus, these abuses can be approached in similar ways; through treaties that further obligate states to uphold human rights standards followed by domestic legislation and international pressure. However, mental illnesses should to be approached differently from many human rights violations because the injustice is not necessarily promoted by the state, but communities and families. Due to cross-cultural stigma, obliging states to abide by rules regarding the human rights of those suffering from mental ailments is necessary; yet, insufficient alone. To effectively change current treatment practices associated with the mentally ill, social changes must occur to penetrate cultural practice and to inform individual persons of the misconceptions and stigmas associated with these disabilities and illnesses.

The United States and other developed nations have long-imposed cultural ideas of proper human treatment on developing states. However, developed nations have historically failed to recognize basic human rights of the mentally ill and disabled. Although the poor are disproportionately affected, the stigma associated with mental illness is a global problem, one which penetrates cultures and political lines. Due to the scope of the violations, further degradation of cultural stigmas must be increased cross culturally and nationally before adequate legislation can be passed and effectuated.

In order to change societal perceptions, a social movement must take place resulting in increased public awareness and political activism. That said, there is difficulty in assessing a balance between the necessary restrictions on freedom through the institutionalization of the dangerous or severely ill; however, the current balance is often weighed down by the over-breadth of patients institutionalized. Therefore, this article does not promote the elimination of mandatory institutionalization for those who are a danger to self or others, but rather promotes legislation to protect persons from unnecessary involuntary commitment, and inhumane and degrading treatment while institutionalized.

Financing is an additional problem, many global struggles could be corrected with adequate financing; however, the global financing is insufficient to provide community care, and adequate treatment for every person suffering from mental illness. To solve the problems through increased financing would be an unreasonable expectation when

1 WHO *Quality Rights Project – addressing a hidden emergency*, World Health Organization (2013), available at http://www.who.int/mental_health/policy/quality_rights/en/.

2 D. L. Rosenhan, *Symposium, On Being Sane in Insane Places*, 13 SANTA CLARA LAWYER 379, 390 (1973), available at <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol13/iss3/3>

3 WHO *Quality Rights Project – addressing a hidden emergency* (2013).

4 Id.

the international community has failed to provide even the basic necessities of life such as food and shelter. Therefore, this paper illustrates social mechanisms necessary to improve international treatment of the mentally ill through a change in stigma rather than idealistic, costly care or institutionalization. The theoretical product of changed views includes an increase in financing; but this paper proposes that instead of merely attempting change through traditional international human rights treaties, or increased financing, there exist a need for a collaborative social approach. The topic will be subdivided, discussing the need for a mental health social movement through seven sections. First, the meaning of mental health and illnesses will be discussed. Second, the stigmatized problems associated with the current mental health system will be summarized in four sections: (1) lack of available care, (2) lack of cooperation to acquire the multidisciplinary action necessary to care for the mentally ill, (3) lack of Education, and (4) lack of effective mental health policy. Third, particular problems will be identified in the context of both developed and developing countries using specific examples of the United States, Great Britain, and Ghana. Fourth, mental illnesses will be distinguished from other groups suffering human rights violations. Fifth, the applicable principles of social movement theory will be briefly addressed. Sixth, a synopsis of the indigenous rights movement. Lastly, the previous sections will be applied to the mental health crisis in order to stipulate the effects of a global mental health movement.

Specifically, through the seven sections, the paper will attempt to demonstrate that in order to reduce cultural stigma and discrimination, the international community should continue to promote and recognize mistreatment of individuals through social movements. These social movements could effectuate change not only in international and domestic legislation, but also increase awareness of illness while changing society's views of the mentally ill.

2. WHAT IS MENTAL HEALTH AND ILLNESS?

First, to know how to adequately treat a disease or ailment, the condition must be differentiated from health. Yet there exists difficulty in separating the mentally fit from mentally ill. The World Health Organization has described mental health as:

Not just the absence of mental disorder. It is defined as a state of well-being in which every individual

realizes his or her own potential, can cope with the normal stresses of life, can work productively and fruitfully, and is able to make a contribution to her or his community.⁵

The Princeton Web Definition of *mental illness* includes “any disease of the mind; the psychological state of someone who has emotional or behavioral problems serious enough to require psychiatric intervention.”⁶ Although a generally accepted definition, difficulties in distinguishing mental infirmities manifest through psychosomatic complaints should also be considered. Often society fails to recognize that there is not a bright line between mental health and physical health. From a holistic approach, the two are bound and one condition can lead to the other. However, current definitions cause difficulty in distinguishing a psychosomatic physical complaint from a primary physical ailment, further leading to complexity when diagnosing the mentally ill. Mental illness is a grand scheme which, although affected by environmental factors such as poverty; strikes all races, cultures, and people of all socioeconomic status.⁷ The failure to identify and treat these illnesses in a timely and appropriate manner can lead to significant long-term costs as failure to treat is associated with criminal behavior, homelessness, and unemployment.⁸

3. WHY THE CURRENT MENTAL HEALTH SYSTEM IS FAILING?

3.1 Stigma of Mental Illness

The ability to treat mental illness is compounded by the societal stigma associated. Stigma is described as “a mark separating individuals from one another based on a socially conferred judgment that some persons or

5 *What is Mental Health*, World Health Organization (Sept 3 2007), available at <http://www.who.int/features/qa/62/en/index.html>.

6 *Mental Illness*, WordNet Search 3.1, available at <http://wordnetweb.princeton.edu/perl/webwn?s=mental%20illness> (last visited April 6, 2013).

7 *Mental Illnesses*, National Alliance on Mental Illness (2006-2013) available at http://www.nami.org/template.cfm?section=about_mental_illness (last visited April 6, 2013).

8 See generally Draine, Jeffrey, et al., *Role of social disadvantage in crime, joblessness, and homelessness among persons with serious mental illness*, *Psychiatric Services* 53.5, 565-573 (2002), available at <http://journals.psychiatryonline.org/article.aspx?Volume=53&page=565&journalID=18>

groups are tainted and ‘less than.’”⁹ A World Health Organization Bulletin cites Gruskin and Ferguson, from Harvard’s Program on International Health and Human Rights, who state that “stigma” is the state of “being devalued by individuals or communities on the basis of real or perceived health status.”¹⁰ Stigma is often intertwined with discrimination which as defined by the authors: “refers to the legal, institutional and procedural ways that people are denied access to their rights because of their real or perceived health status.”¹¹ Further, “Recent research continues to show that individuals fear and avoid persons with mental illness, even as psychiatry claims dramatic increases in effective treatments and social scientists document greater levels of public acceptance of medical theories about underlying biological and genetic causes of mental illness.”¹²

Studies also indicate that the mental illness stigma can have an impact not only on an individual’s self-esteem, but also quality of life.¹³ In fact, stigma “occupies

a central place in explanations of low service use, inadequate research funding and treatment infrastructures, and hindered progress toward recovery from mental illness.”¹⁴ Society’s view detrimentally impacts persons suffering from mental illness, because the implications include withdrawing from treatment and worsening of the condition.¹⁵ The failure to receive treatment could then lead to great societal costs.¹⁶ For example, certain untreated mental illnesses, including substance abuse disorders, could lead to increased suicide rates which are projected to be “1.53 million by the year 2020.”¹⁷

In *A Call for Action by World Health Ministers*, Brundtland identifies “critical strategies to start dispelling the indelible mark, the stigma caused by mental illness.”¹⁸ These strategies are not only necessary, but also practical tactics that can be feasibly implemented in order to prevent suicide and increase quality of life. The list includes:

Public information campaigns using mass media in its various forms; involvement of the community in the design and monitoring of mental health services; provision of support to nongovernmental organizations and for self-help and mutual-aid ventures, families and consumer groups; and education of personnel in the health and judicial systems and employers¹⁹

9 Martin, K. Jac; Lang, Annie; and Olafsdottir, Sigrun, *Rethinking Theoretical Approaches to Stigma, A Framework Integrating Normative Influences on Stigma (FINIS)*, US National Library of Medicine National Institutes of Health, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2587424/>.

10 Definition of “stigma”, no. 2., *THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY*. 2ND EDITION (1989) available at <http://www.oed.com/> [accessed on 3 July 2009] as cited by Ferguson, Laura & Gruskin, Sofia, *Using indicators to determine the contribution of human rights to public health efforts*, Program on International Health and Human Rights, Harvard School of Public Health (07 July 2009) As cited in *Bulletin of the World Health Organization* 2009;87:714-719. doi: 10.2471/BLT.08.058321 available at <http://www.who.int/bulletin/volumes/87/9/08-058321/en/>

11 Definition of “discrimination”, no.1. *THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY*. 2ND EDITION (1989) available at <http://www.oed.com/> [accessed on 3 July 2009]. As cited by Ferguson (2009).

12 Crisp AH, Gelder MG, Rix S, Meltzer HI, Rowlands OJ, Stigmatisation of people with mental illnesses, *Br J Psychiatry* 177:4-7 (July 2000); Martin JK, Pescosolido BA, Tuch SA, Of fear and loathing: The role of disturbing behavior, labels and causal attributions in shaping public attitudes toward persons with mental illness, *Journal of Health and Social Behavior*, 41(2):208–233 (2000); Pescosolido BA, Monahan J, Link BG, Stueve A, Kikuzawa S, The public’s view of the competence, dangerousness, and need for legal coercion of persons with mental health problems. *American Journal of Public Health*, 89:1339–1345 (1999); Stuart H, Arboleda-Florez J. Community attitudes toward persons with schizophrenia. *Canadian Journal of Psychiatry*. 2000;46:245–252 as cited by Martin, K. Jac; Lang, Annie; and Olafsdottir, Sigrun, *Rethinking Theoretical Approaches to Stigma, A Framework Integrating Normative Influences on Stigma (FINIS)*, US National Library of Medicine National Institutes of Health, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2587424/>.

13 Chung, K.F. & Wong M. C., Experience of stigma among Chinese mental health patients in Hong Kong, *Psychiatric Bulletin*, 28, 451– 454 (2004) available at <http://pb.rcpsych.org/content/28/12/451.full> citing Link, B.G., Struening, E. L., Neesetodd, S., et al (2001); The consequences of stigma for the self-esteem of

people with mental illnesses. *Psychiatric Services*, 52, 1621 -1626, Rosenfield, S., Labeling mental illness: the effects of received services and perceived stigma on life satisfaction, *American Sociological Review* 660 -672, 62 (1997).

14 Estroff SE, Making it crazy: An ethnography of psychiatric clients in an American community, University of California Press; Berkeley, (1981); Markowitz FE, Modeling processes in recovery from mental illness: Relationships between symptoms, life satisfaction, and self-concept, *Journal of Health and Social Behavior*, 42:64–79 (2001); Sartorius N., Stigma: What can psychiatrists do about it? *The Lancet* 352:1058–1059 (1998) as cited by Martin, K. Jac; Lang, Annie; and Olafsdottir, Sigrun, *Rethinking Theoretical Approaches to Stigma, A Framework Integrating Normative Influences on Stigma (FINIS)*, US National Library of Medicine National Institutes of Health, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2587424/>.

15 Chung, Experience of stigma among Chinese mental health patients in Hong Kong, *Psychiatric Bulletin* 28: 451– 454 (2004) citing Sirey, J. A., Bruce, M. L., Alexopoulos, G. S., et al, Perceived stigma and patient-rated severity of illness as predictors of antidepressant drug adherence, *Psychiatric Services* 52:1615 -1620(2001).

16 Id.

17 *The World Health Report 2001. Mental Health: New Understanding, New Hope*, World Health Organization (2001), as cited by Khan, Murad M, Suicide prevention and developing countries *J R Soc Med* 98(10): 459–463(October 2005).

18 Brundtland, Gro Harlem, Director General of the World Health Organization, *Mental Health: A Call for Action by World Health Ministers* 19 (2001), available at http://www.who.int/mental_health/advocacy/en/Call_for_Action_MoH_Intro.pdf.

19 Id.

Each of these tactics could be an effective tool to increase public awareness and decrease social stigma. However, these strategies are insufficient alone to provide protection to the mentally ill. Specifically, stigma has resulted in four problems which need separate strategies implemented in order to forestall a global mental health crisis. These problems include: (1) Lack of available care, (2) lack of cooperation to acquire the multidisciplinary action necessary to care for the mentally ill, (3) lack of public education and (4) lack of effective mental health policy.

3.1.1 Lack of Available Care

The stigma of mental illness prevents the recognition and treatment of disorders that with effective treatments could increase productivity and life satisfaction.²⁰ At the 54th World Health Assembly of 2001, neuropsychiatric disorders were responsible for 30.8 percent of all disabilities, and the number is rising.²¹ The Assembly also recognized that depression is expected to be the second leading cause of global burden of disease by 2020.²² The burden further increases as depression rates increase; major depressive disorder is linked to suicide, and the majority of “people who commit suicide are also clinically depressed.”²³ As these illnesses affect not only the person with the illness, but family and friends who surround them, action should be taken immediately in order to provide adequate care and stifle the burden of disease upon us.

Although there is a cross-cultural stigma related to mental illness, the severity varies, and the availability of mental health professionals can fluctuate greatly between countries. For example, Switzerland had a ratio of 42 psychiatrists per 100,000 persons, while the nearby country of Poland reported less than 10 psychiatrists per 100,000 persons in 2009.²⁴ And, not only does variance exist between countries, but the shortage of

mental healthcare practitioners is often exaggerated in rural areas as the available professionals also varies dramatically between urban and rural settings.²⁵ For instance, in Australia the ratio of psychiatrist in major cities is 4.6 times that of “remote” regions.²⁶

The lack of anonymity in rural settings can create additional problems for those suffering from mental illness. In 1999, the U.S. Surgeon General warned that due to the difficulty of maintaining anonymity, “stigma is particularly intense in rural communities.”²⁷ The stigma in these communities “can lead to under-diagnosis and under-treatment,” and the lack of available care can cause additional problems as some persons with mental illnesses spend “more time traveling to see a provider than at actual appointments.”²⁸

3.1.2 Lack of Multi-Sectoral Cooperation

Regarding the promotion of global mental health, the World Health Organization has stated that “multi-sectoral action” is needed.²⁹ In the Mental Health Policy and Service Guidance Package, the WHO specifies that, “Mental health is necessarily an inter-sectoral issue involving the education, employment, housing, social services and criminal justice sectors. It is important to engage in serious consultation with consumer and family organizations in the development of policy and the delivery of services.”³⁰ This includes government and non-government organizations, and “the focus should be on promoting mental health throughout the lifespan to ensure a healthy start in life for children and to prevent mental disorders in adulthood and old age.”³¹

20 See *supra* note 6.

21 See *supra* note 18, at 6.

22 *Id.*

23 *Id.*

24 *Health at a Glance 2011: OECD Indicators 3.5 psychiatrist*, OECD ilibrary, available at http://www.oecd-ilibrary.org/sites/health_glance-2011-en/03/06/index.html?jsessionid=n0hmk5pigd1k.delta?contentType=&itemId=/content/chapter/health_glance-2011-25-en&containerItemId=/content/serial/19991312&accessItemIds=/content/book/health_glance-2011-en&mimeType=text/html (last visited April 5, 2013).

25 *Id.*

26 *Id.* citing (AIHW, 2010a).

27 Mental Health: A Report of the Surgeon General (1999) as cited in Rural Communities, Substance Abuse and Mental Health Service Administration, SAMHSA’s Resource Center to Promote Acceptance, Dignity and Social Inclusion Associated with Mental Health (ADS Center), (last updated June 22, 2012), <http://stopstigma.samhsa.gov/topic/rural/>.

28 *Id.*

29 What is Mental Health, World Health Organization (Sept 3 2007), available at <http://www.who.int/features/qa/62/en/index.html>

30 *ADVOCACY FOR MENTAL HEALTH, Mental Health and Service Guidance Package*, World Health Organization, xiii (2003), available at http://www.who.int/mental_health/resources/en/Advocacy.pdf.

31 *What is Mental Health* (Sept 3 2007).

3.1.3 Lack of Education

Ignorance instinctively leads humanity to fear what it does not understand, and the current misunderstanding of mental illness can potentially lead to disastrous consequences.

Just as the lepers of old, the mentally ill are often ostracized by society.³² The WHO states that “The image of leprosy has to be changed at the global, national and local levels. A new environment, in which patients will not hesitate to come forward for diagnosis and treatment at any health facility, must be created.”³³ Similar to mental illness, the “age-old stigma associated with the disease remains an obstacle to self-reporting and early treatment.”³⁴ Additionally, “the image of leprosy has to be changed at the global, national and local levels” in order to create “A new environment.”³⁵ One in which patients will not hesitate to come forward for diagnosis and treatment at any health facility.³⁶ Education provides that leprosy is currently understood as “not highly contagious” and treatable with multidrug therapy.³⁷ As the medical care staff and general public’s understanding of leprosy has improved, so has the treatment, decreasing leper numbers.

Education is fundamental in improving treatment of any condition and in preventing bias. In 2003, the WHO released a list of “common misconception” and “how to combat stigma.”³⁸ Some “common misconceptions” of the mentally include that they are “lazy,” “unintelligent,” “unsafe,” “violent,” “possessed by demons,” “recipients of divine punishment,” “untreatable,” “in need of hospitalization,” “without conscience and unpredictable.”³⁹ Interestingly, in order to combat stigma, the WHO list include many educational interventions.⁴⁰ Some of these interventions involve: “community education on mental disorders,” “anti-stigma training for teachers and health workers,” “psychoeducation for consumers and families on how to live

with persons who have mental disorders,” and “education of persons working in the mass media, aimed at changing stereotypes and misconceptions about mental disorders.”⁴¹

3.1.4 Lack of Mental Health Policy

David Rosenhan in his famous *On Being Sane In Insane Places*, indicates the problems of defining the sane and insane.⁴² He states that what is “normal in one culture may be seen as quite aberrant in another.”⁴³

In 1973, Rosenhan performed an experiment to assess health care providers’ ability to distinguish the sane from insane. In the study, eight “sane” people, with no previous psychiatric symptoms, gained admission into twelve psychiatric hospitals of different regions of the United States.⁴⁴ After being admitted with falsified symptoms, the “secret” patients behaved “normal.”⁴⁵ Hospitalization of the pseudopatients then “ranged from 7 to 52 days, with an average of 19 days.”⁴⁶ Rosenhan notes:

Despite their public “show” of sanity, the pseudopatients were never detected. Admitted, except in one case, with a diagnosis of schizophrenia,⁸ each was discharged with a diagnosis of schizophrenia “in remission.” The label “in remission” should in no way be dismissed as a formality, for at no time during any hospitalization had any question been raised about any pseudopatient’s simulation. Nor are there any indications in the hospital records that the pseudopatient’s status was suspect. Rather, the evidence is strong that, once labeled schizophrenic, the pseudopatient was stuck with that label.⁴⁷

Also, unlike medical illnesses, a false positive psychiatric diagnosis “carry with them personal, legal, and social stigmas.”⁴⁸ Rosenhan retells the injustice stating, “I have records of patients who were beaten by staff for the sin of having initiated verbal contact. During my own experience, for example, one patient was beaten in the presence of other patients for having

32 *Leprosy*, Media Centre, World Health Organization (September 2012), available at <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs101/en/>.

33 *Id.*

34 *Id.*

35 *Id.*

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *See supra* note 30, at 11.

39 *Id.*

40 *Id.*

41 *Id.*

42 D. L. Rosenhan, *Symposium, On Being Sane in Insane Places*, 13 SANTA CLARA LAWYER 379, 379 (1973), available at <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol13/iss3/3>.

43 *Id.*

44 *Id.* at 380-81.

45 *Id.* at 383.

46 *Id.* at 384.

47 *Id.*

48 *Id.* at 385.

approached an attendant and told him, “I like you.”⁴⁹ Further describing the violations the “committed” endure, Rosenhan states:

The patient is deprived of many of his legal rights by dint of his psychiatric commitment. 2 He is shorn of credibility by virtue of his psychiatric label. His freedom of movement is restricted. He cannot initiate contact with the staff, but may only respond to such overtures as they make. Personal privacy is minimal. Patient quarters and possessions can be entered and examined by any staff member, for whatever reason. His personal history and anguish is available to any staff member (often including the “grey lady” and “candy striper” volunteer) who chooses to read his folder, regardless of their therapeutic relationship to him. His personal hygiene and waste evacuation are often monitored. The water closets may have no doors.⁵⁰

Although the Rosenhan experiment reflects the U.S. mental health care of 1973, still there remains a mistreatment of institutionalized mental health patients. The Rosenhan experiment reveals the need for further legislation to protect those institutionalized, and individuals from unnecessary commitment. Policy-makers should restricting commitment only to those individuals who are a danger to self and others, and protect the rights of those patients who are institutionalized from inhumane and degrading treatment.

Mental health legislation has improved in since 1973, but the World Health Organization reports that still 40% of states have no mental health policy.⁵¹ For many of the states with mental health legislation, the policy is outdated.⁵² At this time, there are no universal binding treaties or resolutions regarding the specific treatment of the mentally ill. However, even if there were, the question arises, would these treaties be effective alone, or would they more resemble the other ineffective legislation? In December of 1991, the General Assembly adopted the *Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care*, under Resolution 46/119.⁵³ Under this non-binding re-

solution, principle one articulates the standard of “best available mental health care,” available to “all persons.”⁵⁴ This is the ideal standard, but binding legislation must be enacted to promote the availability of the “best” mental healthcare to all persons.

The WHO has also affirmed that, “mental health policies and plans for their implementation are essential for coordination of services and activities to improve mental health and reduce the burden of mental disorders.”⁵⁵ The need for further policy enactment is evident, but this is insufficient alone. As social movements increase awareness of mental illness, stigma decreases, and access to treatments increases. Through increased education, and through a cooperative multi-sectoral approach the quality of care will also increase. As these changes occur, the effect of new policy will be more efficient and society will take less time to adapt. In many cases, for lack of incentive, many governments will not be persuaded to pass new regulations without some form of activism or pressure from the international community. Additionally, once the regulations are passed, activism will be necessary in order to prevent a repeat of the U.S. desegregation laws there must be some pressure or incentive to implement the new regulations.

4. CROSS-CULTURAL STIGMATIZATION: EXAMPLES OF “DEVELOPED” AND “DEVELOPING” WORLD

4.1 Current Problems within Developing Nations

4.1.1 Government Spending and Poverty

Although human rights violations occur throughout the world, people within developing nations are especially susceptible to mental health abuses. Studies have found a positive correlation between mental health and poverty indicators such as: income, material possessions, and education.⁵⁶ In ten stand-alone studies,

49 *Id.* at 394.

50 *Id.* at 395.

51 Promoting the Rights of People with Mental Disabilities, available at http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/1_PromotingHRofPWMD_Infosheet.pdf (last visited April 5, 2013), citing Mental Health Atlas, World Health Organization (2005).

52 *Id.*

53 Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, Office of the High Commissioner for Human Rights, available at http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/UN_Resolution_on_protection_of_persons_with_mental_illness.pdf (last visited April 4, 2013).

54 *Id.* at Principle 1(1).

55 Saxena, S., Thornicroft, 878 (2007) citing Mental health policy, plans and programmes, World Health Organization (2004).

56 Patel, Vikram & Kleinman, Arthur, *Poverty and common mental disorder in Developing Countries*, Bulletin of the World Health Organization 81 (8) 609, 609-10(2003), available at <http://www.who.int/>

there was especially high correlation between education level and prevalence of common mental disorders.⁵⁷ The dearth of skilled providers is especially prevalent in low-income countries. Reports indicate that “low-income countries” have proportions as low as “0.05 psychiatrist and 0.42 nurses per 100,000 people. [While] The rate of psychiatrist in high income countries is 170 times greater and for nurses 70 times greater.”⁵⁸

Government spending on mental health in most countries is lower than needed, but the poorer the countries the lower the percentage of healthcare spending put towards mental health.⁵⁹ Within all countries, the lowest socioeconomic populations have the highest incidence of mental illness, and the least available care.⁶⁰ These problems need to be addressed; however, the greater problem is not just in the lack of available care or the omission of care, but affirmative violations of human rights.

4.1.2 An Example from Ghana

A report of human rights abuses of the mentally ill in Ghana found that family members are the individuals who typically send the mentally ill to receive care.⁶¹ These individuals are customarily sent to either a hospital or prayer camp to receive treatment.⁶² The prayer camps are founded to give support by church organizations, while the hospitals can provide institutionalization. Human Rights Watch (“HRW”) tells the story of Doris, who at twenty-two was taken to a prayer camp by her father and was treated for demons.⁶³ HRW reports some of her circumstances over the course of years, including being “tethered by a rope to a wall for about two months, forced to fast for days at a time, and left to sleep, bathe, and defecate in the open.”⁶⁴

bulletin/volumes/81/8/en/Patel0803.pdf (last visited March 15, 2013).

57 *Id.* at 610.

58 10 Facts on Mental Health, (Fact 8), World Health Organization, available at http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/mental_health_facts/en/index7.html (last visited April 5, 2013).

59 Saxena, S., Global Mental Health 2-Resources for mental health: scarcity, inequity, and inefficiency, 878 (2007).

60 *Id.* at 878.

61 Like a Death Sentence, Abuses against Persons with Mental Disabilities in Ghana, Human Rights Watch 1 (2013), available at <http://www.hrw.org/reports/2012/10/02/death-sentence>.

62 *Id.* at 2.

63 *Id.*

64 *Id.*

Like Ghana, in many regions the majority of the people believe that mental illness is caused by evil spirits or demons; thus, the health treatment can differ significantly from conventional medicine.⁶⁵ In addition to the lack of proper treatment, there is little access to treatment. With an estimated 2.8 million suffering from mental illness in Ghana, the entire country has only twelve practicing psychiatrist, and very little access to outpatient therapy.⁶⁶

4.2 Current problems within Developed Nations

4.2.1 Statistics within the United States

Although human rights violations of the mentally ill are prevalent in developing countries, many developed countries have similar problems. A 2009 study found that 26.4 percent of the population of the United States could be diagnosed with a mental illness at any given time.⁶⁷ By comparison, in China the number is roughly 17.5 percent.⁶⁸ The U.S. Center for Disease Control (“CDC”) reports that only 17% of the population is within a state of optimal mental health.⁶⁹

4.2.2 Discrimination in the United Kingdom

A survey response of 556 people in the United Kingdom who received psychiatric treatment, found that “56% experienced discrimination within the family, 51% from friends, 47% in the workforce and 44% from general practitioners.”⁷⁰ Although the survey could in-

65 *Id.*

66 *Id.*

67 China Tackles Surge in Mental Illness, *nature* 468, 145 (Published online November 10, 2010), corrected 17 November 2010, available at <http://www.nature.com/news/2010/101110/full/468145a.html> citing The WHO World Mental Health Survey Consortium, *J. Am. Med. Assoc.* 291, 2581–2590 (2004).

68 China Tackles Surge in Mental Illness, *nature* 468, 145 (Published online November 10, 2010), corrected 17 November 2010, available at <http://www.nature.com/news/2010/101110/full/468145a.html> citing M. R. Phillips et al, *Lancet* 373, 2041–2053 (2009).

69 Mental Health Basics, Center for disease Control and Prevention, available at <http://www.cdc.gov/mentalhealth/basics.htm> (last visited March 18, 2013). See Note 2, Mental Health: A Report of the Surgeon General, U.S. Department of Health and Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Center for Mental Health Services, National Institutes of Health, National Institute of Mental Health (1999).

70 Chung, Experience of stigma among Chinese mental health

dicates bias due to the return rate of 13 percent, these numbers are still very high, indicating at least a portion of society experiences bias towards those who use the mental health system.⁷¹

4.2.3 Prisons in the United States

Within the United States the prison system is over-run by the mentally ill. Yet, within this system, the inmates are often unable to obtain therapy and can be placed in solitary confinement. These conditions can potentially worsen the illness and cause additional public safety problems as many individuals leave jail without receiving therapeutic care. For example, solitary confinement has reportedly increased within the United States as a mechanism to cope with difficult and dangerous prisoners.⁷² Solitary confinement is a hazardous practice and “recognized as difficult to withstand; indeed, psychological stressors such as isolation can be as clinically distressing as physical torture.”⁷³

According to news sources, in April of 2013, “U.S. District Judge Lawrence Karlton in Sacramento ruled that the state failed to prove that it is providing the level of care required by the U.S. Constitution for the state’s more than 32,000 mentally ill inmates.”⁷⁴ According to *Time* magazine, California has historically been known for the defective prison system.⁷⁵ In 1991, the original suit was initiated under the premise that life within the prisons violated the constitution as “cruel and unusual punishment.”⁷⁶ Although officials have recognized improvements in the system since that time, Judge

patients in Hong Kong, *Psychiatric Bulletin* 28: 451–454 (2004) citing Pull Yourself Together: A Survey of the Stigma and Discrimination Faced by People Who Experience Mental Distress, Mental Health Foundation (2000).

71 Id.

72 Metzner, Jeffrey L., & Fellner, Jamie, Solitary Confinement and Mental Illness in U.S. Prisons: A Challenge for Medical Ethics, *J Am Acad Psychiatry Law* 38:1:104-108 (March 2010), available at <http://www.jaapl.org/content/38/1/104.full>.

73 Id. citing Reyes H, The worst scars are in the mind: psychological torture, *Int Rev Red Cross* 89:591–617 (2007); Basoglu M, Livanou M, Crnobaric C, Torture vs. other cruel, inhuman and degrading treatment: is the distinction real or apparent? *Arch Gen Psychiatry* 64:277–85 (2007).

74 *Feds Retain Control of Calif. Prison Mental Health*, Associated Press, *Time* (April 5, 2013), available at <http://nation.time.com/2013/04/05/feds-retain-control-of-calif-prison-mental-health/>.

75 Id.

76 Id.

Karlton’s ruling cited the continued inability to lower prisoner’s suicide and maintain adequate staff.⁷⁷

5. WHY IS MENTAL HEALTH DIFFERENT FROM OTHER HUMAN RIGHTS VIOLATIONS?

When the laws are implemented, many do not find the treatment of mentally ill wrong. These are people with “demons” after all. The UN World Health Organization (“WHO”), reports that:

Misunderstanding and stigma surrounding mental ill health are widespread. Despite the existence of effective treatments for mental disorders, there is a belief that they are untreatable or that people with mental disorders are difficult, not intelligent, or incapable of making decisions. This stigma can lead to abuse, rejection and isolation and exclude people from health care or support. Within the health system, people are too often treated in institutions which resemble human warehouses more than places of healing.⁷⁸

Although legislative changes are necessary for improved care of the mentally ill, these reforms alone are insufficient to safeguard against further violations. In *A Call for Action by World Health Ministers*, the authors articulate this important point.

Introducing legislative reforms that protect the civil, political, social, economic, and cultural entitlements and rights of the mentally ill is also crucial. However, this step alone will not bear the fruits expected by legislators without a concerted effort to erase stigmatization as one of the major obstacles to successful treatment and social reintegration of the mentally ill in communities.⁷⁹

The current maltreatment of many individual suffering from mental illness is so entrenched in society, even thought of as necessary, that mental health legislation without a societal backing would be unenforceable de facto rules.

77 Id.

78 End human rights violations against people with mental health disorders, December 10: International Human Rights Day, World Health Organization (News releases 2005), available at <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr68/en/index.html> (last visited March 15, 2013).

79 Brundtland, Gro Harlem, Director General of the World Health Organization, *Mental Health: A Call for Action by World Health Ministers* 19 (2001), available at http://www.who.int/mental_health/advocacy/en/Call_for_Action_MoH_Intro.pdf

Some problems or human rights violations can be regulated strictly by the change in domestic laws or policies. However, mental health problems occur in every socioeconomic class, culture, and country. This stigma, unlike many social stigmas, is associated at differing degrees of severity, but cross-culturally. When articulating policies for anti-corruption and genocide, or even gender equality, the impact of these violations can depend upon cultural stigmas. However, when cross-cultural persecution occurs, the situations of those burdened has historically improved through social movements. Many movements have taken years to develop, but when the general public is educated on a problem, governments are pressured to sign conventions, pass legislation, and then enforce the laws. Taking the opportunity to learn from history, a social movement should be implemented.

6. SOCIAL MOVEMENT THEORY

In the book, *The Social Movement Society*, social movements are defined as “collective challenges to existing arrangements of power and distribution by people with common purposes and solidarity, in sustained interaction with elites, opponents, and authorities.”⁸⁰ Classic definitions include a “desire for change.”⁸¹ Multiple studies have indicated that organizational changes are the direct result of social movement activism.⁸² Burgmann states

80 The Social Movement Society, Contentious politics for a new century, 3 (Meyer, David S. & Tarrow, Sidney G. eds., 1998), google books available at http://books.google.com/books?id=D5_kahOwxaEC&printsec=frontcover&dq=tarrow+social+movements&hl=en&sa=X&ei=xo9cUdnJEKiMigLv-YDoCw&ved=0CDcQ6AEwAQ#v=onepage&q=tarrow%20social%20movements&f=false.

81 HOW SOCIAL MOVEMENTS MATTER. Berstein, Paul, Ch. 1: *social movements and public policy*, Vol. 10. U of Minnesota Press, 7 (Giugni, Marco, Doug McAdam, & Charles Tilly eds., 1999) available at <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=URFq34yxCaYC&oi=fnd&pg=PR7&dq=Tilly+social+movements&ots=WA4U4YPgDp&sig=AOAytJfyQJPTU0kUPqGULhir4>, citing McCarthy and Zald, 1217-18(1977); Tilly 305 (1984).

82 *Social Movements, Risk Perceptions, and Economic Outcomes: The Effect of Primary and Secondary Stakeholder Activism on Firms' Perceived Environmental Risk and Financial Performance*, AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 77(4): 573-596, 573 (2012), available at <http://asr.sagepub.com/content/77/4/573.full>, citing Lounsbury Michael, *Cultural Entrepreneurship: Stories, Legitimacy, and the Acquisition of Resources*, STRATEGIC MANAGEMENT JOURNAL 22:545-64(2001); Hayagreeva, Rao & *Market Rebels: How Activists Make or Break Radical Innovations*, Princeton University Press (2009); Schurman, Rachel & Munro, William, *Targeting*

that as globalization of politics and institutions takes place, so too must the social movements become global.⁸³ That the success of certain movements is determined not only by the ability to pressure politicians for change, but the ability to change perceptions of the problem.⁸⁴

In sum, the fundamental idea of “social-movement” is that through highly motivated activist, those who care about the cause, but are less ardent will too become motivated to promote change.⁸⁵ This activism leads to a domino effect that promotes change, and brings awareness of the problem to the public as a whole. However, even if there are activists, for the social movement to become a collective action social ties must exist.⁸⁶ The difference between activists solely protesting and the power of a ‘social movement’ is the ability to achieve networks and mobilization.

Capital: A Cultural Economy Approach to Understanding the Efficacy of Two Anti-Genetic Engineering Movements, AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY 115:155-202 (2009); Sine, Wesley & Lee, Brandon, *Tilting at Windmills? The Environmental Movement and the Emergence of the U.S. Wind Energy Sector*, ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 54:123-55 (2009); Soule, Sarah, *Contention and Corporate Social Responsibility*, Cambridge University Press (2009); Vasi, Ion Bogdan, *Social Movements and Industry Development: The Environmental Movement's Impact on the Wind Energy Industry*, MOBILIZATION: AN INTERNATIONAL JOURNAL 14:315-36 (2009); Vasi Ion Bogdan, *Winds of Change: The Environmental Movement and the Global Development of the Wind Energy Industry*, Oxford University Press (2011); Zald Mayer, Morrill Calvin & Rao, Hayagreeva, *The Impact of Social Movements on Organizations: Environment and Responses*, SOCIAL MOVEMENTS AND ORGANIZATION THEORY, Cambridge University Press 253-79 (Davis G., McAdam D., Scott R., Zald M. eds., 2005).

83 Burgmann, Verity, Power, Profit, and Protest: Australian Social Movements and Globalisation 2-3 (2003), available at <http://books.google.com/books?id=atpiAdA9IEMC&printsec=frontcover&dq=indigenous+rights+social+movement&hl=en&sa=X&ei=4WdeUfemKoL4yQGj44CgBw&ved=0CDDoQ6AEwAQ>

84 Social Movements, Risk Perceptions, and Economic Outcomes: The Effect of Primary and Secondary Stakeholder Activism on Firms' Perceived Environmental Risk and Financial Performance, AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 77(4): 573-596 (2012). (Authors discussing within context of environmental activism, “The influence of environmental activism—and, more generally, of any type of social movement activism—results not only from activists' pressure on corporations to adopt certain practices, but also from activists' ability to change perceptions about a firm's behavior, potentially altering a firm's image, reputation, and risk profile.”).

85 Oliver, Pamela E. & Gerald Marwell, *Mobilizing Technologies for Collective Action*, Frontiers in social movement theory, 251 (Morris, Aldon D. & Mueller, Carol Mclurg eds., 1992) available at <http://www.ssc.wisc.edu/~oliver/PROTESTS/ArticleCopies/OliverMarwell1992MobilizingTechnologies.pdf>.

86 Diani, Mario & McAdam, Doug, *Social movements and networks: Relational approaches to collective action*, OXFORD UNIVERSITY PRESS ON DEMAND (2003) (Author states that “collective action is significantly shaped by social ties”).

6.1 Relative Deprivation

6.1.1 Perception and Actual Opportunity

According to McAdam, there exists a strong correlation between “subjective perception and structure of opportunities.”⁸⁷ In fact, it was due to a change in federal policies that created the positivism of the civil rights movements in the 1930s and 60s.⁸⁸ In the late 1960s when opportunities began to decrease, the perception of this decrease also occurred.⁸⁹ According to “Tarrow, people join in social movements in response to political opportunity.”⁹⁰ Yet, “Political opportunities are both seized and expanded by social movements, turned into collective action and sustained by mobilizing structures and cultural frames.”⁹¹ As this principle of necessary opportunities is applied, the law has a fundamental purpose in creating an increase of opportunities in a positive feedback loop. However, the opportunity does not need to be great; Tarrow also explains that the original protestors can create optimism as they “make evident” opportunities not previously discernible.⁹²

6.2 Authority

In the late 1800s, sociologist Max Weber developed a theory of three types of authority that movements rely on to gain success. Morris and Staggenborg describe a movement leader as a “strategic decision-makers who Inspire[s] and organize[s] others to participate in social movements.”⁹³ The leader has two fundamental roles, functioning as an internal “mobilizer” to make things happen, and an external “articulator” so that the

outside world legitimizes the cause.⁹⁴ Without authority the movement will not progress as there are specific instances when leadership is critical to the success of a movement.⁹⁵

6.2.1 A charismatic leader

Within movement leaders is a “subset,” referred to as charismatic leaders. These are they who “represent revolutionary social forces” that “are responsible for significant societal transformations.”⁹⁶ These leaders, “by the force of their personal abilities are capable of having profound and extraordinary effects on followers,”⁹⁷ because the “followers perceive the charismatic leader as one who possesses superhuman qualities and accept unconditionally the leader’s mission and directives for action.”⁹⁸ Many past social movements have relied upon charismatic leaders to propel individual activist into action.

6.2.2 Rational Authority/Bureaucratic Authority

According to Weber, the belief in bureaucratic authority stems from normative rules when individuals are formally appointed or elected under these rules.⁹⁹ This is a common form of governing recognized by West, essential to global movements in order to propel legislation and promote safeguards to its enforcement.

6.2.3 Traditional Authority

Often recognized as patriarchal leadership within families, the traditional authority model is a result of custom and respect. Recognized commonly in indigenous cultures, traditional authority can at times conflict with state authority. For example, Lungisile Ntsebeza

87 Kurzman, Charles, *The social movements reader: cases and concepts*. Vol. 12, 5 Wiley-Blackwell, 42 (Goodwin, Jeff & James M. Jasper, eds., 2009), available at <http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=Wq5ELSlzlgC&oi=fnd&pg=PP12&dq=relative+deprivation+in+social+movements&ots=IQCWfV7dU4&sig=tCvIJG5hWV N9C3GoGAT3KQMmTrk>, citing McAdam (1982).

88 Id. Citing McAdam (1982 at 83-86, 108-110, and 156-163).

89 Id. citing McAdam at page 202.

90 See Goodwin 42, citing Tarrow 17 (1994).

91 Woliver, Laura R., *Review of Sidney Tarrow Power in Movement: Social Movements, Collective Action, and Politics*, THE JOURNAL OF POLITICS 57, 1206-1207 (1995), see also text cited from Tarrow 251(1994).

92 See Goodwin 42 citing to Tarrow 96-97 (1994).

93 Morris, Aldon, *Leadership in Social Movements Aldon Morris and Suzanne Staggenborg*, 1 (2002), available at <http://www.sociology.northwestern.edu/people/faculty/documents/Morris-Leadership.pdf>.

94 Id. at 2.

95 Id.

96 Conger, Jay A. & Rabindra N. Kanungo, *Toward a behavioral theory of charismatic leadership in organizational settings*, ACADEMY OF MANAGEMENT REVIEW 637, 637(1987), available at <http://www.jstor.org/discover/10.2307/258069?uid=3739928&uid=2&uid=4&uid=3739256&sid=21102168162797> citing House and Baetz, 399 (1979).

97 Id.

98 Conger, 637 citing Willner 1984.

99 Max Weber, available at http://business.nmsu.edu/~dboje/teaching/503/weber_links.html (last visited August 20, 2013) (referencing Weber, Max The Theory of Social and Economic Organization. (1947 Translated by A. M. Henderson & Talcott Parsons 1947), See also Weber, Max, Three types of Legitimate rule, 3.

writes that rural South Africa should take “into account the incompatibility of democratic decentralization and hereditary rule that underlines traditional authority.”¹⁰⁰

6.3 Mobilization

According to Doug McAdam, a number of factors and processes facilitate mobilization.¹⁰¹ These factors, such as political opportunity, can lead to different methods of mobilization.¹⁰² In his book, *Social Movements and The Legal System*, Joel Handler states the ability “to mobilize resources depends primarily on size, on its ability to attract elite support, or on its capacity to provide meaningful selective incentives to its leaders and staff.”¹⁰³ There are however, problems when attempting to promote a selective good as opposed to a collective good which would benefit society as a whole.¹⁰⁴ Specifically, mobilizing resources and support from those who view the benefit is immaterial for oneself.¹⁰⁵ Some individuals join organizations for solidarity or for a sense of satisfaction when the benefits go to the larger society or groups other than the joiner,¹⁰⁶ but “the most powerful incentives are material ones.”¹⁰⁷

Historically, some movements and organizations have relied upon different techniques to acquire support, mobilize resources, and maintain effectiveness. Some organizations rely upon mass memberships where the incentive to join is small, but the participation is minimal, usually including a small yearly membership

100 Ntsebeza, Lungisile, Democratic decentralisation and traditional authority: Dilemmas of land administration in rural South Africa, *The European Journal of Development Research* 16.1, 71-89, 81 (2004), available at http://pdf.wri.org/eea_decentralization_ejdr_final_chap5.pdf.

101 Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Cambridge Un Press, 26 (McAdam, Doug, McCarthy, John, D. & Zald, Mayer N. eds., May 1996), available at http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=8UamWMisjtkC&oi=fnd&pg=PR7&dq=mobilization+in+social+movements&ots=DtUz1_kwxg&sig=krEA1SYjdSS4B_qgZc1MiNs8cMo#v=onepage&q=mobilization%20in%20social%20movements&f=false.

102 *Id.*

103 Handler, Joel, F, SOCIAL MOVEMENTS AND THE LEGAL SYSTEM, A THEORY OF LAW REFORM AND SOCIAL CHANGE, 5 (1979).

104 *Id.*, see generally, discussion of Olson’s theory of collective good and selective good, and the need to overcome “free riders.”

105 *Id.* at 7.

106 *Id.*

107 *Id.* See Gamson quote, 60-66 (1975) “organizations that are successful in supplying material selective incentives have the best success rates.”

fee.¹⁰⁸ For example, a common technique employed in “funded social movement organizations,” includes providing prestige and career development as selective incentives for leadership while support is provided by nonmembers.¹⁰⁹ With professional full-time staff, these leaders “use the media to attract members, gather support, and influence elites.”¹¹⁰ This however can be “unstable,” as the majority of contributors “do not directly experience the grievances of the group; their relationship is tenuous” as they pay “for the collective goods but [who] do not consume them.”

6.4 Globalization

Sidney G. Tarrow explains that “globalization from below” will be a slow process he describes as “transnational contention.”¹¹¹ Below he defines the five emerging methods of “transnational contention.”

- *Domestication*: the use of internal protest tactics that pressure national governments to defend people’s interest
- *Global framing*: the framing of domestic issues in broader terms than their original claims would seem to dictate
- *Transnational diffusion*: the spread of similar forms of action and similar claims across borders
- *Externalization*: domestic actors targeting external actors in attempts to defend their interests
- *Transnational coalition formation*: the creation of transnational networks to support cooperation across borders¹¹²

As movements rely upon these methods, globalization can occur, even if the process at times yields results slowly.

108 *Id.* See generally example Common Cause at 9.

109 *Id.* at 8.

110 *Id.*

111 Tarrow, Sidney G., POWER IN MOVEMENT, SOCIAL MOVEMENTS AND CONTENTIOUS POLITICS, 3rd ED., 235 (2011).

112 *Id.*, See Lanham, MD: Rowman & Littlefield (transnational coalition formation, text includes citation to. *Coalitions Across Borders: Transnational Protest and the Neoliberal Order.* (Bandy, Joe and Jackie Smith, eds., 2004).

7. HISTORY OF SOCIAL MOVEMENTS

Historically, mental illness is not the only injustice provoked by cultural stigma. Physical disabilities, race, and gender have all benefited from social movements to increase awareness of the immorality of stigma induced unfair and unequal treatment. These social movements can take years to progress, but have dramatically changed human rights. An example of an effective social movement is the global Indigenous movement which will be discussed and compared below.

7.1 Indigenous Social movement

In 1957, the first international convention specific to indigenous persons was adopted by the International Labor Organization (“ILO”) “at the request of the UN-System.”¹¹³ This Convention No. 107 was a step in the right direction, but embraced an “integrationist approach,” which did not preserve the indigenous right to self-determination and failed to preserve language and culture.¹¹⁴ Then in 1989,¹¹⁵ the ILO adopted Convention No. 169, which as of August 2013, has been ratified by 20 countries.¹¹⁶ Unlike Convention 107, 169 incorporated a conservationist approach in order to protect the valued rights and customs of indigenous persons.¹¹⁷

Convention 169 was once again a step in the right direction, but still insufficient protection. Augusto Willemssen Diaz states that from 1977 onward, relying “on enthusiastic, devoted, brilliant and effective struggle of indigenous peoples and their members, as well as on the international indigenous movement that was forming and growing around the task,” pursued “obtaining recognition of indigenous peoples. . . along with their human rights and fundamental freedoms. . .”¹¹⁸ During the United Nations Decade for Indigenous Peoples (1995-2004), transnational organizations sought “recognition

and rights” for indigenous peoples specifically related to “property and possessions (such as territories, resources, material culture, genetic material, and sacred sites), practices (cultural performances, arts, and literature), and knowledge (cultural, linguistic, environmental, medical, and agricultural).”¹¹⁹ Then finally, in September 2007, the United Nations adopted the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples by a vote of 144 States.¹²⁰

Scholars describe the success through both a top-down and bottom-up approach. Lillian Aponte Miranda describes this “macro-level” scenario, stating that “a narrative of indigenous peoples’ role in international lawmaking defies a “top-down/bottom-up” dichotomy. Indigenous peoples’ participation reflects a bottom-up transnational social movement that engages both informal mechanisms of knowledge production and norm-generation and formal, top-down decision-making structures with the aim of establishing indigenous peoples’ distinctiveness.”¹²¹

As a means of furthering such resistance to local circumstances, these communities engage informal mechanisms of transnational knowledge production such as transnational networks and non-governmental organizations. They further engage formal channels of decision-making through advocacy before international and regional human rights bodies. Indigenous communities’ multi-layered participatory efforts focus on strategically identifying core indigenous norms and values that distinguish indigenous communities from other groups. These efforts serve as a foundation for the recognition of a distinctive transnational identity and framework of rights.¹²²

Describing the involvement of individual communities, Aponte indicates that many indigenous communities engage “in bottom-up resistance against affronts to their way of life through participation in informal norm-building processes.”¹²³ These communities worked in conjunction with “transnational networks

113 International Labour Organization, Convention No. 107 (1996-2013) available at <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--en/index.htm>.

114 *Id.*

115 *Id.*

116 International Labour Organization, Convention No. 169 (1996-2013), available at <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>.

117 *Id.*

118 Making the Declaration Work, IWGIA, 18 (Charters, Claire & Stavenhagen, Rodolfo eds., December 2009), Available for PDF download http://www.iwgia.org/publications/search-pubs?publication_id=11.

119 Hodgson, Dorothy L, Introduction: Comparative perspectives on the indigenous rights movement in Africa and the Americas, *American Anthropologist* 104.4, 1037, 1037 (2002), available at <http://graduateinstitute.ch/webdav/site/mia/shared/mia/cours/IA010/Hodgson%202002%20intro.pdf>.

120 Wiessner, Siegfried, Audiovisual Library of International Law, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, New York, (13 September 2007), available at http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/ga/ga_61-295/ga_61-295.html.

121 Lillian Aponte Miranda, *Indigenous Peoples As International Law-makers*, 32 U. Pa. J. Int’l L. 203, 213 (2010)

122 *Id.* (discussing communities such as “Awá Tingni in Nicaragua, U’wa in Colombia, and Western Shoshone in the United States”).

123 *Id.* at 228.

and non-governmental organizations dedicated to the production of knowledge and generation of norms regarding the recognition of a distinctive transnational indigenous identity and a derivative framework of indigenous rights.”¹²⁴ However, communities have also mobilized “through participation in more formal, institutionalized, top-down structures that contribute to the development of norms and decision-making regarding indigenous peoples’ rights.”¹²⁵ Through both the “formal” and “informal” processes have the indigenous rights movement rendered success through contributing “to the formulation of “hard” and “soft” law” principles applicable to indigenous peoples.”¹²⁶

Aponte further states that “through a transnational social movement that has capitalized upon the politics of difference, indigenous peoples have participated significantly in the construction of a distinctive international, legal identity and derivative framework of human rights.”¹²⁷ The indigenous rights movement has effectuated worldwide change. There are still innumerable violations of rights, but this movement has facilitated great improvement and is regarded as a success by the international community.

Although a global change has taken root, the process was slow. For example, in the 1920s the Australian movement began when an aborigine man named Anthony Martin Fernando, moved to Europe and began protesting the inequality in Australia.¹²⁸ It took forty years, but in 1967, “90 per cent of Australians voted in a referendum in favor of removing references in the Australian constitution that discriminated against Aboriginal people.”¹²⁹ Although Anthony Fernando did not live to see success, future activist were inspired by his work.¹³⁰ In this case it was “not the government,” but the ordinary people who decided to change things.¹³¹

124 Id.

125 Id.

126 Dinah Shelton, Normative Hierarchy in International Law, 100 AM. J. INT’L L. 291, 319–23 (2006) (discussing the “dynamic interplay” between “hard law” and “soft law”) as cited note 10, 81 by Lillian Aponte Miranda, *Indigenous Peoples As International Lawmakers*, 32 U. Pa. J. Int’l L. 203, 228 (2010).

127 Lillian Aponte Miranda, *Indigenous Peoples As International Lawmakers*, 32 U. Pa. J. Int’l L. 203, 205 (2010)

128 Australian geographic, The Fight for Aboriginal Civil Rights, (May 25, 2010), available at <http://www.australiangeographic.com.au/journal/indigenous-civil-rights.htm>

129 Id.

130 Id.

131 Id. quoting an interview of Jay Arthur (curator of a Mel-

8. MENTAL HEALTH SOCIAL MOVEMENTS

Social movements have the potential to impact human rights violations of the mentally ill, because social movements have the capacity to revolutionize when developed across multiple states.¹³² According to the WHO, as mental health advocacy movements have developed in countries such as Australia, Canada, Europe, New Zealand and others, it has helped to change society’s perceptions of persons with mental disorders.¹³³ In 2003, the WHO also reported that current movement “comprises a diverse collection of organizations and people with various agendas [, and] although many groups join together to work in coalitions or to achieve common goals, they do not necessarily act as a united front.”¹³⁴ However, although many developed countries have begun the formation of social movements, many developing countries have only infant mental health advocacy groups or have yet to form any.¹³⁵ Yet, even if the movements have not begun, there exist a “potential for rapid development, particularly because costs are relatively low, and because social support and solidarity are often highly valued in these countries.”¹³⁶ In order to realize the potential within these societies, “technical assistance and financial support from both public and private sources” are likely needed.¹³⁷

Although indigenous peoples have not traditionally had equal access to justice and due to language and cultural barriers, there are individuals within indigenous communities who have successfully self-advocated. Also similar to the disability movement, persons suffering from severe mental illness would theoretically have difficulty advocating justice. The institutionalized mentally ill will be more productive with the assistance of others. Likely relying even more on outside assistance than indigenous persons who often advocated on their own behalf through NGOs and systems of government.

bourne, Australia), From Little Things Big Things Grow, (Exhibition on Aboriginal Rights).

132 Castells, Manuel, *The City and Social Movements*, Human Geography 2 available at <http://socgeo.ruhosting.nl/html/files/geoapp/Werkstukken/Castells2.pdf> (Last visited April 4, 2013), citing Tarrow, S.G. *Power in movement: social movements and contentious politics* (Cambridge 1998).

133 *Supra* note 30, at 3.

134 *Id.*

135 *Id.*

136 *Id.*

137 *Id.*

8.1 United States Movement

An example of budding changes occurred in the United States. In the 1950s proponents of mental health reform within the United States instituted litigation to promote the right to treatment.¹³⁸ This litigation protected involuntarily committed individuals from going to prison when they had not committed a crime; affording these the right to receive psychiatric treatment.¹³⁹ In the 1970s *Wyatt v. Stickney*¹⁴⁰ eventually led to hearings where courts adopted standards that included requirements such as the “right to privacy and dignity.”¹⁴¹ Studies found that there was a “was a significant increase in public expenditures for mental health, and this was directly attributable to the litigation,” along with “great improvement in the personal cleanliness of the patients and the sanitary conditions of the facilities and ‘most life-endangering conditions were removed.’”¹⁴² The *Wyatt* circumstances were distinctive, the judge was an activist and he appointed a unique Human Rights Committee to oversee the defendant institutions.¹⁴³ These were “extraordinary,” “non-traditional” measures, but the scenario is still applicable as evidence that feasible changes in mental healthcare can occur under prejudice circumstances.¹⁴⁴ Finally, Handler notes that the mental health law reformers did not have favorable circumstances, that unlike the civil rights lawyers, “there were no groups to which the lawyers could belong,” and although these persons had the “legal expertise,” they had “no expertise or resources in the enforcement stage.”¹⁴⁵

8.2 How to implement a Mental Health Social Movement

Similar to the indigenous movement, through both a “top-down” and “bottom-up” approach, the mentally ill could advocate in order to formulate both “hard” and ‘soft’ law principles.”¹⁴⁶

138 *Supra* note 102, at 167.

139 *Id.*

140 *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373, 344F Supp. 387 (M.D. Ala. 1973) enforcing 325 F. Supp. 781, 334 F. Supp. 1341, aff’d. in part. 503 F.2d 1305 (5th Cir. 1974). As cited by Handler, note 13 at 167.

141 *Supra* note 95, at 168.

142 *Id.*

143 *Id.*

144 *Id.*

145 *Id.* at 175.

146 *See Supra* note 125.

8.2.1 Actual Opportunity

Similar to mentally ill individuals, indigenous peoples have traditionally been inflicted by injustice.¹⁴⁷ However, the public must become aware of the Relative Deprivation between those perceived as mentally healthy and those with mental health problems. As Tarrow states, the opportunity need not be great, but as opportunities present there will be a positive-feedback loop. Recently, as the disabilities movement has resulted in some success, the moment to “make evident” the available opportunities for change has arrived.¹⁴⁸

8.2.2 Leadership and Authority

In order to implement a global social movement there must be “strategic decision-makers who Inspire[s] and organize[s] others to participate in social movements.”¹⁴⁹ There can exist more than one leader; however, there must be leadership in order to “articulate” the cause of the mentally ill, and to gain and retain support for the movement.¹⁵⁰

According to the Weber paradigm, this movement would be the most successful if all three types of leadership were included. For example, a charismatic leader would act as a voice of the mentally ill, one who could articulate the problems to gain support of the general public. A charismatic leader could also benefit a mental health movement in order to unify the bureaucratic and traditional societies. However, rational authority would also be beneficial. With politicians and bureaucrats advocating on behalf of the mentally ill, the process of change would occur rapidly. Although, not leaders of the movement, sub-traditional leaders could also benefit society as families and groups begin to recognize the injustice on a larger scale.

8.2.3 Mobilization

A concern with regards to Mental Health Social Movement is the ability to mobilize, and, as discuss above,

147 University of Minnesota Human Rights Library, *Introduction, Study Guide: The Rights of Indigenous People* (2003) available at <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/indigenous.html>

148 Goodwin 42, citing to Tarrow 96-97 (1994).

149 Morris, Aldon, *Leadership in Social Movements Aldon Morris and Suzanne Staggenborg*, 1 (2002), available at <http://www.sociology.northwestern.edu/people/faculty/documents/Morris-Leadership.pdf>.

150 *Id.* at 2.coo

in creating incentives to join the movement. Although Indigenous peoples had to overcome language, location, and other barriers to participate in the Indigenous movement, the many mentally ill would have even more difficulty advocating on their own behalf. Additionally, the Indigenous peoples often had the “material” incentive to mobilize, if they failed to act, often their land, resources, and way of life would be jeopardized. However, to advocate on behalf of the mentally ill would more similarly parallel the Disability Movement where many of those disabled received support from individuals whose selective incentives differed from direct material goals. This movement too has brought success. For example, the Americans with Disabilities Act (“ADA”) was passed in the United States in the 1990s after multiple social movements of the 1960s and 1970s were effective in increasing awareness of unneeded institutionalization and the unequal treatment of these persons.¹⁵¹ Also, similar to the disabilities movement, a mental health movement could partially rely on persons unaffected by mental illness. Recently, the WHO has recognized that over the last 40 years the concept of “self-advocacy” has emerged, giving power and motivation to those who are affected by mental disorder and their family members.¹⁵² Additionally, within the 25 years the movement has grown to comprise not only severe illnesses, but also the mildly ill, and public mental health.¹⁵³ This incorporation provides an incentive for mobilization as the general public could have more material gain from advocating than just “selective goods.”

8.2.4 Globalization

According to Tarrow, “since the 1990s, an increasing number of contentious actors and actions have crossed national boundaries, united challenger from different countries, or targeted foreign and international targets.”¹⁵⁴ For example, the transnationalization of a movement are the campaigns “mounted by coalitions of indigenous groups with support from NGOs abroad” in Northern Quebec, South America, and rural India “to stop the construction of major dams. . .”

151 Cook, Thomas M., *Disability Rights: A global grass-roots movement*, THE GAZETTE (July 28, 2011), available at <http://thegazette.com/2011/07/28/disability-rights-a-global-grass-roots-movement/>

152 See *Supra* note 30, at 13.

153 Id.

154 See *Supra* note 110, at 235.

Similar to these movements, a mental health movement could feasibly transcend national borders. In the case of the dam construction, specific indigenous groups were represented by global NGOs who had the experience and ability to halt construction through litigation. In the case of mental illnesses, with the support of global mental health advocacy groups, the mental health advocacy groups could also effectively campaign through both *global framing* and *transnational diffusion*.¹⁵⁵

8.3 Outcomes of a mental health social movement

As mentioned above, the current problems associated with human rights violations of the mentally ill include: (1) Lack of available care, (2) lack of cooperation to acquire the multidisciplinary action necessary to care for the mentally ill, (3) lack of education and (4) lack of effective mental health policy. Through a successful social movement, the four problems can feasibly be improved as “Advocacy has helped consumers make their voices heard and to show the real people behind the labels and diagnoses.”¹⁵⁶ The following section will briefly discuss how according to social movement theory, these problems could be improved to afford better protection to those currently suffering from mental illness.

8.3.1 Available Care

Globally, the available mental health care is appalling. “Only a small minority of people with mental disorders receive even the most basic treatment,”¹⁵⁷ “only 51% of the world’s population have access to treatment for severe mental disorders at the primary care level,” and this treatment is “not necessarily effective or comprehensive.”¹⁵⁸ As a movement advocates and increases persons understanding of mental illnesses, available care will increase due to demand, and also through promotion similar to physical healthcare advocates. This will likely be a slow process as mental health personnel are trained and societal perspectives are changed, but the outcome will greatly benefit society.

155 Id. See description.

156 See *Supra* note 30, at 9.

157 Id. 9.

158 Id. 10.

8.3.2 Multidisciplinary Cooperation

Lack of disciplinary cooperation causes a lacuna in care, but a multi-sectoral approach can also prevent deaths secondary to mental illness. Mental illness is a major risk factor for suicide within North America and Europe, and according to the WHO, there are currently one million suicides a year worldwide.¹⁵⁹ The WHO also suggest that lack of suicide awareness and societal taboos have prevented countries from adequately addressing suicide.¹⁶⁰ In reality the complexities of suicide are such that change in one sector of society alone is insufficient; suicide prevention necessitates a multidisciplinary approach from many professionals.¹⁶¹

Through a global movement, more institutions can be involved in mental illness care. This multi-disciplinary involvement will not only decrease suicide rates, but increase productivity as children with mental illnesses receive proper treatment. As children and adolescents receive adequate care, the likelihood of future criminal activity also decreases. Educators will be more aware of rights and privileges, the criminal justice system will be more efficient and housing could be fairly regulated.

8.3.3 Education

The general public should be educated in order to decrease stigma.¹⁶² Without an educated public, optimal legislation would be ineffective. It would resemble the desegregation laws which many states within the United States failed to enforce until further progression of the civil rights movement. As education changes perspectives and increases understanding of the pathophysiology of the illnesses, person will be more likely to abide by the laws enforced.

Educating mental health care providers could also lead to increased quality of care. As those performing the care are more educated, this creates the atmosphere to educate patients and families concerning illnesses.

159 Mental Health, *Suicide Prevention* (SUPRE), World Health Organization, available at http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/ (last visited April 4, 2013).

160 Id. Challenges and Obstacles.

161 Id.

162 See *Supra* note 30, at 42. (See comment explanation of initiatives of developed countries to reduce stigma, increase financing, and laws to protect the rights of the mentally ill).

8.3.4 Optimal Legislation

One of the prospects of the activism would be to implement ideal mental health legislation. In order to implement effective norms the cooperation of both non-state and state actors is needed as both contribute to the development of “international norm-building.”¹⁶³

In 1996, the WHO Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse released ten basic principles of mental healthcare law after comparing the legislation of 45 different countries.¹⁶⁴ These principles also draw upon the ideas recognized in the “Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care adopted by UN General Assembly Resolution 46/119 of 17 December 1991.”¹⁶⁵ These principles include: (1) promotion of mental health and prevention of mental disorders (2) access to basic mental health care (3) mental health assessments in accordance with internationally accepted principles, (4) provision of the least restrictive type of mental health care, (5) self-determination, (6) right to be assisted in the exercise of self-determination, (7) availability of review procedure, (8) automatic periodical review mechanism, (9) qualified decision-maker, and (10) respect of the rule of law.¹⁶⁶

These basic principles when applied would prevent numerous violations. For example, number four provides that the “least restrictive type of mental healthcare” be given.¹⁶⁷ The components of this principle include providing community based-care when applicable and limiting restraints, chemical restraints, and isolation to the most extreme circumstances when necessary to prevent harm to the patient or others.¹⁶⁸ Additionally, these mechanisms should have strict time limitations to prevent abuse, such as four hour restriction for physical restraints.¹⁶⁹

163 See generally discussion, Levit, Reflections on the New Haven School (conveying the importance of “bottom-up” international lawmaking); Mertus, Kitchen Table (exploring how social movements wield influence over international norms); Mertus, Transnational Civil Society (arguing that non-state actors play a role in protecting human rights). As cited by Lillian Aponte Miranda, Indigenous Peoples As International Lawmakers, 32 U. Pa. J. Int’l L. 203, 210 (2010).

164 Mental Healthcare Law: Ten Basic Principles, Foreword, World Health Organization (1996), available at http://www.who.int/mental_health/media/en/75.pdf

165 Id.

166 Id. see Table of Contents

167 Id.

168 Id. at 4, Provision of the Least Restrictive Type of Mental Health Care: components.

169 Id.

Principle number seven provides another example of a protective mechanism to prevent unnecessary restrictions of freedom, and greater patient autonomy. This principle, “the availability of review procedure,” allows the individual to “be heard in person,” and for the review to assure that a certain action is absolutely necessary to protect the individuals or others from harm.¹⁷⁰

These basic standards, although “not a model act,” provide a fundamental framework for change that can guide rule-makers to implement legislation which could significantly impact and reduce abuses of persons suffering from mental illness.¹⁷¹ However, to change policy, and implement the new policy, social awareness that a problem exist must too increase.

9. CONCLUSION: THE NEED FOR A CURRENT SOCIAL MOVEMENT

A social movement is essential in order to forestall the forthcoming mental health crisis. Through increa-

170 Id. at 7 Availability of Review Procedure.

171 Id. at Foreword

sed awareness, and decreased stigma association, a social movement could be key to decreasing human rights violations of the mental ill.

The public needs to be engaged in a dialogue about the true nature of mental illnesses, their devastating individual, family and societal impacts, and the prospects of better treatment and rehabilitation alternatives. At the same time, stigmatizing attitudes need to be tackled frontally through campaigns and programmes aimed at professionals and the public at large.¹⁷²

As activist initialize social movements, results could significantly assist millions of people suffering from stigma induced injustice. As a movement increases education, available care, multi-sectoral action, and legislation, it has the potential to increase not only quality of care, but availability of care. As quality of life improves for those suffering from mental illness, public productivity will also increase. Society’s current taboo towards treatment disincentives those who need care to seek it, causing future problems, and without action, many receiving treatment will continue to suffer prolonged solitary confinement, unnecessary restraints, and other physical and verbal abuses, burdening the public, families, while worsening the conditions of those suffering.

172 See *Supra* note 18, at 19.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O discurso das drogas
construído pelo direito
internacional**

**The discourse of drugs built by
international law**

Camila Soares Lippi

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

O discurso das drogas construído pelo direito internacional

The discourse of drugs built by international law*

Camila Soares Lippi**

RESUMO

O objetivo deste artigo é sistematizar e problematizar os tratados internacionais de controle penal das drogas, situando-os historicamente. Os marcos teóricos foram a criminologia crítica de Alessandro Baratta, Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni, e, na área de Relações Internacionais, teoria crítica das Relações Internacionais, principalmente as obras de Robert Cox. A hipótese central deste trabalho é a de que a construção do discurso de criminalização das drogas se desenvolveu no Direito Internacional enquanto consequência da hegemonia norte-americana. Para isso, em termos metodológicos, empreendeu-se esta pesquisa, de caráter interdisciplinar, nas áreas de Direito Penal Internacional, Criminologia e Relações Internacionais. Ainda em relação à metodologia, optou-se por realizar pesquisa documental, assim como realizar revisão bibliográfica sobre a temática. Ao final da pesquisa, confirmou-se a hipótese de que a hegemonia norte-americana foi decisiva para moldar o discurso das drogas no Direito Internacional, com o regime internacional de controle penal das drogas se tornando mais rígido conforme a hegemonia norte-americana se tornava mais forte. Trata-se de pesquisa relevante por haver uma carência de estudos sobre drogas do ponto de vista do Direito Internacional, e também por promover o diálogo entre essa área e as Relações Internacionais.

Palavras-chave: Regime internacional de controle das drogas. Proibicionismo. Hegemonia norte-americana.

ABSTRACT

This paper aims to systematize and questioning the international treaties on criminal control of drugs, situating them historically. The theoretical underpings were the critical criminology of Alessandro Baratta, Nilo Batista and Eugenio Raul Zaffaroni, and, on the International Relations field, we use the critical theory of International Relations, especially the writings of Robert Cox. This article's central hypothesis is that the construction of the drug criminalization discourse was developed in International Law as a consequence of the North-American hegemony. So, as a methodology, it was made an interdisciplinary research, on the fields of International Criminal Law, Criminology and International Relations. It was also made documental research and bibliographic review. In the end of the research, the hypothesis was confirmed: the North-American hegemony was decisive to build the discourse about drugs in International Law,

* Recebido em 26/07/2012

Aprovado em 31/01/2013

** Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Metodista Bennett. Pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ (LADIH-UFRJ). Advogada. A autora gostaria de agradecer à preciosa orientação de Luciana Boiteux, cuja cuidadosa orientação foi essencial para a qualidade deste trabalho. Email: camilalippi@gmail.com

with the international regime on drug control becoming more rigid as the North-American hegemony became stronger. This research is relevant because there is a lack of studies about drugs under the standpoint of International Law, and also because it promotes the dialogue between this field and International Relations.

Keywords: International regime on drug control. Prohibitionism. North-American hegemony.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é sistematizar e problematizar os tratados internacionais de controle penal das drogas, situando-os historicamente. Os marcos teóricos foram a criminologia crítica de Alessandro Baratta, Nilo Batista e Eugenio Raul Zaffaroni, e, na área de Relações Internacionais, utiliza-se a teoria crítica das Relações Internacionais, principalmente as obras de Robert Cox.

A hipótese central deste trabalho é a de que a construção do discurso de criminalização das drogas se desenvolveu no Direito Internacional enquanto consequência da hegemonia norte-americana. Para isso, em termos metodológicos, empreendeu-se essa pesquisa, de caráter interdisciplinar, nas áreas de Direito Penal Internacional, Criminologia e Relações Internacionais.

Ainda em relação à metodologia, optou-se por realizar pesquisa documental (nos próprios tratados que são objeto deste trabalho e nos comentários oficiais das Nações Unidas em relação aos mesmos), assim como realizar revisão bibliográfica sobre a temática.

Quanto ao percurso analítico adotado, começamos estudando a Conferência de Xangai, cujo documento final não foi um tratado, não tendo, portanto, qualquer caráter vinculante, sendo norma de *soft law* apenas. Em seguida, são analisadas as duas Convenções Internacionais do Ópio, a Convenção Internacional para Limitar a Fabricação e Regulamentar a Distribuição dos Estupeficientes, a Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, a Convenção Única de Entorpecentes, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, e a Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Finalmente, é realizada uma análise de todo esse aparato normativo de controle penal das drogas sob a ótica da teoria crítica das Relações Internacionais, particularmente sob a ótica de Robert Cox.

2. A CONFERÊNCIA DE XANGAI (1909)

Em 1909, ocorreu a Conferência de Xangai, o primeiro grande encontro internacional sobre o tema de drogas, cujo foco foi discutir a limitação do comércio de ópio e seus derivados. Para regozijo do governo chinês, que há pouco tempo havia sido derrotado pela Grã-Bretanha na Guerra do Ópio, essa Conferência havia sido organizada por um novo aliado, marcadamente proibicionista: os Estados Unidos.¹

A Conferência de Xangai aconteceu em um contexto de grandes mudanças políticas, em que começava a declinar a hegemonia britânica. Além disso, os Estados Unidos emergiam como potência, em uma ordem internacional na qual, grande parte do mundo ainda estava dividida entre os Estados europeus.²

Os Estados Unidos e a China se posicionavam de forma favorável à proibição do comércio do ópio, sendo essa postura proibicionista estadunidense o fio condutor para se compreender a gênese das normas internacionais de controle penal das drogas. Os países europeus, porém, não desejavam esse tipo de limitação, pois esse *lobby* foi feito por suas indústrias farmacêuticas, tanto para o uso hedonista quanto para o uso medicinal, que enxergavam nisso a queda de seus lucros. Além do *lobby* dessas indústrias farmacêuticas, esse continente tinha monopólio sobre a extração de matéria prima para produzir as drogas em seus territórios ultramarinos.³

A Conferência de Xangai criou o primeiro documento relativo ao controle das drogas, que não era exatamente um tratado, e, portanto, era desprovido de caráter vinculante. Ele fazia recomendações genéricas à necessidade de redu-

1 RODRIGUES, Thiago. A infundável guerra americana: Brasil, o narcotráfico e o continente. *São Paulo em perspectiva*, v.12, n. 6, p. 103, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12116.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2011; RODRIGUES, Thiago. *Tráfico, guerra proibição*. LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 92.

2 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 48. RODRIGUES, Thiago. *Tráfico, guerra proibição*. LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 92.

3 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f. 7. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 37-38; JELSMA, Martin. *Bolivia's denunciation of the 1961 Convention on Narcotic Drugs*. Transnational Institute, 30 de junho de 2011. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.druglawreform.info/en/issues/unscheduling-the-coca-leaf/item/2596-bolivia-denunciation-of-the-1961-single-convention-on-narcotic-drugs>>. Acesso em: 2 jul. 2011; RODRIGUES, Thiago, Op. cit., 2002, p. 103.

zir lentamente o mercado de opiáceos. Essa Conferência, segundo Thiago Rodrigues, lançava dois conceitos fundamentais na argumentação estadunidense ao logo de toda a construção do aparato normativo internacional em torno do controle de drogas no século XX: o primeiro é o de que o único uso “legítimo” seria aquele destinado a propósitos científicos e médicos, devendo ser o uso para outros propósitos criminalizado; o outro era o de combate à oferta, ou seja, combate às áreas de produção.⁴

3. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DO ÓPIO (1912 E 1925)

Contrariando a vontade das potências europeias, os EUA lançaram a proposta de uma conferência de plenipotenciários para a elaboração de um tratado internacional sobre o controle de drogas. Todavia, essas potências não tivessem interesse em um tratado sobre essa matéria, não podiam ignorar essa proposta, dado o precedente da Conferência de Xangai, a magnitude do problema e o poderio que os Estados Unidos já exerciam nesse período.⁵

Assim, em 1911, as principais potências internacionais daquela época se reuniram para o início das negociações sobre esse novo tratado. Ficava patente uma postura proibicionista estadunidense, com o objetivo de controlar o uso não médico de ópio e derivados. Porém, as potências europeias defendiam o controle limitado e a legalidade do uso “quase médico”, categoria vaga e indefinida que pretendia incluir, sob a forma de automedicação, usos correntes e habituais do ópio fumado.⁶

Em 1912, é aprovada a Primeira Convenção Internacional do Ópio, ou Convenção sobre o Ópio da Haia, que limita a produção de ópio, morfina e cocaína, as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e europeia do início do século XX. Estabeleceu-se, nesse tratado, a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se seu uso recreativo, apenas permitido o uso médico.⁷

4 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 48. RODRIGUES, Thiago. *Tráfico, guerra proibição*. LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008., p. 93.

5 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 48.

6 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 48-49.

7 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal*

Conforme sublinha Thiago Rodrigues, os Capítulos I e II desse tratado versavam sobre o controle da venda do ópio já preparado para fumar. O Capítulo III, por sua vez, pretendia estabelecer limites ao comércio de derivados do ópio (morfina, codeína e heroína) e cocaína. Porém, a pressão das potências europeias enfraqueceu bastante a aplicabilidade das cláusulas de controle dispostas nesse tratado. Finalmente, seu quarto e último Capítulo tratava especificamente da China, exortando que as potências Ocidentais auxiliassem esse país no controle do abuso do ópio.⁸

Esse tratado internacional de controle das drogas foi usado como estratégia para justificar a alteração das legislações nacionais, sendo emblemático, nesse sentido, a aprovação, nos EUA, sob a justificativa de adequação às Convenções Internacionais, do “Harrison Act” de 1914. Trata-se de legislação proibicionista fruto tanto de uma pressão de grupos moralistas internos, quanto do Poder Executivo estadunidense, que usou esse tratado internacional como forma de pressionar o poder Legislativo a legislar com o objetivo de efetivar os compromissos internacionais dos Estados Unidos.⁹

Em 1925, quando já existia a Liga das Nações, é aprovada, no âmbito dessa organização internacional, a Segunda Convenção Internacional do Ópio, que cria o *Permanent Central Opium Board*, primeira burocracia internacional a ter como mandato o controle penal das drogas, à qual os Estados-parte deveriam enviar, anualmente, estatísticas sobre a produção, consumo e fabricação de drogas.¹⁰

Ambos os tratados eram mais regulatórios do que propriamente proibitivos. Em virtude disso, os EUA e a China, os mais ardentes proibicionistas presentes às negociações das Convenções Internacionais do Ópio, retiraram-se durante as negociações da Segunda Convenção, porque, na visão deles, medidas suficien-

sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade. 2006. f. 2. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 37-38.

8 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 49.

9 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f. 2. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 38; RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 49-51; RODRIGUES, Thiago. *Tráfico, guerra proibição*. LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 93-94.

10 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f. 2. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 38.

temente restritivas não estavam sendo impostas. Além disso, os Estados Unidos não assinaram a Segunda Convenção.¹¹

Como afirma Thiago Rodrigues, é no período em que houve a aprovação dessas duas Convenções Internacionais do Ópio (décadas de 1910 e 1920) que o uso de drogas psicoativas deixa de ser considerado pelos governos como um problema sanitário de importância muito reduzida para ser tratado como uma epidemia e, como desdobramento disso, como crime. O motivo disso é que é nesse período que o hábito de intoxicar-se deixa ser um hábito de membros da elite, e começa a se difundir entre prostitutas, pequenos criminosos, nas classes trabalhadoras urbanas etc.¹² Isso ajuda a explicar a emergência de normas vinculantes internacionais justamente nesse período.

4. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA LIMITAR A FABRICAÇÃO E REGULAMENTAR A DISTRIBUIÇÃO DOS ESTUPEFACIENTES (1931)

A Convenção Internacional para Limitar a Fabricação e Regulamentar a Distribuição dos Estupefacientes, aprovada em 1931 no âmbito da Liga das Nações, e ratificada pelo Brasil em 1934, limita a produção dessas drogas aos usos científico e medicinal, e restringiu as quantidades de drogas disponíveis em cada Estado e território, não podendo os Estados-parte do tratado que excederem a fabricação ou importação das suas necessidades de narcóticos previstas.¹³

11 JELSMA, Martin. Lifting the ban on coca chewing. Bolivia's proposal to amend the 1961 Single Convention. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 11, Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr11.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011. p. 56; RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 56.

12 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f. P. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 95.

13 BOITEUX, Luciana. Política internacional e redução de danos: o fim do "Consenso de Viena"? *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*, Rio de Janeiro, Ano 2, n. 6, p. 104-108, jun. 2011. BRASIL. *Decreto n. 113, de 13 de outubro de 1934*. Promulga a Convenção para limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes e o respectivo Protocolo de assinatura, firmados em Genebra, a 13 de julho de 1931. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=14285>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

Da mesma forma que as Convenções Internacionais do Ópio, esse tratado era mais regulatório da produção e do comércio de drogas que proibitivo.¹⁴

5. CONVENÇÃO PARA A REPRESSÃO DO TRÁFICO ILÍCITO DAS DROGAS NOCIVAS (1936)

A Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, por sua vez, foi aprovada em 1936, no âmbito da Liga das Nações. Os Estados-parte, consoante seu art. II, se comprometem a tomar as medidas legislativas necessárias para:

[...] punir severamente, e, sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

- a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções [Convenção da Haia, de 23 de janeiro de 1912, e das Convenções de Genebra, de 19 de fevereiro de 1925, e de 13 de julho de 1931];
- b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo;
- c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;
- d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios.¹⁵

Essa Convenção criminaliza a venda de drogas cuja produção e comércio já eram regulamentados pelos tratados anteriormente citados, sendo o primeiro tratado de controle das drogas com mandato criminalizante. Ela também prevê mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, regulamentando a extradição de pessoas que cometam qualquer dos atos previstos em seu art. II, transcrito acima, e também de cartas rogatórias em processos que tenham como objeto qualquer

14 JELSMA, Martin. The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 10, February 2010, p. 2. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2011.

15 BRASIL. *Decreto N. 2.994, de 17 de agosto de 1938*. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/drogas.htm>>>. Acesso em: 20 set. 2009.

dessas condutas.¹⁶ Houve proposta, por parte dos Estados Unidos, de criminalizar não apenas a produção e a distribuição para objetivos não medicinais, proposta essa que foi aprovada, mas também de criminalizar o uso pessoal com objetivos não medicinais, o que foi rejeitado ao longo do processo de negociação, e de forma maciça.¹⁷

Porém, essa Convenção só foi assinada por 13 países, e somente entrou em vigor durante a Segunda Guerra Mundial, quando o controle das drogas não era uma prioridade para a maioria dos países, especialmente para os europeus. Eles viam de forma particularmente cética as tentativas estadunidenses de criminalizar o comércio e a produção de drogas, devido ao lucro, mencionado anteriormente, que eles e suas indústrias farmacêuticas tinham com esse setor.¹⁸

6. CONVENÇÃO ÚNICA DE ENTORPECENTES (1961)

Somente após a Segunda Guerra Mundial, com a Europa definitivamente enfraquecida, com a emergência dos Estados Unidos enquanto potência dominante, e com a criação da Organização das Nações Unidas, foi criada a atmosfera política que possibilitou a criação de um robusto regime internacional de controle penal das drogas.¹⁹ Nesse contexto, foi aprovada a Convenção Única de Entorpecentes.

Os trabalhos preparatórios em torno da Convenção

16 BRASIL. Decreto N. 2.994, de 17 de agosto de 1938. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: < <http://www2.mre.gov.br/dai/drogas.htm>>>. Acesso em: 20 set. 2009. JELSMA, Martin. The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 10, Feb. 2010, p. 2. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio. 2011. p. 2.

17 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 58.

18 RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004. p. 59; JELSMA, Martin. The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 10, Feb. 2010. Disponível em: < <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011. p. 2-3.

19 JELSMA, Martin. The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 10, Feb. 2010. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011. p. 2-3.

Única de Entorpecentes começaram em 1948, quando o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC) adotou uma resolução da Comissão de Drogas Narcóticas dessa mesma organização internacional. Essa resolução solicitava ao Secretário-Geral das Nações Unidas que preparasse um projeto de tratado internacional para substituir os tratados anteriores sobre controle de drogas.²⁰

A Convenção Única de Entorpecentes, que substituiu esses outros tratados anteriores, em torno dessa matéria, em seu preâmbulo, expressa os seus objetivos, no qual adota o discurso das drogas como um mal à saúde pública, conforme a passagem abaixo:

Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade,

Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins,

Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade,

Conscientes de seu dever de prevenir e combater esse [sic] mal.²¹

Essas cláusulas preambulares são sintomáticas do discurso dominante em torno da questão das drogas na década de 1960, denominado por Rosa del Olmo de “médico-sanitarista”, no qual se observa uma clara separação entre o delinquente-trafficante e o consumidor-doente, recaindo a ênfase desse discurso justamente na figura do consumidor, com a política de fortalecer a indústria da saúde mental e, de maneira particular, o tratamento.²²

Em relação à última cláusula que é citada aqui do preâmbulo dessa Convenção, Bewley-Taylor chama a atenção para o fato de ser a primeira vez que a palavra “mal”, dotada de carga emotiva, aparece num documento internacional sobre controle de drogas.²³

20 BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. Fifty Years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation. *Series on Legislative Reform of Drug Policies* n. 12, p. 5, Mar. 2011. Disponível em: < <http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011.

21 BRASIL. Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

22 DEL OLMO, Rosa. Las drogas y sus discursos. PIERANGELO, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5, p. 125.

23 BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. *Fifty years of*

Esse tratado estabelece um amplo sistema internacional para controlar o uso e o tráfico de drogas, adotando uma política de “tolerância zero”. Trata-se da primeira vez em que é introduzido o objetivo de proibir o uso “quase medicinal” e tradicional da papoula, da folha de coca e da *cannabis*, sendo permitido somente o uso medicinal dessas três plantas e de seus derivados.²⁴

Embora tenha sido aprovada na década de 1960, a Convenção, por ter sido negociada em um período de transição entre duas décadas, parece refletir as preocupações da década anterior no que tange às drogas, cuja produção, venda e consumo ela pretende controlar, como a maconha e o ópio, pelo seu uso por grupos considerados marginais, como músicos de jazz, habitantes dos guetos das grandes cidades, dentre outros. A preocupação se dá, sobretudo, sobre o consumo da maconha, que, na década de 1950, seguia sendo percebida como “a erva maldita”, produtora de criminalidade.²⁵

Assim, a Convenção de 1961 serviu para legitimar o controle estadunidense sobre certas áreas da América Latina (mais particularmente, os Andes) e do sudeste asiático, onde essas plantas (respectivamente, o arbusto de coca, de onde se extrai a folha, e a dormideira, da qual se extrai a papoula) são tradicionalmente cultivadas. Ela vem para substituir a Convenção de 1936, que teve um baixo número de ratificações. O artigo 36 da Convenção 1961, por exemplo, lida com matérias constantes nos artigos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14 e 15 da Convenção de

1936.²⁶ Segue a transcrição do parágrafo 1º do artigo 36 da Convenção Única de Entorpecentes, que enumera as condutas que constituem o crime de tráfico de drogas:

Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade.²⁷

É importante afirmar que a “posse” ao qual se refere o dispositivo supracitado não é a posse para consumo pessoal, e sim a posse para fins de tráfico, conforme os Comentários Oficiais à Convenção Única de Entorpecentes.²⁸ A Convenção de 1961 não se preocupa em criminalizar a posse para consumo pessoal, mas somente o tráfico de drogas.

O artigo 36, parágrafo 1, da Convenção Única de Entorpecentes, ao estabelecer a obrigatoriedade de que as partes adotem medidas penais contra o tráfico de drogas, afirma que essas medidas devem ser implementadas “Com ressalva das limitações de natureza constitucional [...]”,²⁹ o que abre a possibilidade de que cláusulas desse tratado que violem os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente sejam derogadas.

Em 1972, a Convenção Única de Entorpecentes sofreu uma emenda, por meio da aprovação de um protocolo adicional que a modificou. A principal mudança foi a de que pessoas que cometessem o crime de tráfico das drogas proibidas pelo tratado, devido ao abuso dessas mesmas substâncias, podem sofrer, como alternativa à pena, ou adicionalmente a ela, medidas de tratamento, educação, reabilitação e integração social. Porém, o Brasil não é parte desse Protocolo de 1972, não estando,

the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A reinterpretation. Series on Legislative Reform of Drug Policies n. 12, Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011. p. 6

24 BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. *Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A reinterpretation.* Series on Legislative Reform of Drug Policies n. 12, Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011. p. 10. RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade.* 2006. f.?. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 39. BRASIL. *Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964.* Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009. JELSMA, Martin. *The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future.* Series on Legislative Reform of Drug Policies n. 10, Feb. 2010. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011. p. 3.

25 DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos.* PIERANGE-LI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 122-123.

26 UNITED NATIONS. *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961. New York: United Nations, 1973. p. 425.

27 BRASIL. *Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964.* Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

28 UNITED NATIONS. *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs*, 1961. New York: United Nations, 1973. p. 428.

29 BRASIL. *Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964.* Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

portanto, submetido a essa versão modificada da Convenção Única de Entorpecentes.

7. CONVENÇÃO SOBRE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS (1971)

Em 1971, novamente sob a égide da Organização das Nações Unidas, é criada a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (daqui em diante denominada Convenção de 1971), que limita o uso das drogas psicotrópicas (as artificiais), como LSD, a fins médicos e científicos. Seu preâmbulo adota termos muito similares aos da Convenção Única de Entorpecentes,³⁰ refletindo, portanto, ainda, o discurso médico-sanitarista dos anos 1960 (já que essa Convenção, como a outra, foi adotada na transição dessa década para a posterior).³¹

É importante mencionar que o uso de drogas como a *cannabis* e o LSD foram símbolos da cultura *hippie* nas décadas de 1960 e de 1970. Era muito conveniente para os Estados Unidos criminalizarem, naquele momento, esse segmento populacional, porque ele desafiava a cultura belicista desse país.³² E os instrumentos através dos quais essa repressão se legitimou foram as Convenções de 1961 e de 1971. Dessa forma, pode-se dizer que ambos os tratados foram fundamentais para um processo de criminalização primária³³ desse segmento populacional.

O dispositivo referente a medidas de caráter penal é o art. 22 da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Esse tratado, em seu parágrafo 1º, alínea a,³⁴ utiliza uma

fórmula mais geral para definir os atos sujeitos ao Direito Penal, ao passo que o artigo 36 da Convenção Única de Entorpecentes enumera tais atos. Segundo os Comentários Oficiais à Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, não há, nesse tratado, a obrigação de se criminalizar o consumo de substâncias psicotrópicas, e nem se recomenda isso nesses comentários. Ao contrário, o que se afirma é que o objetivo da Convenção de 1971 é criminalizar o tráfico dessas substâncias, e os redatores dos Comentários adotam a opinião de que a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas não criminaliza o uso de tais drogas. Porém, assume-se, nesse documento, que o tratado também não impõe uma obrigação de não se criminalizar o consumo de substâncias psicotrópicas. O Estado-parte trata penalmente do consumo como bem entender.³⁵

Ao tratar das medidas de caráter penal a serem aplicadas a indivíduos em caso de tráfico de drogas, o parágrafo 1º do art. 22 da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas também adota a frase: “Ressalvadas suas limitações constitucionais [...]”³⁶ o que, conforme mencionado ao tratarmos da Convenção Única de Entorpecentes, abre a possibilidade de que cláusulas desse tratado que violem os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente sejam derogadas.

8. CONVENÇÃO SOBRE O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS (1988)

Finalmente, houve a aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas em 1988 (daqui em diante chamada de Convenção de 1988). Esse tratado estabelece mecanismos de repressão tanto contra o tráfico de drogas quanto contra a posse para uso pessoal (pela primeira vez, o uso pessoal é criminalizado por tratado internacional) por meio de punição, de confisco, de extradição, de assistência jurídica recíproca e de cooperação internacional. Porém, a extradição, a coope-

venção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade”.

35 NACIONES UNIDAS. *Comentarios al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas*. Naciones Unidas: Nueva York, 1977. p. 349-352.

36 BRASIL. *Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977*. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/psicotr%C3%B3picas.htm>>>. Acesso em: 20 set. 2009.

30 BRASIL. *Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977*. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/psicotr%C3%B3picas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

31 DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos*. PIERANGE-LI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 125.

32 RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra proibição. In: LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 99.

33 *Para a Criminologia Crítica, todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam o poder punitivo selecionam um determinado segmento populacional, que é submetido à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esse fenômeno é denominado por essa escola como criminalização e se desenvolve em duas etapas: a criminalização primária, aquela que é feita na lei penal, e a criminalização secundária, feita pelas agências policiais. Para maiores detalhes sobre esse conceito, consultar: BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 161.

34 “Ressalvadas suas limitações constitucionais, cada parte tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Con-

ração jurídica internacional, o confisco e a cooperação jurídica recíproca não se aplicam ao delito de posse para uso pessoal, estando essas medidas restritas aos crimes mais graves de tráfico de drogas.³⁷

Além disso, o artigo 3º, parágrafo 2º³⁸ da Convenção de 1988, ao tratar da criminalização da posse, aquisição ou cultivo de drogas para consumo próprio, afirma que as medidas necessárias para caracterizá-la enquanto delito devem estar de acordo com os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico de cada Estado-parte desse tratado, o que dá margem a que medidas penais para implementar esse tratado que estejam em desacordo com direitos fundamentais constitucionalmente assegurados possam ser derogadas.

A ampliação do controle penal das drogas no âmbito internacional pode ser compreendida situando-a no contexto do fim da Guerra Fria. Ela foi aprovada, curiosamente, um ano antes da queda do Muro de Berlim, quando a União Soviética já estava extremamente fragilizada, e, conseqüentemente, o tema do tráfico de drogas adquiria importância na agenda diplomático-militar dos Estados Unidos, na medida em que diminuía a atenção dada por esse país ao “perigo vermelho”.³⁹ Dessa forma, nesse contexto de fim de Guerra Fria, a Convenção de 1988 e o uso de termos bélicos nela presentes podem ser vistos como uma forma de procurar um inimigo coletivo para o país que substituiu a antiga potência opositora, o que foi utilizado pelos Estados Unidos para manter a coesão nacional dentro do país.

Porém, não aconteceu uma substituição total do inimigo nacional, dado que houve um período de hibridização das ameaças, simbolizadas pelo termo “narco-guerrilha”, inventado na política antidrogas estadunidense do período, da qual são exemplos as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) e o Sen-

dero Luminoso, do Peru. A partir dos anos 1990, isso se consolidou na associação tráfico-terrorismo.

Faz-se importante analisar o seguinte trecho do preâmbulo da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas:

Preocupadas [...] pela exploração de crianças em muitas partes do mundo, tanto na qualidade de consumidores como na condição de instrumentos utilizados na produção, na distribuição e no comércio ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, o que constitui um perigo de gravidade incalculável.

Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade.

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis”.⁴⁰

A primeira cláusula preambular que é citada nesse trecho, ao falar da utilização de crianças na produção, na distribuição e no comércio de drogas, vem dotada de grande carga emocional, o que indica que o debate sobre controle penal das drogas é desprovido de qualquer racionalidade. Além disso, todavia essa Convenção tenha sido aprovada na década de 1980, identifica-se, nas demais cláusulas preambulares desse tratado, o discurso dominante da década de 1990 em torno da temática das drogas, que Rosa del Olmo qualifica de “econômico-transnacional”, no qual se cria e se reforça o estereótipo financeiro, associando o tráfico de drogas com a “lavagem de dinheiro”. Sob essa percepção do comerciante de drogas ilícitas, torna-se prioridade desarticular supostas redes de traficantes e confiscar seus bens.⁴¹

37 UNITED NATIONS. *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988*. New York: United Nations, 1998. p. 48-49.

38 “Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotar as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, a aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971”.

39 RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra proibição. In: LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 99.

40 BRASIL. *Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.

41 DEL OLMO, Rosa. Las drogas y sus discursos. PIERANGE-

A Convenção de 1988 determina também a erradicação da cultura de qualquer planta da qual possam ser extraídos entorpecentes. Além disso, é estabelecido um sistema de monitoramento e de controle sobre as substâncias químicas utilizadas na produção de drogas, e não apenas a repressão do tráfico de drogas.⁴²

Também são estabelecidas pela Convenção de 1988 medidas contra a lavagem de dinheiro, decorrente do discurso “econômico-transnacional” sobre as drogas, do qual tratamos acima.⁴³ Isso porque os redatores desse tratado consideram que o tráfico de drogas viola não somente os tratados internacionais e as leis de controle das drogas, mas também envolvem outras atividades tidas como “antissociais”, como sonegação fiscal e evasão de divisas, conforme transparece nos Comentários Oficiais à Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas.⁴⁴

Ao tratarem de estabelecer mandatos criminalizantes em relação ao tráfico de drogas, a Convenção Única de Entorpecentes e a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas estabelecem que medidas penais em relação a esse crime devem obedecer aos princípios constitucionais dos ordenamentos jurídicos internos de cada país. A Convenção de 1988, por sua vez, não adota essa mesma fórmula ao tratar desse crime.⁴⁵ Segundo os Comentários Oficiais à Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, tal opção foi considerada inapropriada na ocasião das negociações sobre esse tratado, pois os

autores da Convenção estavam ansiosos por torná-la totalmente obrigatória, sem permitir margens para interpretações diferentes por cada Estado-parte.⁴⁶ Isso pode levar à aplicação de medidas penais que firam os direitos fundamentais positivados constitucionalmente.

É importante mencionar que a década de 1980, conforme assinala Rosa del Olmo, é caracterizada pelo discurso da “guerra contra as drogas” do governo Ronald Reagan, nos Estados Unidos, no qual se enxergava como droga prioritária a ser combatida a cocaína, sendo o principal campo de batalha a região Andina, estendendo-se, posteriormente, a toda a América Latina. A ideia era manter as drogas afastadas dos Estados Unidos.⁴⁷

Identifica-se, nesse período, o problema das drogas como um problema de “ameaça à segurança nacional”, ampliado posteriormente para uma visão das drogas como “ameaça à segurança regional”, a partir da qual as drogas estariam minando as bases morais da América Latina. Ocorre uma militarização do controle de drogas, com programas de treinamento de forças policiais e militares do continente americano dirigidos ao combate às drogas.⁴⁸

Junto com as Convenções de 1961 e de 1971, a Convenção de 1988 cria uma obrigação para o sistema Nações Unidas de, dentro de seu aparato burocrático, controlar o fenômeno do abuso de drogas.⁴⁹

9. UMA ANÁLISE DO REGIME INTERNACIONAL DE CONTROLE PENAL DAS DROGAS SOB A ÓTICA DA TEORIA CRÍTICA DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Como pôde ser percebido ao longo deste artigo, o regime internacional de controle penal das drogas se desenvolveu em grande medida devido à hegemonia

LI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 135.

42 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f.?. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 41-43; BRASIL, Op. cit., 1991.

43 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f.?. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 41-43; BRASIL. *Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico I<<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.htm>>>. Acesso em: 20 set. 2009. DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos*. PIERANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 133-135.

44 UNITED NATIONS. *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*. New York: United Nations, 1998. p. 50.

45 BRASIL. *Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico I<<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.htm>>>. Acesso em: 20 set. 2009.

46 UNITED NATIONS. *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*. New York: United Nations, 1998. p. 50.

47 DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos*. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 130-131.

48 DEL OLMO, Rosa. *Las drogas y sus discursos*. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 131-132.

49 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f.?. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006. p. 44.

norte-americana. Devido a esse aspecto, cabe aqui trabalhar com Robert Cox. Esse autor, um dos maiores expoentes da teoria crítica das Relações Internacionais, aplica ao sistema internacional o conceito de hegemonia gramsciano (hegemonia como consenso –obtido pela sociedade civil- e coerção- utilizada de forma latente).

Segundo Cox, historicamente, para se tornar hegemônico, um Estado teria que fundar e proteger uma ordem mundial universal em termos de concepção, na qual um Estado não explore o outro diretamente, mas na qual a maioria deles possa considerá-la compatível com seus interesses. Ainda segundo o autor, hegemonias no plano mundial foram fundadas por Estados poderosos, que passaram por uma revolução social e econômica completa (caso dos Estados Unidos), que modifica não só as estruturas desse Estado, como também libera estratégias que se expandem além de suas fronteiras. Assim, uma hegemonia mundial é, inicialmente, uma expansão para o exterior de uma hegemonia mundial estabelecida por uma classe dominante. Essa hegemonia é, então, imposta aos países periféricos como revolução passiva (conceito que o autor retira de Gramsci, referente a revoluções sem sublevação das classes populares). Esses países não passaram por nenhuma revolução social completa, nem desenvolveram suas economias da mesma forma, mas procuram incorporar elementos do poder hegemônico sem que as antigas estruturas de poder sejam afetadas. Embora os países periféricos adotem alguns aspectos econômicos e culturais do núcleo de poder hegemônico, têm menos condições de adotar seus modelos políticos. Dessa forma, no modelo hegemônico mundial, a hegemonia é mais coerente no centro, e mais contraditória na periferia.⁵⁰

Cox também sublinha o papel das organizações internacionais no sistema internacional. Para o autor, as organizações internacionais são mecanismos de hegemonia mundial, pois elas:

- 1) corporificam as regras que facilitam a expansão das ordens mundiais hegemônicas; 2) é, ela própria, produto da ordem mundial hegemônica; 3) legitima ideologicamente as normas da ordem mundial; 4) coopta as elites dos países periféricos; 5) absorve idéias contra-hegemônicas.⁵¹

50 COX, Robert W. Gramsci, hegemonia e relações internacionais: um ensaio sobre o método. GILL, Stephen (Org.). *Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007. p. 117-118.

51 COX, Robert W. Gramsci, hegemonia e relações internacionais: um ensaio sobre o método. GILL, Stephen (Org.). *Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007. p. 119.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que as organizações internacionais cumprem no plano internacional o papel que a sociedade civil cumpre no plano interno, ou seja, o de garantir o consenso social no sistema.

Em nossa opinião, o arcabouço teórico geral que Robert Cox criou para compreender o sistema internacional é precisamente o que ocorre no regime internacional de controle penal do tráfico de drogas. Um exemplo disso é que a Organização das Nações Unidas, na qual se desenvolveram os mais significativos tratados internacionais sobre essa temática, corporificou normas que facilitaram a expansão da hegemonia norte-americana, fazendo com que o modelo punitivo e repressivo de controle das drogas fosse aplicado mundo afora. Além disso, a Organização das Nações Unidas legitimou ideologicamente esse regime, apresentando-o como protetor dos direitos humanos e das políticas de saúde pública, quando, de fato, não foi isso que aconteceu (essa legitimação ideológica fica bastante patente no mote “*A drug free world: we can do it*”). Isso acontece devido às estruturas de funcionamento das organizações internacionais. Justamente por serem fruto de uma ordem hegemônica, essas estruturas das organizações internacionais cristalizam essa hegemonia. Isso ocorre independentemente de a participação formal pesar em favor das potências dominantes ou basear-se em um voto por Estado (caso da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e das conferências para confecção e aprovação de tratados internacionais), pois, mesmo nesse último caso, há estruturas informais de funcionamento das organizações internacionais nas quais o Estado dominante encarrega-se de garantir a aquiescência de outros Estados.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado anteriormente, o discurso das drogas, cuja moldagem inicial se deu no Direito Internacional, para depois ser refletido nas legislações dos países, foi resultado da hegemonia norte-americana. Quanto mais essa hegemonia se fortalecia, mais duro esse regime se tornava. Exemplo disso é que o esse discurso surge quando a hegemonia britânica começa a enfraquecer e vai se fortalecendo à medida que os Estados Unidos foram se fortalecendo. O mais duro dos tratados internacionais de controle das drogas, a Convenção de 1988, foi aprovada quando os Estados Unidos começavam a dar sinais de que se tornariam o grande *hegemon*.

O regime de controle penal das drogas foi imposto aos demais países na forma de revolução passiva, em decorrência da hegemonia estadunidense. As Nações Unidas foram utilizadas para legitimar essa ordem mundial hegemônica, de forma que o consenso, essencial para estabelecer o poder hegemônico, fosse obtido. O Direito Internacional foi utilizado para se obter um suposto consenso, através de tratados internacionais, sobre a temática das drogas. Nesse sentido, a teoria crítica das Relações Internacionais, retirando seus conceitos de Antonio Gramsci, dá-nos uma valiosa contribuição para compreender como esse regime, e o discurso das drogas no Direito Internacional, foram construídos.

Além disso, o discurso das Nações Unidas sobre drogas, frequentemente associando a criminalização do uso e do comércio delas à saúde pública e aos direitos humanos, deve ser visto com cuidado, dado que muitos dos dispositivos dos tratados de controle penal das drogas foram utilizados como forma de legitimar o poderio norte-americano na arena internacional.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia criminal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BASSIOUNI, M. Cherif ; THONY, Jean François. *The international drug control system. International criminal law*: crimes. New York: Transnational Publishers, 1999.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*: discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, n. 5/6. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1998.
- BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. *Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A reinterpretation*. Series on Legislative Reform of Drug Policies n. 12, Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011.
- BOITEUX, Luciana. Política internacional e redução de danos: o fim do “Consenso de Viena”? *Versus*: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ, Rio de Janeiro, Ano 2, n. 6, p. 104-108, jun. 2011.
- BRASIL. *Decreto n. 113 – de 13 de outubro de 1934*. Promulga a Convenção para limitar a fabricação e regulamentar a distribuição dos estupefacientes e o respectivo Protocolo de assinatura, firmados em Genebra, a 13 de julho de 1931. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=14285>>. Acesso em: 11 jun. 2011.
- BRASIL. *Decreto N. 2.994 – de 17 de agosto de 1938*. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/drogas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- BRASIL. *Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964*. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- BRASIL. *Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977*. Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/psicotro%C3%B3picas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- BRASIL. *Decreto N. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a convenção contra o tráfico Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/entorpecentes.htm>>. Acesso em: 20 set. 2009.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- COX, Robert W. Gramsci. Hegemonia e relações internacionais: um ensaio sobre o método. GILL, Stephen (Org.). *Gramsci, materialismo histórico e relações internacionais*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007. p. 101-123.
- DEL OLMO, Rosa. Las drogas y sus discursos. In: PIERRANGELI, José Enrique (Coord.). *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. v. 5. p. 115-146.
- DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 65-80, jul./dez. 2002.
- DUDOUET, François-Xavier. La formation du contrôle international des drogues. *Déviance et Société*, Liège, v. 23, n. 4, p. 395-419, déc. 1999.

- JELSMA, Martin. *Bolivia's denunciation of the 1961 Convention on Narcotic Drugs*. Transnational Institute, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.dru-lawreform.info/en/issues/unscheduling-the-cocaine-item/2596-bolivia-denunciation-of-the-1961-single-convention-on-narcotic-drugs->>. Acesso em: 2 jul. 2011.
- JELSMA, Martin. Lifting the ban on coca chewing. Bolivia's proposal to amend the 1961 Single Convention. *Series on legislative reform of drug policies* n. 11, Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr11.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- JELSMA, Martin. The development of international drug control. Lessons learned and strategic challenges for the future. *Series on legislative reform of drug policies*, n. 10, Feb. 2010. Disponível em: <<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/dlr10.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2011.
- LEVINE, Harry G. Global drug prohibition: its uses and crisis. *International Journal of Drug Policy*, v. 14, p. 145-153, 2003.
- LEVINE, Harry G. Worldwide drug prohibition: the varieties and uses of drug prohibition. *The Independent Review*, v. 7, n. 2, p. 165-180, Fall, 2002.
- McALLISTER, William. *Drug diplomacy in the XXth century*. Nova Iorque: Routledge, 2000.
- RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. 2006. f.?. Tese (Doutorado em Direito)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2006.
- RODRIGUES, Thiago. A infundável guerra americana: Brasil, o narcotráfico e o continente. *São Paulo em perspectiva*, v. 12 n. 6, p. 102-111, 2002,. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v12n6/12116.pdf>>>. Acesso em: 15 maio 2011.
- RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico: uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2003.
- RODRIGUES, Thiago. *Política e drogas nas Américas*. São Paulo: Educ, 2004.
- RODRIGUES, Thiago. Tráfico, guerra proibição. In: LABATE, Beatriz Cauby, et al. *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 91-104.
- UNITED NATIONS. *Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*. New York: United Nations, 1973.
- UNITED NATIONS. *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*. New York: United Nations, 1998.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Drug control, crime prevention and criminal justice: an human rights perspective*. Note by the Executive Director. 2010. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/commissions/CND-Uploads/CND-53-RelatedFiles/ECN72010_CRP6eV1051605.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.
- ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas?* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O estado democrático de direito
LAICO e a “neutralidade” ante a
intolerância religiosa**

**The lay rule of law and its
neutrality in face of religious
intolerance**

Antonio Baptista Gonçalves

O estado democrático de direito LAICO e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa

The lay rule of law and its neutrality in face of religious intolerance*

Antonio Baptista Gonçalves**

RESUMO

Os Estados laicos são os responsáveis por implementarem a tolerância e as liberdades no âmbito interno do Estado Democrático de Direito. Contudo, o que se percebe na prática, é que o Estado somente é laico na proporção de sua própria intolerância. Assim, se questiona a neutralidade do Estado laico e, principalmente, o papel do Estado no cenário internacional da proteção das liberdades em conformidade com o sistema internacional de Direitos Humanos, desenvolvido pela Organização das Nações Unidas, ao qual os Estados laicos são signatários.

Palavras-chaves: Intolerância. Neutralidade. Estado laico.

ABSTRACT

The secular states are responsible for implementing tolerance and freedoms within the internal democratic state. However, what is perceived in practice is that the state is secular only in proportion to its own intolerance. Thus, one questions the neutrality of the secular state, and especially the state's role in the international protection of freedoms in accordance with international human rights system developed by the United Nations to which the secular states are signatories.

Keywords: Intolerance. Neutrality. Secular State.

1. INTRODUÇÃO

O tema neutralidade na relação com a tolerância religiosa ganha cada vez mais importância na agenda do dia das discussões globais, dados os eventos recentes de demonstrações de intolerância dos Estados Democráticos de Direito, supostamente laicos.

De tal sorte, será necessária uma incursão do que vem a ser neutralidade e como esta se processa nos Estados, em especial os Democráticos, para, enfim, analisar o impacto da intolerância ante ao Estado Moderno e a neutralidade.

* Recebido em 16/07/2012
Aprovado em 25/01/2013

** Advogado. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Membro da Association Internationale de Droit Pénal. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito – PUC/SP. Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses – Instituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Penal – Teoria dos Delitos – Universidade de Salamanca. Pós-graduado em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: antonio@antoniogoncalves.com

2. CONCEITO PRELIMINAR DE NEUTRALIDADE

Aqui, oferecemos uma definição preliminar do que vem a ser neutralidade e levantaremos alguns aspectos a serem discutidos acerca do assunto, em especial, após a Segunda Guerra Mundial. Importante destacar que a discussão ainda será deveras incipiente e tem o condão apenas de suscitar mais questionamentos do que dirimi-los, tarefa que faremos ao longo do próprio texto.

Neutralidade é definida como a condição daquele que permanece neutro; condição de um país que não participe de uma guerra.¹ Neutralidade, na acepção do Direito Internacional Público, exprime a posição de *imparcialidade*, imposta pela neutralidade declarada, o *país neutro* fica na obrigação de não intervir no conflito, de qualquer forma, *devendo*, por isso, abster-se da prática de qual ato que possa aproveitar um dos beligerantes em prejuízo do outro. Assim, a neutralidade, no sentido do Direito Internacional, não se presume mera *indiferença*. Revela-se a obrigação de *não intervenção* ou *auxílio*, sob qualquer pretexto, salvo para a paz, a favor ou contra quaisquer dos beligerantes.²

Neutralidade, portanto, significa a não tomada de posição de uma Nação sobre um tema em específico. No entanto, a grande reflexão a ser feita é: em tempos de globalização, é possível um Estado se manter completamente neutro sobre qualquer outro assunto que reverbera em outra Nação?

Assim, temos alguns exemplos: os eventos recentes da Primavera árabe, a queda do governo do Egito, a revolta popular na Líbia, os problemas enfrentados na Síria e no Iêmen, apenas para citar alguns exemplos que envolvem a democracia e o povo.

Pode-se afirmar que a Europa, os Estados Unidos, o Brasil ou qualquer outro Estado-nação se manteve neutro, de fato, nesses assuntos, ou o correto é afirmar que os Estados, em verdade, deixaram o próprio povo resolver o conflito no âmbito interno em um restaurar dos próprios princípios conformadores da Democracia? Ou, o objetivo foi não adquirir o espólio de um Estado em crise e sem governo? A neutralidade foi para legitimar o processo democrático, ou para proteger a si próprio de um eventual dispêndio econômico?

1 DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 2014.

2 Neutralidade. Derivado do latim *neutralis*, de *neuter* (que fica indiferente), em sentido genérico quer significar o *estado de neutro*, ou seja, a situação daquele *que se coloca indiferente ou fica imparcial* diante da questão ou luta referida entre outros. Assim, é a situação de quem não tem ou não mostra *qualquer interesse* a respeito do que outros estão fazendo. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 950.

Ainda no tocante à neutralidade, se aliarmos os acontecimentos da última década em conflitos armados e terrorismo, como fica a questão da neutralidade com as medidas adotadas pelos países laicos em torno da intolerância religiosa?

Esse tema nos parece ser o emblemático na análise acerca do primado fundamental da neutralidade: a laicidade³ do Estado Democrático de Direito.⁴

Se um Estado é laico,⁵ ele não poderá ser mais ou menos intolerante na medida de seus interesses. A liber-

3 A laicidade foi formada no século XIX a partir do adjetivo *laïc* (leigo, aquele que não pertence ao clero). O termo deriva do grego *Laos*, que significa povo. Esse termo vai aparecer em 1871, quando será associado ao ensino público francês e seu surgimento será assinalado pelo Novo Dicionário de Pedagogia e de instrução primária, de autoria de Ferdinand Buisson, publicado em 1887. No verbete laicidade, contido nesse dicionário, Buisson nos informa que: a Revolução Francesa fez aparecer pela primeira vez com clareza a ideia de Estado laico, de Estado Neutro entre todos os cultos, independente de todos os clérigos, liberado de toda concepção teológica. “[...] a grande ideia, a noção fundamental do Estado laico, quer dizer, a delimitação profunda entre o temporal e o espiritual entrou nos costumes de maneira a não o mais sair”. DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Escola e laicidade: o modelo francês. *Interações: cultura e comunidade, Uberlândia*, v. 3, n. 4, p. 153-170, 2008. Ainda sobre o tema: “A laicidade é um dos princípios dos Estados Modernos, como por exemplo, o Brasil. Mas o tema carrega significados bem mais fortes do que o mero fato de ser um preceito. Atribui-se ao início das discussões sob o assunto ao Estado Francês, que em 1880 notadamente com leis escolares institucionaliza este princípio... A laicidade francesa deu-se através de uma construção histórica de mais de um século e hoje encontra-se difundida em diversos países, sem jamais ter suscitado tantos debates como naquele país, em especial no campo da Educação”. DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Escola e laicidade: o modelo francês. *Interações: cultura e comunidade, Uberlândia*, v. 3, n. 4, p. 153-170, 2008.

4 Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito: “a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56 e 57.

5 Sobre laico e laicidade: “Significa a separação entre Estado e as religiões. Tal sentido encontra a sua origem no contraste entre as palavras laico e religioso – é laico o que independe da religião. Logo, o Estado laico é o Estado separado das religiões. Isto é, é o Estado que decide, governa e promove interesses com base em critérios religiosos. Embora esta concepção mais específica se apresente a partir de um contraste, ela não se revela, essencialmente, um conflito, mas tão somente uma distinção, assinalando a fronteira que existe, ou que deveria existir entre o Estado e a religião”. CASSAMANO, Marco Aurélio. *Política e religião: o estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro*. 2006. f. Tese (Doutorado na área de concentração de Direito, Estado e Sociedade)— Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 133.

dade é do povo e cabe ao Estado assegurá-la e efetivá-la. Se os Estados pregam e preconizam a tolerância, não podem, na prática, ser intolerantes.

O Estado que não adota a religião de forma oficial deve ser neutro no que tange à questão religiosa, isto é, ser tolerante e professar e instituir as liberdades de acordo com os direitos fundamentais em consonância com o sistema internacional de Direitos Humanos desenvolvidos pós-Segunda Guerra Mundial.

O Estado Democrático de Direito, ao ser intolerante, promove e ocasiona o entrave de uma série de direitos que deveriam ser por ele instituídos, tais como: o desenvolvimento das liberdades, o neoconstitucionalismo, a laicidade, o pluralismo e a defesa da vida humana por meio da defesa da dignidade da pessoa humana.

Um Estado não pode ser um pouco neutro, assim como não pode ser igualmente um pouco laico. A laicidade não pode ser condicionada à proporção da própria intolerância do Estado. Isso não se coaduna com a neutralidade religiosa.

Ademais, a proteção da dignidade da pessoa humana também perpassa pela defesa das liberdades individuais.⁶ E sobre liberdades,⁷ podemos elencar: religiosa, expressão, consciência, circulação, opinião, sexo e raça, dentre outras.

De tal sorte que o mote fundamental, o fio condutor para o pleno exercício dessas liberdades,⁸ inclusive

6 “[...]. A liberdade, ao contrário, é colocada junto a outros direitos, tais como o direito à vida e à felicidade. [...] ‘Liberdade’ e ‘igualdade’ hoje não significam o mesmo que significavam nas páginas de Locke ou nas declarações do século XVIII: o seu conteúdo ampliou-se, tornou-se cada vez mais rico e denso; o seu significado fez-se cada vez mais pleno”. BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente*. Tradução Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2009. p. 82 e 87.

7 O conteúdo moderno da liberdade compreende os direitos de todos os homens de exercer suas atividades civis, intelectuais e morais; o direito de ir e vir; de não ser detido arbitrariamente; a inviolabilidade do domicílio; o direito de praticar qualquer religião; o direito de associar-se; o direito de petição; o direito de tomar parte na organização e no exercício do poder político; o direito de votar e ser votado; o direito à independência econômica etc. SILVA, José da. Liberdade, realidade política e eficácia da constituição. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137.

8 “A ordem prática ou ordem ética é a que se deve submeter às ações conscientes do ser humano. É esta a ordem da liberdade. Relativamente a ela, os homens são livres. Aqui, o homem é ator, cumpre-lhe conhecê-la, intervir nela, buscando por via de suas ações os fins que julgar autênticos. Nessa ordem do agir humano, os fins são livremente escolhidos pelos agentes, pois é regida por leis éticas e leis de um mundo de liberdade, onde a vontade do homem age”.

da dignidade da pessoa humana, é a execução, pelos indivíduos e, principalmente pelo Estado, da tolerância. Pois, se não for respeitado o direito da pluralidade de opiniões, de crenças, de ideias e de posições políticas, as liberdades,⁹ por conseguinte, estarão comprometidas.

Assim, o grande desafio continua sendo a neutralidade do Estado Democrático de Direito e a sua função primordial: efetivar e garantir as liberdades sem limitá-las ou relativizá-las.

No entanto, para a compreensão da neutralidade do Estado Democrático de Direito, entendemos ser necessário analisar uma etapa ainda anterior: a criação do Estado enquanto Nação, pois, a transição do período dos Impérios para o que temos e conhecemos hoje como Estado e Nação nos propiciará analisar como que a neutralidade se forma em conformidade com o conceito do próprio Estado.

3. A IDENTIFICAÇÃO DE UM CONCEITO DE ESTADO NA ÉPOCA DOS IMPÉRIOS: UM COMPARATIVO COM A CONCEPÇÃO DE ESTADO-NAÇÃO E A CONTRO-VÉRSIA ACERCA DO CONCEITO DO QUE VEM A SER ESTADO

Não é correto afirmar que não existiam Estados no período dos Impérios e nem mesmo anterior a eles, pois, ainda que de forma mais simples ou rudimentar, o Estado em sua concepção já existia.¹⁰

SILVA, José da. Liberdade, realidade política e eficácia da constituição. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135 - 136.

9 “O significado tradicional de liberdade – pelo qual se falava de uma liberdade religiosa, ou de pensamento, ou de reunião, ou de associação, em sentido geral e específico, de uma liberdade pessoal – era aquele relacionado à faculdade de fazer ou não fazer determinadas coisas não impedidas por normas vinculantes; era a liberdade entendida como não-impedimento, ou *liberdade negativa*. A esfera da liberdade coincidia com a esfera dos comportamentos não regulados, e, portanto lícitos ou indiferentes. Montesquieu expressou muito bem o conceito quando afirmou que a liberdade consiste em fazer tudo o que as leis permitem”. BOBBIO, Norberto. *O Terceiro ausente*. Tradução Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2009. p. 88.

10 “É comum, entre os teóricos da política, o reconhecimento de que o Estado é uma figura teórica da Era Moderna. Os grupos arcaicos constituíam sistemas simples, identificados, em geral, por fatores totêmicos, cujo exemplo típico é a tribo. Os agrupamentos antigos que veem aumentada a sua complexidade estrutural pelo desenvolvimento da agricultura e pelo aparecimento dos mercados passam a ser identificados por outros fatores, o que nos permite falar em *polis, regnum, respublica*. A expressão ‘Estado’ só adquire um es-

No entanto, para a análise de nosso trabalho, é necessário um corte epistemológico, portanto, o período ao qual devemos nos ater é o da formação do Estado-nação e, por conseguinte, o surgimento do nacionalismo.

Contudo, não podemos desenvolver o conceito de Estado-nação sem perpassar pela definição de Estado e, antes disso, por um período de transição entre o Império, ao conceito de nação-Estado, portanto, um momento ainda anterior ao de Estado-nação.

Então, o conceito moderno de Estado,¹¹ apesar de ainda que rudimentarmente similar, é diferente daquele que poderíamos aplicar, em seu substrato, ao modelo de Estado da época do Império e, ainda, anterior a ele.¹²

Tercio Sampaio Ferraz Jr. acerca do surgimento do Estado:

Não se pode precisar exatamente quando nasce a forma Estado. É certo que as guerras do fim do séc. XV conduzem Espanha, França e Inglaterra a constituir-se em Estados. A Itália conhece uma transição, a dos principados, mas no séc. XVII, aí incluída a República de Veneza, já são constituídos

tatuto teórico na Era Moderna e é utilizada para designar formações bastante peculiares que, não obstante, parecem reproduzir caracteres comuns aos grupos políticos em geral. Essa aparência é que nos faz falar, às vezes e impropriamente, do 'Estado' grego, do 'Estado' romano, dos 'Estados' orientais". FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 413.

11 Nem todos entendem por Estado o mesmo conjunto de fatos. Para sermos exatos, precisemos o que denominamos como tal. A palavra *Status, stato, estat (état)*, Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendentais à *Land*, a terra, à *terre*. Maquiavel e Jean Bodin usaram dela. Nela couberam todas as repúblicas e principados (*tutti gli Stati*). Compreende-se, pois, que houve adotado termo tão expressivo – lembrando “estabilidade”, “peso” – e já o empregassem os Ingleses desde o século XIV, inclusive Shakespeare, e tardassem a precisar dele os alemães (século XVII). MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 28- 29.

12 De maneira geral, pode-se dizer que as organizações políticas da Antiguidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional pela ausência de nomeação própria, pelo fato de ser a organização administrativa referida ao *officia* singularmente tomada. A presença do trabalho escravo permitia que boa parte dos serviços ditos hoje públicos fosse desempenhada por servos, libertos ou escravos. Estes não estavam a serviço da *respublica*, mas dos *officia publicae* (o senado, os cônsules, que tinham, cada qual, os seus servidores), regulados ou por normas comuns ou por regras sociais e religiosas. Em suma, em tempos modernos, dir-se-ia que as organizações antigas não conheciam a distinção entre administrar e governar. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 413 - 414.

como Estados. Portugal, por causa de sua luta com os árabes e de sua afirmação política diante dos reinos espanhóis, assume precocemente o caráter estatal.¹³

Dalmo de Abreu Dallari:

A denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores não admitirem a existência do Estado antes do século XVII.¹⁴

Em suma, após essa incursão do que vem a ser Estado, no Império é possível notar um modelo de Estado ainda pouco diferente do que conhecemos hoje. No entanto, ainda não se pode atrelar esse modelo ao de Estado-nação, por uma questão simples: ainda não havia a consonância entre a nação com o Estado. Como o Império anexava uma série de povos e cidades, não existia, portanto, uma uniformização da cultura, escrita, língua, uma única ideologia, em suma, uma identidade.

Anthony Giddens conceitua Estado: “Um Estado pode ser definido como uma organização política cujo domínio é territorialmente organizado e capaz de acionar os meios de violência para sustentar esse domínio”.¹⁵

Assim, é possível se desenvolver o conceito de Estado.

Há uma grande concordância entre os cientistas quanto e como o Estado deve ser definido. Uma definição composta incluiria três elementos: primeiro, um Estado é um conjunto de instituições, definidas pelos próprios agentes do Estado. A instituição mais importante do Estado são os meios de violência e coerção; segundo, essas instituições encontram-se no centro do território geográfico limitado a que geralmente nos referimos como sociedade. De modo crucial, o Estado olha para dentro de si mesmo, no caso de sua sociedade nacional, e para

13 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 414.

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 43.

15 GIDDENS, Anthony. *O estado-nação e a violência*. Tradução Beatriz Guimarães. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001. p. 45.

fora, no caso de sociedades mais amplas entre as quais ele precisa abrir seu caminho; seu comportamento em uma área, em geral, só pode ser explicado pelas atividades na outra; terceiro, o Estado monopoliza a criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação das regras dentro do seu território e à criação de uma cultura política comum, partilhada para todos os cidadãos.¹⁶

Porém, apesar de esta definição de Estado se aplicar aos Impérios, ainda que não em sua integralidade, existe uma justificativa para o estudo da neutralidade a partir do Estado-nação.

A razão de tal análise se calca no cenário político de uma pluralidade de Estados, o que não se observa quando da dominação dos povos por um único Império, como fora o caso dos persas, dos gregos, dos romanos e, mesmo no lado Oriental, com os otomanos, mais recentemente. Assim, a pluralidade de Estados, com os conflitos e disputas por seus próprios interesses em um cenário mais plural, é o tema central que propiciará o estudo da neutralidade.

4. QUANDO A NAÇÃO AINDA NÃO SE MISTURA COM O ESTADO E O MOMENTO POSTERIOR: DA NAÇÃO-ESTADO AO SURGIMENTO DO ESTADO-NAÇÃO

Eric J. Hobsbawm traça o perfil do mundo em um comparativo do ano de 1800 com o que temos atualmente:

Não só o “mundo conhecido” era menor, mas também o mundo real, pelo menos em termos humanos. Já que para fins práticos não se dispunha de recenseamentos, todas as estimativas demográficas eram pura especulação, mas é evidente que a Terra abrigava somente uma fração da população de hoje; provavelmente não muito mais que um terço. Se as suposições mais comumente citadas não estiverem muito longe da realidade, a Ásia e a África tinham uma proporção um tanto maior de população mundial do que hoje; a Europa, com aproximadamente 187 milhões de habitantes em 1800 (contra cerca de 600 milhões hoje), tinha uma proporção um tanto menor, e as Américas tinham obviamente uma proporção muito menor ainda. Aproximadamente, dois de cada três seres humanos eram asiáticos em 1800; um de cada cinco, europeu, um de cada dez, africano, e um de cada 33, americano ou da Oceania.¹⁷

16 DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 257.

17 HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Pimentel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 28.

A Revolução Francesa¹⁸ teve o condão de modificar o cenário mundial em termos do conceito de Estado.¹⁹ Porém, como se tratou de uma revolução de um único País, ainda não era possível o desenvolvimento de um cenário plural e, quiçá do modelo de Estado-nação que conhecemos modernamente.

A modificação do cenário ocorreu no período entre 1848 e 1871, nos dizeres de Eric J. Hobsbawm:

Entre 1848 e 1871, ou mais precisamente durante a década de 1860, três fatos ocorreram. Primeiro, a expansão da industrialização produziu outras potências essencialmente industriais e capitalistas além da Inglaterra: os Estados Unidos, a Prússia (Alemanha) e, muito antes disso, a França, tendo o Japão se somado mais tarde. Segundo, o progresso da industrialização fez que, de forma crescente, a riqueza e a capacidade viessem a ser os fatores decisivos no poderio internacional, diminuindo, assim, a posição relativa da Rússia e da França e aumentando a da Prússia (Alemanha). Terceiro, a emergência como potências independentes de dois Estados extraeuropeus, os Estados Unidos (unidos sob o norte na Guerra Civil) e o Japão (sistematicamente embarcando na “modernização” da Restauração Meiji de 1868), criava pela primeira vez a possibilidade de um conflito global entre potências.²⁰

Assumia-se, portanto, um caráter mais mundial, um cenário plural com a disputa econômica entre as potências.²¹

18 Se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da Revolução Industrial Britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa. “[...] A Revolução Francesa é assim a revolução do seu tempo, e não apenas uma, embora a mais proeminente, do seu tipo HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Pimentel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 97 e 100.

19 O mundo em 1789 era essencialmente rural e é impossível entendê-lo sem assimilar este fato fundamental. Em países como a Rússia, a Escandinávia ou os Bálcans, onde a cidade jamais se desenvolvera de forma acentuada, cerca de 90% a 97% da população era rural. “[...] A palavra ‘urbano’ é certamente ambígua. Ela inclui as duas cidades europeias que por volta de 1789 podem ser chamadas de genuinamente grandes segundo os nossos padrões – Londres, com cerca de 1 milhão de habitantes, e Paris, com meio milhão – e umas 20 outras com uma população de 100 mil ou mais. HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Pimentel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 32 - 33.

20 HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 133.

21 “A estrutura formal internacional passou a divergir da estrutura real. A política internacional tornou-se política mundial, na qual pelo menos duas potências não europeias intervieram de fato, embora isso não fosse evidente até o século XX. Mais ainda, esses países tornaram-se uma espécie de oligopólio de potências capitalistas industriais, exercendo um monopólio sobre o mundo, mas com-

Philip Bobbitt aponta o surgimento das nações-Estado: “Dos Estados territoriais, aqueles que, como a Inglaterra, conseguiram sobreviver acabaram transformando-se em nações-Estado no século XIX”.²² E o que seria nação-Estado? A resposta é trazida por Philip Bobbitt: “A nação-Estado²³ é um Estado que mobiliza uma nação – um grupo nacional étnico-cultural – para agir em benefício do Estado. Assim, pode contar com as receitas de toda a sociedade e o talento humano de toda a população”.²⁴

A nação-Estado se traduz em uma união, ainda que não tão sólida, entre o povo e o Estado, porque, em verdade, o segundo usa do primeiro para o seu desenvolvimento. Ainda não há uniformidade de ideias, mas sim, o uso do Estado do próprio povo.

O que temos de novo é a presença de uma unidade, de uma uniformização de cultura, escrita e linguagem dentro de um território ao qual se reconhece a figura de um ente superior, no caso, o Estado.

Nesse sentido John G. Stoessinger:

O que constitui uma nação-estado em nosso tempo pode ser caracterizado do seguinte modo. Em primeiro lugar, é uma unidade política soberana. Em segundo lugar, é uma população que, entregue a uma dada identidade coletiva através de uma imagem comum do passado e do futuro, comunga de um maior ou menor grau de nacionalismo. E, finalmente, é uma população que habita um território definido, que reconhece um governo comum e que usualmente – conquanto nem sempre – exhibe padrões linguísticos e culturais comuns.²⁵

Logo, se percebe uma evolução em um comparativo com o modelo dos Impérios em que os territórios eram

agregados e as culturas miscigenadas, sem nenhuma unidade, e a impossibilidade de se criar um território único em termos linguísticos, culturais, de idioma etc.

Contudo, ainda não se pode vislumbrar uma unidade entre o Estado e o povo. Essa construção, iniciada na Revolução Francesa, teve o seu desenvolvimento definitivo com Napoleão Bonaparte no final do século XVIII e começo do XIX.

Assim, o que temos até o momento é a nação-Estado; logo, para chegarmos ao conceito de Estado-nação e suas implicações, cremos ser importante definir, primeiramente, o que vem a ser nação, para depois, analisar o conceito em relação ao Estado.

De Plácido e Silva:

Nação. Por sua origem etimológica, do latim *natio, de natus* (nascido), já se tem a ideia de que nação significa a *reunião de pessoas*, nascidas em um território dado, procedentes da mesma raça, falando o mesmo idioma, tendo os mesmos costumes e adotando a mesma religião, formando, assim, um *povo*, cujos elementos e características raciais e se mantêm unidos pelos hábitos, tradições, religião e língua.²⁶

A nação²⁷ é o substrato espiritual ou cultural em que se forma o Estado. Por isso, no mundo moderno, tendem a coincidir em múltiplos aspectos o Estado e a nação com o chamado Estado nacional. O Estado é considerado como a nação politicamente organizada, visto que tende a assumir limites nacionais.²⁸

Para John G. Stoessinger, “A nação continua sendo a última instância no que se refere à vida do cidadão, não lhe restando nenhum outro recurso a autoridade superior”.²⁹

Eric J. Hobsbawm sinaliza a dificuldade de harmonia entre a nação e o Estado:

[...] continua intrigante o problema da relação dessa ‘nação’ vernácula, mesmo tão alargada, com o Estado, pois parece evidente que, em

petindo entre si, embora isso não fosse evidente até a era do imperialismo, depois do fim do nosso período”. HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 134.

22 BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 135.

23 “A nação-Estado não visa ao bem-estar do povo; pelo contrário, é legitimada pela criação de uma consciência nacional, pela fundição da nação ao Estado”. BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 163.

24 BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 136.

25 STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 31.

26 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 937.

27 Eric J. Hobsbawm cita a tradicional definição de nação proposta por Josef Stalin: “Uma nação é uma comunidade desenvolvida e estável, com linguagem, território, vida econômica e caracterização psicológica manifestos em uma comunidade cultural”. HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 15.

28 FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 53. p. 497.

29 STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 23.

termos étnicos, linguísticos e outros, na maioria, os Estados, qualquer que fosse seu tamanho, não eram homogêneos e portanto não poderiam ser simplesmente equalizados com as nações.³⁰

Então é possível perceber que havia nações e Estados, porém, ainda não se concebia, em sua maioria, a união entre os dois. E essa união somente foi percebida pouco mais tarde com Napoleão Bonaparte que agregou o povo³¹ para seus ideais em defesa de um Estado francês, isto é, o Estado-nação França, que seria o governo feito para e em conformidade com o povo, eis o que mais tarde se conheceria como o nacionalismo.³²

30 HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 29 e 30.

31 “Na prática, havia apenas três critérios que permitiam a um povo ser firmemente classificado como nação, sempre que fosse suficientemente grande para passar da entrada. O primeiro destes critérios era sua associação histórica com um Estado existente ou com um Estado de passado recente razoavelmente durável. Havia pouca controvérsia sobre a existência de um povo-nação inglês ou francês ou de um povo russo ou polonês, e também pouca controvérsia fora da Espanha sobre a existência de uma nação espanhola com características nacionais bem compreendidas. Pois uma vez dada a identificação da nação com o Estado, era natural que estrangeiros pressupusessem que o único povo em um país fosse aquele pertencente ao povo-Estado, um hábito que ainda irrita os escoceses.

O segundo critério era dado pela existência de uma elite cultural longamente estabelecida, que possuísse um vernáculo administrativo e literário escrito. Isso era a base da exigência italiana e alemã para a existência de nações, embora os seus respectivos “povos” não tivessem um Estado único com o qual pudessem se identificar. Em ambos os casos, a identificação nacional era, em consequência, fortemente linguística, mesmo que (em nenhum dos dois casos) a língua nacional fosse falada diariamente por mais do que uma minoria – na Itália foi estimado que esta era 2,5% da população no momento da unificação – e que o resto falasse vários idiomas com frequências incompreensíveis mutuamente.

O terceiro critério, que infelizmente precisa ser dito, era dado por uma provada capacidade para a conquista. Não há nada como um povo imperial para tornar uma população consciente de sua existência coletiva como povo. HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 49 e 50.

32 “De forma mais específica e concreta, o nacionalismo sustenta que o estado nacional, identificado como uma cultura nacional e comprometido com a sua proteção, é a unidade política natural. [...] O nacionalismo é um subproduto de condições predominantes no mundo moderno, quando a maioria das pessoas não mais vive em comunidades aldeãs fechadas, quando o trabalho é semântico, e não físico, e exige a capacidade de se comunicar em um idioma e uma escrita comuns, razoavelmente livres de contexto, quando a estrutura empregatícia muda rapidamente e não pode tolerar com facilidade uma divisão étnica do trabalho, e quando o contrato com grandes burocracias, tanto políticas quanto econômicas, e a dependência em relação a elas permeiam todos os aspectos da vida”. DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 508-510.

No entanto, Napoleão Bonaparte não teve o mérito exclusivo do nacionalismo, pois a grande mudança paradigmática foi a modernização e, principalmente, a alfabetização da população, para que fosse possível disseminar as ideias pretendidas e assimilar a língua, os costumes e a identidade do Estado francês para, então, usar do sentimento nacional a fim de unir a nação com o Estado.

Eric J. Hobsbawm destaca a importância da proliferação das escolas para o Estado-nação:

De fato, para os novos Estados-nação, essas instituições eram de importância crucial, pois apenas através delas a ‘língua nacional’ (geralmente construída antes por esforços privados) podia transformar-se na língua escrita e falada do povo, pelo menos para algumas finalidades.³³

E a consequência direta do Estado-nação e da cultura penetrando nas camadas do povo foi a modernização e a urbanização, como demonstra Eric J. Hobsbawm: “Na medida em que os Estados-nação eram formados, postos públicos e profissões da civilização progressista se multiplicavam, a educação escolar se tornava mais geral e, acima de tudo, a migração urbanizava populações rurais”.³⁴

Assim, com o uso do nacionalismo e da uniformização, houve aproximação maior entre o povo e os governantes, portanto, a outrora distancia entre o povo e a nobreza deixava de existir. De tal sorte que a população mais bem instruída participava do desenvolvimento do próprio Estado o que gerava sentimento de inclusão, formando, por conseguinte, uma unidade, uma união entre a nação e o Estado.

Para Anthony D. Smith:

No mundo moderno, somente uma forma de unidade política é reconhecida e permitida. Nós chamamos esta forma de “Estado-nação”. É fácil descobrir de que se trata. Estados-nação têm fronteiras, capitais, bandeiras, hinos, passaportes, moedas, paradas militares, museus nacionais, embaixadas e usualmente uma representação nas Nações Unidas. Eles também têm um governo para o território do Estado-nação, um sistema educacional único, um único sistema econômico e ocupacional, e usualmente um conjunto de direitos para todos os cidadãos, embora existam exceções.³⁵

33 HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 157.

34 HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 158.

35 SMITH, Anthony D. Criação do estado e construção da nação. In: HALL, John A. (Org.). *Os estados na história*. Tradução Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

Como finaliza Eric J. Hobsbawm, o nacionalismo, portanto, parecia facilmente manejável dentro da estrutura do liberalismo burguês e compatível com ele. Um mundo de nações viria a ser, acreditava-se, um mundo liberal, e um mundo liberal seria feito de nações.³⁶

O nacionalismo³⁷ propiciava, portanto, a inclusão do povo nas questões estatais, o que ocasionava um elo entre a nação e o Estado,³⁸ como já foi dito, no entanto, essa crescente participação popular é o que mais tarde se denominou de democracia.

No entanto, não podemos perder de vista o fato de que os Estados democráticos ainda não eram uma realidade, uma vez que ainda predomina a monarquia na realidade global.

p. 334.

36 HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 160.

37 “Não confundir este conceito de nacionalismo com o que foi amplamente utilizado no final do século XIX. A própria palavra ‘nacionalismo’ apareceu pela primeira vez em fins do século XIX, para descrever grupos ideólogos de direita na França e na Itália, que brandiam entusiasticamente a bandeira nacional contra os estrangeiros, os liberais e os socialistas, e a favor daquela expansão agressiva de seus próprios Estados, que viria a ser tão característica de tais movimentos”. HOBBSAWM, Eric. *A era dos impérios 1875-1914*. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 228.

38 “Os termos ‘Estado-nação’, ‘Nação’ e ‘Nacionalismo’ são, muitas vezes, caracteristicamente nivelados, usados na literatura das ciências sociais e da história como se fossem sinônimos. Mas devo fazer uma distinção entre eles. Por ‘Nacionalismo’ quero dizer um fenômeno que é basicamente psicológico – a adesão de indivíduos a um conjunto de símbolos e crenças enfatizado comunalmente entre membros de uma ordem política. Embora os sentimentos de nacionalismo frequentemente coincidam com a distribuição real da população dos Estados, e, enquanto aqueles que governam os Estados modernos normalmente procuram promover tais sentimentos sempre que possível há, sem dúvida, uma clara correspondência entre eles. Por ‘Nação’ refiro-me a uma coletividade existente dentro de um território claramente demarcado, sujeito a uma unidade administrativa, reflexivamente monitorada tanto pelo aparato de Estado interno como por aqueles de outros Estados. Tanto a nação quanto o nacionalismo são propriedades distintas dos Estados modernos, e no contexto de sua emergência original, assim como em outros locais, há mais do que uma conexão fortuita entre eles. Não pode haver nacionalismo, ao menos em sua forma moderna, sem a formação de nações. [...] O Estado-nação, que existe em um complexo de outros Estado-nação, é um conjunto de formas institucionais de governo, mantendo um monopólio administrativo sobre um território com fronteiras (limites) demarcados, seu domínio sendo sancionado por lei e por um controle direto dos meios internos e externos de violência”. GIDDENS, Anthony. *O estado-nação e a violência*. Tradução Beatriz Guimarães. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001. p. 140 a 145.

5. DO ESTADO-NAÇÃO AO PERÍODO EXPANSIONISTA: AS I E II GUERRAS MUNDIAIS

Nesse novo cenário de Estado-nação com interesses econômicos e o aparecimento das potências em termos globais, os Estados de menor tamanho e com limitações, em termos de desenvolvimento, também almejavam ingressar neste novo momento global.

Como consequência disso, o que se viu foi um período expansionista com o surgimento de novos Estados³⁹ e nítida disputa por territórios.

Nesse cenário, temos o surgimento do período expansionista e que culminou com o que viria ser a Alemanha, a Itália, a Áustria e alguns outros Estados que se tornariam as potências do século XX.

E, após as revoluções do final do século XVIII, já era possível vislumbrar o conceito moderno de Estado, como mostra Eric J. Hobsbawm:⁴⁰

O Estado moderno típico, que recebeu sua forma sistemática na era das revoluções francesas – embora, de vários modos, ele tivesse sido antecipado pelos principados europeus que evoluíram a partir dos séculos XVI e XVII –, era uma novidade em muitos aspectos. Era definido como um território (de preferência, contínuo e inteiro) dominando a totalidade de seus habitantes; e estava separado de outros territórios semelhantes por fronteiras e limites claramente definidos. Politicamente, seu domínio e sua administração sobre os habitantes eram exercidos diretamente e não através de sistemas intermediários de dominação e de corporações autônomas.⁴¹

E o que permeou a realidade do final do século XIX para o principio do século XX foi a expansão, as alian-

39 “A construção de nações foi inevitavelmente um processo de expansão”. HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 44.

40 “Procurava, o mais possível, impor as mesmas leis e arranjos administrativos instituídos por todo o território, embora, depois da era das revoluções, estes não fossem mais as ideologias religiosas ou seculares. Crescentemente, esse Estado era obrigado a ouvir as opiniões dos indivíduos ou cidadãos, porque seu arranjo político lhes havia dado voz – geralmente através de várias espécies de representação eleita – e/ou porque o Estado precisava do seu consentimento prático ou de sua atividade em outras coisas, como, por exemplo, contribuintes ou soldados potencialmente convocáveis”. HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 101.

41 HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p.101.

ças em busca de maior representatividade no cenário global, logo, a disputa passava a ser por poder. Com essa sede expansionista e a busca desenfreada pelo controle dos territórios não fica difícil imaginar que um conflito bélico era apenas uma questão de tempo. De tal sorte, a humanidade presenciou, em um período de 31 anos, de 1914 a 1945, a Primeira Guerra Mundial e a Segunda Guerra Mundial, com a disputa clara por poder, influência e territórios.

As guerras, não que se trate de um enredo inédito,⁴² porém, mostraram o viés do terror, como que o homem pode ser altamente destrutivo e que, se não fosse criado algum instrumento de controle, a própria espécie humana poderia padecer.⁴³

6. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A BUSCA PELA TOLERÂNCIA E A ASSUNÇÃO DAS LIBERDADES

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, as Nações se preocuparam em desenvolver instrumentos que protegessem a vida humana, pois a quantidade de vidas que foram perdidas em virtude das Guerras de 1914 a 1918 – I Guerra Mundial⁴⁴ e de 1939 a 1945 – II Guerra

Mundial⁴⁵ ultrapassaram os 50 milhões. Um número expressivo de vidas perdidas em um espólio sem sentido decorrente de disputas por poder, exercício de dominação, busca por territórios e expansão forçada.

Para Eric J. Hobsbawm:

A Primeira Guerra Mundial reduziu a cacos o império dos Habsburgo e completou a desintegração do Império Otomano. Não fosse pela Revolução de Outubro, esse também teria sido o destino do império czar da Rússia, já muito enfraquecido, como foi o do império alemão, que perdeu tanto a Coroa quanto as colônias. A Segunda Guerra Mundial destruiu o potencial imperial da Alemanha, que alcançara breve realização com Adolf Hitler, e destruiu também os impérios coloniais da era imperial, grandes e pequenos: o britânico, francês, o japonês, o holandês, o português e o belga, assim como o que restava do espanhol.⁴⁶

De tal sorte que a banalização da vida humana, em especial, com a Segunda Guerra Mundial, fez com que as Nações desenvolvessem um elemento, um organismo transnacional, que fosse responsável por criar diretrizes de condutas positivas e protetivas a serem seguidas pelas Nações signatárias. Nascia, em 26 de junho de 1945, em São Francisco, a Organização das Nações Unidas – ONU, órgão que iria representar os 51 países signatários e proteger os cidadãos, suas relações, liberdades etc.

O foco, isto é, o objetivo central já fora estabelecido no Preâmbulo da Carta das Organizações Unidas.⁴⁷

O marco fundamental dos direitos humanos, sem dúvida é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cuja aprovação ocorreu em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas. Contu-

42 Antes das guerras mundiais, as disputas nos períodos dos Impérios já se destacavam pela crueldade e pela violência exacerbada.

43 Eric Hobsbawm: “[...] As décadas que vão da eclosão da Primeira Guerra Mundial aos resultados da Segunda foram uma Era de Catástrofe. Durante quarenta anos, ela foi de calamidade em calamidade. Houve ocasiões em que mesmo conservadores inteligentes não apostariam em sua sobrevivência. Ela foi abalada por duas guerras mundiais, seguidas por duas ondas de rebelião e revoluções globais que levaram ao poder um sistema que se dizia a alternativa historicamente predestinada para a sociedade capitalista e burguesa e que foi adotado, primeiro, em um sexto da superfície da Terra, e, após a Segunda Guerra Mundial, por um terço da população do globo. Os imensos impérios coloniais erguidos a Era do Império foram abalados e ruíram em pó. Toda a história do imperialismo moderno, tão firme e autoconfiante quando da morte da rainha Vitória, da Grã-Bretanha, não durara mais que o tempo de uma vida humana – digamos, a de Winston Churchill (1874-1965). HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 16.

44 Calcula-se que morreram cerca de 9 milhões de civis e militares na I Guerra Mundial. A França teve 1,4 milhão de mortos, isto é, correspondente a 27% dos homens de 18 a 27 anos, ou 10% de sua população ativa masculina. A Alemanha teve 1,8 milhão de mortos, isto é, 9,8% de sua população ativa masculina; a Áustria-Hungria, 1 milhão, ou 9,5%, respectivamente; a Itália, 530 mil, ou 6,2%; a Inglaterra, 780 mil, ou 5,1%; a Rússia, 1,7 milhão, ou 4,5%; a Bélgica, 44 mil, ou 1,9%; os EUA, 114 mil, ou 0,2%; a Romênia contou com 600 mil mortos; a Sérvia, 400 mil; e a Turquia, 400 mil. GRANDE enciclopédia larousse

cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 12. p. 2859.

45 As estimativas avaliam entre 40 a 52 milhões os mortos, entre os quais 7 milhões de deportados para a Alemanha, por motivos raciais e políticos. GRANDE enciclopédia larousse cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 12. p. 2863.

46 HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 78.

47 “Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes no espaço de nossa vida trouxe sofrimentos indizíveis a humanidade, e resolvidos a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, resolvidos também a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”. DALLARI, Dalmo de Abreu. In: VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direitos humanos, estados de direito e a construção da paz*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 42.

do, não podemos renegar o passado que impulsionou e motivou o surgimento dos Direitos Humanos que se concretizaram, de fato, pós-Segunda Guerra Mundial.

Para tanto, uma série de Tratados, Convenções e Pactos⁴⁸ foram desenvolvidos a fim de compromissar seus signatários a assegurar no âmbito interno e externo as liberdades entre os povos.

Ademais, após ratificarem as Convenções, Tratados ou Pactos, os Estados deveriam desenvolver em seu ordenamento jurídico instrumentos compatíveis com as premissas dos Direitos Humanos. Assim, os Estados criaram um sistema que privilegiava uma sociedade pluralista, aberta, que tem por objetivo assegurar a liberdade de pensamento, religião, crença, credo, expressão e consciência.

48 Declaração Francesa de Direitos do Homem, por meio do seu artigo 10; Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945; Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como o seu artigo 2º; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, por meio dos artigos 14, 18 e 26; Declaração sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; Carta Encíclica *PACEM IN TERRIS*, editada pelo Vaticano, em 11 de abril de 1963; na sequência, o Vaticano emitiu, em 1965, a Declaração *DIGNITATIS HUMANAE*; artigo 4º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; no mesmo sentido, a proteção à prática religiosa em relação aos apátridas, conforme os artigos 3º e 4º da Convenção relativa aos Apátridas; em 1965, um novo marco histórico com a criação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; na mesma esteira temos o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; ainda em 1966 tivemos o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a questão da liberdade religiosa está presente no artigo 13; em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres; em 1980, o então Papa João Paulo II emitiu uma mensagem aos países signatários do Ato final de Helsinque; e, em 1981, a ONU emitiu a mais importante Declaração sobre o assunto religião: a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença; em 1º de janeiro de 1988, o Papa João Paulo II emite uma mensagem por ocasião da celebração do XXI dia mundial da paz; em 1989, a ONU edita a Convenção Sobre os Direitos da Criança, e sobre liberdade religiosa é importante destacar o artigo 14. Em 1992 tivemos a importante Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas; em 1994, foi editado o Conselho da Liga dos Estados Árabes, isto é, a Carta Árabe de Direitos Humanos; em 1993 um novo passo para a ratificação dos direitos humanos, com a Declaração e Programa de Ação de Viena por meio da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena entre os dias 14 e 25 de junho; em 2005, a Declaração Universal da Laicidade no século XXI; e, recentemente, a União Europeia, em 30 de março de 2010, criou o próprio regramento de direitos humanos mediante a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A liberdade religiosa também foi mencionada no capítulo Liberdade de pensamento, de consciência e de religião, além de uma menção expressa ao respeito à diversidade religiosa no artigo 22.

Então, nesse novo cenário, os Estados desenvolveram importantes mecanismos de combate contra a intolerância e a violência, física, moral ou psicológica dela advinda.

7. A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A QUESTÃO DA SOBERANIA DOS ESTADOS

Com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, o que se viu foi a edificação de um sistema de Direitos Humanos, o qual valoriza a proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, firmou-se um conjunto amplo de proteções que passam pela garantia das liberdades, inclusive a religiosa.

De tal sorte que, portanto, criou-se, em consonância com a vontade e a livre manifestação dos Estados aderentes, um Estado representativo aos quais os demais deveriam, em ratificando seus Pactos, Convenções, Tratados e demais instrumentos, respeitar e implementar tais medidas em seu cenário nacional.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, a questão das potências e das disputas entre Estados ganhou novo capítulo, pois, agora, havia além das disputas econômicas, as pressões para a consolidação da proteção ao ser humano.

O resultado foi o debate se, com a criação da Organização das Nações Unidas, os Estados teriam seus “poderes” limitados. Instaurava-se, portanto, discussão em torno de soberania. E, uma vez mais o desenvolvimento de um instrumento tão importante e debatido no cenário global atual foi construído e desenvolvido em decorrência direta da Revolução Francesa, pois a ideia moderna de soberania do Estado é desenvolvida no art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁴⁹

No entanto, o próprio diploma gerou consequências na França, em relação à monarquia. Assim, a questão da soberania também deve ser entendida em torno do contexto histórico da Revolução como relata Fábio

49 “Art. 3º O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 154.

Konder Comparato:⁵⁰ “O grande problema político do movimento revolucionário francês foi, exatamente, o de encontrar um outro titular da soberania, ou poder supremo, em substituição ao monarca”.⁵¹

Christopher W. Morris destaca a soberania no Estado moderno:

Os Estados são ‘soberanos’ em seus territórios e reivindicam o monopólio do uso de força legítima dentro desse espaço. Isso é sustentado para diferenciar os Estados da Máfia ou de corporações multinacionais. Dados o seu poder e autoridade, as instituições estatais oferecem a muitos os meios de realizarem suas maiores ambições e sonhos. Não é de se estranhar a enormidade dos crimes associados aos Estados modernos.⁵²

Exatamente na pretensão de limitar esse poder de concretizar o dano ao ser humano, que os próprios Estados decidiram limitar, no plano internacional, sua soberania em favorecimento à Organização das Nações Unidas, um órgão supranacional com efetividade garantida pelos Estados-membros.

No entanto, para compreender como se relaciona a Organização das Nações Unidas com o combate à intolerância, e como que esta se processa nos Estados laicos, importante aprofundar um pouco mais o tema da soberania.

7.1 Conceito de soberania

A França se notabilizou por desenvolver importantes construtos para o conceito de Estado e, sobre so-

berania não foi diferente. Afinal, foi um francês, Jean Bodin,⁵³ o primeiro autor⁵⁴ a sistematizar o tema⁵⁵ por meio de sua obra *Os Seis Livros da República*, datada de 1576 e, assim, conceituar soberania.⁵⁶

Soberania é o poder perpétuo de um Estado, que os latinos denominam *maiestas*; os gregos *akera exousi*, *kurion arché* e *kurion politeuma*; e os italianos *signioria*, um termo usado tanto por pessoas privadas quanto por aqueles que tem poder total do Estado, enquanto os hebreus chamam de *tomebet shévet* – que é o poder mais alto de comando.⁵⁷

53 A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania foi *Les Six Livres de la République*, de Jean Bodin, havendo inúmeras fontes que apontam o ano de 1576 como o do aparecimento dessa obra. A leitura dos seis livros, que contêm apreciações e conclusões de caráter teórico, ao lado de fartas referências a ocorrências históricas citadas em apoio da teoria, deixa entrever que Bodin tomou como padrão, sobretudo, a situação da França, fazendo a constatação e a justificação dos costumes e complementando-as com apreciações que não são mais do que a revelação de sua própria concepção do que haveria de ser a autoridade real. Inicia-se o Livro I com a conceituação da *República*, como um direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, *com um poder soberano*. O Capítulo VIII do Livro I é totalmente dedicado ao esclarecimento do conceito de soberania. Diz Bodin: “É necessário formular a definição de soberania, porque não há qualquer juriconsulto, nem filósofo político, que a tenha definido e, no entanto, é o ponto principal e o mais necessário de ser entendido no Trabalho da República”. Esclarece então que a “[...] soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 67.

54 Temos, também contribuição igualmente preciosa de F. H. Hinsley acerca da visão de Jean Bodin ao inaugurar a visão de Direito Internacional: “*En la obra de Bodin, de la república (1577) por fin los dos cabos se unen, produciendo la doctrina de la soberania en relación con la estructura interna de la comunidad política y, por lo que toca a las relaciones entre comunidades, el reconocimiento de que la largamente establecida división romana del derecho en ius naturale, ius gentium y ius civile no pudiendo proporcionar un derecho público para las relaciones entre Estados independientes, era menester una nueva categoría de derecho: el derecho internacional*”. HINSLEY, F. H. *El concepto de soberania*. Tradução Fernando Morera e Angel Alandí. Barcelona: Labor, 1972. p. 154 e 155.

55 Maquiavel e Bodin, por certo ângulo, viam na soberania um poder absoluto, de aparência ilimitada. BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 38.

56 Não podemos deixar de ressaltar que a obra de Jean Bodin data do final do século XVI, logo, todo o modelo de Estado moderno ainda não existia, logo, sua visão de soberania se aplicava aos principados e, em especial, a Monarquia, o poder soberano do rei. Sobre o tema: A ideia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroa a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era o Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo. BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 36.

57 Definição em BERARDO, Telma. *Soberania e direitos humanos: reconceituação com base na dignidade da pessoa humana*. 2003. f. Tese (Mestrado na área de concentração de Direito Constitucional)—Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003. p. 30.

50 “A ideia de monarquia absoluta, combatida por todos os pensadores do “século das luzes”, tornou-se inaceitável para a nova classe ascendente a burguesia. Tinha esta, de fato, sólidos argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação de poderes dos governantes, iniciados na Baixa Idade Média com a *Magna Carta* e seguido na Inglaterra pela *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*. Não foi, aliás, por outra razão que Voltaire e Montesquieu sempre apresentaram a Inglaterra como o exemplo a ser seguido na França. Acontece que essa sequência histórica de atos de limitação de poder supunha, logicamente, a manutenção de um centro de poder a ser limitado, o qual, no caso da França, era tradicionalmente o rei. A partir do momento em que esse centro de poder político desaparecia, ou se encontrava seriamente enfraquecido, desequilibrava-se todo o edifício político. Dos três estamentos que compunham oficialmente a sociedade francesa, o clero e a nobreza não tinham, naquele momento histórico, a menor legitimidade para reivindicar para si a soberania, porque continuavam apegados a privilégios que oprimiam o povo humilde e restringiam a liberdade econômica dos burgueses”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137.

51 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 137.

52 MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o estado moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. p. 33 e 34.

John G. Stoessinger acerca da visão de soberania desenvolvida no século XVI:

Essa imagem política universal tem dois aspectos principais. Em primeiro lugar, o homem dotou a nação-Estado de uma qualidade que ela não partilha com nenhuma outra associação humana – o atributo de *soberania*. Aliás, não é mera coincidência que a teoria da soberania fosse primeiro formulada no século dezesseis, numa ocasião em que o sistema das nações-estado estava em vias de emergir do universalismo do mundo medieval.⁵⁸

Tercio Sampaio Ferraz Jr. afirma que a soberania já era conhecida na Idade Média:

A Soberania – como poder/direito do soberano, já existia desde a Idade Média. Sua raiz social estava na relação direta e concreta entre o soberano e o súdito por meio dos mecanismos de apossamento da terra.

Por isso, até hoje soberania e territorialidade são conceitos próximos. Ora, a partir do Renascimento, o crescimento da atividade mercantil, o intercâmbio com o Oriente, as Cruzadas, as grandes descobertas afetam essa relação extremamente concreta do senhor sobre a terra e sobre os que nela vivem.⁵⁹

Thomas Hobbes,⁶⁰ no século XVII, em sua obra *Leviatã*, menciona, na introdução, seu conceito de soberania:

[...] pela arte é criado aquele grande Leviatã a que se chama Estado, ou Cidade (em latim *Civitas*), que não é senão um homem artificial, embora de maior estrutura e força que o homem natural, para cuja proteção e defesa foi projetado. E no qual a soberania é uma alma artificial, pois dá vida e movimento ao corpo inteiro.⁶¹

O que se pode perceber é o desenvolvimento de um importante instrumento em nossos dias: a instituição das primeiras linhas do que vem a ser hoje o Direito Internacional, pois, nessa seara, igualmente, temos a re-

lação dos Estados no âmbito interno e externo, bem como as questões modernas envolvendo a soberania.

Dalmo de Abreu Dallari destaca a importância do tema para o Estado Moderno:

O que se verifica é que o conceito de soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado.⁶²

Assim, ofertamos o nosso conceito de soberania. Soberania, portanto, significa a fortificação do Estado como um ente soberano, isto é, que nas questões atinentes a seu povo e ao modo de resolver os problemas internos, nenhum outro Estado poderá se intrometer, criticar ou intervir, pois o poder decisório cabe exclusivamente ao Estado, pois este é soberano. Esse conceito se aplica no âmbito interno em relação aos demais Estados.

Para Lucas E. Barreiros:

Cada Nación que se gobierna a si misma, bajo cualquier forma, y que no depende de ninguna otra, es un Estado soberano. [...] La libertad de una Nación no resultaría completa si otras naciones se tomaran la libertad de inspeccionar y controlar su conducta; una presunción que sería contraria al derecho natural, que declara a cada Nación libre e Independiente de todas las otras naciones.⁶³

Agora, no cenário externo, se todos os Estados são soberanos e ninguém pode intervir em sua soberania, logo podemos afirmar que todos são iguais entre si e que, portanto, existe uma paridade de relações.⁶⁴ Podemos concluir que o Estado moderno tem duas soberanias: uma interna, absoluta e outra externa, reativa, uma vez que todos os Estados tem uma paridade no plano internacional, os Estados somente se obrigam entre si por mútuo consentimento. E aos conceitos desenvol-

58 STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 23.

59 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 421.

60 “[...] O poder soberano como algo que constitui a comunidade política e garante as relações sociais da propriedade. Foi isso que Hobbes percebeu e expôs com genialidade. É a clássica figura do *Leviathan*. Ao descrevê-lo Hobbes fala dele como um homem artificial, que faz todas as leis, mas não se submete a nenhuma delas, que não é igual nem desigual em relação aos súditos, apenas é diferente, é um outro, caracterizado pelo direito de ditar as leis e pela força de fazê-las cumprir” FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. 421.

61 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).p. 4.

62 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 63.

63 EMILIANO BARREIROS, Lucas. El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía: un intento de reconciliación. In: PINTO, Mónica. (Org.). *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 41.

64 “En la medida en que cada una de ellas tiene el derecho de decidir en su conciencia lo que debe hacer para satisfacer sus obligaciones, el efecto de esto es producir, al menos ante el mundo, una perfecta igualdad de derechos entre las Naciones en la conducción de sus asuntos y en las prosecución de sus políticas”. EMILIANO BARREIROS, Lucas. El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía: un intento de reconciliación. In: PINTO, Mónica. (Org.). *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*. Buenos Aires: Eudeba, 2009. p. 42.

vidos acerca da soberania, sua ilimitabilidade, incondicionalidade e independência⁶⁵ é que, em grande parte, ocasionarão os problemas no século XX – leiam-se Guerras Mundiais – e, enseja-se, assim, uma reformulação do conceito.

7.2 A fortificação do papel do estado x a contenção das mazelas ocasionadas pelo excesso de poder

O Estado, em sua concepção moderna, ganhou força, representatividade e independência. Como mostramos, essa evolução foi decorrente do avanço do próprio papel do Estado na História. E, a Revolução Francesa pavimentou o caminho para a consolidação do Estado, pois se até então o que se via eram monarquias e a Igreja atuando em benefício próprio, e a nobreza extraindo o máximo possível de riquezas, tudo começou a mudar com a Revolução e com a Independência dos Estados Unidos.

Somado a isso, temos de crescer o nacionalismo e as revoluções industriais que fizeram os Estados prosperarem e se desenvolverem em um cenário mais globalizado, assim, tornando-se potências.

O resultado foi a união de interesses entre o Estado e seus governantes com o povo que passou a ser incluído no processo de governo. Com a expansão dos territórios e a busca por influência, o que se viu de 1848 até 1914 foi o anseio dos Estados por poder e influência e, ao mesmo tempo, a consolidação da independência de seu território e de seu povo em relação aos demais

65 Dalmo de Abreu Dallari complementa: “Quanto às *características* da soberania, praticamente a totalidade dos estudiosos a reconhece como *uma, indivisível, inalienável e imprescritível*. Ela é *uma* porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontestável, ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado, não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito. É *indivisível* porque, além das razões que impõem sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania. Não se deve confundir a teoria da divisão do poder, de que mais adiante se tratará pormenorizadamente, com uma forma de divisão da soberania, pois a chamada divisão do poder é, na verdade, uma distribuição de funções. A soberania é *inalienável*, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado. Finalmente, é *imprescritível* porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração. Todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69.

Estados. Vale dizer que os Estados começaram a ser plenos em suas atividades internas não partilhando as decisões com os demais.

A busca pela ampliação e fortificação de suas fronteiras, nos dizeres de Christopher W. Morris:

A territorialidade do preceito moderno significa que todos os que se encontram dentro das fronteiras da organização política são, por esse fato, governados. O território se torna um domínio jurisdicional. Em certo sentido, o exercício do poder se torna *direto*. Nos impérios o governo é tipicamente indireto e considerável poder é legado às autoridades e administradores locais. [...] No mundo moderno o governo se torna direto; cada cidadão e todos os cidadãos são governados pelo soberano ou o Estado, sem mediação.⁶⁶

Esse processo fortificou os Estados e permitiu a seus governantes acumular poder. De tal sorte que os Estados ganharam tamanha importância, que seus governantes acharam-se acima dos demais a ponto de criar uma expansão desenfreada e deflagrar uma guerra entre eles, como forma de determinar e quantificar a força de um eventual protagonista.

Como afirma John G. Stoessinger:

Nosso mundo se compõe de mais de uma centena de unidades políticas chamadas nações-estado. Quase não há lugar algum neste planeta que alguma nação-estado não considere propriedade sua. Há apenas um século, o mundo ainda tinha muitas fronteiras e terras que permaneciam sem dono. Em nosso tempo, porém, o homem não pode mais escapar ao sistema de nações-estado – a ao ser que emigre para as relegadas zonas polares ou para as estrelas.⁶⁷

O problema é que a humanidade não suportou essa disputa insana por poder e os Estados perceberam, ainda que tardiamente, que não é possível existir Estado sem o povo. Logo, após a Segunda Guerra Mundial, ou se limitava o jogo do poder para, assim, se defender o humano, ou uma nova guerra, novos derramamentos de sangue poderiam ocorrer, inclusive com a própria extinção da raça humana.⁶⁸

66 MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o estado moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005. p. 66 e 67.

67 STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 22.

68 “Todos experimentam hoje e todos falam de grande crise dentro da qual vivemos, se bem sabermos as curvas que descreverá. A sucessão de guerras, cada vez mais próximas, seguidas do rápido destroçamento de algumas instituições, – que se criam permanentes – faz de interesse imediato e capital o problema de hoje. As próprias

E, portanto, a solução encontrada foi criar uma entidade que estivesse em nível hierárquico superior aos dos Estados, uma entidade supranacional, que fosse plena em relação aos demais, para que não houvesse uma disputa, mas sim um consenso. Nascia, assim, a Organização das Nações Unidas.⁶⁹

Além de toda a desgraça e banalização da vida humana as guerras trouxeram outro prejuízo para os Estados: no nível externo/internacional sua soberania, agora, seria limitada na questão dos direitos do ser humano.

8. A GLOBALIZAÇÃO E O QUESTIONAMENTO ACERCA DA SOBERANIA

Após toda essa incursão histórica acerca do Estado, primeiramente, e depois, acerca da soberania, estamos aptos a tratar do tema central: a neutralidade.

Não foi apenas com a criação da Organização das Nações Unidas que a soberania dos Estados ficou em xeque, pois outros organismos foram criados, como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho e, mais recentemente, o Tribunal Penal Internacional.

Todos esses organismos limitaram, de alguma forma ou aspecto, a soberania dos Estados. Contudo, nada

populações que só veem o lado material (os edifícios, as cidades, as estradas milenares ou recentes), param hoje diante de ruínas nunca vistas. O espírito destrutivo, na sua faina diabólica, desperta-as com o estourar dos bombardeios e o avançar dos tanques”. MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 27.

69 As Nações Unidas representam o mais ambicioso experimento relativo ao estabelecimento da ordem política no mundo. Num sentido realmente básico, sua concepção se enraíza no passado. Seu edifício foi erigido em tempos de guerra, durante um período de esforço conjunto para derrotar as potências do Eixo. A Organização devia ser criada “[...] para aniquilar, na fonte, outro Hitler, antes que ele se tornasse grande demais. As nações deviam ser ‘unidas’ contra esse tipo de criminoso. Nesse sentido, a ONU tencionava evitar outra Guerra Mundial como a Segunda, tal como a Liga das Nações, antes, tinha sido criada para prevenir outra guerra mundial como a primeira. [...] A rocha sobre a qual a ONU se firmaria era a unidade das Grandes Potências, que assumiriam entre si a responsabilidade pela paz e pela ordem mundial. [...] Para capacitar-se a operar a implementação de seus fins, a Organização das Nações Unidas foi dotada de seis órgãos principais. A ambiciosa tarefa de promover a segurança coletiva foi legada ao Conselho de Segurança. Na fé de que a paz era indivisível e de que os Cinco Grandes – Estados Unidos, União Soviética, Grã-Bretanha, França e China – pudessem estabelecer unanimidade entre si, o Conselho de Segurança deveria ser o grande guardião internacional da paz”. STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978. p. 386 - 387.

foi mais paradigmático acerca da limitação da soberania do que a globalização e o desenvolvimento dos blocos econômicos.

A globalização⁷⁰ propiciou a queda das fronteiras, algo tão ferrenhamente defendido até 1914, pois, com o livre-comércio, a livre circulação dos povos dentro dos Estados-parte dos blocos econômicos se criava outro conceito de soberania: a soberania dos blocos econômicos,⁷¹ logo, supranacional, porém distinta da soberania supranacional da ONU, do TPI e de outros.⁷²

Para Shankar Vedantam:

Na medida em que Estados-nações se tornavam cada vez mais poderosos na segunda metade do século XX, constituições, judiciários e o sufrágio universal forneceram meios mais pacíficos para efetuar mudanças sociais, e o terrorismo passou de uma forma de violência patrocinada pelo Estado a

70 *Globalização* é, certamente, uma expressão ambígua e vaga. De um lado, admite sentidos conceituais distintos, de outro, aponta para distintos objetos. Na sua vagueza, refere-se ora a um entrelaçamento das economias nacionais em planos mundiais, ora para formas extensas de comunicação, ora para uma interpretação cultural etc. Na sua ambiguidade, ora revela a simultaneidade *in praesentia* dos eventos, ora uma generalização dos sentidos prevalentes, inaugurando uma forma cultural diferente. Samuelson, em artigo publicado em periódicos norte-americanos, vê no encurtamento das distâncias o marco decisivo e inicial da globalização. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007. p. 540.

71 Esta é supranacional, porém, ao contrário da soberania das organizações internacionais como Organização das Nações Unidas ou do Tribunal Penal Internacional que possuem soberania que limita parcialmente a soberania dos Estados, a soberania do bloco econômico confere soberania plena, nos moldes de outrora: independência é ilimitada e incondicional em relação aos outros blocos econômicos.

72 Desde o princípio da história, os seres humanos sofreram transformações. E, na medida em que sofriam essas transformações, resistiam a elas. Individualmente ou em grupos, as pessoas resistem a mudanças quando as vivenciam como ameaça, tanto às suas adaptações internas quanto às externas, aos seus ambientes e às suas vidas em geral. A globalização – um tópico bastante discutido nos últimos anos e um agente de mudança acompanhado de grande resistência – é um conceito difícil de descrever. Para o indivíduo, significa desenvolver um tipo de universalidade e um tipo de cidadania mundial. Em uma escala mais prática, o conceito de globalização, hoje, refere-se geralmente às normas culturais, econômicas e políticas da América do Norte e da Europa ocidental que se infiltram em outras populações por todo o globo terrestre. Enquanto no passado houve muitos grupos dominantes – como os Impérios Romano, Bizantino e Islâmico – que também influenciaram profundamente as pessoas que viviam em áreas vizinhas, hoje, por causa da tecnologia avançada, a “globalização” está mais generalizada. ÇEVİK, Abdülkadir. *Globalização e identidade*. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?: reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo*. Tradução Tânia Mara Zalcberg. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 79.

técnica favorita de grupos subnacionais. Assim, o terrorismo tem sido descrito como ‘uma estratégia do fraco contra o forte’ – em que nações avançadas com exércitos e forças aéreas não precisam recorrer à criação sistemática do medo para atingir seus fins.⁷³

Assim, o que se vê é a mudança do conceito de Estado-nação, como demonstra Anthony D. Smith:⁷⁴

Se queremos dizer com o termo “Estado-nação” que as fronteiras do território do Estado e de uma comunidade étnica homogênea são coextensivas, e que todos os habitantes de um Estado possuem uma cultura idêntica, não conseguiremos reunir mais do que cerca de 10 por cento dos Estados hoje existentes como candidatos ao título de “Estado-nação”.⁷⁵

Com a instituição do Estado Democrático de Direito e o compromisso dos Estados em combates às mazelas perpetradas contra a humanidade, o que se viu desde a metade do século XX foi um esforço coletivo e globalizado no sentido de a soberania ainda ser plena, porém que o ser humano e, mais ainda, a defesa da dignidade da pessoa humana, seja o mote fundamental, e com ela não haveria possibilidade de questionamentos ou violações, nem em nome da defesa da soberania deste ou daquele Estado.

73 ÇEVIK, Abdülkadir. Globalização e identidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?: reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo*. Tradução Tânia Mara Zalberg. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 11.

74 Deixando de lado as minorias insignificantes, nós talvez consigamos incluir alguns poucos Estados além de Portugal, Grécia, Polônia e Somália; Holanda, Dinamarca e as duas Alemanhas têm pequenas minorias, mas, se deixarmos de lado os trabalhadores imigrantes, também são hoje bastante homogêneos. Em outros Estados – Suécia, Noruega e Finlândia, por exemplo – as minorias dos lapões e dos carelianos não ameaçam, talvez por não poderem, a unidade cultural do Estado. Mesmo assim, ainda resta um número bastante considerável, talvez mais da metade, com sérias divisões étnicas que podem transformar em antagonismo, e em outro grande grupo, talvez mais de um quarto do total, onde a cultura ou comunidade dominante deve apaziguar as reivindicações de etnias “periféricas”, como na Grã-Bretanha, França e Canadá, Romênia e Bulgária. Nos 50 por cento com diferenças culturais profundas, nem sempre tem sido possível conter as reivindicações antagonônicas ou atender às exigências de comunidades rivais. Na Índia, Sri Lanka, Birmânia, nas Filipinas, Indonésia, Laos, Irã, Iraque, Turquia, Chipre, Espanha, Iugoslávia, Córsega (França), Irlanda, Chade, Nigéria, Camarões, Zaire, Zâmbia, Zimbábue, África do Sul, Uganda, Quênia, Sudão e Etiópia, essas divisões já explodiram em violência aberta e mesmo em guerra posteriormente a 1914. SMITH, Anthony D. Criação do estado e construção da nação. In: HALL, John A. (Org.). *Os estados na história*. Tradução Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992. p. 335.

75 SMITH, Anthony D. Criação do estado e construção da nação. In: HALL, John A. (Org.). *Os estados na história*. Tradução Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992. p. 334 e 335.

Os Estados, então, manteriam de lado o anseio deliberado pelo poder, pela conquista e pela demonstração de força para, enfim, valorizar o ser humano.

O resultado é a assunção de uma posição neutra, isto é, a Organização das Nações Unidas criou o sistema de Direitos Humanos e uma série de instrumentos protetivos das liberdades e os Estados, em contrapartida, trariam para o âmbito interno, em que são soberanos, os mandamentos instaurados no plano externo.

Com isso, as Constituições nacionais tiveram de ser modificadas e um novo conceito se instituiu: a defesa e proteção dos direitos fundamentais, por meio de um Estado Democrático de Direito cuja principal característica seria a neutralidade.

Assim, no plano religioso, mote desta obra, o Estado se declarava laico, isto é, não adotava, portanto, uma religião de forma oficial.

9. A NEUTRALIDADE DOS ESTADOS X SOBERANIA EXTERNA E INTERNA

Com a edificação de um primado de Direitos Humanos, os Estados laicos adquiriram posição de neutralidade, isto é, não interfeririam no cenário externo no tocante à intolerância e o que prevaleceria seria o entendimento protetional estabelecido pela Organização das Nações Unidas. Já no âmbito interno, os Estados laicos deveriam recepcionar a normatização internacional em seu ordenamento jurídico para efetivar as liberdades dentro do Estado Democrático de Direito.

No plano teórico, tudo funciona perfeitamente, porém, o que se viu no princípio do século XXI foi uma realidade cindida do plano teórico. Especialmente em decorrência dos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, os Estados laicos adotaram posturas ambíguas em relação à tolerância religiosa e uma série de medidas foram adotadas em contrariedade ao primado da neutralidade.

Os Estados laicos se mostraram intolerantes e a postura neutra de outrora ganha contornos de intolerância à medida que alguma ameaça se manifesta no plano internacional. Assim, o Estado Democrático de Direito é mais ou menos laico na exata proporção de sua intolerância.

A efetivação da proteção do ser humano e da consequente efetivação das liberdades e do exercício da tolerância perpassa definitivamente pela laicidade/tolerância do Estado Democrático de Direito. Não há como ignorar leis que segregam direitos religiosos, limitam e restringem as liberdades das minorias religiosas.

Se os Estados pregam e preconizam a tolerância, não podem, na prática, ser intolerantes. Porém, é exatamente o que acontece com a França,⁷⁶ com a Turquia,⁷⁷ com a Austrália,⁷⁸ com a Dinamarca⁷⁹ e com os Estados Unidos da América,⁸⁰ apenas para citar alguns Estados laicos.

A neutralidade inexistente em matéria religiosa. Um Estado Democrático de Direito não pode criar lei que favorece esta ou aquela religião, seu primado fundamental é se manter neutro, seja no cenário externo ou no interno. Porém, sob o mote da segurança a neutralidade é ignorada.

Os Estados Unidos da América, um dos membros do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, portanto, um dos Estados responsáveis pela promoção da paz e da tolerância entre os Estados-nações em resposta aos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, deflagraram uma guerra contra o terror, ao partir para um conflito bélico, primeiro contra o Afeganistão e, depois, contra o Iraque.

Um dos Estados que deveria lutar contra a guerra e estabelecer os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana foi o primeiro a abandonar a neutralidade ao adotar postura extremamente intolerante no que tange à religião, ao instituir um centro de torturas contra pessoas, em sua maioria islâmicas, localizado na Baía de Guantánamo.

Na Baía de Guantánamo não existem direitos e garantias e muito menos tolerância religiosa. A posição é salvaguardar a segurança do Estado.

76 Aliás, sobre a questão francesa, existem, ainda, alguns agravantes de intolerância com a introdução da Lei nº 228/2004, que proíbe o uso de sinais e vestimentas religiosas ostensivas nas escolas públicas de primeiro e segundo graus em todo o território francês.

77 Proibição do uso do véu islâmico nos colégios públicos.

78 A autorização de a polícia obrigar a mulher a tirar sua burca sem mais justificativas.

79 Se uma pessoa se declarar muçulmana no controle de imigração ao preencher o formulário de ingresso no País, sua entrada será sumariamente rejeitada.

80 A caça às bruxas com o vilipêndio de direitos por meio da Baía de Guantánamo, na qual um incontável número de muçulmanos foram levados de seus lares para serem torturados com o intuito de indicarem o paradeiro dos líderes de células terroristas.

E como fica a neutralidade? A Organização das Nações Unidas? O Sistema de Direitos Humanos? A resposta é simples: a soberania interna, como vimos, é intocável. E como os Estados Unidos da América não ratificaram o Estatuto de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional, não há como se julgar crimes contra a humanidade cometidos por aquele Estado.

Na mesma esteira temos uma série de medidas intolerantes praticadas pelos Estados laicos que abandonaram a neutralidade para impingir a intolerância religiosa no cenário interno, portanto, no qual detêm soberania plena.

De tal sorte que a neutralidade do Estado laico se encontra prejudicada por conta de um instrumento que os organismos internacionais ainda não conseguiram encontrar, ou seja, um caminho para viabilizar uma igualdade e uma tolerância: a soberania interna dos Estados.

O limite dos organismos internacionais é o cenário externo. Ainda não é possível forçar um Estado a ser mais democrático, a respeitar a neutralidade e a garantir as liberdades em seu âmbito interno, pois a soberania ainda é inquestionável.

Por isso, o entrave para a questão da intolerância religiosa passa diretamente pela soberania interna do Estado Democrático de Direito. Enquanto os próprios Estados não implementarem modificações em seu cenário interno, o âmbito externo ainda permanece em compasso de espera.

O efeito prático da adoção de medidas de tolerância e, de assunção de liberdades não corresponde ao plano teórico por puro e completo desinteresse dos próprios Estados que se dizem democráticos e laicos.

De fato, os Estados ainda convivem com o mesmo problema que os corrompeu e deflagrou as duas Grandes Guerras Mundiais: a busca por poder.⁸¹

Para Ives Gandra da Silva Martins:

O homem, que tem sua própria individualidade, mas que só sobrevive coletivamente, não dirige no Estado Moderno, como não dirigia, nas estruturas políticas passadas, seu destino, sendo este definido

81 Com efeito, o jogo político não deixa de lado qualquer Estado, por insignificante que seja, os afrontamentos mais remotos se refletem em toda parte, bem como os meios de guerra não deixam em segurança ponto algum do planeta. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Especulações sobre o futuro do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 103.

por aqueles que assumem o poder, legitimamente ou não, e que, na esmagadora maioria das vezes, ambicionam apenas ter o poder pelo poder, inclusive nas mais avançadas democracias do mundo.⁸²

A solução para a intolerância dos Estados laicos e o regresso à neutralidade perpassa pela superação do Estado-nação e seus interesses internos. Enquanto os Estados não efetivarem sua postura neutra no que tange à tolerância religiosa, os conflitos permanecerão.

Como salienta Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug:

[...] o Estado deve manter-se absolutamente neutro. Isso implica no fato de ele não poder discriminar entre as diversas igrejas e templos existentes, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los. A separação entre Estado e religião vem prevista no inc. I do art. 19 da Constituição de 1988, que declara ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.⁸³

A paz tão almejada ainda não se efetivará enquanto o cenário de “neutralidade” dos Estados Democráticos de Direito não for convertida para uma neutralidade efetiva e a palavra “laico” seja levada a cabo.

No modelo que temos hoje, com a laicidade refém da intolerância do próprio Estado, inviabiliza-se a neutralidade e a assunção das liberdades, tanto no plano interno quanto no cenário internacional.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo estatal parece ter alcançado uma incompatibilidade com o que se busca em termos de liberdade, igualdade e fraternidade na sociedade global do século XXI, pois o modelo de busca pelo poder ainda persiste e a mão controladora do Estado ainda obstaculiza a assunção das liberdades no cenário interno e, por conseguinte, promove a inaplicabilidade do próprio sistema de tolerâncias no cenário internacional.

Para que a neutralidade seja efetiva no plano internacional, é necessário que os Estados modifiquem sua postura intolerante no cenário interno em que são soberanos. Assim, ainda não há que se falar em um sistema plurinacional que convive de forma harmônica em busca da paz se os sistemas nacionais ainda buscam alternativas para, justamente, caminhar na direção oposta da paz.

O Estado Democrático de Direito se mostra plural, em sua maioria com uma Constituição aberta, com a possibilidade de harmonia entre os povos, o respeito às diferenças e a tolerância como mote fundamental desse Estado. Porém, o que se vê nas Constituições democráticas não se aplica na realidade desses mesmos Estados. Assim, a humanidade vive o entrave de buscar sua liberdade e depender do Estado para concedê-las, porém, na prática, o primeiro não se vê satisfeito por ineficiência do segundo.

É preciso se efetivar o modelo teórico, uma vez que todos os primados, todas as liberdades pretendidas já estão estipuladas e estabelecidas, porém, ainda lhes falta efetivação. E, sobre isso, o problema perpassa pela carência da efetiva neutralidade do Estado laico.

Toda a apresentação em torno do que vem a ser Estado e como que esse adquiriu o contorno hoje conhecido de Estado-nação foi necessário para poder mostrar que o que se pretende, enquanto sociedade plural, não corresponde à realidade desse mesmo Estado-nação e, este, sim, representa o problema moderno a ser saneado para desanuviar o sentimento de uma nova guerra, pois, a cada dia temos a impressão de que uma guerra mundial, uma vez mais se aproxima. Uma guerra ou, no mínimo, uma bipolarização entre o Ocidente e o Oriente no que tange à questão religiosa. E, assim, qualquer passo democrático não calculado pode eclodir uma beligerância mundial.

Essa visão parece ser uma antecipação do cataclisma e o suprassumo do pessimismo; todavia, foi com esse pensamento, o de se evitar a destruição do ser humano que se desenvolveu e se criou a Organização das Nações Unidas e seu primado de Direitos Humanos. No entanto, transcorridos pouco mais de 60 anos, o que se vê é um comprometimento parcial, com enorme relutância em efetivar o que se assume no plano internacional no âmbito interno.

A humanidade ainda padece com essa relutância dos Estados. A neutralidade efetiva é o caminho a ser pavi-

82 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do futuro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998. p. 17 e 18.

83 BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 36, p. jul./set. 2001.

mentado para a consolidação do que busca a Organização das Nações Unidas: a tolerância religiosa e a liberdade para pensar, agir, acreditar e expressar sua fé. Que não seja preciso mais uma guerra para os governantes perceberem que a disputa por poder é, de fato, o maior obstáculo a ser superado.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 36, jul./set. 2001.
- BERARDO, Telma. *Soberania e direitos humanos: reconceitualização com base na dignidade da pessoa humana*. 2003. f. Tese (Mestrado na área de concentração de Direito Constitucional)—Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O Terceiro ausente*. Tradução Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2009.
- BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CASSAMANO, Marco Aurélio. *Política e religião: o estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro*. 2006. f. Tese (Doutorado na área de concentração de Direito, Estado e Sociedade)—Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- ÇEVİK, Abdülkadir. Globalização e identidade. In: VARVIN, Sverre; VOLKAN, Vamik D. (Orgs.). *Violência ou diálogo?: reflexões psicanalíticas sobre terror e terrorismo*. Tradução Tânia Mara Zalberg. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. In: VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). *Direitos humanos, estados de direito e a construção da paz*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- DOMINGOS, Marília de Franceschi Neto. Escola e laicidade: o modelo francês. *Interações: cultura e comunidade*, Uberlândia, v. 3, n. 4, p. 153-170, 2008.
- EMILIANO BARREIROS, Lucas. El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía: un intento de reconciliación. In: PINTO, Mónica. (Org.). *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Especulações sobre o futuro do Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- FRANÇA, R. Limongi. *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 53.
- GIDDENS, Anthony. *O estado-nação e a violência*. Tradução Beatriz Guimarães. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.
- GRANDE enciclopédia Larousse cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998. v. 12.
- HINSLEY, F. H. *El concepto de soberanía*. Tradução Fernando Morera e Angel Alandí. Barcelona: Labor, 1972.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).
- HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Teixeira e Marcos Pimentel. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos impérios 1875-1914*. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos. O breve século XX 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

- HOBBSAWM, Eric. J. *A era do Capital 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Tradução Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do futuro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O estado do futuro*. São Paulo: Pioneira, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.
- MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o estado moderno*. Tradução Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SILVA, José da. Liberdade, realidade política e eficácia da constituição. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SMITH, Anthony D. Criação do estado e construção da nação. In: HALL, John A. (Org.). *Os estados na história*. Tradução Paulo Vaz, Almir Nascimento e Roberto Brandão. Rio de Janeiro: Imago, 1992.
- STOESSINGER, John G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Tradução Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1978.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global
Law without the state? Human rights and the formation of a new global regulatory framework

Anderson Vichinkeski Teixeira

Rafael Köche

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global

Law without the state? Human rights and the formation of a new global regulatory framework *

Anderson Vichinkeski Teixeira**

Rafael Köche***

RESUMO

A *transnacionalidade* e a *policontextualidade* do fenômeno jurídico começa a colocar em crise uma noção de Direito que há muito estava sedimentada: *um Direito que só existe porque existe Estado*. Há tamanha ambivalência nessa noção que seria possível dizer que o Estado seria um produto do Direito (constituinte), ao mesmo tempo em que o Direito seria um produto do Estado (constituído) – mesmo no plano internacional. Nesse contexto, apesar dos efeitos da resignificação da noção de soberania, o Estado acaba sendo uma forma de organização que ainda não conhece substituto. Ainda que haja divergências entre as teorias jurídicas dominantes, de um modo geral, todas se fundamentam em uma *instância centralizada de decisão* que produza aquilo que se pode denominar “Direito”, em uma clara aproximação a uma *domestic analogy*. Assim, uma questão fundamental deve ser posta: *há Direito sem Estado?* Ou, *há Direito sem uma instância centralizada de decisão que declare o “sentido oficial” em termos de normatividade?* Admitindo isso como verdadeiro, toda a teoria do direito ocidental acabaria condenada a revisitar seus pressupostos básicos para compreender o fenômeno jurídico, em um contexto em que o Direito não seria produto de uma estrutura institucionalizada, verticalizada e centralizada de poder, mas produto de uma intersubjetividade, difusa, descentralizada e multidimensional, em que a formação de múltiplas conexões (*relações*) estruturaria um Direito mais próximo da figura de uma *rede (normativa)*, um Direito fundamentado em *paradoxos*, uma teoria pluriversalista dos Direitos Humanos, de modo a reavaliar as atuais concepções de sociedade civil e, por conseguinte, de Direito dos Povos.

Palavras-chave: Direito. Estado. Sociedade. Globalização. Direito dos povos.

ABSTRACT:

The *transnationality* and *polycontextuality* of the normative phenomenon begins to set in crisis a notion of Law that had long been cemented: *a Law that only exists because the State exists*. This notion is so ambivalent that could say that the State would be product of Law (*constituent*) at the same time that Law would be product of the State (*constituted*) – even internationally. In this context, despite the effects of reframing notion of sovereignty, the

* Recebido em 27/08/2013

Aprovado em 23/10/2013

** Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Estágio pós-doutoral junto à Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. Outros textos em: www.andersonteixeira.com. Email: andersonvteixeira@hotmail.com.

*** Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista de Mestrado do CNPq. Integrante do Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Transnacionalização do Direito” (UNISINOS). Advogado. Email: rafakoche@gmail.com.

State ends up being a form of organization that knows no substitute. Although there are differences between dominant theories of Law, in general, all are based on centralized instance of decision that produces what might be called “Law”, a clear approach to a “domestic analogy”. Thus, a fundamental question must be put: *Is there Law without the State? Or, is there Law without a centralized instance of decision that declares the “official meaning” in terms of normativity?* Assuming this to be true, the whole Western theory of Law ultimately doomed to revisit its basic assumptions to understand the normative phenomenon, in a context which Law wouldn’t be product of an institutionalized, vertical and centralized power structure, but product of an diffuse intersubjectivity, decentralized, multi-dimensional, which the formation of multiple connections (*relationships*) would structure a Law nearer the figure of a (normative)network, a Law grounded in paradox, a pluriversalist Human Rights theory, in order to reassess current conceptions of civil society and, therefore, Peoples’s Righths.

Keyword: Law. State. Society. Globalization. People’s Righths.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nenhum ramo do saber ficou imune às mudanças ocorridas nos últimos anos. A intensificação das relações sociais em escala mundial conecta localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa.¹ Em um cenário *pós-Holocausto*, o final do século XX e o início do século XXI notabilizam-se pelas transformações na forma de explicar a realidade, pelo desenvolvimento daquilo que vem se chamando de *revolução tecnológica*, pela expansão das relações internacionais e transnacionais e, claro, pelos efeitos da *globalização*. Inúmeros outros fatores dariam conta de descrever parcialmente a sociedade contemporânea, mas nos concentraremos apenas nesses, pois

1 GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity, 1990, p. 61-9. “Hoje vivemos num mundo em que o fracasso da colheita de látex na Malásia afeta profundamente os trabalhadores em Birmingham ou em Detroit, enquanto uma negociação na bolsa de valores de Nova Yorke pode arruinar os produtores de cacau da África Ocidental, que pouco sabem da existência de Londres, e com certeza não conhecem nada sobre ações ou sobre valores”. (CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do Estado Moderno*. Trad. Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980, p. 18-9).

entendemos que são suficientes para desenvolver um pano de fundo mínimo capaz de retratar as relações *intersubjetivas* e *intertextuais* (discursivas) capazes de “produzir sentido” para fins deste texto. Por isso, a principal noção que estará por trás deste escrito será a noção de *globalização*,² ainda que se fizesse necessária uma análise crítica desse processo.

Tais mudanças foram tão devastadoras para as teorias sociais, políticas e jurídicas contemporâneas, que o advento da internet, por exemplo, levou muitos autores a anunciar o “fim das cidades”, uma vez que ela perderia a sua necessidade, visto que *as pessoas poderiam estar “conectadas” vivendo no topo de uma montanha suíça ou no meio de uma pradaria americana*. Como as pessoas não precisariam se mover, até mesmo os problemas de tráfego seria reduzidos. Como bem assinala Manuel Castells, “tais prelúdios de longe não se concretizaram”. Ao contrário: estamos (vi)viendo o maior movimento de urbanização da história.

Soulignons tout d’abord que toutes les prédictions faites par des futurologues depuis vingt ans ont été démenties. Par exemple, la fin de la ville a été annoncée mille fois en considérant qu’à partir des technologies de communication, ou d’Internet, la ville perd de sa nécessité, car les individus peuvent habiter au sommet d’une montagne suisse ou au milieu d’une prairie américaine et rester connectés. Dès lors les personnes n’auraient plus besoin

2 Quando nos referimos à *globalização*, estamos nos referindo a um fenômeno mais abrangente que um mero “conjunto de estratégias para realizar a hegemonia de conglomerados industriais, corporações financeiras, *majors* do cinema, da televisão, da música e da informática, para apropriar-se dos recursos naturais e culturais, do trabalho, do ócio e do dinheiro dos países pobres”. (CANCLINI, Néstor García. *A globalização imaginada*. São Paulo: Iluminuras, 2003, p. 29). Dentre as variadas terminologias existentes para descrever esse processo, talvez “globalização” não sintetize a *pluridimensionalidade fenomênica* a que estamos nos referindo, contexto sobre o qual estamos partindo. Reconhecemos que talvez o termo “mundialização” exprima com mais propriedade o sentido desse processo, em razão da alta carga semântica que a “globalização” acabou assumindo. Para fins deste texto, ressaltamos, no entanto, que o leitor deve ler esses termos como sinônimos desse processo, permeado por *dinâmicas plurais*, de *intensificação* e *multiplicação das relações*, que extrapola as fronteiras nacionais, transformando as referências modernas centradas nas nacionalidades. Trata-se, assim, de um *processo, pluridimensional, contraditório, paradoxal e ambíguo*, na linha que trabalha autores como: GIDDENS, Anthony. (*The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity, 1990); TOURAINE, Alain (*Um novo Paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007); BECK, Ulrich (*O Que é Globalização?* Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999); HELD, David e MCGREW, Anthony (*Prós e Contras da Globalização*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001); e SEN, Amartya (*Globalizzazione e libertà*. Milano: Mondadori, 2003); para ficarmos apenas nestes.

de se déplacer ou seulement lorsqu'elles le désirent, ce qui réduit les problèmes de trafic. Des chercheurs sérieux ont proposé il y a vingt, dix ou cinq ans des scénarios annonçant ainsi la fin de la ville. Mais, simultanément, nous avons assisté et assistons toujours à la plus forte vague d'urbanisation de l'histoire de l'humanité. Nous venons d'atteindre le taux de plus de 50% de la population de la planète vivant en zone urbaine et les projections démographiques pour les vingt prochaines années prédisent qu'en 2025 les deux tiers de la population de planète vivront en zone urbaine et les trois quarts à l'horizon 2050. (...) Nous n'assistons donc pas à la fin des villes, mais, au contraire, à une transformation profonde des villes et de l'espace.³

Com base nos números assombrosos assinalados por Castells, que afirma que metade da população mundial atualmente vive em áreas urbanas e que as projeções populacionais preveem uma elevação desse número para 75% até 2050, só é possível chegar a uma conclusão: não estamos testemunhando o “fim da cidade”, mas, em vez disso, uma profunda transformação das cidades e do espaço – o que evidencia a reafirmação do *local* em um contexto *global*, elemento característico do *paradoxo* inerente ao processo de *globalização*. É dizer: “*Toute région urbaine a une portion de global, une de local et une de déconnecté*”⁴.

E o Direito? Ele esteve imune a todas essas mudanças que alteraram inclusive a noção de espaço-tempo? Evidentemente que não. Mas como é possível, então, descrever o fenômeno jurídico atualmente? Essa questão complexa é base de muitos edifícios teóricos sofisticados, construídos com base em determinado aspec-

3 CASTELLS, Manuel. *The Networked City: Réseaux, espace, société*. Disponível em: <<http://www.espacestemp.net/en//generate-pdf/?idPost=28076>>. “Observe, em primeiro lugar, que todas as previsões feitas pelos futurólogos foram negadas 20 anos depois. Por exemplo, o ‘fim da cidade’ foi anunciado mil vezes, em decorrência das tecnologias de comunicação e da Internet, a cidade perderia a sua necessidade, porque as pessoas podem viver no topo de uma montanha suíça ou meio de uma pradaria americana e ficarem conectadas. Assim, as pessoas não precisariam se locomover ou fariam isso apenas quando desejado, reduzindo assim os problemas de tráfego. Sérios pesquisadores sugeriram há vinte, dez ou cinco anos cenários anunciando o fim da cidade. Mas, ao mesmo tempo, temos visto e ainda estamos vendo a maior onda de urbanização da história. Atingimos uma taxa de 50% da população mundial que vive em áreas urbanas e projeções populacionais para os próximos vinte anos preveem que até 2025 dois terços da população mundial viverá em áreas urbanas e três quartos, até 2050. [...] Portanto, não testemunhamos o fim da cidade, mas, em vez disso, uma profunda transformação das cidades e do espaço”. (Tradução livre). Acesso em: 06 jun. 2013.

4 “Qualquer área urbana tem uma porção de global, uma de local e uma desconectado”. (CASTELLS, Manuel. *The Networked City: Réseaux, espace, société*. Disponível em: <<http://www.espacestemp.net/en//generate-pdf/?idPost=28076>>. (tradução livre). Acesso em: 06 jun. 2013.

to normativo característico do Direito a que se está se referindo. Analisaremos o fenômeno jurídico, todavia, por dois vieses – ou duas *matrizes*, se assim quiser denominar. Em um primeiro aspecto, a abordagem inevitavelmente acaba partindo da identidade entre Direito e Estado. Ou seja, ainda que se possa falar em um cenário “pós-nacional”,⁵ permanecemos reféns do paradigma estatal, pois partimos de categorias como nacional, internacional e transnacional, relativizando, reafirmando ou ressignificando o Estado e, nesse sentido, o Direito. Intitulamos essa abordagem, portanto, como a “transnacionalidade do fenômeno jurídico”, que parte de um paradigma *intersubjetivo* para descrever a compreensão, a atribuição de sentido e a produção de subjetividade. Em seguida, buscamos avaliar o fenômeno jurídico a partir de outras *relações*; uma reflexão que busca pensar a normatividade sem o necessário elemento coercitivo – elemento que justifica uma instância centralizada de decisão e que até hoje motiva críticas ao Direito Internacional Público, porque os juristas não estão acostumados a pensar o Direito de forma totalmente difusa, descentralizada e multidimensional. A essa segunda abordagem trataremos como a “policontextualidade do fenômeno jurídico”, que parte de outro paradigma, que poderíamos denominar de *intertextual* (ou *interdiscursivo*). Por fim, retomaremos os contornos lançados, a partir de uma determinada “semiologia política”, desenvolvendo uma análise de alguns aspectos da doutrina dos Direitos Humanos, em especial, a noção de Direito dos Povos, buscando avaliar sua condição de possibilidade em um contexto compreendido na alcinha de democrático.

2. TRANSNACIONALIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO

Os acontecimentos históricos delineados nos últimos anos, portanto, redefiniram os contornos do fenômeno do constitucionalismo⁶ em um cenário

5 Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001; HABERMAS, Jürgen. *Más Allá Del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de cultura Económica, 2000; HABERMAS, Jürgen. *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002; HABERMAS, Jürgen. *El Derecho Internacional en la Transición hacia un Escenario Posnacional*. Trad. Daniel Gamper Sachse. Madrid; Barcelona: Katz; CCCB, 2008.

6 Constitucionalismo entendido, nesse ponto, em uma definição

transnacional, que presenciou a eclosão de *soft norms*, a descentralização de fontes, a expansão dos mecanismos de controle do direito e a multiplicação de tribunais, o quase desaparecimento da noção de *fronteira* e a re-significação do conceito (ou da *crise conceitual*) de *soberania* – que passa a não mais simplesmente representar o poder absoluto que o Estado possuía(?) sobre seus “súditos”, mas um poder/dever de proteger seus cidadãos.⁷ Porém mais do que isso:

O discurso jurídico da soberania, apesar de ter origem no ocidente, em um momento histórico determinado (a formação do Estado capitalista ocidental), é um discurso que mesmo possuindo essa mesma matriz teórica, como representação simbólica das ideologias sociais, varia de acordo com as relações de força da sociedade. Trata-se de um discurso contraditório, dependente das relações de poder, para definir seu sentido hegemônico.⁸

Além disso, a emergência de jurisdições internacionais e órgãos normativos que tratam de matérias específicas, tais como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, a Organização das Nações Unidas, além dos diversos tribunais internacionais, “produziram uma sorte de ‘normatividade transversal’ em condições de limitar a soberania dos Estados e concentrar na esfera internacional o poder de definir a noção substantiva de muitos dos direitos presentes tanto nas ordens nacionais quanto na ordem internacional”.⁹

abrangente; ou seja, como “um movimento do pensamento voltado, desde suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas”. (FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5).

7 Cf. ICISS. *The Responsibility to Protect*. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, Dezembro, 2001; e ANNAN, Kofi. Two concepts of sovereignty. *The Economist*, 18 September 1999. Disponível em: <www.un.org/News/ossg/sg/stories/kaecon.html>. Acesso em: 1º abr. 2011.

8 ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica*: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 54. “O discurso jurídico da soberania apresenta a lei como a moderna manifestação concreta do poder do Estado. A lei aparece como racionalidade necessária à manutenção do poder. O poder não legal é pura força e, consequentemente, ilegítimo. Constitui-se assim, a lei, na única forma legítima de poder. Natural, portanto, dizem os juristas, que os direitos de soberania, o poder que o Estado exerce em nome de todos para atingir o bem comum, sejam direitos expressos por lei”. (ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica*: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 61).

9 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In:

Em razão disso, eclodiu uma série de teorias que viam na estruturação de uma instância supranacional centralizada a base de uma nova forma de normatividade internacional. Dentre as principais propostas desse “universalismo jurídico”, poderíamos destacar: a *Peace through Law*, de Hans Kelsen; o pacifismo cosmopolita, de Norberto Bobbio; o constitucionalismo global, de Richard Falk; a democracia social global, de David Held; o neocontratualismo, de John Rawls; e, claro, o cosmopolitismo, de Jürgen Habermas.¹⁰

Assim, assumindo que toda teoria jurídica da modernidade seria uma teoria ligada à noção de Estado¹¹ (e

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9-10. Além disso, as últimas décadas do século XX ficaram marcadas por uma série de propostas voltadas ao livre-comércio, à desregulação, à privatização das atividades do Estado, à liberalização dos mercados de capitais e, sobretudo, àquelas definidas pelo Consenso de Washington, na linha que denunciou Joseph Stiglitz – “implementadas como uma fé catequizadora pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial diante dos países em desenvolvimento”. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 133). Nesse sentido, ver: STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its Discontents*. New York: W.W. Norman & Company, 2002; e *Making Globalization Work*. New York/London: Norton & Company, 2003.

10 Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Os fundamentos políticos-jurídicos das relações internacionais nas principais propostas de universalismo jurídico. In: *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 149-230. Nesse sentido, ver: KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, [1944]. Reprinted 2008. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008; KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company, Inc. [1952]. Reprinted 2003. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2012; BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente*. Barueri: Manole, 2009; BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Trad. Álvaro Lorençini. São Paulo: Unesp, 2003; FALK, Richard. *Human Rights and State Sovereignty*. New York: Holmes & Meier, 1981; HELD, David. *Global Covenant: The Social Democratic to the Washington Consensus*. Cambridge: Polity Press, 2004; HELD, David; MCGREW, Anthony. *Globalization/Anti-Globalization*. Cambridge: Polity Press, 2002; RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000; RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001; HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre Faticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Tomo I; HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006; HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

11 “Dessa forma, tem-se hoje em plena forma de sociedade globalizada ainda uma teoria jurídica originária da modernidade presa a

que essa racionalidade se desenvolveu, principalmente, em uma dinâmica chamada de *normativismo*), tais instâncias supranacionais acabariam repetindo o modelo de organização política desenvolvido na Modernidade, “adaptando” o discurso para um cenário “pós-nacional”. Com exceção de Habermas, que propõe um modelo bastante típico, que vai muito além do proposto por Kelsen, Bobbio, Falk e Held – ou seja, *um sistema político multinível com uma organização mundial, no nível máximo, amplamente reformada, Estados nacionais domesticados, no nível mais inferior, e uma rede de regimes transnacionais entre esses níveis*¹² – de um modo geral, há uma forte tendência de explicitar o fenômeno jurídico a partir de uma *domestic analogy*, forjada, a partir de aspirações kantianas, grocianas ou hobbesianas.¹³

Em outras palavras, o *estado de natureza entre os homens*, que “justificou” outrora o *contrato social*, se converte(ria), agora, em *estado de natureza entre nações*, “justificando” um *novo contrato social*, certo “neocontratualismo”. Ou seja, como *a guerra é sempre uma possibilidade*,¹⁴ a forma cooperativa, horizontal, descentralizada e “anárquica” que caracteriza(ria) o sistema de relações internacionais seria substituída por uma forma coordenativa, vertical, centralizada e estável, como forma de manter a paz e segurança internacional. Alguns autores radicalizaram tanto os efeitos da transnacionalidade do fenômeno jurídico, que, para o quadro normativo que propõem, seria necessário estruturar uma instância supranacional nos moldes de uma “República Mundial”, uma espécie de federação mundial formada pelos atuais Estados nacionais.¹⁵ Como

noção de Estado e norma jurídica”. (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 185).

12 HABERMAS, Jürgen. A Short Reply. *Ratio Juris*, 12 (1999), 4, p. 451. (tradução livre).

13 “Segundo a *domestic analogy*, as relações anárquicas e a-jurídicas entre Estados nacionais nos permitiriam concluir que o conceito de estado de natureza hobbesiano se aplica, com pouca ou nenhuma ressalva, ao universo das relações entre Estados”. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 26-7).

14 Não quer dizer que existe reais ameaças bélicas, mas a mera “possibilidade” justificaria a transferência da autoridade soberana dos Estados a um modelo de Estado supranacional na perspectiva desses autores.

15 Hedley Bull faz uma severa crítica, em seu *The Anarchical Society* (New York: Columbia University Press, 2002), assinalada por Danilo Zolo: “trata-se de uma rejeição à ideia kantiana e neokantiana, desenvolvida pelos ditos *Western globalists*, segundo a qual a paz e a justiça das relações internacionais somente poderão ser obtidas quando for abolida a soberania dos Estados nacionais. A paz e a justiça triunfarão quando a totalidade do poder político (e, portanto,

realizar isso de forma democrática? Como constituir instâncias normativas desse tipo sem que a “hegemonia discursiva” (ou “soberania na atribuição de sentido”) não implique opressão e autoritarismo? Como delinear tais relações de poder, em um contexto de intensa desigualdade entre os atores envolvidos? As experiências até agora apontam para a inviabilidade de levar a cabo tal projeto – pelo menos, em um contexto democrático.

Independentemente das problematizações e ressalvas feitas anteriormente, podemos esboçar uma conclusão prévia, que aparentemente todos esses autores concordam: “de um modelo de Estado axiologicamente centrado em si, vemos se consolidar um modelo de Estado axiologicamente centrado na tutela do humano em suas mais variadas dimensões de realização”.¹⁶ Nesse contexto, David Held concebe a sociedade internacional como uma *governance* global multicêntrica, multiestratificada, multidimensional e multiator, em que diversos organismos internacionais representam interesses dos mais variados possíveis em áreas que vão além dos limites do Estado-nação.¹⁷ Por isso, embora se possam questionar os modelos de organização política sugeridos ou os modos de adjetivar o constitucionalismo da atual conjuntura,¹⁸ a transnacionali-

também militar) for concentrada em um único órgão supranacional: uma sorte de governo mundial tendo à disposição uma polícia internacional e uma Corte penal internacional. [...] A concentração do poder internacional nas mãos de um diretório de potentíssimos burocratas mundiais teria inevitavelmente posto em perigo a diferenciação social e funcional, bem como a complexidade do mundo”. (ZOLO, Danilo. Apresentação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX-X). Ademais, “Um poder político fortemente concentrado em instituições supranacionais, na presença de crescentes disparidades econômicas e sociais e de um correspondente aumento da conflituosidade, não poderia deixar de assumir os traços de um Leviatã planetário violentamente repressivo e antidemocrático”. (ZOLO, Danilo. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli, 2001, p. 165-6).

16 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 10.

17 HELD, David; McGREW, Anthony. *Governing Globalization*. Power, Authority and Global Governance. Cambridge: Policy Press, 2002.

18 A Tese de Doutorado de Gustavo Oliveira Vieira caminha justamente no sentido de delinear esse panorama, aduzindo uma série de “constitucionalismos” para descrever o atual estágio desse movimento, chamado também de: “Direito Constitucional Internacional, por Mirkine-Guetzévitch; “Estado Constitucional Cooperativo”, por Peter Häberle, “Internacionalização do Poder Constituinte”, por Nicolas Maziau; “Constitucionalismo Multinível, por Ingolf Pernice; “Interconstitucionalidade, de J. J. Gomes Canotilho; “Transconstitucionalismo”; por Marcelo Neves; até o “Constitucionalismo

dade do fenômeno jurídico fica verdadeiramente evidenciada – razão pela qual só é possível falar, hoje, em *constitucionalismo* como “constitucionalismo transnacional”.¹⁹

Costuma-se relacionar o constitucionalismo transnacional à terceira geração/dimensão dos direitos humanos, esta que tem como característica principal a defesa de direitos transindividuais, chamados também de direitos de solidariedade e fraternidade, ou ainda “direitos dos povos”.²⁰ Na atual conjuntura, o Estado permanece sendo o grande protagonista: no plano doméstico, internacional ou transnacional. Seja em termos de produção normativa, como instância *competente* para firmar e cumprir acordos internacionais, seja como responsável pela implementação de políticas públicas internacionais, agente responsável pela observação dos direitos humanos. Ainda que se ressalte o papel das organizações internacionais nesse contexto, o mesmo raciocínio pode ser estendido a essas estruturas. Elas acabam justificando sua própria existência pela existência de outra estrutura, qual seja: o Estado. Enfim, diante desse modelo, se torna quase inviável falarmos em Direito sem falarmos em Estado.

Em síntese: permanecemos reféns do *paradigma estatal*, medindo e ordenando as coisas a partir do Estado, pelo menos no plano normativo. Nesse sentido, não está errado afirmar que: “O Estado nacional é uma forma de organização política que ainda não conhece um concorrente em condições de substituí-lo nos diversos

sem Estado”, de Gunther Teubner, que será explorado mais adiante. Para tanto, ver: VIEIRA, Gustavo Oliveira. *O Constitucionalismo no Cenário Pós-Nacional: As implicações constitucionais da Mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade*. 2012. 404f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012.

19 “O constitucionalismo transnacional pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo à integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais”. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27).

20 Idem, p. 20.

setores em que ainda está presente”.²¹ Desse modo, é extremamente aguçada a provocação feita por Gustavo Oliveira Vieira, ao lembrar as mais variadas formas definidas doutrinariamente para ressignificar o papel do Estado contemporâneo, que, em um rápido olhar, poderiam traduzir uma redução na sua importância, mas, como se vê, de longe se caminha para esse sentido. Ou seja: “enquadrado”, “englobado”, “enfraquecido”, “em declínio”, “em crise”, mas, ainda, “o Estado”.²²

Ora, se Thomas Kuhn estiver certo, *um paradigma é sempre acompanhado por um conjunto de imagens e metáforas que evocam de modo heurístico a lógica subjacente que o impulsiona*.²³ Diante do exposto, qual seria, então, a imagem mais apropriada para descrever o atual paradigma normativo? Modelos de transnacionalidade do fenômeno jurídico centralizados, verticalizados e hierarquizados parecem não ser os mais adequados – ainda que em uma perspectiva tradicional, tendo em vista a complexidade das atuais relações. Talvez a noção da “rede” (ou “teia”) consiga com mais propriedade delinear uma figura capaz de explicitar um novo quadro normativo que emerge em termos globais: “*En effet, les réseaux s’organisent, par nature, autour des interactions, des échanges et ne s’arrêtent pas aux frontières d’un État-nation ou aux frontières institutionnelles*”.²⁴ Nesse contexto, François Ost e Michel Kerchove desenvolvem uma concepção dialética interessante, que delimita essa transição marcada *da pirâmide à rede*.²⁵

21 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29. “Os Estados nacionais continuam sendo de central significância na função de distribuir o poder, atribuir legitimidade, ordenar e dar forma aos poderes e agentes que dele decorrem, porque somente o Estado-nação possui a exclusiva representatividade política da população no seu território”. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 139).

22 VIEIRA, Gustavo Oliveira. *O Constitucionalismo no Cenário Pós-Nacional: as implicações constitucionais da mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade*. 2012. 404f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012, p. 299-304.

23 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. passim.

24 “De fato, as redes são organizadas por natureza ao redor das interações, trocas e não param nas fronteiras de um Estado-nação ou institucional limites”. CASTELLS, Manuel. *The Networked City: Réseaux, espace, société*. (tradução livre). Disponível em: <<http://www.espacestemp.net/en//generate-pdf/?idPost=28076>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

25 OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la Pyramide*

A noção de “rede” dificulta a tradução de noções claras de hierarquia (ou condições de hierarquização), além de esvaziar binômios como “centro-periferia”, “topo-base”, típicos das elaborações tradicionais, permitindo um enfoque normativo descentralizado.²⁶ Além disso, a formação de conexões múltiplas, a partir de entrelaçamentos, emaranhados, confluências, interpenetrações e teias, consegue representar com mais aproximação as *relações totais* que a sociedade, por meio dos seus agentes, organizações, movimentos e sujeitos, produz, em termos de poder, direito e policontextualidade.

3. POLICONTEXTUALIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO

Vimos, portanto, que concepções centralizadas de poder e de normatividade não são capazes de explicar e traduzir a transnacionalidade do fenômeno jurídico em termos globais. Vimos que “examinar o Direito dentro da globalização implica relacioná-lo com a complexidade, com todos os processos de diferenciação e regulação social que estão surgindo”.²⁷ Vimos que as principais propostas teóricas no cenário transnacional buscam criar uma instância supranacional ou remodelar organizações já existentes²⁸ para definir os contornos normativos internacionais, uma vez que não conseguem pensar o Direito sem uma instância centralizada de poder que defina o “sentido oficial” de um texto (discurso).

Admitindo que o Estado ainda é a estrutura de organização macropolítica determinante em termos de normatividade jurídica, vimos, todavia, que essa normatividade não pode ser compreendida nos mesmos moldes que a teoria clássica do Estado procura talhar. Assim, outra imagem deve ser adotada para representar as relações que produzem normatividade – de um modelo hierarquizado, por isso a referência à “pirâmide”, a um modelo totalmente descentralizado, com múltiplas co-

nexões, razão pela qual se faz referência à rede (ou teia), na linha que trabalha François Ost.

Essa virada paradigmática procura enaltecer a interdisciplinariedade existente entre os sistemas sociais. Em outras palavras, o sistema político seria uma das fontes para a delimitação daquilo que se poderia dizer “jurídico”. Há movimentos mais intensos (ou não), que determinam esses contornos e que também devem ser levados em consideração para compreender a normatividade que emerge dessas relações, como ocorre nas relações econômicas, por exemplo. Muito do que se considera normativo em termos jurídicos não foi definido deliberadamente por agentes políticos, mas por meio de relações comerciais mais ou menos reiteradas. Nesse contexto, poderíamos referir o “costume” como outra fonte do Direito. O costume implica expectativas que, em última instância, terá contornos normativos.

Há normatividade por trás de práticas reiteradas, justamente porque há uma legítima expectativa entre os agentes envolvidos – o que não significa “engessamento” das práticas sociais, mas o reconhecimento dos efeitos da *intertextualidade* do diálogo, em que sempre haverá produção de diferença. Os movimentos sociais também expressam outra forma de tensão que produz normatividade. Enfim, esses poucos exemplos dão conta da complexidade do fenômeno jurídico e de suas fontes. Não temos como falar em Direito em termos democráticos sem reconhecer essa dimensão plural, que sempre abarcará inúmeras dimensões outras que não propriamente o “direito oficial”.

A hipercomplexidade da sociedade contemporânea provocada pela internacionalização crescente das problemáticas tem redefinido profundamente a forma de regulação social, notadamente o direito. Não se pode mais refletir sobre os sentidos do Direito apenas a partir dos pressupostos do Estado normativista, pois as suas manifestações têm adquirido cada vez mais um caráter nitidamente paraestatal, notadamente com a crise do Estado social. Neste sentido, é evidente a constatação de que a interpretação jurídica, tradicionalmente derivada da racionalidade do Estado liberal, também necessita rever suas bases constitutivas.²⁹

Assim, com Manuel Castells, nos estreitos limites da análise anterior, dissemos que sempre haverá algo de local, algo de global e algo “desconectado”, em um contexto altamente interrelacional; com Günther Teubner, poderíamos dizer que sempre haverá *o local, o plural*

au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

26 Cf. VIEIRA, Gustavo Oliveira. *O Constitucionalismo no Cenário Pós-Nacional: as implicações constitucionais da mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade.* 2012. 404f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012, p. 305.

27 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia.* 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 185.

28 Nesses casos, costuma-se apostar na Organização das Nações Unidas como instância “máxima” de normatividade internacional.

29 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia.* 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 107.

e o subversivo. A diversidade de discursos *fragmentados* e *hermeticamente fechados*, gerados quase independentemente do Estado, operando em várias esferas “informais”, dá nova roupagem ao pluralismo jurídico, uma vez que ele “descobre, assim, no ‘lado obscuro’ do direito soberano, o potencial subversivo dos discursos oprimidos” – razão pela qual o (novo) pluralismo jurídico “fascina os juristas pós-modernos, que não se preocupam mais com o direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade”³⁰.

*The new legal pluralism moves away from questions about the effect of law on society or even the effect of society on law toward conceptualizing a more complex and interactive relationship between official and unofficial forms of ordering. Instead of mutual influences between two separate entities, this perspective sees plural forms of ordering as participating in the same social field.*³¹

Estamos tratando, portanto, de um “novo” pluralismo jurídico, na linha que trabalha Günther Teubner. Não se trata, portanto, de *uma visão antiquada e legalista do pluralismo jurídico* – “que define como um problema do direito oficial reconhecer ordens normativas subsidiárias, entre elas as regionais ou as de regimes corporativos”. Ou seja, “supera concepções hierárquicas do pluralismo jurídico que tendem a assimilar certos níveis jurídicos com a estratificação da sociedade, ignorando fenômenos sociais fora dessa hierarquia”. Mais do que isso: “liberta-se do institucionalismo tradicional, que encontrava o lugar social do pluralismo jurídico incorporado em instituições, corporações e organizações formalmente estruturadas”. Em síntese: “o ‘novo’ pluralismo é não-legalista, não-hierárquico e não-institucional. Seu tema são as interações dinâmicas entre uma enorme variedade de *ordens jurídicas* num campo social”.³²

Essa abordagem é extremamente cara para os teóricos pós-modernos do direito e da autopoiese do direito.

30 TEUBNER, Gunther. As Duas Faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 81.

31 MERRY, Sally E. Legal Pluralism. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 22, p. 869-901, 1988. p. 873. “O novo pluralismo jurídico afasta-se de questões sobre o efeito do Direito sobre a sociedade ou mesmo o efeito da sociedade sobre o Direito para conceituar uma relação mais complexa e interativa entre as formas oficiais e não oficiais de normatividade. Em vez de influências mútuas entre duas entidades separadas, essa perspectiva vê formas plurais de normatividade atuando no mesmo campo social”. (tradução livre)

32 TEUBNER, Gunther. *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 86-7.

Apesar de cada matriz desenvolver sua explicação dos fenômenos jurídicos, alguns elementos fundamentais para entender essa “interligação do social e do jurídico” que estamos buscando exprimir acabam sendo idênticos para ambas matrizes teóricas, como, por exemplo: a) o *giro linguístico*, que se afasta da sociologia positivista do direito; b) a dissolução da realidade social e da realidade jurídica em *discursividade*, que reavalia, inclusive, as noções contemporâneas de *intersubjetividade*; c) a fragmentação e o fechamento mútuo de discursos; d) o caráter *non-foundationalist* da argumentação jurídica; e) a desconstrução do sujeito de direito; f) a exploração eclética de diversas tradições de pensamento; g) a preferência pelo *differéce*, *différance* e *différend* diante do *um que é necessário*; h) e, especialmente, o fundamento do direito em paradoxos, antinomias e tautologias.³³

Enquanto é plausível descrever o direito oficial dos Estados como autônomo, auto-referente e auto-reprodutor, o mesmo procedimento torna-se altamente questionável diante da *fleeting ambivalence* do pluralismo jurídico, em que os limites do jurídico e do social se descaracterizam até ficar irreconhecíveis.³⁴

Evidentemente, estamos tratando de um fenômeno jurídico tão *sutil* que é extremamente difícil dizer até que ponto não se está simplesmente descrevendo o próprio fenômeno social ou certa normatividade de ordem moral ou convencional – justamente em razão dessa dissolução da realidade social e da realidade jurídica em *discursividade*. Perdeu-se a noção do que é especialmente *jurídico* e a “clara ideia do inter-relacionamento” entre o *social e o jurídico*, uma vez que não possuem mais o “selo do direito estatal”. Nesse sentido, não há mais condições de se falar em “autonomia do Direito” como tradicionalmente se busca falar. Essa noção autônoma só tem sentido no âmbito de um paradigma estatal, em que o Direito “produzido” pela política se diferencia desta, limitando-a, por sua vez.³⁵

Portanto, há necessidade de reconhecermos fenômenos emergentes em instâncias diferentes como sendo efetivamente Direito (“direito não oficial”, como refere Teubner), uma vez que critérios estruturais são insuficientes para descrever o fenômeno jurídico, que é extremamente mais complexo e abrangente do aquele que os juristas

33 TEUBNER, Gunther. *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 82.

34 Idem, p. 83.

35 De forma circular, a política (estatal) produziria o direito que, uma vez constituído, limitaria o próprio poder político (estatal).

costumam apresentar: “O direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições”.³⁶

4. SOCIEDADE, NORMATIVIDADE E O DIREITO DOS POVOS

Interessante notar que essa “teia” acabaria entrelaçando mutuamente diversos pontos distintos. *Falar em embricamento, interação e constituição recíproca pressupõe sempre distinguir o que está sendo entrelaçado.*³⁷ Mas estariam tais pontos separados? Entendemos que não. Mas essa distinção acaba sendo cada vez mais difícil de ser feita na ideia que temos de “sociedade”. Ou seja, estamos diante de uma noção de sociedade diferente daquela cunhada nos últimos séculos. *A noção tradicional de sociedade civil pretende invocar algo como o conceito, desenvolvido na virada do século XIX, que contrasta com “o Estado”.* Bodin e mais tarde Hobbes desenvolvem uma noção de soberania que “solapa em larga medida, ou supera, a noção medieval da sociedade”, “mas na verdade seus interlocutores tentavam articular características do desenvolvimento da civilização ocidental, que remontam a um período bem anterior”.³⁸

Nesse contraste, tais perspectivas fazem crer que a sociedade não se definiria em termos de sua organização política, como se isso não fosse um elemento constituinte da própria identidade de uma determinada sociedade. Nesse sentido, Charles Taylor aduz: “Ora, na medida em que é definida por sua organização política, nessa mesma medida uma sociedade é permeável pelo poder político. Falta-lhe um princípio de resistência à força invasiva da autoridade política soberana”. Essa identidade entre sociedade civil e sua organização política é crucial, como uma das origens da noção ulterior de sociedade civil e uma das raízes do liberalismo ocidental.³⁹

Há outras versões “extra políticas” para explicar a sociedade, como, por exemplo, o desenvolvimento de

um quadro da sociedade como uma “economia”, isto é, “como uma entidade de atos interrelacionados de produção, troca e consumo que tem sua própria dinâmica interna, suas leis autônomas. Isso se cristaliza no século XVIII com a obra de fisiocratas e, de modo mais definitivo, com Adam Smith”. A economia autorreguladora e a opinião pública são duas maneiras pelas quais a sociedade pode alcançar alguma unidade ou coordenação fora das estruturas políticas. “Elas dão corpo à ideia lockiana, que por sua vez tem raízes medievais, de que a sociedade tem sua própria identidade para além da dimensão política”.⁴⁰

Os desenvolvimentos do século XVIII descritos anteriormente, que nos proporcionaram as noções de “economia” e “opinião pública”, também nos ofereceram uma noção de “civilização”. “Uma sociedade civilizada o era em parte em virtude de sua constituição política”.⁴¹

Hegel produziu sua própria variante da doutrina cívico-humanista segundo a qual a vida do cidadão tem valor em si mesma. Ao mesmo tempo, sua teoria da vida moderna, distinguindo-se da dos antigos, voltou-se para o desenvolvimento diferenciado dessa esfera pública não-política, que relaciona os indivíduos em suas identidades separadas. O resultado foi o conceito hegeliano de sociedade civil: “uma esfera separada, mas não auto-suficiente”.⁴²

É sobre essa *esfera pública não política, que relaciona os indivíduos em suas identidades separadas, mas não autossuficiente*, que muitas definições de sociedade civil se assentaram. Mais tarde, essa noção de sociedade acaba se fundindo com conceitos de povo e nação, por exemplo, como fonte de autoridade (legitimidade) do poder estatal. Veja-se, nesse sentido, o conceito de nação apresentado por Anthony Giddens: “uma coletividade existente dentro de um território claramente demarcado, sujeito a uma unidade administrativa, reflexivamente monitorada tanto pelo aparato de Estado interno como por aqueles de outros Estados”.⁴³

Na aguçada crítica de Charles Taylor, nesse sentido, se desenvolveu uma noção de sociedade em que “os povos têm uma identidade, propósitos e mesmo uma vontade, fora de qualquer estrutura política. Em nome dessa identidade, seguindo essa vontade, eles têm o di-

36 OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 13.

37 TEUBNER, Gunther. *Direito, Sociedade e Policontextualidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 91.

38 TAYLOR, Charles. Invocar a Sociedade Civil. In: *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 221-9.

39 TAYLOR, Charles. Invocar a Sociedade Civil. In: *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 227-8.

40 Idem, p. 234.

41 Ibidem, p. 236.

42 Ibidem, p. 238.

43 GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a Violência*. Segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Tradução de Beatriz Guimarães. São Paulo: Edusp, 2008, p. 141.

reito de fazer e desfazer estruturas”⁴⁴ – e isso traz severas consequências para compreender o atual contexto dos Direitos Humanos,⁴⁵ em especial a noção de povo que perpassa toda a doutrina. “Nós, o Povo...”, este fragmento encontrado em boa parte das recentes cartas políticas⁴⁶ representa muito bem o que estamos tratando. Esse conceito aparece já no constitucionalismo estadunidense, em que o “povo” seria o titular da soberania democrática, designando esse “sujeito constituinte” que “toma decisões”: “na cultura revolucionária americana, ela [a retórica expressão *We, the People*] serviu para ‘constituir’ uma ordem política informada pelo princípio do ‘governo limitado’”.⁴⁷ Paradoxalmente, a noção de legi-

timidade do exercício do poder no Estado constitucional está baseada no reconhecimento de que a soberania reside no conjunto do povo, ao passo que esse “povo” seria entendido como a comunidade política estatal.⁴⁸

Ora, o que seria esse “povo”, então? Quais seriam os elementos caracterizadores de sua identidade? Que massa amorfa seria essa, que, fora de qualquer estrutura política, poderia fazer e desfazer tais estruturas? Tais noções perpassam a noção de Estado ou não. O Estado é um modelo de organização política possível. Como bem assinala François Ost, retomando as conclusões de Michael Sandel e Charles Taylor, “uma comunidade política está ligada a um imaginário histórico, e o quanto sua identidade, sua memória e sua capacidade de projeto são devedoras de interpretação do mundo produzidas pelas narrativas fundadoras”.⁴⁹ Por isso, é preciso compreender a sociedade no âmbito dessa gama de fatores que constituem sua própria identidade, e nesse sentido, François Ost, revisitando os aportes de Cornelius Castoriadis, lembra que: “o direito não se contenta em defender posições *instituídas*, mas exerce igualmente

44 TAYLOR, Charles. Invocar a Sociedade Civil. In: *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 236.

45 “O sucesso sem precedentes da consolidação da doutrina dos direitos humanos em comparação a qualquer outra doutrina jurídica abrangente já criada, possuindo pretensão de validade universal, manteve-se substancialmente ligado às possibilidades de comunicação apresentadas pelos diversos processos de globalização”. (TEIXEIRA, Anderson Vichinkski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9). “Contudo, como Lefort e outros pensadores têm procurado ressaltar, embora exista de fato um conteúdo ideológico nos direitos humanos, estes não se esgotam na dominação. Isto por dois motivos: o primeiro é a constatação que se acabou de fazer de que um regime político que diz respeito aos direitos humanos é inevitavelmente (essencialmente) totalitário; o segundo motivo é a constatação de que justamente a ausência do respeito aos direitos humanos tem sido uma bandeira de crítica contra o autoritarismo e o totalitarismo. Os direitos humanos possuem potencial simbólico de reivindicações que ultrapassam o instituído. Os direitos humanos possuem uma ambiguidade significativa que lhes atribuiu simultaneamente um sentido negativo, ideológico, e um positivo, reivindicador. Ora, nesta perspectiva, eles são políticos enquanto canais simbólicos de produção de novos sentidos. Para Lefort, a partir do momento em que os direitos humanos são postos como última referência, o direito estabelecido está voltado ao questionamento”. (ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 178).

46 Veja, nesse sentido: ONU. *Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas*, de 2007. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>; Acesso em: 06 jun. 2013. ONU. *Declaração Universal de Direitos dos Povos*, de 1976. In: MARQUES, João Benedito de Azevedo. *Democracia, Violência e Direitos Humanos*. Anexos. São Paulo: Cortez, 1991; ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*, de 1948. Rio de Janeiro: UNIC, 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.– para ficarmos apenas nestas.

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58-9. “Só o povo entendido como um sujeito constituído por pessoas – mulheres e homens – pode ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação da sua ordem

político-social. Poder Constituinte significa, assim, *Poder Constituinte do povo*, que nas democracias atuais assumem uma grandeza pluralística, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos pré-constituíste e nos procedimentos constituintes”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 75).

48 Segundo Bercovici, “a comunidade não se governa por um corpo estranho (um rei), mas por instituições que são sua direta expressão (constituição), por uma ordem criada pela vontade e pela razão, não como fruto da tradição”. Portanto, o “povo” é entendido como fonte da autoridade estatal e, metaforicamente, enquanto autor da ordem político-jurídica (auto)instituída. (BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 127). Em termos constitucionais, Friederich Müller diferencia a expressão “povo” em quatro acepções: a) enquanto *utilização icônica*, quando a retórica ideológica é desprovida de conexão com a realidade, na medida em que a ação em nome do povo se torna apenas retórica; b) como *instância de atribuição de legitimidade*, significando o reconhecimento e a efetivação de que as decisões públicas estão baseadas na autoridade popular; c) como *povo ativo*, ou seja, como “sujeito da dominação”; e d) como *povo destinatário* das prestações civilizatórias do Estado do ponto de vista da legitimação procedimental das decisões enquanto co-participante, e da implementação dos efeitos produzidos sobre o povo das prescrições. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67 e seguintes).

49 OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 29. E, nesse sentido, “escrever é governar”. (HUGO, Victor. *William Shakespeare*. Paris: Flammarion, 1973, p. 505).

funções *instituintes* – o que supõe criação de imaginário de significações sociais-históricas novas e desconstrução das significações instituídas que a elas se opõem”.⁵⁰

A democracia constitui-se (enquanto forma política – Lefort, 1986) num centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como *mise en forme* de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade é, então, uma questão política. A política é que possibilita a delimitação do espaço de auto-instituição do social (Castoriadis).⁵¹

A democracia, nesse sentido, acaba sendo constituída por “uma profunda indeterminação de sentido, gerada por sua permeabilidade constante com a práxis e a história”. *A marca da democracia é a interrogação*: “cada vez que a questão da democracia é colocada numa sociedade histórica determinada, ela produz no seu tecido social um traço indelével no seu ser”.⁵² E o direito é “parte constitutiva da complexidade das relações sociais, sendo influenciado por suas relações de forças, em um dado momento histórico, e tendo, por sua vez, papel decisivo na determinação hegemônica dessa configuração de poder”.⁵³

A partir dessa crítica, poderíamos analisar a “teoria do sujeito de direito”, “da nação”, e o “senso comum político-jurídico” da soberania, por exemplo, que correspondem às formas jurídicas necessárias à manutenção de uma *determinada* sociedade – que, na perspectiva de Leonel Severo Rocha, seria a “sociedade capitalista”.⁵⁴ Ainda que se amplie ou restrinja a forma de adjetivar a sociedade (o que nos parece fundamental diante da

complexidade das atuais relações), o que importa para nós, nesse ponto, é que tais teorias não correspondem a formas jurídicas definidas para a manutenção de *qualquer* sociedade, mas de *uma* determinada sociedade, cuja identidade é possível definir, por meio da qual seria possível distingui-la de qualquer outra. Nesse contexto, é comum se afirmar, por exemplo, que “todo ser humano é sujeito de direito” – embora se admita que tal concepção seja um produto da história, “pois houve tempos em que determinados homens não possuíam tais direitos”, tratando-se “de uma conquista obtida por todos os homens, através de uma conscientização social”. Como se vê, é uma forma duvidosa de descrever a realidade, inserindo-a em um certo “evolucionismo linear e formal da história” – semelhante ao que ocorre com as teorias jurídicas da formação do Estado. Desse modo, questiona-se: seria natural, então, que todos os homens sejam sujeitos de direito? Rocha nega veemente tal conclusão, afirmando que: “esse raciocínio está totalmente equivocado; não é natural que todos os homens sejam sujeitos de direito; isto é a resultante das relações de poder constitutivas da sociedade capitalista e tem um objetivo bem delineado”, pois supõe, como “condição de funcionamento”, certa “atomização” do indivíduo; sendo a sociedade, então, um conjunto de indivíduos (separados e livres).⁵⁵

Portanto, só é possível compreender a sociedade (e, desse modo, o “povo”), ao desenvolvermos um contexto de significações históricas que reflita sobre suas próprias condições de possibilidade enquanto constituintes de uma *identidade* capaz de produzir *diferença*. Em outras palavras, há necessidade de se desenvolver uma perspectiva teórica acerca de uma *semiologia* que compreenda, além de outros fatores, *relações de poder* inerentes a qualquer *relação*. Nesse sentido, uma ressalva especial deve ser feita:

Com efeito, teorias subjetivistas, mal-acabadas, neonietzschianas, costumam ser invocadas com frequência nesse debate. Derivando muitas vezes de Foucault e Derrida, elas alegam que todos os juízos de valor se baseiam em padrões em última análise impostos por estruturas de poder que contribuem para se consolidar.⁵⁶

50 OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p. 19. “Assim com o ouro não é naturalmente moeda (mesmo se algumas qualidades predisunham esse metal a exercer a função de equivalente universal), ou o indivíduo não é naturalmente ou logicamente cidadão, assim também a cidade escapa a toda determinidade desse gênero: é da imaginação instituinte que ela procede, das grandes narrativas que o homem conta-se a si mesmo”. (OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.p. 27).

51 ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 105.

52 Idem, p. 155. Nessa linha – e com base nos escritos de Claude Lefort e sua “invenção democrática” (In.: *A invenção democrática*. 3 ed. São Paulo: Autêntica, 2011) –, a democracia seria uma *forma simbólica da sociedade*, sendo uma manifestação moderna da política. Nesse sentido, “a democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade do paradoxo comunicativo da invenção”. (Ibidem, p. 105).

53 Ibidem, p. 59.

54 Entendemos, todavia, que seria necessário ampliar essa adjetivação para se referir à “sociedade ocidental moderna”, admitindo, todavia, que o modo de produção capitalista é fundamental para compreendê-la.

55 ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 97-8.

56 TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 272. “É na produção manipulada da subjetividade que o poder encontra o “caldo de cultivo” mais fértil para a sua reprodução destrutiva. O “idioma social” termina constituindo uma “subjetividade ordenada”, alienada dos fins do poder. Uma subjetividade sem

Assim, o que se pretende não é reduzir tudo a uma estrutura de poder capaz de atribuir sentido e formatar juízos de valor. Trata-se de uma reflexão sobre o *poder dos discursos e dos seus saberes*, ou seja, “uma semiologia que procure refletir sobre toda a complexidade sócio-política dos fenômenos das significações jurídicas”.⁵⁷

Em outros termos, a semiologia do poder pretende analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia normalizadora e disciplinar dos indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, como fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social.⁵⁸

A partir disso, chegaremos a uma conclusão inevitável: “a matriz teórica dominante no Direito, que é praticamente a mesma em todo o mundo ocidental, não é fruto de apenas uma elaboração científica dos juristas. Ela é constituída, além de suas relações políticas, por um conflito histórico de saberes” – uma *ambiguidade permanente das relações do saber jurídico com o social*.⁵⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese: as propostas teóricas do Direito mais influentes no ocidente acabam partindo, de certo modo, de origens há muito conhecidas. Falarmos em Direito sem necessariamente falarmos em Estado acaba sendo condição fundamental para a compreensão do fenôme-

caráter, que permite ir prescindindo da violência física, transformada em “violência significativa”, em “violência imaginária”. Os “fantasmas da violência”, que conseguem anular a espontânea potência criativa da subjetividade em estado de liberdade. Os fantasmas que permitem a instituição alienada da sociedade, que garantem a continuidade do poder instituído”. (WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 110).

57 WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 10.

58 Idem, p. 18. “Uma análise política do conhecimento jurídico pode demonstrar como os pontos de vista imanentes e formais, que comandam a produção da cultura jurídicista, não expressam insuficiências metodológicas, mas funções sociais específicas, contribuindo para o estabelecimento de um marco de coerção e controle ‘racional’. Tal marco contribui para que a ‘forma’ materialize o encobrimento das relações sociais. Eis uma parte do poder da significação jurídica”. (Ibidem, p. 102-3).

59 ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica*: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 21.

no jurídico, sob pena de esvaziarmos a normatividade inerente a determinados “direitos não oficiais”, que, muitas vezes, são mais determinantes do que aqueles provenientes em instâncias centralizadas de decisão como a organização política estatal.

Além disso, as posturas que visam criar uma instância supranacional forjada aos moldes nacionais (*domestic analogy*) descrevem um “contexto histórico” que não define exatamente como os agentes se comportam no âmbito de uma comunidade, ainda que na perspectiva global. Em outras palavras, a criação de uma instância centralizada, hierarquizada, vertical, que fosse competente para determinar, em última instância, qual o sentido de uma norma, de longe conseguiria abarcar a complexidade do fenômeno jurídico, que emerge nas próprias *relações* (de qualquer natureza). Não se verifica tal “caos” propalado na defesa do “estado de natureza entre nações”. A criação de um órgão supranacional com uma característica centralizada ou o recrudescimento radical de uma organização existente com tal característica tende a levar a organização a um comportamento autoritário e possivelmente opressivo – justamente o oposto do discurso teórico daqueles que veem esses órgãos como necessários à paz e à segurança internacional. A regulamentação da vida social, a coerção e a repressão, historicamente, não representaram o modo mais adequado (ou democrático) de compreender a normatividade.

Assim, buscando *desvelar o fenômeno jurídico* – entendido em sua dupla face: como *aquilo que aparece* e o próprio *aparecer*⁶⁰ –, procuramos demonstrar que a *transnacionalidade* e a *policontextualidade* do Direito reconfiguraram (e, de certo modo, desconfiguraram) as teorias atuais mais conhecidas, trazendo novos elementos para a reflexão, possibilitando novos contornos de noções assentadas de sociedade civil e de direito dos “povos”, fomentando, de modo provocativo, que há muito mais por trás de uma mera “atribuição de sentido”, ao desenvolvermos uma “teoria da norma”. Essa noção de um “novo” pluralismo jurídico, de uma “reconfiguração”, de “novos contornos”, parece traduzir algo inédito – o que não é necessariamente verdadeiro. Essa abordagem apenas é “nova” no sentido de produzir diferença, ou revolver um contexto de significações sedimentado e reproduzido ao longo do tempo. Desse modo, damos razão a

60 Provocativamente em alusão à fenomenologia merleau-pontiana (Cf. MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007).

Charles Taylor quando diz que: “estamos muitíssimo longe do horizonte último em que o valor reativo de diferentes culturas possa ser evidente. Isso significaria acabar com uma ilusão que ainda mantém muitos multiculturalistas – bem como seus mais acerbos oponentes – sob sua égide”.⁶¹

REFERÊNCIAS

- ANNAN, Kofi. *Two concepts of sovereignty*. The Economist, 18 September 1999. Disponível em: <www.un.org/News/ossg/sg/stories/kaecon.html>. Acesso em: 1º abr. 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *O terceiro ausente*. Barueri: Manole, 2009.
- BULL, Hedley. *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*. 3. ed. New York: Columbia University Press, 2002.
- CANCLINI, Néstor García. *A globalização imaginada*. São Paulo: Iluminuras, 2003.
- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede*. Vol. 1. 5. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. *A Sociedade em Rede*. Volume I. 6. ed. Trad. Ro-neide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____. *The Networked City: Réseaux, espace, société*. Disponível em: <<http://www.espacestemp.net/en//generate-pdf/?idPost=28076>>. Acesso em: 06 jun. 2013.
- CROSSMAN, R. H. S. *Biografia do Estado Moderno*. Trad. Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.
- FALK, Richard. *Human Rights and State Sovereignty*. New York: Holmes & Meier, 1981.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali. Roma-Bari: Laterza, 2009, p. 5.
- GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. *A Inclusão do Outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. A Short Reply. *Ratio Juris*, 12 (1999), 4.
- _____. *Direito e Democracia*. Entre Faticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Tomo I.
- _____. *El Derecho Internacional en la Transición hacia un Escenario Posnacional*. Trad. Daniel Gamper Sachse. Madrid; Barcelona: Katz; CCCB, 2008.
- _____. *Identidades Nacionales y Postnacionales*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madri: Tecnos, 2002.
- _____. *Más Allá Del Estado Nacional*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Cidade do México: Fondo de cultura Económica, 2000.
- _____. *O Ocidente Dividido*. Tradução de Luciana Villas-Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- _____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HELD, David. *Global Covenant: The Social Democratic to the Washington Consensus*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- _____; MCGREW, Anthony. *Globalization/Anti-Globalization*. Cambridge: Polity Press, 2002.
- _____. *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*. Cambridge: Policy Press, 2002.
- HOBBSBAM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Trad. Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUGO, Victor. *William Shakespeare*. Paris: Flammarion, 1973.
- ICISS. *The Responsibility to Protect*. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, Dezembro, 2001.
- KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, [1944]. Reprinted 2008. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2008.

61 TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 274.

- _____. *Principles of International Law*. New York: Rinehart & Company, Inc. [1952]. Reprinted 2003. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2012.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. 3. ed. São Paulo: Autentica, 2011.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *O visível e o invisível*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- MERRY, Sally E. Legal Pluralism. *Law & Society Review*, Beverly Hills, 22, p. 869-901, 1988.
- ONU. *Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas*, de 2007. Rio de Janeiro: UNIC, 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.
- _____. Declaração Universal de Direitos dos Povos, de 1976. In: MARQUES, João Benedito de Azevedo. *Democracia, Violência e Direitos Humanos*. Anexos. São Paulo: Cortez, 1991.
- _____. Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Rio de Janeiro: UNIC, 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.
- _____; KERCHOVE, Michel van de. *De la Pyramide au Réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
- RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Trad. Luís Carlos Borges; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.
- _____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- SEN, Amartya. *Globalizzazione e libertà*. Milano: Mondadori, 2003.
- STIGLITZ, Joseph. *Globalization and its Discontents*. New York: W. W. Norman & Company, 2002.
- _____. *Making Globalization Work*. New York/London: Norton & Company, 2003.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado. n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9-32.
- _____. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, Sociedade e Policontexturalidade*. Trad. Bruna Vieira de Vincenzi e outros. Piracicaba: Unimep, 2005.
- TOURAINÉ, Alain. *Um novo Paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- VIEIRA, Gustavo Oliveira. *O Constitucionalismo no Cenário Pós-Nacional: as implicações constitucionais da mundialização e a busca por fontes alternativas de legitimidade*. 2012. 404f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- ZOLO, Danilo. Apresentação. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. IX-XIV.
- _____. *Cosmopolis*. Milano: Feltrinelli, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and North Korea: How North Korea is Violating these Rules with its Operation of the Yodok Concentration Camp

Tom Theodore Papain

The U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and North Korea: How North Korea is Violating these Rules with its Operation of the Yodok Concentration Camp^{1*}

Tom Theodore Papain**

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze how North Korea is violating the “U.N. Minimum Rules for the Treatment of Prisoners”, the international authority on how U.N. countries treat their prisoners, with its operation of the Yodok concentration camp, and how the International Community can apply pressure on North Korea to close this camp. With this in mind, first it provides the international definitions of “torture” and “cruel, inhuman, and degrading punishment”, as well as some notable examples of torture and relevant international human rights case law. Then, it analyzes the “U.N. Minimum Rules for the Treatment of Prisoners”, and how North Korea is violating these Rules with their continued operation of Yodok. Finally, It analyses the action of formal international bodies to try to convince North Korea to either change the conditions of confinement for its prisoners in Yodok, or to shut down the camp entirely, as well as North Korea’s response to this international pressure. It concludes that these formal attempts at persuading North Korea to close down Yodok have not worked, and have had the unwanted effect of both angering the North Korean government and of further fermenting North Korea’s anti-international sentiment. In the end, it suggest ways in which the International Community can put pressure on North Korea to close the Yodok camp, and provides original examples of how we can stop this concentration camp from existing in the future, with the help of both formal U.N. bodies and independent organizations.

1. INTRODUCTION

Nine-year old Kang Chol-hwan and his family arrived at the Yodok concentration camp after a long and tumultuous van ride, knowing little about where they were going or what exactly they had done wrong.² The grandmother, who had attended every Party meeting and assembly and showed only the utmost loyalty to Kim Il-Sung and the Revolutionary cause, felt betrayed by the State which she had devoted her entire life to, while her youn-

1 Acknowledgments: I would like to thank Professor Martha Rayner of Fordham University School of Law for overseeing the research and drafting of this paper. I would also like to thank Professor Eric Jensen, whose confidence in my writing has motivated me to try and publish my work with international law journals. Last but certainly not least, I would like to thank my mother and father, who have read all three of my papers on North Korea, and have provided me with an endless supply of love and support pivotal to any success I have enjoyed.

2 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 46-8* (Basic Books, New York 2005).

* Recebido em 17/03/2013
Aprovado em 08/07/2013

** Fordham University School of Law. Email:
papain@law.fordham.edu

gest grandson Kang could not help but bawl over the prospect of losing his most prized and exotic fish.³ Once Kang climbed out of the van with his family, however, he began to realize that the survival of his fish would be the least of his problems:

The guards [then] pulled the canvas cover off the truck and we all stood up...I had the vague impression that this was to be a decisive moment. The canvas was like a theater curtain that had been prematurely drawn. A new scene, indeed a new act, had begun, and none of us were ready for it... But I didn't have long to inquire because the men and women standing around the truck were already stepping forward for a closer look. How frightfully filthy they all were, dressed like beggars, their hair caked and matted with dirt. Panic took hold of me.⁴

Kang and his family would go on to spend ten long years at the Yodok concentration camp, a mass political penal-labor camp ("kwan-li-so") where North Korean citizens who are considered enemies of the State are banished and sentenced to a lifetime of "slave labor in mining, logging, and farming enterprises", without any sort of judicial process involved, unless they are sent to the "revolutionizing zone".⁵ Although North Korea is one of the most isolated countries in the world,⁶ and is not willing to allow international groups or researchers to enter into its country for the purposes of confirming the existence of the Yodok camp,⁷ satellite images and former prisoner testimonials have provided the international community with more than enough information to confirm not only its existence, but also the torturous and cruel, inhuman, and degrading techniques used therein.⁸

Run by the National Security Agency⁹, the Yodok camp, located in the Hamgyong Namdo Province, is ap-

proximately 378 kilometers in area,¹⁰ and is surrounded by barbed-wire fences three to four meters high, electrically-wired walls, strategically placed watch towers, and over a thousand prison guards armed with automatic rifles and well-trained guard dogs.¹¹ Because Yodok is a political prisoner camp, it abides by the principle of "guilt by association", first articulated by Kim Il Sung in 1972, which means that up to three generations of an offender's family automatically can go to prison, regardless of whether or not the family member committed a crime.¹² Yodok is also the only known political camp to have a re-education section ("revolutionizing zone"), a special part of the camp which is separate from the "total control zone"¹³ and from which a select number of prisoners have been released and allowed to re-enter "normal" North Korean life.¹⁴

Regardless of what section of the camp they are in, all Yodok prisoners are subject to torture and cruel, inhuman, and degrading punishment, as well as a subhuman standard of living.¹⁵ Yodok prisoners are forced to complete back-breaking labor from dawn to dusk every day,¹⁶ eat inadequate amounts of a crudely made

3 *Id.* at 45 and 46 ("most of the time I stayed seated...grieving the death of several of my fish").

4 *Id.* at 48-9.

5 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps* 10, 11. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

6 Robert L. Worden, "North Korea: A Country Study" xxiii. Federal Research Division, Library of Congress, 2008 ("Major Features: Traditionally socialized, centrally planned, and primarily industrialized command economy isolated from rest of world").

7 SEE Section V of this Paper.

8 Examples include David Hawk's, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps* 10, 11. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003), and "Yodok, North Korea - Write for Rights 2011", Amnesty International USA, November 15, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/multimedia/yodok-north-korea-write-for-rights-2011> (last visited March 15, 2012).

9 *White Paper on Human Rights in North Korea 2005* 69-70, Korean Institute for National Unification, Seoul, 2005.

10 Blain Harden, "Outside World Turns Blind Eye to N. Korea's Hard-Labor Camps", *Washington Post*, July 20, 2009, available at <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/07/19/AR2009071902178.html> (last visited April 5, 2012).

11 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps* 34. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

12 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps* 24. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003), 25 ("The other strikingly abnormal characteristic of the kwan-li-so system is that prisoners are not arrested, charged (that is, told of their offense), or tried in any sort of judicial procedure").

13 Kang Chul Hwan, "A Christian Family Detained for life for Praying", *The Daily NK*, Oct. 14, 2005, available at <http://www.dailynk.com/english/read.php?cataId=nk02600&num=313> (last visited April 5, 2012).

14 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps* 12, 26. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

15 SEE *Survey Report on Political Prisoners' Camps in North Korea*, National Human Rights Commission of Korea, Dec. 2009, & David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's Prison Camps*. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

16 "North Korea: images reveal scale of political prison camps", Amnesty International, May 4, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/north-korea-images-reveal-scale-of-political-prison-camps> (last visited March 28, 2012) (Jeong Kyoungil, former prisoner at Yodok: "A day starts at 4am with an early shift, also called the 'pre-meal shift', until 7am. Then breakfast from 7am to 8am but the meal is only 200g of poorly prepared corn gruel

corn gruel which turns their stomachs inside out,¹⁷ and praise and worship the Kim family at nightly meetings, thanking their Dear Leader for his infinite compassion and love in giving them, the lowly political prisoners, the chance to correct their sinful and anti-revolutionary ways.¹⁸ All the while, the fear of life-threatening solitary confinement and death by execution looms over their heads, threats made real by the existence of the “sweatbox”, a torture device used to discipline prisoners for what is considered exceptionally bad behavior,¹⁹ and by the frequent execution of prisoners in public, prisoners who did nothing more than try to escape the man-made Hell that is Yodok.²⁰

Kang’s story of survival at Yodok²¹ serves as a reminder that hundreds of thousands of North Koreans still remain imprisoned in concentration camps²² all over North Korea.²³ The few North Korean citizens

who have been released from Yodok and managed to escape the country have attested to the camp’s horrible conditions, and the inhumane treatment of prisoners therein. Their stories, which are outlined in greater detail later in this paper, provide a vivid account of daily life in Yodok, and all the evidence one needs to conclude that the Yodok prison is nothing short of a 21st century concentration camp.

The very existence of the Yodok camp, and its philosophy of political reformation through torture and cruel, inhuman, and degrading punishment, runs contrary to the *U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, a non-binding set of guidelines for both international and domestic law regarding how individuals held in prisons and in other forms of custody are to be treated, with the ideals espoused in major human rights instruments - particularly a person’s right to human dignity - permeating throughout the Rules.²⁴

In the pages that follow, Yodok’s most egregious violations of the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners will be analyzed. In particular, the focus will be on the prison’s punishment and discipline of prisoners, since this is arguably the State’s greatest weapon in keeping its prisoners in line and “reforming” them into law-abiding revolutionaries.²⁵ The

for each meal. Then there is a morning shift from 8am to 12pm and a lunch until 1pm. Then work again from 1pm to 8pm and dinner from 8pm to 9pm. From 9pm to 11pm, it’s time for ideology education. If we don’t memorize the ten codes of ethics we would not be allowed to sleep. This is the daily schedule”).

17 “North Korea: images reveal scale of political prison camps”, Amnesty International, May 4, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/north-korea-images-reveal-scale-of-political-prison-camps> (last visited March 28, 2012) (Jeong Kyoungil, former prisoner at Yodok: At night, “200g of poorly prepared corn gruel in a bowl would only be given if we finish our daily tasks).

18 SEE Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 47-159* (Basic Books, New York 2005).

19 *Id.* at 77, 93-4, 96.

20 *Id.* at 47-159 (at 158: “The next day, the liberated families were summoned to the security office of the village, where we each had to sign a document promising never to reveal any information about Yodok or about what they had seen during their incarceration”).

21 *Id.* at 158.

22 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps 2*. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003) (“The *kwon-li-so* political penal labor colonies are also variously translated into English as “control centers,” “management centers,” “concentration camps,” or “political prison camps”).

23 Bryna Subherwal, “Families Imprisoned in Secret Camps”, Human Rights Now: The Amnesty International USA Web Log, November 23, 2011, available at <http://blog.amnestyusa.org/iar/families-imprisoned-in-secret-camps-in-north-korea/> (last visited March 15, 2012) (“Although authorities deny the existence of political prison camps in North Korea, Amnesty International has verified that Yodok is one of at least six such camps in which **200,000 political prisoners and their families are held**”) (emphasis not added); Yodok, North Korea – Write for Rights 2011, Amnesty International USA, November 15, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/multimedia/yodok-north-korea-write-for-rights-2011> (last visited March 15, 2012) (Currently, “[t]ens of thousands of people are held in Yodok political prison camp, with an

estimate of around 50,000, and most are imprisoned there without trial or following grossly unfair trials on the basis of “confessions” obtained through torture”); David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps 34*, U.S. Committee for Human Rights in North Korea, Washington D.C. 2003 (“During An Hyuk’s year-and-a-half imprisonment [1987-89], there were some 30,000 prisoners in the lifetime area, and 1,300 singles and 9,300 family members in the revolutionizing zone along with some 5,900 Koreans, including Kang’s family”); “Liberty in North Korea: The North Korean Human Rights Crisis”, Adrian E. Hong, June 29, 2007, available at <http://www.youtube.com/watch?v=zHvf8OLYND4> (last visited March 28, 2012) (approx. 15:27: over 250,000 people are in North Korean concentration camps).

24 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

25 Indeed, Kim Il Sung and the Korean Worker’s Party were well aware of the effectiveness of such a policy. Establishing the “Democratic People’s Republic of Korea” (heretofore “North Korea”) on September 9th, 1948, the Korean Workers’ Party – led by premier Kim Il Sung – consolidated power in part by creating a system of political prison and labor camps. Any citizen whose loyalty to both the Party and to the Revolution was deemed questionable was sent to one of these camps, depending on the nature and severity of the crime. SEE Andrea Matles Savada, *North Korea: A Country Study 38*, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1994, & David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps 37-8*. U.S. Committee for Human Rights in North Korea

policy of sending citizens to concentration camps for both minor and major political infractions,²⁶ part of the country's "national democratic revolution", dates at least as far back as the death of Joseph Stalin in 1953²⁷ and Kim Il Sung's establishment of a "hermit kingdom" style of isolation and self-reliance, which meant that citizens who tried to leave the country and were caught were sent to political penal labor camps.²⁸

This inhumane policy of sending citizens to camps has been a long tradition faithfully adhered to by Kim Il Sung, Kim Jong Il, and the newest leader to date, Kim Jong-un, who was appointed supreme commander of North Korea on December 30th, 2011.²⁹ Even before Kim Jong-un's accession as the new leader, his father, Kim Jong Il, upon Kim Jong-un being appointed a four-star general in 2010, substantially increased the number of citizens being sent to political prison camps, leading one to believe that such camps, and the torture tactics

used therein, are useful in suppressing any trace of anti-revolutionary thought or sentiment, and that sending more citizens to these camps is especially effective in ensuring a smooth transition of power.³⁰ This philosophy is reflected in North Korea's 1950 Penal Code, which states that the purposes underlying such punishment are "to suppress class enemies, educate the population in the spirit of 'socialist patriotism,' and reeducate and punish individuals for crimes stemming from 'capitalist thinking'.³¹

The flow of this paper will be as follows: First, I will briefly provide the international definitions of "torture" and "cruel, inhuman, and degrading punishment", as well as some notable examples of torture and relevant international human rights case law. Then, I will be looking at the *U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, since they provide specific guidelines regarding the treatment of prisoners and because they are considered the international authority on the proper treatment of prisoners (one of the major treaties which helps regulate how a nation-state treats its prisoners – the Convention Against Torture (CAT) - will only be discussed here when analyzing what constitutes torture and when discussing the notes and comments to the *U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, since North Korea has yet to sign or ratify CAT)³². After this legal analysis, I will talk about how North Korea is violating the U.N. Standard Minimum Rules with their continued operation

(Washington, D.C. 2003) ("Kim Il-sung, under Soviet tutelage, instituted what is usually termed a 'national democratic revolution'... [which] included a purge of Koreans in the colonial bureaucracy, who thought that Korea should follow the Japanese path to economic, social and political modernization, and Korean police officers who had collaborated with the harshly repressive Japanese rule in Korea. Many purged police officials and dispossessed Korean landlords fled to the south. Many of their family members who remained in the north ended up in labor camps); The gulag behind the goose-steps, April 21st, 2012, available at <http://www.economist.com/node/21553090> (last visited May 17th, 2013) ("The new edition [of "The Hidden Gulag"] provides testimony starting in 1970 about different types of forced-labour camps: the *kwan-li-so* for political prisoners, from which there is usually no release; the *kyo-hwa-so* penitentiaries mostly for those serving out sentences as common criminals; and detention centres for those forcibly repatriated from China) (emphasis added).

26 The reasons why citizens are sent to these camps range from allegations of high treason to accidentally dirtying a portrait of Kim Il Sung. Regardless, citizens are not usually told what particular law they have broken or given any sort of judicial process. For some examples, SEE Hidden Gulag 2 and The Aquariums of Pyongyang.

27 David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of "Those Who are Sent to the Mountains"* 37-9. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012). ("Following the death of Stalin in 1953, the Soviet Union and most of Eastern Europe curbed some of the worst excesses of Stalinism seeking a measure of return to 'socialist legality,' and in anticipation of what became known as 'revisionism,' the possibility of "peaceful co-existence" between capitalism and socialism. Ruling communist parties in East Asia took a dramatically different course that has been described as 'national Stalinism'").

28 *Id.* at 39-40.

29 "Kim Jong-un appointed supreme commander of North Korea's military", *The Telegraph*, Dec. 30, 2012, available at <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/northkorea/8985807/Kim-Jong-un-appointed-supreme-commander-of-North-Koreas-military.html> (last visited May 7th, 2013).

30 SEE "North Korea: Kim Jong-il's death could be opportunity for human rights", Amnesty International, Dec. 19, 2011, available at <http://www.amnesty.org/en/news/north-korea-kim-jong-il-s-death-opportunity-improving-human-rights-2011-12-19> (last visited March 28, 2012) ("recent reports received by Amnesty International suggest that the North Korean government has purged possibly hundreds of officials deemed to be a threat to Kim Jong-un's succession, by having them executed or sent to political prison camps. 'Our information over the last year indicates that Kim Jong-un and his supporters will try to consolidate his new rule by intensifying repression and crushing any possibility of dissent,' said Sam Zarifi").

31 Andrea Matles Savada, *North Korea: A Country Study* 273-4, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C., 1994 ("the code's ambiguity, the clear official preference for rehabilitating individuals through a combination of punishment and reeducation, and additional severity for crimes against the state or family reflect the lack of distinction among politics, morality, and law in neo-Confucian thought").

32 To see the ratification status of the Convention Against Torture, SEE "Chapter IV: Human Rights – 9. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", United Nations Treaty Collection, available at http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en#Participants (last visited March 21, 2012).

of Yodok, relying on both the testimonials of prisoners and the reports of non-governmental organizations to outline each specific violation. Once each human rights violation has been accounted for, I will then discuss what The Working Group on the Universal Periodic Review, the U.N. General Assembly, and the U.N. Special Rapporteur of Human Rights have done, if anything, to try and get North Korea to either change the conditions of confinement for its prisoners in Yodok, or shut down Yodok entirely, as well as the State's response to this international pressure. In the end, I will discuss what the International Community can do to put pressure on North Korea to close Yodok, since the current existence and persistence of Yodok as a full-fledged concentration camp housing thousands of innocent citizens is a human rights situation which should concern everyone.

2. TORTURE AND CRUEL, INHUMAN, AND DEGRADING PUNISHMENT, DEFINED

2.1 Torture

Arguably the most widely accepted international definition of torture³³ is set forth in Article 1 of the Convention Against Torture ("CAT").³⁴ According to CAT, torture is:

[A]ny act by which **severe pain or suffering**, whether physical or mental, is **intentionally**

33 There is no one, single definition of torture, although a myriad of definitions exist. This leads governments to call its acts of torture by other names, as pointed out by the 1973 Amnesty International Report on Torture. The acts we will be discussing, however, are clearly torture on their face, and so the purpose of providing the definition stated above is to guide the reader and get her thinking about the acts of torture committed in Yodok in relation to specific elements of an acceptable definition. For more on the definition of torture, SEE Gail H. Miller, Defining Torture, Floersheimer Center for Constitutional Democracy, Cardozo Law School, Dec. 2005, available at <http://ranid.mc.yu.edu/cms/uploadedFiles/FLOERSHEIMER/Defining%20Torture.pdf> (last visited April 7, 2012).

34 "Defining torture", International Rehabilitation Council for Torture Victims, available at <http://www.irct.org/what-is-torture/defining-torture.aspx> (last visited April 7, 2012); Gail H. Miller, Defining Torture, Floersheimer Center for Constitutional Democracy, Cardozo Law School, Dec. 2005, available at <http://ranid.mc.yu.edu/cms/uploadedFiles/FLOERSHEIMER/Defining%20Torture.pdf> (last visited April 7, 2012); Bo Kyi & Hannah Scott, Torture, Political Prisoners and the UN-Rule of Law: Challenges to Peace, Security and Human Rights in Burma, available at http://www.aappb.org/Torture_political_prisoners_and_the_un-rule_of_law.pdf (last visited April 7, 2012).

inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent or incidental to lawful sanctions.³⁵ (emphasis added)

Following this definition is Article 2's absolute prohibition on all forms of torture, which according to General Comment No. 2 has the force of customary international law (specifically a *jus cogens* norm³⁶), making it non-derogable under all circumstances.³⁷ Indeed, the forced internment and torturing of hundreds of thousands of North Korean citizens at Yodok is in clear violation of the universal principle, espoused by the Human Rights Committee, the American Convention for Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, the European Court of Human Rights, and the former Commission on Human Rights, that the right to humane treatment is a right of universal significance.³⁸

35 UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ac6b3a94.html> [accessed 7 April 2012].

36 Pursuant to Article 53 of the Vienna Convention, a *jus cogens* norm is defined as "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". Therefore, every State in the world has several non-derogable obligations stemming from the existence of this *jus cogens* norm, including the duty to prosecute or extradite, the non-applicability of a statute of limitations, the non-derogation of this norm in times of peace, war, or "states of emergency", and so on. Additionally, the Articles of the International Law Commission explicitly recognizes the prohibition against torture and the prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment as a *jus cogens* norm. For more, SEE Mirgen Prenc, *Torture as Jus Cogen Norm*, Acta U. Danubius Jur. 87 (2011). ALSO SEE *Nicaragua v. U.S.*, 1986 I.C.J. 14 (affirming *jus cogens* as an accepted doctrine of international law).

37 UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ac6b3a94.html> [accessed 7 April 2012].

38 From North Korea Now - International Law: "Human rights violated in forced internment are either 'peremptory norms' (*jus cogens*, or a fundamental principle of international law) themselves, or affect the protection of such peremptory norms, including the right

In addition to CAT's definition of torture, the International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR), to which North Korea is a party to, provides a succinct but equally powerful definition of torture and cruel, inhuman and degrading punishment.³⁹ Article 7 to the ICCPR reads as follows:

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.⁴⁰

General Comment No. 20 to the ICCPR, which deals directly with the Covenant's prohibition of torture and cruel treatment or punishment, expands upon the ICCPR's concise definition by outlining the duties which all the State parties have and which they must fulfill to the best of their abilities in order to adequately comply with Article 7, including the duty to "afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by Article 7, whether inflicted by people acting in their official or private capacity."⁴¹ In addition, the General

Comment points out that Article 7 is reinforced and "complemented by the positive requirements of article 10, paragraph 1, of the Covenant, which stipulates that 'All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.'"⁴² The General Comment also states that Article 7 can never be derogated, even in times of public emergency (Statement 3), that Article 7's absolute prohibition applies to acts which cause mental suffering and which can be considered corporal punishment (Statement 5), and that solitary confinement is absolutely prohibited under Article 7 (Statement 6).⁴³ Perhaps the most powerful clause can be found in Statement 13 of General Comment 20, which states that "[t]hose who violate article 7, whether by encouraging, ordering, tolerating or perpetrating prohibited acts, must be held responsible".⁴⁴ It is no wonder, then, that five years after the publication of this Comment to the ICCPR, which bolstered Article 7's already direct and unwavering prohibition of torture and cruel, inhuman or degrading punishment, North Korea considered it in their best interest to try and withdraw from the treaty.⁴⁵

to life and the right to be free from torture. Article 4 of the ICCPR allows for the derogation from certain human rights obligations during times of emergency. However, not only is Article 4 inapplicable to the case of North Korea because no such emergency exists, but the Human Rights Committee, Article 27(2) of the American Convention for Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, the European Court of Human Rights, and the former Commission on Human Rights, have affirmed that judicial guarantees, because they protect non-derogable rights to life and freedom from torture, cannot be derogated from in times of emergency. This consensus across international human rights bodies affirms the universal significance of the right to liberty and security, the right to a fair trial, and the right to humane treatment".

39 To see the ratification status of the International Covenant on Civil and Political Rights, SEE "Chapter IV: Human Rights – 4. International Covenant on Civil and Political Rights", United Nations Treaty Collection, available at http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (last visited March 21, 2012) (The "Democratic People's Republic of Korea", or North Korea, acceded to the ICCPR on September 14th, 1981, but subsequently sent the Secretary-General a notification of withdrawal on August 23rd, 1997, although, as the Secretary General himself noted, such a withdrawal is not possible unless all the State Parties to the ICCPR consent to the withdrawal. The U.N. Special Rapporteur still considers North Korea a party to the ICCPR, since it was no legally possible for North Korea to unilaterally withdraw from the ICCPR).

40 *International Covenant on Civil and Political Rights*. United Nations General Assembly Resolution 2200A [XXI] Article 7. 16 December 1966.

41 UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 20, Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, 10 March 1992, CCPR/C/GC/20, available at: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument) [accessed 28 January 2013].

42 *Id.*

43 *Id.*

44 *Id.*

45 SEE FN 38, supra; in addition, the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture provides a more general definition of torture, e.g. "the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish". Organization of American States, Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, Article 2, 9 December 1985, OAS Treaty Series, No. 67, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3620.html> [accessed 28 January 2013] ("For the purposes of this Convention, torture shall be understood to be any act intentionally performed whereby physical or mental pain or suffering is inflicted on a person for purposes of criminal investigation, as a means of intimidation, as personal punishment, as a preventive measure, as a penalty, or for any other purpose. Torture shall also be understood to be the use of methods upon a person intended to obliterate the personality of the victim or to diminish his physical or mental capacities, even if they do not cause physical pain or mental anguish. The concept of torture shall not include physical or mental pain or suffering that is inherent in or solely the consequence of lawful measures, provided that they do not include the performance of the acts or use of the methods referred to in this article"). The European Convention on Human Rights, meanwhile, provides an even more succinct definition of torture than the ICCPR: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, Art. 3, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b04.html> [accessed 5 February 2013].

While General Comment 20 to the ICCPR sidesteps the opportunity to list instances of prohibited acts which constitute torture,⁴⁶ examples of acts which fall under the aforementioned definitions of torture (as provided by CAT and the ICCPR) are numerous. The International Rehabilitation Council for Torture Victims, the largest membership-based organization which helps rehabilitate torture victims and prevent the torture of others,⁴⁷ lists beatings, electrical shocks, suffocation, burns, stretching, and sensory deprivation as examples of acts constituting torture, pursuant to the definition set forth in CAT.⁴⁸ Along the same lines, Amnesty International, in reporting on the inhumane conditions of Yodok, states that the combination of forced labor in dangerous conditions with inadequate food, beatings, unhygienic living conditions, and virtually no medical care constitutes a systematic policy of torture officially condoned in the camp.⁴⁹ Amnesty also refers to North Korea's use of a "torture cell" (or "punishment cell", as it will be referred to as later), a cell so small that a prisoner can neither stand nor lie down in it, along with its use of solitary confinement and other torture techniques generally.⁵⁰ Human Rights Watch, in its 2012 World Report on North Korea, cited "sleep deprivation, beatings with iron rods or sticks, kicking and slapping, and enforced sitting or standing for hours" as examples of torture techniques deployed in North Korean prison camps.⁵¹

46 General Comment No. 20, statement 4: "The Covenant does not contain any definition of the concepts covered by article 7, nor does the Committee consider it necessary to draw up a list of prohibited acts or to establish sharp distinctions between the different kinds of punishment or treatment; the distinctions depend on the nature, purpose and severity of the treatment applied." UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 20, Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, 10 March 1992, CCPR/C/GC/20, available at: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument) [accessed 28 January 2013].

47 "What is the IRCT", International Rehabilitation Council for Torture Victims, available at <http://www.irct.org/about-us/what-is-the-irct.aspx> (last visited April 7, 2012) ("Our members comprise more than 140 independent organisations in over 70 countries... [W]e are the largest membership-based civil society organisation to work in the field of torture rehabilitation and prevention").

48 "What is torture?", International Rehabilitation Council for Torture Victims, available at <http://www.irct.org/what-is-torture/defining-torture.aspx> (last visited April 7, 2012).

49 "Yodok, North Korea – Write for Rights 2011", Amnesty International, Nov. 15, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/multimedia/yodok-north-korea-write-for-rights-2011> (last visited April 7, 2012).

50 "North Korea: Images reveal scale of political prison camps", Amnesty International, May 4, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/north-korea-images-reveal-scale-of-political-prison-camps> (last visited April 7, 2012).

51 "World Report 2012: North Korea", Human Rights Watch, available at <http://www.hrw.org/world-report-2012/world-report->

There is also human rights case law which sheds some light on what constitutes torture in the international human rights community. In *Ireland v. U.K.*, 5310/71 (European Court of Human Rights 1977), the Court stated that "torture...is undoubtedly an aggravated form of inhuman treatment causing intense physical and/or mental suffering."⁵² The Court then went on to emphasize that torture should be considered from both an objective and subjective perspective, which means that such factors as the method of torture employed, the duration of such treatment, the age, sex and health of the person exposed to it, the likelihood that such treatment might injure the person exposed, and whether the torture could cause serious long term injuries, all need to be taken into account.⁵³

2.2 Cruel, Inhuman, and Degrading Punishment

Neither CAT nor the ICCPR provide a definition of what constitutes cruel, inhuman, and degrading punishment ("CID"). However, the Elements of Crimes for the International Criminal Court provide a useful definition, stating in sum that CID is the same as torture, except that there is no requirement that the punishment be inflicted for a specific purpose.⁵⁴ In other words, CID can be seen as acts which would be considered torture, but for the lack of a specific motive or intent (i.e. to extract a confession). This distinction is inherent in the definition of torture under CAT, which lists motive or intent as an essential element.⁵⁵

As mentioned above, ICCPR Article 7 provides in pertinent part that "[n]o one shall be subjected to...cruel, inhuman or degrading treatment or punishment."⁵⁶ In addition, General Comment 20 expands upon Article 7's

2012-north-korea (last visited April 7, 2012).

52 *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71, Council of Europe: European Court of Human Rights, 13 December 1977, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7004.html> [accessed 28 January 2013].

53 *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71, Council of Europe: European Court of Human Rights, 13 December 1977, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7004.html> [accessed 28 January 2013].

54 Elements of Crimes for the ICC, Definition of inhuman treatment as a war crime (ICC Statute, Article 8(2)(a)(ii)).

55 UN General Assembly, *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, United Nations, Treaty Series, vol. 1465, p. 85, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3a94.html> [accessed 7 April 2012].

56 *International Covenant on Civil and Political Rights*. United Nations General Assembly Resolution 2200A [XXI] Article 7. 16 December 1966.

prohibition by outlining the duties of the State Parties and certain acts which fall under the purview of Article 7, although distinctions between torture and cruel, inhuman and degrading punishment are not delineated.⁵⁷

While the aforementioned treaties may be silent as to what constitutes CID, the European Court of Human Rights, in the *Ireland v. U.K.* case mentioned above,⁵⁸ talked about the five specific techniques which they determined constituted cruel, inhuman and degrading treatment, in violation of the European Convention on Human Rights: (i) wall-standing for hours at a time, (ii) hooding for extended periods of time, (iii) subjection to a loud hissing noise, (iv) sleep deprivation, and (v) deprivation of food and drink.⁵⁹

3. U.N. STANDARD MINIMUM RULES FOR THE TREATMENT OF PRISONERS⁶⁰

The U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of

57 UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 20, Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment*, 10 March 1992, CCPR/C/GC/20, available at: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument) [accessed 28 January 2013].

58 SEE the section on torture in this article, *supra*.

59 *Ireland v. The United Kingdom*, 5310/71, Council of Europe: European Court of Human Rights, 13 December 1977, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7004.html> [accessed 28 January 2013] (“(a) wall-standing: forcing the detainees to remain for periods of some hours in a “stress position”, described by those who underwent it as being “spreadeagled against the wall, with their fingers put high above the head against the wall, the legs spread apart and the feet back, causing them to stand on their toes with the weight of the body mainly on the fingers”; (b) hooding: putting a black or navy coloured bag over the detainees’ heads and, at least initially, keeping it there all the time except during interrogation; (c) subjection to noise: pending their interrogations, holding the detainees in a room where there was a continuous loud and hissing noise; (d) deprivation of sleep: pending their interrogations, depriving the detainees of sleep; (e) deprivation of food and drink: subjecting the detainees to a reduced diet during their stay at the centre and pending interrogations”).

60 Several binding and non-binding international instruments have been adopted in regards to the detention and treatment of prisoners. Some of these binding instruments include the International Covenant on Civil and Political Rights, Convention Against Torture, and the Geneva Conventions of 1949. Some of the non-binding instruments include the *Universal Declaration of Human Rights*, the *U.N. General Assembly’s Declaration on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture, Basic Principles for the Treatment of Prisoners, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, Declaration on the Protection of All Persons From Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, and *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*.

Prisoners (“U.N. Standard Minimum Rules”) were adopted by the First United Nations Congress on Crime Prevention and Control in 1955, and were subsequently approved by the Economic and Social Council of the United Nations in 1957.⁶¹ The product of thirty years of deliberation and numerous revisions and updates (beginning in 1926 with the work of the International Penitentiary Commission),⁶² the U.N. Standard Minimum Rules represent the International Community’s general consensus as to what constitutes the humane and proper treatment of prisoners, and have the full support of the U.N., which considers the rules “a body of doctrine representing ‘as a whole, the minimum conditions which are accepted as suitable.’”⁶³ Some of the principles set forth in the U.N. Standard Minimum Rules include rights pertaining to accommodation (Rules 9-14), personal hygiene (15-16), clothing and bedding (17-19), food (20), exercise and sport (21), and medical services (22-26), as well as rules pertaining to the discipline and punishment of prisoners (27-32) and the use of instruments of restraint (33-34).

The U.N. Standard Minimum Rules are indicative of the U.N.’s all-important role in setting minimum, baseline human rights standards, with the aim of better protecting people’s human rights and raising the basic standard of living for all.⁶⁴ Indeed, these rules have

61 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: *International Law*, available at <http://www2.ohchr.org/english/> (last visited March 21, 2012); ALSO SEE “Analysis of Extent of Applicability of the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners to Community-Based Supervision and Residential Care for Convicted Offenders” 1, Commission on Correctional Facilities and Services, Washington D.C., 1974 (These standard minimum rules were also endorsed by the U.N. General Assembly in the form of future resolutions, which recommended the implementation and adoption of these rules by all member States).

62 Open-Ended Intergovernmental Expert Group Meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 1, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna 2012.

63 “Revision of the UN Standard Minimum Rules?” 1-2, Association for the Prevention of Torture (APT), Dec. 14 2011, available at http://apt.ch/region/unlegal/APT_Position_SMR.pdf (last visited March 21, 2012); Analysis of Extent of Applicability of Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners to Community-Based Supervision and Residential Care for Convicted Offenders.

64 William Clifford, *The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* 233, *The American Journal of International Law*, Vol. 66, No. 4 (September 1972); *Imprisonment Today and Tomorrow* 705 (“These Rules have always been considered as the most important international document in the area of prisons. They are the manifestation of the moral and philosophical standards that have consistently inspired progress and reform in prison conditions since the whole concept of imprisonment became the subject of regular international debate and co-operation in the last quarter of the nine-

contributed positively to the establishment and modification of national policies and practices,⁶⁵ helped in part by Economic and Social Council Resolution 1984/47, which puts forth the procedures by which the U.N. Standard Minimum Rules can be implemented into domestic practices and institutions.⁶⁶ For example, the Secretary-General invited Member States to send periodic reports to the U.N. regarding the implementation and incorporation of these rules into their domestic law.⁶⁷ Experts applaud the high standing and legitimacy of these rules in the international community today,⁶⁸ and their success in guiding countries towards improving their prison system is readily apparent.⁶⁹ As the late Dr. Kurt Neudek, who served on five U.N. world congresses on the prevention of crime and treatment of prisoners,⁷⁰ once wrote:

[T]he Rules have been widely recognized as constituting a virtual code of practice in prison administration[.] they reach out with the authority of the United Nations, to provide an important platform for world-wide prison reform...the Rules may have reached the status of customary international law⁷¹

teenth century”) (emphasis not added).

65 United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), U.N. General Assembly, A/RES/45/110, Dec. 14, 1990.

66 Open-Ended Intergovernmental Expert Group Meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 2, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna 2012.

67 The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners in the Light of Recent Developments in the Correctional Field 13, A/CONF.43/3, United Nations 1970; Open-Ended Intergovernmental Expert Group Meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 2.

68 Open-Ended Intergovernmental Expert Group Meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 6, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna 2012 (“the Rules continued to be held in high regard and...were the main reference point in terms of measuring minimum standards within the prison environment”).

69 *Id.* at 4-5 (“A large number of reporting countries, including, Austria, China, Finland, Japan, Mauritius, Mexico, New Zealand, South Africa and the United Kingdom, indicated that their national legislation on the treatment of prisoners was based, or had been greatly influenced by the Rules”).

70 “Obituary – IAP Honorary Member, Kurt Neudek, 15 April 1935 – 3 August 2005, available at http://www.zoominfo.com/CachedPage/?archive_id=0&page_id=1934449955&page_url=//www.iap.nl.com/newsletters/32.html&page_last_updated=2007-11-23T02:53:36&firstName=Kurt&lastName=Neudek (last visited May 14, 2012).

71 Kenneth G. Zysk & Dirk Van Zyl Smit, *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners’ Rights and Prison Conditions* 706 (Brill Academic Publishers, 2001) (the quote was taken from a paper which Dr. Kurt Neudek wrote describing

Additionally, the European Court of Human Rights and even some U.S. courts have cited the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners in their opinions, particularly in the legal analysis portions of their decisions.⁷² The Rules also guide the treatment of prisoners in the Detention Center in The Hague.⁷³

For the purposes of this paper, I will be focusing on the following articles, as they pertain specifically to the disciplining and punishing of prisoners:

Article 27: *Discipline and order* shall be maintained with firmness, but with no more restriction than is necessary for safe custody and well-ordered community life.

Article 28(1): No prisoner shall be employed, in the *service* of the institution, in any disciplinary capacity. (2) This rule shall not, however, impede the proper functioning of systems based on self-government, under which specified social, educational or sports activities or responsibilities are entrusted, under supervision, to prisoners who are formed into groups for the purposes of treatment.

Article 31: *Corporal punishment*, punishment by placing in a dark cell, and all cruel, inhuman or degrading punishments shall be completely prohibited as punishments for disciplinary offences.

Article 32(1): Punishment by *close confinement* or *reduction of diet* shall never be inflicted unless the medical officer has examined the prisoner and certified in writing that he is fit to sustain it.⁷⁴ (emphasis added)

the process of preparing for the Eighth U.N. Congress on Crime Prevention and the Treatment of Offenders (Havana, Cuba, 1990).

72 SEE *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* 19 (European Ct. of Human Rights 2005) (“Conditions under which detainees are held pre-trial are reportedly so poor as to amount to cruel, inhuman and degrading treatment. In 1997 the Uzbek authorities admitted that conditions of detention fell far short of the UN basic minimum standards for the treatment of prisoners”); *Ananyev and Others v. Russia* 12-3 (European Ct. of Human Rights 2012); *Kane v. Winn*, 319 F.Supp.2d 162 (D. Mass. 2004) (talking about the Rules in relation to customary international law).

73 ICC – What are the conditions of detention at the Detention Centre in the Hague? International Criminal Court, available at <http://www2.icc-cpi.int/menus/icc/about%20the%20court/frequently%20asked%20questions/24> (last visited January 31, 2013) (“The ICC Detention Centre operates in conformity with the highest international human rights standards for the treatment of detainees, such as the United Nations Standard Minimum Rules”).

74 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 August 1955, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> (last accessed 21 March 2012).

3.1 Notes and Comments to the United Nations Standard Minimum Rules

On December 21, 2010, pursuant to Resolution 65/230, the U.N. General Assembly requested that the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice establish an open-ended intergovernmental expert group (held in Vienna from January 31st to February 2nd, 2012)⁷⁵ “to exchange information on best practices, as well as national legislation and existing international law, and on the revision of the existing United Nations standard minimum rules for the treatment of prisoners”,⁷⁶ in order to better reflect advances in the treatment of prisoners.⁷⁷ The General-Secretariat prepared notes and comments for each rule, identifying advancements in relation to each rule by referencing relevant international instruments and any contemporary views on the Rules.⁷⁸

Several options have been discussed regarding the possible revising and updating of the U.N. Standard Minimum Rules, including the creation of a Convention on the Treatment of Prisoners, a complete restructuring of the Rules, a limited and targeted revision of the Rules, or the mere addition of a preamble.⁷⁹ With regard to the option of restructuring the U.N. Standard Minimum Rules entirely, Rule 31 (prohibiting corporal punishment) is noted as a rule which Member States may consider reviewing, although rules 27, 28(1), and 32(1)) were not considered to be in danger of major

75 “Open-ended intergovernmental expert group meeting on the United Nations standard minimum rules for the treatment of prisoners, 31 January – 2 February 2012, Vienna, Austria”, United Nations Office on Drugs and Crime, 2012, *available at* <http://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/expert-group-meetings4.html> (last accessed 22 March 2012).

76 Open-Ended Intergovernmental Expert Group Meeting on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 1. United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna 2012.

77 *Id.* Note that comments to the U.N. Standard Minimum Rules were also made in 1974, in preparation for the second meeting of the United Nations Working Group of Experts on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. For our purposes, however, we will focus on the notes and comments made in anticipation of the Open-ended Intergovernmental Expert Group Meeting, held from January 31 to February 2 of 2012. Also note that, prior to the meeting, “the Secretariat requested Member States to provide information on best practices, as well as national legislation and existing international law, and on the revision of the existing United Nations standard minimum rules for the treatment of prisoners.”

78 *Id.*

79 *Id.* at 6-7.

revision, were a restructuring of the Rules to occur (in general, the restructuring option seems unlikely to happen).⁸⁰ In regards to the minimal re-drafting option, special attention would likely be given to rules 31 and 32, especially the use of close / solitary confinement and the reduction of diet as a punishment, although the only option seems to be an expansion – rather than a redaction - of this rule.⁸¹

In order to better guide the intergovernmental meeting, the General-Secretariat prepared a comprehensive report detailing the advances made within the subject area of each rule, including the treaties and other international instruments which draw upon the substance of the specific rule.⁸² Some of these international instruments include the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), and the Convention Against Torture (CAT), amongst others. These instruments provide a historical context under which the rules were first enacted, help define the terms found in the rules themselves, and place the rules into a more contemporary context.⁸³ Each rule is analyzed with these three purposes in mind, including rules 27, 28, 31, and 32.

Rule 27, which concerns the disciplining and punishing of prisoners, is placed in relation to Article 10 of the ICCPR, which states in part that “[a]ll persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.”⁸⁴ Rule 27 is also compared to and supplemented by the *Rules for Juveniles Deprived of their Liberty*,⁸⁵

80 *Id.*

81 *Id.* at 7-8.

82 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations.

83 *Id.*

84 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations 18; International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, *entered into force* Mar. 23, 1976.

85 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations 18 (Rule 66 of *Rules for Juveniles Deprived of their Liberty* states that “[a]ny disciplinary measures and procedures should maintain the interest of safety and an ordered community life and should be consistent with the upholding of the inherent dignity of the juvenile and the fundamental objective of institutional care, namely, instilling a sense of justice, self-respect and respect for the basic rights of

Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas,⁸⁶ *World Medical Association Statement on Body Searches of Prisoners*,⁸⁷ and the Human Rights Committee's General Comment 16 on Article 17 of the ICCPR.⁸⁸ The writers also provide clarification for the term "firmness", a term which, they emphasize, "should never be understood to imply the use of unnecessary force".⁸⁹

Rule 28(1), which states that "[n]o prisoner shall be employed, in the service of the institution, in any disciplinary capacity", reflects the concern that appointing prisoners for such purposes will undermine the general, overriding principle of creating a healthy and positive prison environment, devoid of fear and distrust.⁹⁰ According to the "Analysis of Extent of Applicability of the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners to Community-Based Supervision and Residential Care for Convicted Offenders", published in 1974 in preparation for the second meeting of the U.N.'s Working Group of Experts on the U.N. Standard Minimum Rules, Rule 28 was designed to "bar any disciplinary or authoritarian role of prisoners over other prisoners."⁹¹ "Promoting" certain prisoners to supervise and report on others violates this very interpretation of Rule 28(1), and brings with it the risk that these appointed prisoners will abuse their delegated powers, harshly disciplining their new subjects in an attempt to gain favor with the higher-ups.⁹²

Rule 31, which prohibits corporal punishment and all cruel, inhuman, or degrading punishments, garners significant support from various international legal instruments.⁹³ By definition, corporal punishment is a

form of physical punishment inflicted upon the body, as contrasted with a fine or pecuniary punishment.⁹⁴ Its definition, in the context of the treatment of prisoners, "includes excessive chastisement ordered as punishment for a crime or as an educative or disciplinary measure", as articulated in General Comment No. 20 of the U.N. Human Rights Committee (in reference to Article 7 of the ICCPR).⁹⁵ The other forms of punishment specified in Rule 31 – "punishment by placement in a dark cell, and all cruel, inhuman, or degrading punishments" – are totally prohibited, regardless of whether or not they are used as a means of punishment for disciplinary offenses.⁹⁶

Finally, the notes and comments elaborate on Rule 32(1), which states that "[p]unishment by close confinement or reduction of diet shall never be inflicted unless the medical officer has examined the prisoner and certified in writing that he is fit to sustain it".⁹⁷ Out of the four rules discussed in this paper, Rule 32(1) has the most support in International Law, in terms of treaties and other international instruments which seek to prohibit close confinement as a means of punishment in equally forceful and absolutist terms. First, the authors define close confinement (or "solitary confinement") as the act of "confining a prisoner in a closed cell on his or her own", usually involving "extensive sensory deprivation" and "deprivation of any human contact or stimulation."⁹⁸ This definition is important because it expands upon Rule 31 by including the deprivation of human contact and stimulation, which can be equally damaging on a person's psyche.⁹⁹ The authors then go on

every person").

86 *Id.* (Principle XXI of *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas* deals with the legality and necessity of bodily searches, inspections, and the like).

87 *Id.* at 19 (This instrument also deals with bodily searches).

88 *Id.* at 18.

89 *Id.* at 17-8.

90 *Id.* at 20 (ALSO SEE European Prison Rule 62).

91 Analysis of Extent of Applicability of the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners to Community-Based Supervision and Residential Care for Convicted Offenders 12, American Bar Assoc., Washington, D.C. 1974.

92 Chico Harlan, "South Korean report details alleged abuses at North Korea's prison camps", *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012).

93 Notes and comments on the United Nations Standard Mini-

imum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations 22 (the following are the international legal instruments which are directly on point with Rule 31: International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 7), expanded upon by General Comment No. 20 of the UN Human Rights Committee, Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (23), and the Convention Against Torture.

94 Free Dictionary: "corporal punishment", available at <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/corporal+punishment> (last visited May 14, 2012).

95 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations 22.

96 *Id.*

97 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* 22, 30 August 1955, available at <http://www.unhcr.org/ref-world/docid/3ae6b36e8.html> (last accessed 21 March 2012).

98 *Id.* at 22.

99 SEE Brandon Keim, "Solitary Confinement: The Invisible Torture", *Wired*, April 29, 2009, available at <http://www.wired.com/wiredscience/2009/04/solitaryconfinement/> (last visited May 14,

to explain the situations in which “close confinement” is generally used by referencing the *Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement*, adopted on December 9th, 2007 at the International Psychological Trauma Symposium in Istanbul.¹⁰⁰ *The Basic Principles for the Treatment of Prisoners*, the UN Human Rights Committee (referencing the ICCPR), the Committee against Torture, the Committee on the Rights of the Child, the UN Special Rapporteur on Torture, *Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders*, *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*, European Prison Rule 53, and the *Istanbul Statement on the Use and Effects of Solitary Confinement* all condemn, in one form or another, the close confinement of prisoners for the purposes of inflicting disciplinary punishment.¹⁰¹ The distinction placed on close confinement as a *means* of inflicting *punishment*, however, cannot be ignored, as it is significantly different from, and does not rise to the level of, an absolute ban, although the authors openly embrace the recommendation of prohibiting its use even when a prisoner is not being punished.¹⁰² The Committee against Torture, for instance, in recognition of the harmful mental and physical effects of prolonged solitary confinement, has recommended the abolishment of solitary confinement in all circumstances, except of course in the most extreme cases.¹⁰³ Others, such as the UN Special Rapporteur on Torture, have called for a more limited ban on the use of close confinement,

such as a prohibition on solitary confinement exceeding fifteen straight days.¹⁰⁴

In regards to a reduction of diet as a means of punishment, the notes and comments make clear that the International Community considers this a form of inhuman punishment.¹⁰⁵ Such a form of punishment is in violation of the principles set forth in ICESCR and the ICCPR, as well as the *Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in the Americas*.¹⁰⁶

What’s most notable about the analysis of Rule 32(1), however, is the acknowledgment that the portion of the Rule allowing for solitary confinement and reduction of diet as a form of punishment, so long as a “medical officer has examined the prisoner and certified in writing that he is fit to sustain it”, is now a violation which “flies in the face” of a doctor’s sense of professional responsibility towards her patient.¹⁰⁷ For if a medical officer approves of a prisoner’s fitness to undergo close confinement or a reduction of diet, she would be in violation of the *Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*.¹⁰⁸ The authors’ condemnation of this exception in the Rule indicates a willingness to revise it in the future, further updating the U.N. Standard Minimum Rules and bringing it more fully into the 21st century.

2012) & Bruce A Arrigo, Heather Y. Bersot, and Brian G. Sellers, *The Ethics of Total Confinement: A Critique of Madness, Citizenship, and Social Justice* 60-92 (Oxford University Press, New York 2011).

100 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: Preliminary Observations 23 (According to the Istanbul Statement, solitary confinement is generally applied in four scenarios around the world: (i) to enforce disciplinary punishment on sentenced prisoners, (ii) to isolate individuals during an ongoing criminal investigation, (iii) to manage specific groups of prisoners, and (iv) as a judicial sentence. It is also used in some parts of the world as a substitute for caring for mentally ill individuals, and as a means of coercively interrogating certain individuals).

101 *Id.* at 23-4 (Basic Principles for the Treatment of Prisoners (7): “Efforts addressed to the abolition of solitary confinement as a punishment, or to the restriction of its use, should be undertaken and encouraged”; UN Human Rights Committee, Comment No. 20, paragraph 6: “The Committee notes that prolonged solitary confinement of the detained or imprisoned person may amount to acts prohibited by article 7 (of the International Covenant on Civil and Political Rights)”).

102 *Id.* at 23.

103 *Id.*

4. NORTH KOREA’S VIOLATION OF THE U.N. STANDARD MINIMUM RULES

Kim Il Sung, former leader and current Eternal President of North Korea,¹⁰⁹ once said that “[f]actionalists or enemies of class, whoever they are, their seed must be eliminated through three generations.”¹¹⁰ This state-

104 *Id.* at 24.

105 *Id.*

106 *Id.*

107 *Id.* at 25.

108 *Id.*

109 Nicholas D. Kristof, “Death Doesn’t End Rule of Kim Il Sung, ‘Eternal President’,” *The New York Times*, Sept. 7, 1998, *available at* <http://www.nytimes.com/1998/09/07/world/death-doesnt-end-rule-of-kim-il-sung-eternal-president.html> (last visited May 14, 2012).

110 Robert Park, *North Korea and the Genocide Movement*, Harvard International Review: Web Perspectives, Sept. 27, 2011, *available at* <http://hir.harvard.edu/north-korea-and-the-genocide->

ment is indicative of a policy which treats anyone who questions or doubts the abilities of the Dear Leader or the imminent success of the Revolutionary effort as enemies unworthy of living – as traitors to be thrown into concentration camps, where they will waste away and slowly be stripped of their humanity. Such a policy leaves no room for the humane treatment of political prisoners, especially given North Korea’s constant proclamations to its citizens that enemies outside the country – the U.S., Japan, and any bourgeois imperialist – are threatening to undermine the Revolution.¹¹¹

With this policy of ill-treatment in mind, it is no wonder that former Yodok prisoners who have escaped North Korea attest to acts of torture and cruel, inhuman, and degrading treatment. Indeed, prisoners at Yodok are universally and without reason disciplined with excessive firmness (Rule 27), employed as secret informants in the service of the camp, often against their will (Rule 28), disciplined with corporal punishment and other forms of cruel, inhuman, or degrading punishment (Rule 31), and punished with extensive periods of close confinement and reductions of diet (Rule 32). The following ten Yodok practices will be discussed in detail, since they are vital in keeping the prisoners under control in Yodok, and are amongst the most inhumane practices testified to in Yodok: (1) beating and verbally abusing prisoners, (2) corporal punishment, (3) beating and verbally abusing child prisoners, (4) network of informants, (5) prohibition on sexual activity between men and women, (6) obligation to attend public executions and participate in postmortem stoning, (7) punishment for failure to attend night class / not criticize well enough at a criticism session, (8) reduction of diet as punishment, (9) the “sweatbox”, and (10) punishment cells. Violations of both the articles and the corresponding notes and comments will be accounted for by reference to the testimonials of prisoners who managed to escape or be released from Yodok, as well as official NGO reports. It must be emphasized here that a myriad of other violations occur at the Yodok prison which are equally egregious and amoral in their own right, and should likewise be rectified as soon as possible. These include a lack of notice as to why a pri-

soner is being sent to Yodok,¹¹² lack of a formal judicial process by which prisoners are properly sentenced,¹¹³ wholly inadequate housing conditions¹¹⁴ and food rations,¹¹⁵ and the public execution of prisoners.¹¹⁶ The latter violation, in order that it may be properly treated and analyzed, requires the writing of a separate paper, focused solely on the policy of public executions, its occurrence in Yodok and in other North Korean prisons, and what the International Community should do to ensure its future prohibition.

soner is being sent to Yodok,¹¹² lack of a formal judicial process by which prisoners are properly sentenced,¹¹³ wholly inadequate housing conditions¹¹⁴ and food rations,¹¹⁵ and the public execution of prisoners.¹¹⁶ The latter violation, in order that it may be properly treated and analyzed, requires the writing of a separate paper, focused solely on the policy of public executions, its occurrence in Yodok and in other North Korean prisons, and what the International Community should do to ensure its future prohibition.

4.1 Beating and Verbally Abusing Prisoners without Cause

During a prisoner’s “normal” work hours, Yodok supervisors shout at, verbally abuse, and beat prisoners caught resting or working at a slower than acceptable pace.¹¹⁷ Guards have admitted to beating prisoners just because they can, and also because they genuinely felt that these prisoners were traitors of the State.¹¹⁸ There have even been reports of sexual abuse committed by the guards.¹¹⁹ Kang Chol-Hwan recalled a guard telling him that he didn’t deserve to live, and to be thankful

112 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* 10. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

113 *Id.*

114 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 50 (Basic Books, New York 2005).

115 David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 31. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012); *Yodok Stories* 2008 (approx. 25:37).

116 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 57, 137 (Basic Books, New York 2005).

117 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* 31-2. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003)31-2 (guards have been accused of beating prisoners with wooden sticks); Kenneth Chan, “N. Korean Prison Camp Survivors Speak at UN Meeting”, *The Christian Post*, April 7, 2005, available at <http://www.christianpost.com/news/n-korean-prison-camp-survivors-speak-at-un-meeting-1325/> (last visited May 14, 2012); David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 65. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012) (Jung Gwang-il witnessed guards beating prisoners).

118 *Yodok Stories* 2008, available at <http://www.yodokfilm.com/#/english/people/ahn-myong-chol> (last visited May 14, 2012)(Ahn Myong Chol, prison guard in Yodok and other camps in North Korea from 1987-1994).

119 David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 68. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012).

111 SEE Hyung-chan and Dong-kyu Kim, *Human Remolding in North Korea: A Social History of Education* (University Press of America, Inc., Maryland 2005).

movement (last visited May 14, 2012).

that the Party and the Great Leader had given him a chance to redeem himself.¹²⁰ According to Kang, the guards were “almost all uneducated, rough people, of a generally bad moral character”, who were carefully picked by the State so as to ensure a “good” background (being from a family of peasants or poor workers with no “anti-Communist criminals”) and sufficient physical strength.¹²¹

The routine and senseless beating and abusing of prisoners without cause is in violation of Rule 27, since beating and abusing prisoners in such a manner constitutes the use of unnecessary force which does not further the safe keeping of prisoners or the maintenance of a well-ordered community.¹²²

4.2 Corporal Punishment

Corporal punishment is a fairly common phenomenon in Yodok.¹²³ One former prisoner was beaten and forced to endure a sit-down-stand-up punishment¹²⁴ for an extensive period of time, rendering him unable to walk.¹²⁵ The same prisoner was also beaten unconscious¹²⁶ with a burning piece of wood, as punishment for not being able to complete his work.¹²⁷ Another

prisoner was put in the “pigeon position”,¹²⁸ whereby his hands were cuffed behind his back as he was hung from a ceiling for two to three days.¹²⁹ A former Yodok prisoner, going by the name Kim Kwang Soo, described the use of the pigeon torture at Yodok in gruesome detail during a Citizens’ Alliance for North Korean Human Rights:

“Your hands are tied behind your back and handcuffed to an iron bar. You cannot sit or stand. After a day of being in this position, your muscles tense up and your chest sticks out like the breastplate of a bird. Your whole body becomes stiff.”¹³⁰

The use of the sweatbox and punishment cells, discussed later in this paper, are also forms of corporal punishment, used to punish prisoners for the most minor and trifling of offenses.¹³¹

Any form of corporal punishment is expressly prohibited by Rule 31, specifically when used as a means of punishment for disciplinary offenses.¹³² Here, forcing prisoners to endure sit-down-stand-up punishments, beating them unconscious with burning pieces of wood, and placing them in a “pigeon position” as a disciplinary measure, in addition to the use of the sweatbox and punishment cells, runs directly contrary to Rule 31.

4.3 Beating and Verbally Abusing Child Prisoners

Not surprisingly, Yodok takes a harsh approach towards the children of political criminals. Teachers in Yodok are notorious for addressing child prisoners “in the harshest, crudest manner”, beating students and subjecting them to humiliating and degrading punish-

120 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 59 (Basic Books, New York 2005).

121 *Id.* at 59-60.

122 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 27, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012]; Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 17-8.

123 *Yodok Stories* 2008; David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

124 For the U.S.’s use of this technique on detainees, SEE Brian Ross, “CIA’s Harsh Interrogation Techniques Described”, ABC News, Nov. 18, 2005, available at <http://abcnews.go.com/Blotter/Investigation/story?id=1322866#.T7J7I-0zLw> (last visited May 15, 2012) (“They would not let you rest, day or night. Stand up, sit down, stand up, sit down. Don’t sleep. Don’t lie on the floor,” one prisoner said through a translator).

125 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* 32. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003); Kim Song A, “‘Pigeon Torture’, Willing to Surrender Life”, Daily NK, May 3, 2007, available at <http://www.dailynk.com/english/read.php?cataId=nk00100&num=2012> (last visited May 15, 2012) (“Kim said, ‘Once you are made to sit and stand 500 times with a blanket on top of you in a hot stuffy room full of prisoners, you no longer see yourself as human’”).

126 *Yodok Stories* 2008 (approx. 32:02 – if a prisoner dies during a beating, it doesn’t really matter).

127 Kenneth Chan, “N. Korean Prison Camp Survivors Speak at UN Meeting”, The Christian Post, April 7, 2005, available at <http://www.christianpost.com/news/n-korean-prison-camp-survivors-speak-at-un-meeting-1325/> (last visited May 14, 2012).

128 Kim Song A, “‘Pigeon Torture’, Willing to Surrender Life”, Daily NK, May 3, 2007, available at <http://www.dailynk.com/english/read.php?cataId=nk00100&num=2012> (last visited May 15, 2012).

129 AmnestyInternational, “‘Hell holes’: North Korea’s secret prison camps”, YouTube, May 4, 2011, available at <http://www.youtube.com/watch?v=1y0yhV6IT7o> (last visited May 14, 2012).

130 Kim Song A, “‘Pigeon Torture’, Willing to Surrender Life”, Daily NK, May 3, 2007, available at <http://www.dailynk.com/english/read.php?cataId=nk00100&num=2012> (last visited May 15, 2012).

131 SEE (9) (the “sweatbox”) and (10) (punishment cells).

132 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 31, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012]

ments.¹³³ Students are made to feel less than human,¹³⁴ and are assigned hard labor if they show the slightest bit of resistance towards their revolver-wielding teachers.¹³⁵ For instance, a teacher punished his students by making them stand naked in the courtyard with their hands behind their backs.¹³⁶ One teacher, nicknamed “The Old Fox” by Kang Chol-Hwan and his friends, made his students peel walnuts until their hands were stained black, and then made them rub their hands back and forth until they were clean, crushing their hands with his boot if they failed to comply.¹³⁷ One story is particularly disturbing:

One time a friend of mine from class started complaining to us because he’d been picked for the nasty job [cleaning stalls and emptying septic tanks] several times in a row...

Someone must have gone to squeal to the Wild Boar [students’ nickname for their teacher], because a minute later we saw him walking toward us looking mad as hell. He grabbed the guilty student and started beating him savagely, first punching him with his clenched fists, then kicking him. Battered and wobbly-legged, the boy fell into the septic tank...my friend managed to reach the edge and climb out, but he was in such a sad state that no one wanted to help him wash up or bandage his wounds. A few days later he died.¹³⁸

Treating children in this manner is in violation of Rule 27, in that it is not necessary for the safe custody and maintenance of a well-ordered community,¹³⁹ and is also not humane.¹⁴⁰ Such a policy is also in violation of Rule 31, in that the beating of students constitutes corporal punishment¹⁴¹ (excessive chastisement ordered as punishment so as to discipline the student and educate

him as to how to behave in the future).¹⁴² The physical and verbal abusing of children also constitutes cruel, inhuman, and degrading treatment, which is prohibited in all instances, disciplinary or otherwise.¹⁴³

4.4 Network of informants

Yodok maintains a network of informants who report to the Yodok prison guards regarding any treasonous or anti-State comments made by prisoners, including talks of escape.¹⁴⁴ Similar to the camps in the Soviet Union and Nazi Germany, Yodok designates certain prisoners to have authoritative power over others, including the power to punish prisoners by denouncing them to the guards.¹⁴⁵ These informants, who are chosen without the other prisoners knowing, are often times picked against their will and without consideration as to their opinion, since becoming an informant means alienation from your friends and family.¹⁴⁶ It also means that prisoners are less likely to band together to fight for their rights, although inmates become adept at spotting informants over time.¹⁴⁷ Regardless, talking too freely in front of an informant can lead to severe punishment, including extra hard labor, a reduction in diet, and time in the “sweatbox.”¹⁴⁸ Indeed, the system is an extensive and pervasive one, making any sort of collaborating and scheming highly unlikely:

The informants were at every turn. There was no one to confide in, no way to tell who was who. The only advice [their] fellow prisoners could offer was to have patience: they [Kang’s father and

133 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 63-71 (Basic Books, New York 2005) (one teacher punished his students by making them stand naked in the courtyard with their hands behind their backs. Another beat a student to death).

134 *Id.* (A teacher ordered a student to go on all fours and say “I’m a dog”).

135 *Id.*

136 *Id.*

137 *Id.* at 69; 71 (as punishment for riding a teacher’s bike, students were given a week of supplementary night work, which included digging ditches and filling them with rocks).

138 *Id.* at 68.

139 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 27, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

140 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 17-8.

141 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 31, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

142 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 22.

143 *Id.*

144 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 77, 103-108-9 (Basic Books, New York 2005); Chico Harlan, “South Korean report details alleged abuses at North Korea’s prison camps”, *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 15, 2012).

145 *Id.* at 57-8 (“The brigade chiefs are important links in the chain of command between the camp’s authorities and the common detainee”).

146 *Id.* at 77, 103-108-9

147 *Id.*

148 *Id.* at 77, 103-108-9; Chico Harlan, “South Korean report details alleged abuses at North Korea’s prison camps”, *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012).

uncle] would learn to pick out the snitches soon enough. Until then, they would do well to keep their thoughts to themselves.¹⁴⁹

On at least some occasions, prisoners would on their own volition inform guards about other prisoners complaining, in the hopes of avoiding punishment themselves.¹⁵⁰

The maintenance of this network of informants is in violation of Rule 28(1), in that these informants are in a sense “employed” in the service of the institution in a disciplinary capacity, since their reports to Yodok guards regarding what prisoners are saying could land those prisoners in serious trouble.¹⁵¹ Their work in informing the guards of what other prisoners are saying also runs contrary to the idea that some prisoners should not have any disciplinary or authoritarian power over others.¹⁵² In addition, the network of informants in Yodok does not fall under the exception stated in Rule 28, since the existence of secret informants does not go to the “proper functioning of systems based on self-government”, such as social, educational, or athletic groups.¹⁵³ This network also undermines the principle that prisons should foster as healthy and positive an environment as possible, devoid of distrust and fear, since informants are likely to abuse their delegated powers in order to win favor with the Yodok guards.¹⁵⁴

149 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 77* (Basic Books, New York 2005).

150 *Id.* at 77; Chico Harlan, “South Korean report details alleged abuses at North Korea’s prison camps”, *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012).

151 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 77*, 103-108-9 (Basic Books, New York 2005); Chico Harlan, “South Korean report details alleged abuses at North Korea’s prison camps”, *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012).

152 Analysis of Extent of Applicability of the U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners to Community-Based Supervision and Residential Care for Convicted Offenders 12.

153 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 28(1), 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

154 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 19-20.

4.5 Prohibition on Sexual Activity between Men and Women

One especially harsh disciplinary measure taken at Yodok, consistent with Kim Il Sung’s philosophy of rooting out the enemy seed, is the prohibition on sexual activity between men and women.¹⁵⁵ Although Rule 8 of the U.N. Standard Minimum Rules states that men and women should be “detained in separate institutions”,¹⁵⁶ Yodok is organized such that entire families are placed in specific villages, which means that men and women are interacting on a consistent basis, including with their spouses.¹⁵⁷ It is only natural, then, that these men and women will engage in sexual activity, activity which is not expressly barred by the U.N. Standard Minimum Rules or by any other binding or non-binding international instrument. In Yodok, however, were a man and woman to engage in sexual activity and get caught, the man would be physically punished, and the woman would be forced to recount her sexual encounters in front of the entire village of prisoners.¹⁵⁸ One former prisoner stated that women who got pregnant were imposed an additional six months in prison, while their male counterparts were sentenced to another two.¹⁵⁹ If the woman managed to conceal her pregnancy from the guards and have a baby, Yodok guards would ensure that the baby did not survive by either abandoning it in the mountains, or by burying it in the ground.¹⁶⁰

Such a policy is in violation of Rule 27, in that it goes beyond that which is necessary for safe custody and maintenance of a well-ordered community,¹⁶¹ and because it promotes treating prisoners inhumanely and with no respect for their human dignity, especially sin-

155 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* 35. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

156 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

157 SEE Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 47-159* (Basic Books, New York 2005).

158 *Id.* at 145-6.

159 David Hawk, *The Hidden Gulag*, Second Edition: *The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 68. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012) (one male was actually transferred to the “total control zone”).

160 *Id.*

161 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 27, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

ce it prohibits them from engaging in normal human behavior.¹⁶² Forcing the women to recount their sexual activities in front of an entire village of prisoners is in violation of Rule 31, in that it is a degrading punishment used to discipline the prisoner.¹⁶³

4.6 Obligation to attend Public Executions and participate in Postmortem stoning

Once Yodok considers you an adult prisoner (which is at age fifteen),¹⁶⁴ you are obligated to attend public executions of prisoners.¹⁶⁵ Executions are generally carried out when a prisoner tries to escape, and are done in public so as to intimidate those with similar ideas.¹⁶⁶ Once the prisoner is shot dead,¹⁶⁷ prisoners are required to stone the dead body and shout State-approved propaganda lines (i.e. “down with the traitors of the people”).¹⁶⁸ According to Kang Chol-Hwan, prisoners at Yodok learn to adapt to this otherwise cruel and unnecessary requirement, undoubtedly designed for the

purpose of instilling fear in anyone watching.¹⁶⁹

Forcing prisoners to watch public executions is in violation of Rule 27, in that requiring them to watch other prisoners get killed and stone their dead bodies does not show respect for the inherent dignity of people, since the majority of human beings do not wish to desecrate and yell at the dead body of a fellow victim.¹⁷⁰ These two requirements are also in violation of Rule 31, since making people watch executions and stone dead bodies is cruel, inhuman and degrading, especially in cases where a parent, sibling, or relative must observe and desecrate the victim.¹⁷¹

4.7 Punishment for Failure to Attend Night Class / Not Criticize Well Enough at a Criticism Session

All North Korean citizens are required to attend meetings whereby they criticize themselves and others for their shortcomings in helping the Revolutionary cause.¹⁷² While normally a North Korean citizen will not be severely punished for failing to adequately self-criticize or criticize others,¹⁷³ this is not the case at Yodok, where such sessions are taken much more seriously.¹⁷⁴ These bi-weekly meetings are made worse by the fact that they are held at night, when prisoners could be getting some much-needed sleep, since the camp considers them absolutely necessary to the political rehabilitation of prisoners.¹⁷⁵ Furthermore, all Yodok prisoners must attend these meetings, unless particularly extenuating circumstances permit otherwise.¹⁷⁶ Kang Chol Hwan states that

162 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 17-8.

163 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 31, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

164 There have been varying testimonies as to when prisoners are required to view public executions. For instance, former Yodok prisoner Kim Tae Jin has stated that children are required to watch public executions. SEE *Yodok Stories* 2008, available <http://www.yodokfilm.com/#/english/people/kim-tae-jin> (last visited May 14, 2012).

165 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 137-41 (Basic Books, New York 2005); “North Korea: Irrefutable Satellite Evidence of Prison Camps in North Korea”, Amnesty International, available at <http://www.amnestyusa.org/research/science-for-human-rights/north-korea> (last visited May 14, 2012).

166 “North Korea: Irrefutable Satellite Evidence of Prison Camps in North Korea”, Amnesty International, available at <http://www.amnestyusa.org/research/science-for-human-rights/north-korea> (last visited May 14, 2012); David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 65. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012).

167 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 139 (Basic Books, New York 2005) (“The custom was to shoot three salvos from a distance of five yards. The first salvo cut the topmost cords, killing the condemned man and causing his head to fall forward. The second salvo cut the chords around his chest and bent him forward further. The third salvo released his last tether, allowing the man’s body to drop into the pit in front of him, his tomb. This simplified the burial”).

168 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea’s Prison Camps* 35. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

169 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 141 (Basic Books, New York 2005) (“I don’t blame the prisoners who unaffectedly went about their business. People who are hungry don’t have the heart to think about others”).

170 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 17-8; Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 140 (Basic Books, New York 2005) (“Once both men were finally dead, the two or three thousand prisoners in attendance were instructed to each pick up a stone and hurl it at the corpses while yelling ‘Down with the traitors of the people!’. We did as we were told, but our disgust was written all over our faces. Most of us closed our eyes, or lowered our heads, to avoid seeing the mutilated bodies”).

171 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 31, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

172 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang* 127 (Basic Books, New York 2005).

173 *Id.*

174 *Id.* at 125-30.

175 *Id.*

176 *Id.*

such sessions were not taken seriously or personally by most of the adult prisoners, who knew that such sessions were just part of North Korea's attempts to indoctrinate its citizens, even while they suffer in one of its prisons.¹⁷⁷

These criticism and self-criticism sessions are in violation of Rule 27, since they serve no real purpose in maintaining a well-ordered community life. The argument that prisoners will be more likely to follow camp rules if they attend these sessions is undermined by the fact that prisoners must perform forced labor under close and often times abusive supervision. Furthermore, attempting to pit prisoners against each other in these sessions creates a wholly inhospitable atmosphere which is in violation of the spirit of the U.N. Standard Minimum Rules.¹⁷⁸

4.8 Reduction of Diet as Punishment

Reduction of diet as a form of punishment is used in a number of instances at Yodok. A prisoner who fails to meet his work quota, for instance, could see his food ration cut in half.¹⁷⁹ In addition, any prisoner who is considered "unbalanced" (i.e. mentally unstable) is given food to eat in direct proportion to the amount of work he can do.¹⁸⁰ This is also the case for normal, mentally stable prisoners, who may suffer a reduction of diet if the entire work group fails to meet a day's quota.¹⁸¹ A prisoner may also see his diet reduced if he fails a memorization test (i.e. of a Kim Il Sung speech or an important date in the Party's history).¹⁸² In addition,

prisoners sent to the "sweatbox" or punishment cell (discussed in greater detail below) have their already meager diets drastically reduced.¹⁸³

The reduction of a prisoner's diet in the aforementioned instances is in violation of Rule 32(1), since punishment by reduction of diet shall never be inflicted,¹⁸⁴ and since such a punishment is considered inhumane.¹⁸⁵

4.9 The "Sweatbox"

The "sweatbox", a torture device commonly used to punish prisoners for the most trifling of offenses, has been cited by former prisoners and human rights NGOs as one of the harshest torture devices used in Yodok.¹⁸⁶ The use of the sweatbox dates back to the United States in the 19th century, where it was used as a form of naval discipline.¹⁸⁷ This torture device has also

Prison Camps 31-2. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2003).

183 *Id.* at 94-6; David Hawk, *The Hidden Gulag*, Second Edition: The Lives and Voices of "Those Who are Sent to the Mountains" 65. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012); Chico Harlan, "South Korean report details alleged abuses at North Korea's prison camps," *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012) ("Those who complained about conditions were frequently betrayed by fellow prisoners, Jeong said... Often, Jeong himself informed guards about such misbehavior. "Some people would say, 'This is worse than being dead.' And I'd report it. Then the person would be taken to solitary confinement for one month and given one meal per day").

184 North Korea is not the only country which uses a reduction of diet as a means of punishment. In prisons throughout the U.S., certain prisoners are served what is called "Nutraloaf" as a punitive and nutritional punishment for bad behavior. Nutraloaf, or "prison loaf" as it is sometimes called, is food ground up and baked in loaves and served to prisoners (often those in solitary confinement) as a form of punishment. Though it purportedly has the same nutritional value as the food served to other prisoners, prisoners who have eaten it have gotten violently ill and have lost a substantial amount of weight as a result of eating Nutraloaf on a daily basis. For more SEE Adam Cohen, "Can Food Be Cruel and Unusual Punishment?", *TIME*, April 2, 2012, available at <http://ideas.time.com/2012/04/02/can-food-be-cruel-and-unusual-punishment/> (last visited May 14, 2012), & Matthew Purdy, "What's Worse Than Solitary Confinement? Just Taste This," *The New York Times*, August 4, 2002, available at <http://www.fedcrimlaw.com/visitors/PrisonLore/TheLoaf.html> (last visited May 14, 2012).

185 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 22-3.

186 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 94* (Basic Books, New York 2005) (Kang Chol-Hwan described it as one of the harshest punishments thought possible)

187 Darius Rejali, "Ice Water and Sweatboxes: The long and sa-

177 *Id.*

178 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 27, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e8.html> [accessed 14 May 2012].

179 Chico Harlan, "South Korean report details alleged abuses at North Korea's prison camps," *The Washington Post*, May 9, 2012, available at http://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/south-korean-report-details-alleged-abuses-at-north-koreas-prison-camps/2012/05/09/gIQA794LDU_story.html (last visited May 14, 2012) ("laborers who failed to meet work quotas saw their meager food rations cut in half, a cycle that led to starvation because the less they ate, the weaker they got, and the poorer they became at work").
180 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 123-4* (Basic Books, New York 2005).

181 Amnesty International, "Hell Holes": North Korea's secret prison camps", YouTube, May 4, 2011, available at <http://www.youtube.com/watch?v=1y0yhV6II7o> (last visited May 14, 2012); Kenneth Chan, "N. Korean Prison Camp Survivors Speak at UN Meeting", *The Christian Post*, April 7, 2005, available at <http://www.christianpost.com/news/n-korean-prison-camp-survivors-speak-at-un-meeting-1325/> (last visited May 14, 2012).

182 David Hawk, *The Hidden Gulag: Exposing North Korea's*

been utilized by the Japanese during World War II on POWs,¹⁸⁸ and by the Chinese on South Koreans during the Korean War.¹⁸⁹

The sweatbox itself is a “kind of shack...devoid of any openings” and shrouded in total darkness.¹⁹⁰ It is extremely small and cramped, such that the prisoner cannot fully stand or lie down, forcing him to crouch on his knees.¹⁹¹ This close confinement punishment is made worse by the fact that the prisoners are prohibited from talking or gesturing, except when sick or asking to go to the bathroom.¹⁹² If they talk or make any unnecessary gestures, they are beaten and abused by the guards (in one case, the guards tied the hands of a prisoner behind his back and shoved his nose into a septic tank).¹⁹³ The diet of a prisoner in the sweatbox is also reduced, leading him to eat anything that crawls within his grasp.¹⁹⁴ Prisoners must silently starve in the sweatbox for days or weeks at a time, and such severe treatment has been reported to have a lasting impact on survivors.¹⁹⁵

The existence and use of the sweatbox as a means of discipline and punishment is in violation of Rule 31, in that placing prisoners in the sweatbox constitutes corporal punishment.¹⁹⁶ It is also in violation of Rule 31 because the prisoner is placed in a dark cell, and because the very use of this torture device constitutes cruel, inhuman, and degrading punishment.¹⁹⁷ The sweatbox is also in violation of Article 32(1), since it is by its very nature punishment by close confinement,¹⁹⁸

and since such confinement involves “extensive sensory deprivation” (especially light) and “deprivation of any human contact or stimulation.”¹⁹⁹ Finally, the reduction in diet constitutes a violation of Article 32(1) because such punishment is expressly prohibited.²⁰⁰

4.10 Punishment Cells

Prisoners at the Yodok concentration camp also face the possibility of being sent to a “punishment cell”,²⁰¹ a sentence often spelling death for the already weakened prisoner.²⁰² Like the sweatbox, prisoners are unable to move in these cells,²⁰³ are deprived of light and human contact, and are fed very little (in punishment cells, the diet is 10 grams a day).²⁰⁴ Former prisoners have stated that people are sent to these cells anywhere from ten to forty-five days, and that those who manage to come out alive are too weak to even walk, dying soon after being released from the cell.²⁰⁵ While the sweatbox and punishment cells are similar in many respects, a major difference between them is that, in the punishment cells, prisoners have a rope tied around their neck, and are forced to sit in the cramped cell with this rope around their neck for up to six months, significantly longer than the time prisoners spend in the sweatbox.²⁰⁶

The existence and use of the punishment cell, as with the existence and use of the sweatbox, is in violation of Rules 31 and 32(1).

distic history behind the CIA’s torture techniques”, Slate, March 17, 2009, available at http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2009/03/ice_water_and_sweatboxes.2.html (“They were a standard part of naval discipline, and the word *sweatbox* comes from the Civil War era”).

188 *Id.* (“The Japanese used them in POW camps in World War II. They are still common in East Asia”).

189 *Id.* (“They are still common in East Asia. The Chinese used them during the Korean War, and Chinese prisoners today relate accounts of squeeze cells (*xiaobao*, literally “small number”), dark cells (*beimn*), and extremely hot or cold cells”).

190 Kang Chol-Hwan and Pierre Rigoulot, *The Aquariums of Pyongyang 94* (Basic Books, New York 2005).

191 *Id.*

192 *Id.*

193 *Id.*

194 *Id.*

195 *Id.*

196 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* Art. 31, 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e.html> [accessed 14 May 2012]

197 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 22.

198 United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of*

Prisoners Art. 32(1), 30 August 1955, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36e.html> [accessed 14 May 2012]

199 Notes and comments on the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners 22-4.

200 *Id.*

201 “North Korea: Images reveal scale of political prison camps”, Amnesty International, May 4, 2011, available at <http://www.amnestyusa.org/news/press-releases/north-korea-images-reveal-scale-of-political-prison-camps> (last visited April 7, 2012).

202 *Yodok Stories* 2008 (approx. 26:10).

203 *Id.*

204 *Id.*

205 David Hawk, *The Hidden Gulag, Second Edition: The Lives and Voices of “Those Who are Sent to the Mountains”* 65. U.S. Committee for Human Rights in North Korea (Washington, D.C. 2012). (“Just outside the Sorimchon section there was a punishment facility for ‘rule violators.’ Rule breakers were sent to this prison within the prison camp for 10-45 days and almost everyone died shortly after release. Mr. Kim...knew three persons sent to the punishment cells, one person for ‘stealing’ honey, another for eating raw corn intended for the animals, and one woman who had sex with another prisoner. All three died upon release from the punishment cells”); ALSO SEE 66.

206 *Yodok Stories* 2008 (approx. 20:41 to 21:42).

5. REACTIONS OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

5.1 The Working Group on the Universal Periodic Review

So how has the international community –specifically the Working Group on the Universal Periodic Review, the General Assembly, and the U.N. Special Rapporteur on Human Rights in North Korea – dealt with these blatant violations of the U.N. Standard Minimum Rules? As can be expected, North Korea denies the existence of any political prison camps in its country. North Korean representatives made such a denial at a recent convening of The Working Group on the Universal Periodic Review, established pursuant to Human Rights Council Resolution 5/1 on June 18th, 2007.²⁰⁷ The Universal Periodic Review (“UPR”), set up by the Human Rights Council, analyzes the human rights situations of all 193 U.N. Member States with each country being looked at once every four years.²⁰⁸ The UPR Working Group consists of forty-seven members of the Human Rights Council (although any U.N. Member State can take part in the review) who review a country according to the human rights standards set forth in various human rights treaties.²⁰⁹ The goal of the UPR is to comprehensively assess the human rights situation in every country, offer non-binding recommendations and assistance if necessary, and have the State assume primary responsibility for implementing the recommendations.²¹⁰ NGOs may participate in the process as well.²¹¹

North Korea last submitted a report during the sixth session of the Human Rights Council Working Group on the Universal Periodic Review, held in Geneva from November 30th to December 11th, 2009.²¹² In chapter IV (“Efforts and Experiences in the Protection and Promotion of Human Rights”), subsection 1(C), Nor-

th Korea claims that torture and other inhuman treatment is strictly prohibited by their Criminal Procedures Law, particularly forcing a suspect to admit an offense by torture or beating.²¹³ In subsection 4, meanwhile, North Korea claims that it cooperates with International Human Rights NGOs, although such groups have been calling on North Korea for years to cease the operation of the Yodok concentration camp, which North Korea officially denies exists.²¹⁴ What’s perhaps most perplexing, however, is the accusations it lays out in chapter V (“Obstacles and Challenges to the Protection and Promotion of Human Rights”). In subsection one, North Korea claims that the U.S. is pursuing a “hostile policy” towards North Korea which “poses the greatest challenge to the enjoyment of genuine human rights by the Korean people.”²¹⁵ In subsection 2, meanwhile, North Korea claims that the “EU in collusion with Japan and other forces hostile to the DPRK has adopted every year since 2003 the anti-DPRK ‘human rights resolution’ at the Commission on Human Rights, Human Rights Council and UN General Assembly.”²¹⁶ North Korea goes on to say that:

These “resolutions” aim at tarnishing the image of the DPRK and thereby achieving political purpose of eliminating the ideas and system that the Korean people have chosen for themselves and defended, and not at the genuine protection and promotion of human rights. The sponsors of the “resolution” preposterously argue that they are aimed at promoting “cooperation” and “collaboration” for the “protection and promotion of human rights”. However, the reality speaks by itself that the “resolutions” are the root source of mistrust and confrontation, and the impediments to international cooperation

This sort of evasiveness and circular reasoning is indicative of a country that is unwilling to hold itself accountable for the egregious human rights violations committed at Yodok.

207 Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Democratic People’s Republic of Korea, U.N. General Assembly, A/HRC/13/13, Jan. 4, 2010.

208 “Basic Facts about the UPR”, United Nations Human Rights, available at <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BasicFacts.aspx> (last visited May 14, 2012).

209 *Id.*

210 *Id.*

211 *Id.*

212 National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15(A) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1: Democratic People’s Republic of Korea, U.N. General Assembly A/HRC/WG.6/6/PRK/1, Aug. 27, 2009.

213 *Id.* at 8.

214 “North Korea: Demand the closure of an inhumane prison camp”, Amnesty International, available at http://www.amnesty.ca/writeathon/?page_id=3489 (last visited May 14, 2012) (“[t]he North Korean government denies that any political prison camps exist, even though satellite photographs and testimony collected by Amnesty International from former guards and former prisoners confirm their existence”).

215 National Report Submitted in Accordance with Paragraph 15(A) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1: Democratic People’s Republic of Korea 15, U.N. General Assembly A/HRC/WG.6/6/PRK/1, Aug. 27, 2009.

216 *Id.* at 16.

The Working Group reviewed North Korea’s report on human rights on December 7th, 2009, and issued a report two days later, which was subsequently published on January 4th, 2010.²¹⁷ In its report, the Working Group noted that the North Korean delegation denied the existence of any political prison camps, although the delegation eerily referred to the existence of “reform institutions”:

On the issue of “political prisoners’ camps”, the delegation noted that freedoms of speech, press, assembly and demonstration and freedom of religious belief are the fundamental rights guaranteed by the Constitution.

Exercising the rights to such freedom can never be criminalized. Thoughts and political views are not something that can be controlled by the law. The term “political prisoner” does not exist in DPRK’s vocabulary, **and therefore the so-called political prisoners’ camps do not exist.** There are **reform institutions**, which are called prisons in other countries. Those who are sentenced to the penalty of reform through labour for committing anti-State crimes or other crimes prescribed in the Criminal Law serve their terms at the reform institutions.²¹⁸ (emphasis added)

Despite North Korea’s insistence that these camps do not exist, numerous countries participating in this working group session, including South Korea, the Netherlands, and France, expressed concerns about the use of torture in North Korea and the existence of prison camps, although no explicit reference to Yodok is made.²¹⁹ In addition, the Working Group recommended that North Korea “[c]ooperate with the special rapporteurs and other United Nations human rights mechanisms by granting them access to the country”,²²⁰ “positively consider requests for country visits of special procedures of the Council and implement the recommendations stemming from United Nations human rights mechanisms”, “[g]rant access to the three thematic Special Rapporteurs who have requested a visit”, “[r]espond favourably to the request of special procedures mandate- holders to enter the country and cooperate with special procedures and other human rights mechanisms”, and “[e]nsure that all persons deprived of their liberty are treated with humanity and with respect for the inherent dignity of

the human being,”²²¹ amongst other recommendations. Among the one-hundred-and-sixty-seven recommendations, North Korea did not support fifty of them, including “recogniz[ing] the mandate of the Special Rapporteur on the situation of human rights, cooperat[ing] with him and grant[ing] him access”, “grant[ing] access, as a matter of priority, to the Special Rapporteur on the situation of human rights in DPRK”, “[c]ooperat[ing] more intensively with United Nations human rights mechanisms, in particular by responding positively to the repeated requests for visits by the Special Rapporteurs on the situation of human rights and the right to food”, and “[a]gree[ing] to requests for a visit by the Special Rapporteur on the situation of human rights”.²²²

In the same Working Group session which analyzed North Korea’s national report, the Working Group looked at reports from fifteen other countries, including Albania, Costa Rica, Ethiopia, and the Democratic Republic of Congo.²²³ Of the sixteen countries examined in this session, twelve received eighty-five or more recommendations, with Cote d’Ivoire receiving 147, second only to North Korea’s 167.²²⁴ While most of these countries, supported almost all of the Working Group’s recommendations,²²⁵ North Korea did not support 50 of its 167 recommendations,²²⁶ which was the highest percentage of denial in the session.²²⁷

5.2 U.N. General Assembly Resolutions

North Korea’s report on its human rights situation, and the Working Group’s response, is indicative of Nor-

217 *Id.*

218 *Id.*

219 *Id.*

220 Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Democratic People’s Republic of Korea 15, U.N. General Assembly, A/HRC/13/13, Jan. 4, 2010.

221 *Id.* at 17.

222 *Id.* at 20 (North Korea also did not support the recommendation to “[d]evelop cooperation on the issues of human rights with international organizations and their mechanisms, in particular by engaging constructively with the Special Rapporteur on the situation of human rights and responding positively to offers of technical assistance by OHCHR”).

223 The eleven other countries include Brunei Darussalam, Bhutan, Cote d’Ivoire, Cyprus, Dominica, Dominican Republic, Eritrea, Equatorial Guinea, Cambodia, Norway, and Portugal.

224 *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Cote d’Ivoire*, U.N. General Assembly, A/HRC/13/9, Jan. 4, 2010.

225 BUT SEE *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Ethiopia*, U.N. General Assembly, A/HRC/13/17, Jan. 4, 2010 (Ethiopia denied 32 of the 142 recommendations made to it).

226 *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review: Democratic People’s Republic of Korea*, U.N. General Assembly, A/HRC/13/13, Jan. 4, 2010.

227 For the Sixth Session, SEE <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/MeetingsHighlightsSession6.aspx> (last visited May 14, 2012).

th Korea's reluctance to participate actively and honestly regarding its violations of a prisoner's fundamental human rights, specifically the existence of the Yodok concentration camp. The U.N. General Assembly however, has taken an important step in creating awareness regarding the existence of prison camps in North Korea. The main deliberative and policymaking organ of the U.N., the General Assembly, which is comprised of all 193 U.N. Member States,²²⁸ has raised awareness of the dire situation in Yodok through both implementation of the aforementioned Working Group and by passing resolutions regarding the existence of prison camps and the use of torture therein.²²⁹ But the recommendations put forth in the Working Group report and in the GA resolutions are non-binding, and only have power in so far as they influence other U.N. bodies with legally binding capabilities.

5.3 U.N. Special Rapporteur of Human Rights

The Special Rapporteur on the situation of human rights in North Korea was established by the Commission on Human Rights in 2004 under resolution 2004/13.²³⁰ In his most recent report on North Korea, the Rapporteur – Marzuki Darusman²³¹ - talked extensively about detention and correctional facilities in North Korea, including the existence of political prison camps.²³² Specifically, the Special Rapporteur noted North Korea's reference to such camps in its own legal instruments (Article 18 of its Sentences and De-

228 General Assembly of the United Nations, *available at* <http://www.un.org/en/ga/> (last visited May 15, 2012).

229 60/173. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/60/173, March 14, 2006; 61/174. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/61/174, March 2007; 62/167. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/62/167, Feb. 2008; 63/190. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/63/190, Feb. 2009; 64/175. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/64/175, March 2010; 65/225. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/65/225, March 2011; 66/174. Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea, A/RES/66/174, March 2012.

230 *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea*, U.N. General Assembly, A/HRC/16/58, Feb. 2011 (the Rapporteur also said that such camps are operated by the "Farm Guidance Bureau of the State Security Agency." The latter may also be another name for the National Security Agency).

231 "Scuffle after North Korea rejects UN rights report", BBC, March 13, 2012, *available at* <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-17348611> (last visited May 15, 2012).

232 SEE FN 232, *supra*.

visions Enforcement Law), the flagrant human rights violations (including torture) occurring therein, and the need to prompt North Korea to improve the human rights situation in these camps.²³³ As with the General Assembly Working Group and GA Resolutions, the suggestions of the Special Rapporteur on Human Rights are non-binding, and depend in large part on North Korea's willingness to comply and amend its ways, a willingness it has not shown thus far.

6. WAYS OF APPLYING PRESSURE ON NORTH KOREA TO CLOSE YODOK

In light of North Korea's hostile response to the Working Group's recommendations pursuant to the UPR, and considering the GA's U.N. Special Rapporteur's findings on the matter, it is important to consider the methods and mechanisms which are available for applying pressure on North Korea to close Yodok. For one, the U.N. Security Council, an organ of the U.N. which is charged with the maintenance of international peace and security,²³⁴ could pass a resolution calling on the North Korean Government to either close the Yodok camp, or to at least cooperate with Special Rapporteurs and the Human Rights Council. Generally, the Security Council can settle any dispute which is likely to endanger international peace and security, and may investigate the dispute and recommend ways of resolving it.²³⁵ If it determines that there exists a threat to the peace, a breach of the peace, or an act of aggression, it may call on States to apply sanctions towards the offending State (Article 41), or can call on the States to take military action in order to restore peace and security.²³⁶ In recent years, the Security Council has passed resolutions calling on countries and regions to improve their human rights situations. It has also helped ensure the inclusion of human rights provisions in peace agreements, has facilitated the elimination of the use of children in armed conflicts, and has included human rights protections in the work of its Counter-

233 *Id.*

234 United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 UNTS XVI, *available at*: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3930.html> [accessed 15 May 2012].

235 *Id.*

236 *Id.*

-Terrorism Committee.²³⁷ In 2012, for instance, the Security Council called on the Western Sahara²³⁸ and the Middle East²³⁹ to improve their human rights situations. Indeed, the Security Council is a powerful tool for enforcing the will of the international community upon a country, since its Resolutions may have binding international force.²⁴⁰

Another way of persuading North Korea to close Yodok is by passing a General Assembly Resolution which *specifically calls* for the closing of Yodok. The General Assembly has in the past condemned human rights violations occurring in other countries, expressing concern over the systematic and widespread violations of a citizen's civil, political, economic, cultural and social rights, including the use of torture and other cruel, inhuman, and degrading punishment. A GA Resolution that targets Yodok specifically could raise public awareness as to that camp's horrid and inhumane conditions, although this is dependent largely upon whether or not the media chooses to publicize it.

Another effective way of raising awareness would be through the efforts of an NGO or any other independent organization. Amnesty International and Human Rights Watch, two prominent international human rights NGOs, have published reports specifically con-

demning the operation of and torture tactics used in Yodok.²⁴¹ However, it would be even more beneficial if an independent organization dedicated solely to the human rights violations in North Korea were to release an official report or video, akin to the video produced by The Invisible Children earlier this year called "Kony 2012", which to date has over 89,000,000 views.²⁴² One such group is "Liberty in North Korea", ("LiNK"), an organization dedicated to both raising awareness regarding the dire conditions in North Korea – including the existence of concentration camps – and rescuing North Korean refugees.²⁴³ If an organization such as LiNK could release a video of similar production quality (though hopefully of more informative value) to Kony 2012, then this may empower individuals all over the world to start campaigns calling on their governments – and even on the U.N. – to take a harsher, more direct stance with the North Korean Government. To compel North Korea to close the Yodok concentration camp, the world must make its closing *the* human rights issue of our time, and must act with all due haste before another human rights issue takes its place.

237 Alston Steiner & Goodman, *International Human Rights in Context* (Oxford University Press 2007).

238 *Security Council Resolution 2044*, U.N. Security Council, S/RES/2044, April 2012.

239 *Security Council Resolution 2043*, U.N. Security Council, S/RES/2043, April 2012.

240 Alston Steiner & Goodman, *International Human Rights in Context* (Oxford University Press 2007).

241 SEE "Yodok, North Korea – Write for Rights 2011", Amnesty International, Nov. 15, 2011, *available at* <http://www.amnestyusa.org/news/multimedia/yodok-north-korea-write-for-rights-2011> (last visited April 7, 2012) & World Report 2012: North Korea, Human Rights Watch, *available at* <http://www.hrw.org/world-report-2012/world-report-2012-north-korea> (last visited April 7, 2012).

242 Invisiblechildreninc, "KONY 2012", YouTube, March 5, 2012, *available at* http://www.youtube.com/watch?v=Y4MnpzG5Sqc&feature=results_video&playnext=1&list=PLA186B5D376BFAC72 (last visited May 14, 2012).

243 LiNK: The North Korea Crisis, *available at* <http://www.link-global.org/> (last visited May 14, 2012).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**U.S. Institutionalized Torture
with Impunity: Examining Rape
and Sexual Abuse in Custody
Through the ICTY Jurisprudence**

Allison Rogne

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

U.S. Institutionalized Torture with Impunity: Examining Rape and Sexual Abuse in Custody Through the ICTY Jurisprudence*

Allison Rogne**

ABSTRACT

This article examines rape and sexual assault within the United State's prison system and posits that it reaches a level of torture with impunity that, when looked at through the lens of international criminal jurisprudence, may indicate that female prisoners do not deserve protection against rape, and may in fact be consider deserving of such treatment. It is a well-established principle, both domestically and internationally, that rape is torture when suffered as part of confinement. It is also well documented, both domestically and internationally, that rape is rampant in U.S. prisons. And it is well established, both domestically and internationally, that those who torture should not do so with impunity, that that impunity is an affront to civilization and the human rights principles to which we all strive. This article examines the situation of women incarcerated in the U.S. and the level to which they experience rape and sexual assault at the hands of correctional staff. The article also walks through the legal structure that instead of aiding these victims in finding justice, in practice inhibits that justice. The article looks to the ICTY jurisprudence to compare the treatment of rape as torture and explores the different treatment by courts of females imprisoned for crimes and those imprisoned in war, noting that women who are labeled as criminal as opposed to captive are, in effect, undeserving of protection. This article submits that government institutionalized torture, where the perpetrators are treated with impunity, is an even greater crime.

U.S. INSTITUTIONALIZED TORTURE WITH IMPUNITY: EXAMINING RAPE AND SEXUAL ABUSE IN CUSTODY THROUGH THE ICTY JURISPRUDENCE

"I was given direct orders to come to his office on numerous occasions and on a daily basis. It had gotten to the point where he would approach me on the yard demanding to see me. After coming to his office upon request the sexual assaults started to take place. I was ordered to perform oral sex on him as well as having sex with him right in his office... Upon talking to the Investigator and warden about what had happened... I was placed under investigation for 22 days in solitary confinement."¹

"He pushed me down on to a mattress and proceeded to pull down my pants and panties... He bit my forearm in three different places, I had bruises on my legs and back where I fought him and tried to turn over, as I was face down. Anyway, I ended up hysterical."²

* Recebido em 02/07/2013
Aprovado em 21/08/2013

** American University Washington College of Law (e.g. "University of California, Berkeley"). Email: ar7420a@student.american.edu

1 Stop Prisoner Rape – Survivor Stories: Geneva Bell. Available at: <http://spr.igc.org/en/survivorstories/genevaoh.html> (accessed April 26, 2013).

2 Stop Prisoner Rape – Survivor Stories: Johanna, California. Available at: <http://spr.igc.org/en/survivorstories/johanna.html> (accessed April 26, 2013).

“In California, the Bureau of Prisons placed women in a men’s prison, where guards sexually harassed the women, opened their cells at night, and let male prisoners into the cells to rape them. After a group of women prisoners reported this abuse the white women were transferred while the black women remained in the men’s prison for an additional ten days. One of these women was ‘beaten , raped and sodomized’ by three men who told her ‘the attack was in retaliation for her complaint.’”³

“He trampled on my pride and I will never be able to be the woman that I was.”⁴

1. INTRODUCTION

Above are the stories and words of women who have suffered rape as torture within prisons. Some of these women were confined in the prison camps of the Former Yugoslavia, some were confined in the U.S. not during a war, but in a system that continues to run with government sanction. It is a well-established principle, both domestically and internationally, that rape is torture when suffered as part of confinement. It is also well documented, both domestically and internationally, that rape is rampant in U.S. prisons. And it is well established, both domestically and internationally, that those who torture should not do so with impunity, that that impunity is an affront to civilization and the human rights principles to which we all strive. And yet, in U.S. prisons, shocking numbers of women are systematically raped and sexually abused by those that would rehabilitate them. Female prisoners are victims of vaginal and anal rape; forced oral sex; forced digital penetration; quid pro quo coercion of sex in order to retain privileges or protection; and sexual threats to name a few.⁵ Female prisoners face this kind of abuse daily, all while confined, unable to avoid the abuser, at their constant mercy. This abuse rises to the level of torture, both in the very real effects on these prisoners, and also in legal definition. Torture in itself is a crime. Rape in itself is a crime. But this article submits that government institutionalized torture, where the perpetrators are treated with impunity, is an even greater crime. It sends the signal to perpetrators, victims, and the public, that these

crimes will go unpunished, in fact they will be protected through a series of complicated legal barriers, and that these women, these victims, are not even worth protection. In the barriers imposed, both institutional and cultural, the impunity of prison rape indicates that not only are the victims unworthy of protection, but that on some level, whether subconsciously or consciously, our society believes that these women deserve this abuse.

This article examines the situation of women incarcerated in the U.S. and the level to which they experience rape and sexual assault at the hands of correctional staff. To understand that dark reality, the article presents both statistical and anecdotal evidence of the widespread and systematic nature of these instances. This is where the U.S.’s cultural understandings of prison rape emerges in the article as a thread connecting the different sections. Next the article begins to dissect three major categories of law: Domestic Civil Law; Criminal Law; and International Law. These sections present applicable U.S. and international law and then apply international human rights norms as a lens through which to analyze the reality of prisoners in the U.S.

The Domestic Law sections look at the existing U.S. laws through which prisoners can obtain justice. It also will describe different mechanisms as well as barriers to that justice such as the Prison Litigation Reform Act and prosecutorial discretion. The criminal portion focus on the criminal law the ideological and institutional barriers to criminal prosecution against those who rape female prisoners in the U.S. Finally, the Domestic section includes a brief discussion of the Prison Rape Elimination Act (PREA), an analysis of the stated purpose, and real outcomes as seen so far, as well as what these say about the possible change in cultural attitudes regarding prison rape. The International section is an examination of the effect of the 8th Amendment in generating standards and jurisprudence in instances of rape and sexual assault, and how the subsequent laws fall short of international legal standards (introduced in the next section) proscribed by the Convention Against Torture and the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which the U.S. is a party. The International portion also contrasts and compares instances in which rape has been found to be torture within the context of mass atrocity and war. While the climate and circumstances differ in many ways, the comparison is helpful to understanding the way in which rape rises to the level of torture, as well as the particular gravity of governments giving license to torture wo-

3 Kim Shayo Buchanan, “Impunity: Sexual Abuse in Women’s Prisons” 42 Harv. C.R. – C.L. L.Rev. 45, at 65, (2007).

4 Grozdana Čečez, ICTY testimony, recounting her rape at the Čelebići prison camp. Available at: <http://www.icty.org/sid/196>

5 *Id.*

men in this way. Specifically, the paper examines some of the leading jurisprudence from the International Tribunal for the Former Yugoslavia. The case deals with multiple counts of rape as torture based on the conditions and crimes committed in detention centers in the region. While the war time conditions and the reasons for confinement are vastly different than the situation of the U.S. prisons, the article argues that if these actions are so quickly accepted as criminal in societal breakdown like that of the Former Yugoslavia, it is all the more proof that the situation in the U.S. is an extreme violation of international standards, allowing the rape of thousands to occur with complete impunity. It can only be concluded that because the victims in the U.S. are labeled as criminal, unlike the counterparts in the Former Yugoslavia targeted for their ethnicity, they deserve to suffer these crimes.⁶

Finally the paper concludes that with the mass amount of regulation, law, jurisprudence, and advocacy, juxtaposed with the continued impunity, it can be concluded that not only are these women seen by both the public and their government as unworthy of protection, but also they are deserving of rape as torture, in addition to their punishment of incarceration. At last the paper makes a recommendation: that the lessons learned from PREA as it gains ground, begin to inform new efforts for reform in prosecution, a natural next step in a trend towards growing recognition that rape as torture cannot be committed with impunity.

2. THE RAPE OF FEMALE PRISONERS INCARCERATED IN THE U.S.

2.1 Data

Like rape in the public sector, prison rape is often unreported and it is therefore difficult to collect data on the rate of incidence.⁷ According to the National Institute of Justice, there have been 25 studies on prison

rape, each with a different methodology, some focusing on inmate interviews, some on filed reports. Hard data on actual incidence of prison rape nation wide continues to be difficult to gather, let alone data that specifically concerns rape of female inmates by prison staff.

In 2003 the Prison Rape Elimination Act (PREA) passed in the U.S. In producing the Act, Congress set out to determine the situation within U.S. prisons with respect to rape and made the following findings. At the end of 2001 there were 2,100,146 people incarcerated within the U.S. Of them, 1,324,465 were in Federal and State facilities, while 631,240 were housed in county and local jails.⁸ Congress also found, with some difficulty, that an estimate of at least 13% of U.S. inmates had been sexually assaulted in some form while incarcerated. With this calculation, it was determined that nearly 200,000 inmates had been the victims of prison rape and that the number of those sexually assaulted in the preceding 20 years was over 1,000,000. The report also found that, in keeping with what we know about prison rape culture, inmates who suffer from mental illness and young first-time offenders are at an increased risk of sexual victimization within prison. In particular, juveniles are at 5 times greater risk to be sexually assaulted if kept in an adult facility and that these assaults tend to occur within the first 48 hours of incarceration there. These numbers are mostly estimates because prison rape, not unlike rape outside prison, is largely underreported. Prison rape also increases the number of homicides and violence against both inmates and prison staff. In addition to the troubling statistics concerning the prevalence of prison rape, Congress also found that prison rape effects public safety; that brutalized inmates are more likely to commit crimes upon release. And finally, the report indicated that these high incidents increase costs incurred by Federal, State, and local jurisdictions in administration of their prison systems. The report made clear that prison rape is a human rights concern, as well as public safety concern. These statistics informed the drafting of the PREA. The first reporting period under these standards will be available sometime in 2014 and therefore a picture of the success of the standards in implementation is limited.

Since the passing of the legislation in 2003, the standards have undergone review and change – going into full-scale effect this past August. While the reporting period has not yet begun, the following data is available. As part of PREA, the

6 While not addressed in this paper, the racial makeup of female prisoners may also contribute to the notion that the women who are raped in prison deserve it. Women of certain racial background have been viewed for many years in our society as impure and therefore unrapeable.

7 National Institute of Justice. Prison Rape. Available at: <http://www.nij.gov/nij/topics/corrections/institutional/prison-rape/welcome.htm>

8 PREA.pdf doc Sec 2 Findings

Bureau of Justice Statistics (BJS), under the U.S. Department of Justice, carries out a comprehensive statistical review and analysis of prison rape each year. The Act also requires the Attorney General to submit a report by June 30th of each year in which all 7,600 correctional facilities covered by the Act are ranked according to incidence of prison rape.⁹ In 2012, the BJS came out with the following information. An estimated 9.6% of former state prisoners reported one or more incidents of sexual victimization while incarcerated.¹⁰ Approximately 5.3% of former state prisoners reported an incident involving facility staff.¹¹ The BJS estimates that 1.2% of former prisoners reported they unwillingly had sex or sexual contact with facility staff, while 4.6% reported that they willingly had sex or sexual contact with staff.¹² The reporting indicated that, following their release from prison, 79% of those unwillingly sexually victimized by staff felt shame or humiliation, and 72% felt guilt.¹³ Investigations other than those by BJS have indicated that staff sexual victimization of female inmates is much more prevalent. DOJ investigations into women's prisons in Michigan and Arizona found that nearly all the women interviewed reported some form of sexual aggression by guards.¹⁴

While it is difficult to gather hard data on the incidence rate nationwide, what is not hard to determine is the effect that prison rape has on the victims. Aside from understanding the widespread incidence of staff-on-prisoner rape, it is important to understand the experience. The experience, better than the statistics, illustrates the crime and human rights violation, and the importance of stopping it. Prisoners who experience rape in confinement at the hands of those who guard them live in an inescapable nightmare. Many prisoners suffer multiple abuses while incarcerated because they have been identified by their abusers as vulnerable.¹⁵

9 U.S. Department of Justice. PREA Data Collection Activities, 2012. June 2012, NCJ 238640.

10 *Id.*

11 *Id.*

12 *Id.* It is important to note that while it is described as willing by the inmate, sexual contact between inmates and guards is an inappropriate abuse of authority and in the majority of states a criminal offense. The power dynamic in custody is seen as making it legally impossible for an inmate to consent to sexual contact with any staff. *See* M. Dyan McGuire, *the Empirical and Legal Realities Surrounding Staff Perpetrated Sexual Abuse of Inmates*, *Criminal Law Bulletin* (2010); Ronald Dobash et al, *The Imprisonment of Women* (1986); Ashley E. Day, *Comment, Cruel and Unusual Punishment of Female Inmates: The Need for Redress Under 42 U.S.C. §1983*, 38 *Santa Clara L. Rev.* 555 (1998).

13 *Id.*

14 M. Dyan McGuire.

15 Just Detention International. "Learn the basics about prison

Victims of prison rape are likely to suffer both physically and emotionally, from developing post-traumatic stress disorder (PTSD), depression, drug addiction, to contracting sexually transmitted diseases, in particular HIV/AIDS.¹⁶ Survivors of prison rape suffer from both immediate and long-term mental health issues. In the short term these can include fear, anxiety, an exaggerated startle response, depression, impaired memory and concentration, rapid mood swings, difficulty sleeping or eating regularly, and an inability to complete regular daily tasks.¹⁷ Each of these conditions are difficult to deal with when outside a prison but it is important to remember that the victim suffers these conditions while incarcerated, where access to mental health care is significantly less than outside prison. Many women do not receive adequate mental health care following sexual assault in prison and as a result can suffer long term as well. ¹⁸ These long-term mental health concerns include PTSD, depression, addiction, and suicidal ideation.¹⁹ For victims who are forced to suffer multiple assaults or are under the supervision of their attacker, the risks are greater. They can suffer Complex PTSD which is a severe form caused by prolonged trauma.²⁰ And again, all of this is suffered while incarcerated, adding to the difficulties of being in prison and surviving rape, two things that are hard enough on their own, but compound each other.

3. DOMESTIC LAW

3.1 How does the U.S. define cruel and unusual punishment? Where is rape situated within that definition?

The U.S. Constitution provides protection for those incarcerated against cruel and unusual punishment through the 8th Amendment. It reads, "excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."²¹ What cons-

rape." 2013. Available at: http://www.justdetention.org/en/learn_the_basics.aspx

16 *Id.*

17 Just Detention International. *Mental Health Consequences of Sexual Violence in Detention*. February 2009.

18 *Id.*

19 *Id.*

20 *Id.*

21 The amendment applies to those convicted and in custody, while the 5th amendment serves as a similar protection for those in

titutes cruel and unusual punishment has been litigated before the Supreme Court which has determined that punishments themselves must be barred, defined as the “unnecessary and wanton infliction of pain.”²² Additionally Title 18 of the United States Code (U.S.C.) defines the criminal act of torture as the following:

- (1) “torture” means an act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control;
- (2) “severe mental pain or suffering” means the prolonged mental harm caused by or resulting from—
 - (A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;
 - (B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;
 - (C) the threat of imminent death; or
 - (D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality; and
- (3) “United States” means the several States of the United States, the District of Columbia

The 8th Amendment not only protects prisoners from direct actions by guards, but also from other prisoners.²³ In order to prove that a rape is in violation of the 8th Amendment, the complainant must prove deliberate indifference on the part of prison officials.²⁴ This is a high burden of proof and a subjective one. An 8th Amendment violation is not against the actual perpetrator of the rape, but against the prison and State for essentially ignoring with deliberate indifference the harm that the prisoner victim suffered.

3.2 Mechanisms: Civil Rights of Institutionalized Persons Act and Section 1983

There are two main mechanisms of justice for victims of prison rape in the U.S., the first is criminal prose-

pretrial custody. For the purposes of this article, the focus will be on the convicted and incarcerated, not the latter.

22 Whitley v. Albers, 475 U.S. 312, 319 (1986).

23 See Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517 (1984).

24 See Farmer v. Brennan, 511 U.S. 825 (1994).

cution by the DOJ through Title 18 of the U.S.C. This is addressed in a later section. The second is civil liability under the Civil Rights of Institutionalized Persons Act (CRIPA).

Through CIRPA, the DOJ is able to file suits against the state for abuses within their facilities. These are again separate from private actions by prisoners themselves. The DOJ will compile information from various sources including but not limited to prisoners, attorneys, and prison staff. Based on that information the DOJ will proceed with a suit. In order to do so, the DOJ must have reasonable cause to believe that an institution is subjecting its prisoners to conditions that violate the 8th Amendment. The DOJ will investigate the prison based on the information from those sources, with the facility on notice. The DOJ will interview those housed in the facility, tour it, and review any records of misconduct. The DOJ will still not file a suit at this point. They next will report their findings to the facility and then after a forty-nine-day period file the suit.²⁵ These suits are often resolved in negotiations and are not remedies for the prisoner victims themselves.

Prisoners are able to file private suits against the facility for the individual acts of sexual assault that they experience while incarcerated, but these suits are separate from the actions above. These suits are most often brought under Section 1983 of Title 42 (Civil action for deprivation of rights) U.S.C. which provides “every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom... subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress...” While prisoners have this option available, it is not often exercised because of the limited access prisoners have to legal representation while incarcerated – another barrier to remedy for sexual assault in prison. Civil remedies to prison rape relief are limited and seldom used, in comparison to the projected number of rapes that occur.

3.3 Barriers: Prison Litigation Reform Act

The Prison Litigation Reform Act (PLRA), passed in 1995, was an attempt by Congress to reduce

25 No Escape

the amount of frivolous lawsuits brought by inmates against the State.²⁶ The lawmakers themselves indicated a belief that those incarcerated were still deserving of basic human rights, noting specifically a right not to be tortured. However they were concerned by suits that were frivolous and possibly retaliatory, efforts to waste time and money, for things such as “insufficient locker space.”²⁷ The result, however, has been another significant barrier to relief for those who do suffer significantly, particularly rape victims. The PRLA states “No Federal civil action may be brought by a prisoner confined in a jail, prison, or other correctional facility, for mental or emotional injury suffered while in custody without a prior showing of physical injury.”²⁸ The issue arises with the prior physical injury requirement because courts have difficulty finding that rape is a *per se* physical injury, and it seems have thus far treated the issue on a case-by-case basis. While in several cases of male on male prison rape the court has found that rape is a “common sense” injury,²⁹ the issue becomes more complicated when the victim is a female.

This complication seems to arise from the general perception that female inmates are non-virtuous and therefore “unrapeable.”³⁰ Female prisoners who are approached by guards demanding sexual acts are often not physically harmed in the way that male prison rape victims are. This is often because a female prisoner will “consent” so as to avoid actual physical harm or retaliation by the guard or staff member.³¹ It is because of this type of sexual exchange that the majority of states³² have made it a crime for staff and inmates to have sexual contact, determining that those in custody do not have the capacity to consent. Nevertheless, while it is legally an act of sexual assault or rape, there is no obvious physical injury as required by PRLA, as counter intuitive as that may seem. And therefore the civil remedies that should be available to women who chose to come forward, are significantly diminished by the PLRA. While sexual assault and rape always include some force, whe-

re that force is intimidation or fear there may be no sign of physical injury. What makes this aspect of the PRLA such a conundrum is the “common sense” standard in *Liner v. Goord* referenced above. Any form of sexual assault or rape, even one committed only through a threat of force, is still a physical act. It is one of the oldest recognized forms of physical violence because it is so personal an invasion.³³ It seems that even absent an outright showing of physical injury in the manner of bruises or cuts, anything deemed rape, as are sexual acts between a prisoner and staff member, should automatically constitute a physical injury. The effect of PRLA, while certainly not the one it seems lawmakers intended, further indicates that female prisoners who are victims of rape are somehow less deserving of remedy and justice, and possibly deserving of that particular torture.

3.4 Criminal Prosecution

As difficult as civil remedies for prison rape are, criminal prosecution of a prison official, is exponentially more so. It is not surprising the extreme difficulty to criminally prosecute prison rape, when you consider the difficulty in rape prosecutions involving free citizens. The prison culture, the prison system, and the criminal justice system, as well as the politics of prosecution, all seem to work against this mechanism. Consider first the barriers to bringing charges. Oftentimes women who suffer rape outside of prison are reluctant to come forward because of shame and fear of reliving the experience.³⁴ Women in prison have those same mental blocks to telling their story to the police, preparing for a trial, and confronting a rapist in court. On top of that, they are often forced to remain in the custody of their rapists and are aware that coming forward to file a complaint may result in retaliation by either their rapists or other staff.³⁵ In the event, however, that a woman does overcome those fears and reports her claim, the issue of prosecutorial discretion will now come into play.

Data collected by the National Institute of Corrections Project on Addressing Prison Rape at the Washington College of Law revealed important findings regarding criminal prosecution of prison rape. The study identified three main reasons why prosecutors are reluctant to take these cases: (1) they are rarely high pro-

26 Deborah M. Golden, “Its Not all In My Head: The Harm of Rape and the Prison Litigation Reform Act” 11 *Cardo Women’s L.J.* 37 at 44(2004).

27 *Id.*

28 42 U.S.C. §1997e(e).

29 Golden at 46.

30 *Id.*

31 Kim Shayo Buchanan, “Impunity: Sexual Abuse in Women’s Prisons” 42 *Harv. C.R. – C.L. L.Rev.* 45, at 56, (2007).

32 Sarah K. Wake, “Not Part of the Penalty: the Prison Rape Elimination Act of 2003” 32 *J. Legis.* 220 (2006).

33 *See generally* Golden.

34 Buchanan at 65.

35 *Id.*

file or high value cases; (2) they are difficult to prosecute and high-risk cases; and (3) some prosecutors may consider assault a part of the penalty associated with conviction.³⁶ Regarding the first issue identified, prosecutors are elected officials, and their subordinates prioritize cases based on the platform and priorities of the elected prosecutor. In order to be elected, those priorities must reflect those of the community, and therefore it may be safe to say, based on the low incidence of criminal prosecution for prison rape, that communities do not prioritize the rights of prisoners. Prosecuting a case of prison rape may weaken the position of the prosecutor in the community, possibly making the office appear soft on crime,³⁷ the kiss of death for politicians everywhere. As to the second deterrent, rape cases are often difficult to prosecute regardless of where they occur. In prison rape cases, all of the standard difficulties in prosecuting rape exist, with the additional difficulties that they are presented by an unsympathetic victim. Juries often find inmates to be unbelievable as witnesses who may be biased against the staff – possibly vindictive.³⁸ In addition to unsympathetic victims and witnesses, the case is often difficult to build based on delayed reporting, usually a lack of physical evidence, poor investigation by the facility, and conflicting testimony.³⁹ Prosecutors who took part in the study indicated that without corroborative evidence, a prison rape case may be virtually untriable.⁴⁰ That type of evidence is difficult to come by based on prison culture, which often includes a code of silence.⁴¹ Finally, some prosecutors see their role as ensuring that criminals receive hard sentences.⁴² Often times great stock is placed in the length of sentence a prosecutor is able to obtain for a conviction, and it is suggested that some, though probably a minority, believe that physical abuse in prison is in fact part of that punishment.⁴³ While the study seems to indicate that this is in a minority of cases, the low priority given to prison rape prosecution, certainly when the public opinion factor is considered, may indicate that there is a

belief that these prisoners are less deserving of protections available to free citizens.

3.5 Prison Rape Elimination Act

In 2003 the Prison Rape Elimination Act (PREA) was signed into force. It's nine purposes are to: (1) establish a zero-tolerance standard for the occurrence of prison rape in the United States; (2) make the prevention of prison rape a top priority within each of the correctional facility; (3) develop and implement national standards that will enable authorities to detect, prevent, reduce, and punish prison rape; (4) increase available data and information regarding the incidence of prison rape, thereby improving the management and administration of correctional facilities; (5) promulgate standard definitions used in collecting data on the occurrence of prison rape; (6) increase the accountability of prison officials who fail to detect, prevent, reduce, and punish prison rape; (7) protect the Eight Amendment rights of all prisoners in the corrections system; (8) increase the efficiency of federal expenditures; and (9) reduce the effects of prison rape on interstate commerce.⁴⁴

While PREA is not itself a mechanism for relief, it is important for the role that it may play in moving away from impunity. In fact PREA does not create any cause of action whatsoever. It is an act that provides guidelines and regulations for the prison facilities themselves, aimed at reducing the prevalence of prison rape. It does not provide relief to victims through either civil or criminal penalties. It does, however, create an incentive for facilities to reduce instances of prison rape as well as require better data collection regarding those instances. As of this point it is still unclear what the effect of PREA will be, however there is praise and criticism from both sides for the effort. While critics believe it is a superficial step only mandating studies that will prove what we already know, namely that prison rape is a problem.⁴⁵ The proponents believe that it is an acknowledgement of that problem and a step in the direction of ending it. For PREA to be successful, the standards it creates will need to be enforced. Hopefully the act itself may be a harbinger of stronger efforts to come.

36 Brenda V. Smith, "Prosecuting Sexual Violence in Correctional Settings: Examining Prosecutors' Perceptions" Washington College of Law Research Paper No. 2008-50.

37 Mark Hansen, "Hunting Rapists Behind Bars"⁹⁵ – May A.B.A. J. 17 (2009).

38 *Id.*

39 *Id.*

40 *Id.*

41 *Id.*

42 *Id.*

43 Smith.

44 42 U.S.C. §§15601-15609.

45 *See generally* Wake.

4. INTERNATIONAL LAW

4.1 International Covenant on Civil and Political Rights

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) applies to persons deprived of liberties, meaning that the rights set out in the covenant, to which the U.S. is a party, are rights to which prisoners are also entitled. The relevant rights are the following:

Article 7 No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

Art. 10.1 All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

Art. 10.2.b Accused juvenile persons shall be separated from adults and brought as speedily as possible for adjudication.

The main concern with these conventions is that they lack a mechanism for enforcement. This is the overarching issue with much of international law. The gentle balance between accountability and sovereignty in international law is often too delicate and actually unbalanced in favor of sovereignty. The obvious problem being that to function it relies on preserving sovereignty of State parties in order to maintain their support. As a result there is no real mechanism for enforcement while there may be many clear violations. In the case of U.S. prison rape, there are violations of the above sections occurring regularly, however without the enforcement mechanisms, they go largely unadjudicated. The regional human rights bodies are courts of last resort, and while the U.S. is a member of the Inter-American Court of Human Rights, the court's decisions amount to value judgments and advisory opinions that can really only result in shaming the U.S. prison system. Unfortunately, shaming to promote change requires a large platform which the IACHR simply does not have. Without any effective enforcement mechanism, the international conventions become merely guidelines and a standard against which to hold the U.S. if only demonstratively.

4.2 The Convention Against Torture

The United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or

Punishment, Article 1:

1. For the purpose of this Declaration, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted by or at the instigation of a public official on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or confession, punishing him for an act he has committed or is suspected of having committed, or intimidating him or other persons. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions to the extent consistent with the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

2. Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

4.2.1 International use of the Convention Against Torture: Establishing Rape as Torture

Internationally accepted definitions of torture, including rape as torture, continue to evolve with new jurisprudence from the international tribunals as well as various regional human rights courts. To find a definition of rape as torture requires looking to both the Convention Against Torture (CAT) and its applications in this jurisprudence. The CAT, to which the U.S. is a party, broadly defines torture *as*, “any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him...or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind...inflicted by or at the instigation of ... or consent... of a public official...in an official capacity.”⁴⁶

The concept of rape *as* torture is a growing one. The notion that rape can be used to torture has grown out of the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals, the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda (ICTY and ICTR respectively). These conflicts were not only characterized by their bloody ethnic tensions, but by the many instances of sex and gender based crimes, particularly the use of rape to torture. There is no internationally accepted legal definition of rape, however the *ad hoc* tribunals both use a similar definition: “forcible sexual penetration of a

⁴⁶ Article 1, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. res. 39/46, U.N. June 26, 1987.

person, or forcing a person to sexually penetrate another...[which] includes penetration, however slight, of the vagina, anus or oral cavity, by the penis...not limited to the penis.⁴⁷ Together, the Chambers of both *ad hoc* tribunals have taken these definitions to find that rape can and has been used as torture within the conflicts under their jurisdiction. These have constituted groundbreaking decisions, affecting international criminal law, international human rights law, women's rights and many other spheres that confront and combat rape and torture. The jurisprudence of the *ad hoc* tribunals informs the decisions of the other international courts – the Special Court for Sierra Leone, Special Tribunal for Lebanon, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, and the International Criminal Court. While this jurisprudence is not controlling in the U.S., the trend towards prosecuting rape as torture at the international level should spur action within the U.S. to do the same in the many instances of prison rape. At the very least it provides guidance and a platform for those who would seek criminal justice in these instances.

4.2.2 U.S. reservations to the CAT: what is their affect on prisoners?

In its ratification of the Convention Against Torture, the U.S. made the following reservation:

The Senate's advice and consent is subject to the following reservations:

(1) That the United States considers itself bound by the obligation under Article 16 to prevent "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment," only insofar as the term "cruel, inhuman or degrading treatment or punishment" means the cruel, unusual and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth, and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.⁴⁸

This reservation effectively alters the definition of torture binding the U.S. under international law, rejecting the broader definition in CAT and adopting the definition within the U.S. Constitution and jurisprudence. In addition to the reservation, there is the Optional Protocol to CAT, not signed by the U.S., which specifically calls for oversight in prisons, allowing for international

and national monitoring. As far as CAT is concerned, the U.S. has diminished the ability of prisoners who suffer rape at the hands of the state to site CAT in a quest for relief. It is essentially the same as the violation of the 8th Amendment and carries no enforceable cause of action. However, it should be noted by the Committee Against Torture that many instances of prison rape do fall within the CAT definition of torture. In 2006, the U.S. submitted a report produced by the BJS in accordance with PREA to the Committee Against Torture as part of their reporting under CAT. According to that report, in 2005 there were 2,042 allegations of staff sexual misconduct.⁴⁹ Of those incidents, correctional staff found only 254 to be substantiated.⁵⁰ Of that small number that were substantiated, 82% of the staff involved were reassigned.⁵¹ That indicates that a very small number of staff members who have been accused of sexual misconduct have actually been removed from the facility, meaning that the overwhelming majority of prisoners who accused staff of misconduct would likely still be in the hands of the perpetrator.

5. INTERNATIONAL INCIDENTS AND JURISPRUDENCE

There have been several instances at the international level where individuals have been prosecuted and found guilty of the crime of rape as torture. While these situations are unique and quite different from those in which women prisoners in the U.S. find themselves victims, there are similarities. And it is perhaps the differences that make them so interesting as a way to view the lack of prosecution in the U.S. This paper hypothesizes that the international acknowledgment of rape as torture and the condemnation of it in situations of war, when compared with the criminal impunity of rape as torture in the U.S., suggests that on some level the women in the U.S. context are believed to be almost deserving of their torture. One of the key differences between the victims in the international cases that will be discussed, and the victims in the U.S. is that the former have not, prior to their torture, been found guilty of any crime.

47 *The Prosecutor and Gagic et al.*, Initial Indictment, Case no.: IT-96-23, ¶4.8, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

48 UMN Human Rights Library

49 Bureau of Justice Statistic "Sexual Violence Reported by Correctional Authorities, 2005, U.S. DOJ July 2006.

50 *Id.*

51 *Id.*

Some background is necessary to understand the cases discussed herein.⁵² The ICTY was established by the UN following the wars in the Balkans in the early to mid 90s. It was established in order to prosecute those most responsible for the war crimes, crimes against humanity, genocide, and grave breaches of the Geneva Conventions, that occurred in the region.⁵³ The conflict in the former Yugoslavia, particularly Bosnian and Herzegovina, was marked with sexual violence including many instances of rape as torture, new to the category of torture as previously prosecuted. One of the leading examples of rape as torture took place in the city and municipality of Foča. The ICTY convicted several leaders based on their involvement in the rape as torture of several women in detention centers in the

region. The case *Prosecutor v. Kunarac et al*⁵⁴ deals with crimes committed in the takeover and occupation of Foča, a city and municipality located southeast of Sarajevo, bordering Serbia and Montenegro.⁵⁵ One of the main focuses of the campaign to expel the non-Serb civilians was the targeting of women, using terror to expel them from the region. Women were taken to the various detention centers where Bosnian Serb forces used rape to control them, and also to pleasure and reward.⁵⁶ In addition, several women were detained in homes that functioned as brothels operated by and for groups of soldiers.⁵⁷ The following details the experiences of the women in each of the locations for which leaders of the Bosnian Serb forces were charged with crimes.

5.1 The Prosecutor v. Kunarac et al

The Trial Chamber in *Kunarac et al* adopted the following definition of torture based on the CAT as well as their jurisprudence and that of the ICTR:

- (i) The infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental.
- (ii) The act or omission must be intentional.
- (iii) The act or omission must aim at obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third person.⁵⁸

Note that unlike the U.S. definition of torture found in the U.S.C., the ICTY employs a definition that requires that the infliction of pain or suffering be for a purpose: obtaining information, confession, for punishment, intimidation, coercion, or discrimination. The U.S. definition only requires that the pain or suffering

52 In order to understand the particular crimes charged and convicted, as well as the context that makes these convictions unique when compared to the U.S. and its prison rape situation, a bit of historical background is helpful. In the early 1990s, the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) was comprised of six republics: Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia, and Slovenia; and the regions of Kosovo and Vojvodina were considered autonomous provinces within Serbia. The SFRY was made up of several ethnic and religious groups, the majority religions being Orthodox Christians, Catholics, and Muslims. The history of the region, until this point, had been marked with different periods of unrest, often motivated by ethnic or religious tensions, dating back to at least 1389, and the Battle of Kosovo. Prior to the conflicts of the early 1990s, the regions most recent ethnic conflicts had coincided with World War II and included the genocide of the Armenian population of the region, perpetrated by the Turkish leadership. Coinciding with the collapse of the Soviet Union and a resurgence of nationalism, the SFRY underwent a period of political and economic crisis that included the weakening of the central government as nationalist sentiments grew in the different republics. The nationalism sparked calls for independence as well as an imbalance of powers between the different republics, eroding what had been a carefully crafted common Yugoslav identity, increasing age old fear and mistrust among the different ethnic and religious groups. The break up of the SFRY began in 1991. In 1992, conflict began in Bosnia and Herzegovina. It had a very diverse ethnic population, the majority of the makeup being about 43 percent Bosnian Muslims, 33 percent Bosnian Serbs, and 17 percent Bosnian Croats. With overwhelming military superiority the JNA and Serbian armies quickly controlled over 60 percent of the country and the Bosnian Croats rejected the Bosnian government and declared their own republic, backed by Croatia. Around 100,000 people were killed and over two million were forced to flee their homes between April 1992 and November 1995. The campaign to rid Bosnian and Herzegovina of its non-Serb populations was systematic and included the detention, murder, torture and rape of the civilian population as well as massacres of non-Serb men and boys and the expulsion of women and children.

53 Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Arts. 2-5, entered into force May 25, 1993, UN Resolution 827.

54 The Prosecutor v. Kunarac et. al. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T ICTY. *Kunarac et al* was the first case by the ICTY to find convictions of rape as a crime against humanity. The accused: Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač, Zoran Vuković.

55 On 7 April 1992, the first military actions in the town of Foca began and the takeover was complete within ten days, while the surrounding villages were under siege until mid July. With the takeover, began the arrests of Muslim and Croat civilians, separating the men from the women, unlawfully confining thousands in detention centers such as Buk Bijela, Foca High School and Partizan Sports Hall.

56 “Foca” IT-96-23 and 23/1 Kunarac, Kovac & Vukovic, Case Information Sheet, ICTY.

57 The Prosecutor and Gagovic et.al, Initial Indictment, Case no.: IT-96-23, ¶¶ 1.4, 1.5., International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

58 Prosecutor v. Kunarac et al, Trial Chamber Judgment, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, February 22,2001, ICTY at ¶ 497.

be intentional and severe, and inflicted on someone under the control of the person acting under the color of law. The required element that the individual acting in official capacity have some purpose behind the infliction of the pain and suffering is litigated in instances of rape at the ICTY when the accused claims that the only purpose was sexual satisfaction. However, this distinction does not negate the similarities between the situations that will be outlined in the subsequent sections on ICTY jurisprudence.

Regarding the element of severe pain or suffering, either physical or mental, the ICTY, unlike the U.S. has found that rape is always a means of infliction of severe pain or suffering, either mental or physical, and therefore only seeks to find whether the instances charged involved rape.⁵⁹ The Appeals Chamber in *Kunarac* states “Generally speaking, some acts establish *per se* the suffering of those upon whom they were inflicted. Rape is obviously such an act. The Trial Chamber could only conclude that such suffering occurred even without a medical certificate. Sexual violence necessarily gives rise to severe pain or suffering, whether physical or mental, and in this way justifies its characterization as an act of torture.”⁶⁰ This departs from the instances described in the prior section on the PLRA. It should be recalled that there is minimal U.S. jurisprudence, and none that is controlling, that suggests that rape itself is a *per se* cause of pain or suffering. Having determined that rape is always an infliction of severe pain and suffering, the ICTY sought in *Kunarac* to determine whether the instances charged rose to the level of rape, and if that rape was committed for one of the defined purposes constituting torture.

5.1.1 Foča High School

In *Kunarac*, counts 13-28, for crimes against humanity, violations of the laws and customs of war, and grave breaches of the Geneva Conventions, include rape and torture as the underlying acts, and occurred at the detention center of Foča High School. During the occupation of Foča, the High School functioned as a barracks for Serb soldiers as well as a detention facility for Muslim women, children and the elderly between July 3 and July 13, 1992.⁶¹

59 Prosecutor v. Kunarac et al Appeals Chamber Judgment, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, June 12, 2002, ICTY at ¶150.

60 *Id.*

61 Gagovic. ¶¶ 6.1, 6.2.

Every evening at the detention center, women were sexually assaulted and gang-raped by Serb soldiers. The soldiers threatened to kill the women or their children if they resisted the sexual assaults. Those who did resist were often severely beaten.⁶² The health, both physical and psychological, of these female detainees was seriously compromised. Many suffered from exhaustion, gynecological issues, depression and thoughts of suicide.⁶³ Women were often beaten and raped at gunpoint by soldiers, usually several women in the same room at the same time. In addition to rapes within the detention center, soldiers often took women to the nearby hotel that served as a military headquarters, where they were repeatedly raped. These rapes included vaginal and anal penetration and fellatio.⁶⁴ When women tried to resist being taken for the purpose of rape, they were threatened with death, beatings or mass rape by soldiers on the front lines.⁶⁵ These rapes were not committed as a means of gathering information, or for punishment, they were committed because the women were held in captivity, were accessible, and the soldiers had power over them.

5.1.2 Partizan Sports Hall

Counts 36-55 of the initial indictment charge the accused with crimes against humanity, violations of the laws and customs of war, and grave breaches of the Geneva Conventions based on incidents of rape as torture at the Partizan Sports Hall. There, Serb forces held several female victims in detention who suffered repeated rapes at the hands of their captors. Women were kept at Partizan and taken daily to apartments and houses nearby to be sexually assaulted and raped by soldiers.⁶⁶ From around July 13 to August 2, 1992, women were detained and raped nearly every night. The rapes included vaginal and anal penetration and fellatio.⁶⁷ Several of these women, including FWS-87⁶⁸ were raped multiple times while detained at Partizan. On one occasion, FWS-87 was gang-raped by four men. She became suicidal while

62 *Id.* ¶6.4.

63 *Id.* ¶6.5.

64 *Id.* ¶¶6.6-6.8.

65 *Id.* ¶6.11.

66 *Id.* ¶9.1.

67 *Id.*

68 At the ICTY, some witnesses and victims are assigned an alias as part of the protective measures set out in the Tribunal's Rules of Procedure and Evidence. Rule 75.

detained at Partizan.⁶⁹ In order to get the detained women to submit to sexual acts, the soldiers threatened the lives of other detainees and made physical threats against the individual women.⁷⁰ Similar to the instances described at Foča High School, the indictment does not indicate any information gathering or interrogational purpose for these rapes.

5.1.3 Karaman's House

The final relevant counts, 56-59, of the indictment concern the acts committed by the accused at Karaman's House, a home owned by a Muslim man who lived in Germany. The house was near Partizan and operated as a brothel for the Serb forces. Unlike the detention centers, the living conditions of the brothel were less inhumane. The women had sufficient food and were able to lock their doors against unauthorized men. However, the women who lived in Karaman's House were also subjected to multiple rapes and sexual assaults.⁷¹ The women lived in constant fear of their lives and several became suicidal.⁷² Like Partizan and Foča High School, there was no interrogation or gathering of information, the women were detained and subjected to rape at the pleasure of their captors.

5.1.4 Kunarac et al findings regarding rape as torture and how they can inform U.S. proceedings

In this case before the ICTY, the Trial Chamber found the accused guilty of rape as torture, the first ICTY finding of guilt for rape as a crime against humanity, advancing jurisprudence internationally and giving greater foundation for other instances of rape as torture. While the cases before the ICTY are significantly more complicated than any case that might be brought in the U.S. concerning rape as torture in a prison facility, the findings by the ICTY can provide guidance.⁷³ In spi-

te of the vast differences, there are significant similarities in the instances before the tribunal and the findings regarding those instances provide jurisprudence for any future U.S. case, or other cases for that matter. The similarities suggest that, regardless of the context in which women are placed in confinement, if they suffer rape or sexual assault at the hands of those who detain them, it must be seen as torture.

In their determination of guilt, the Trial Chamber dealt with issues that mirror those that a U.S. court would face. In one of the incidents of rape alleged in *Kunarac* it was contended by the defense that because the victim, coded Witness DB, appeared to consent, Kunarac had not committed rape.⁷⁴ Evidence was presented that because DB had taken an active role in the incident, by removing the accused's pants and kissing him, the act was consensual.⁷⁵ However, the Trial Chamber found that the victim had complied out of fear – she had been threatened by a subordinate of the accused.⁷⁶ The Trial Chamber also noted that because the victim was detained, the accused could not believe that she had consented to the sexual intercourse.⁷⁷ This is a similar view to that of many U.S. jurisdictions – that those in confinement are incapable of consenting to sexual acts with those who guard them. However, the ICTY Trial Chamber approaches this issue from the opposite side, and it is an important distinction to make. The ICTY places the onus on the perpetrator in determining whether they believed the victim consented. The ICTY found that there is no way a person holding power over a detainee could believe that the detainee consented to a sexual act. In this distinction, the ICTY suggests that perceived consent on the part of the perpetrator may negate guilt, however, the Trial Chamber reaches the same end as the majority of U.S. jurisdictions do via statute, that a person detained cannot consent to a sexual act with the detainer.

In a similar finding, the Trial Chamber rejects the defense by Kovac that witness FWS-87 was in love with him and therefore consented to sexual acts. The Trial Chamber found that the relationship between the de-

69 *Id.* ¶¶9.6-9.9.

70 *Id.* ¶9.14.

71 *Id.* ¶¶10.2-10.5.

72 *Id.* ¶¶10.6, 10.7.

73 The author acknowledges that the cases before the ICTY concern a complex period marked by war, bloody ethnic tension, and political power struggles, unlike any instance of rape as torture within a U.S. prison facility. The article does not attempt to equate the overarching situations or suggest that they are in any way similar. The focus is on the jurisprudence available to courts that wish to pursue charges of rape as torture, as well as the actual instances, their effect on the women, and the similarities that suggest that

whenever women in confinement are raped at the hands of those who confine them, it must be seen as torture, regardless of the reason for their confinement.

74 Prosecutor v. Kunarac et al, Trial Chamber Judgment, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, February 22, 2001, ICTY. At ¶¶644-646.

75 *Id.*

76 *Id.*

77 *Id.*

tainee and Kovac was one of “cruel opportunism, of constant abuse, and domination.”⁷⁸ In the U.S. there are instances in which female prisoners and their guards develop “relationships”, but there still exists a legal presumption that a person who is imprisoned is incapable of consenting to those that wield power over them.⁷⁹ Whether or not there appears to be a consensual relationship is irrelevant in these instances, the women’s status as a prisoner makes them incapable of consent, and the same appears to be true within the ICTY jurisprudence.

The *Kunarac* Trial Chamber decision was appealed following the conviction of each of the accused.⁸⁰ While the Appeals Chamber upheld the convictions and sentences imposed by the Trial Chamber, they gave additional commentary on the crime of rape as torture. The Appeals Chamber agreed with the Trial Chamber’s analysis of international jurisprudence, arriving at the conclusion that rape may constitute torture.⁸¹ The Appeals Chamber described the conditions to which the women were subjected: the rapes occurred in detention centers, against women who were considered the sexual prey of their captors, and that any who resisted were treated with extra brutality, and noted that the repeated nature of the rapes also indicated torture.⁸² Finally, the Appeal Chamber rejected the argument that the rapes were based entirely on the sexual satisfaction of the perpetrators and not for any prohibited purpose defined by the crime of torture.⁸³ The factors that led the Appeals Chamber to uphold the convictions exist in instances of prison rape in the U.S. Particularly included is the characterization of the women as the captive sexual prey of officers, the retaliations for resistance and the conclusion that repeated instances of rape indicates torture. These factors are seen in many of the studies on U.S. Prison rape outlined earlier.

While the conditions that lead to the imprisonment of the women in the *Kunarac* case are quite different than those that lead to imprisonment in the U.S., the condi-

tions that they suffer once confined share many similarities that have proved key to torture convictions. The women in the detention centers at Foča High School, Partizan , and the brothel at Karaman’s House who were victims of rape at the hands of those who held them in custody experienced similar abuses as women imprisoned in the U.S. who are victims of rape at the hands of those who hold them. While their imprisonment is the result of drastically different circumstances, the abuse these women suffer as well as the short and long-term effects are the same. Both scenarios include threats against the women themselves, as well as their families. Both sets of victims experience physical and mental harm that is lasting and undeserved.

6. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

Rape within a government run detention facility, in the U.S. or abroad, is an act of torture. Government institutionalized torture is a particularly heinous crime because it sends the message to society that these crimes will go unpunished, that the victims are unworthy of protection, and that perhaps these women deserve it. While the attitudes of society regarding female prisoners in the U.S. are not clear through testimony or data, they are gleaned through the laws and barriers those laws create. It is clear that while the international community views rape in detention as torture, the U.S. is rife with barriers to justice for those victims. Although the 8th amendment provides prisoners protection against the actions of guards as well as other prisoners, PLRA attempts to reduce frivolous lawsuits and ultimately acts as a barrier to relief for rape victims. In addition to these legal barriers, women are often reluctant to go through the process out of shame and a fear of reliving the experience, and when they do come forward, prosecutors view these cases as high risk/low reward, creating another barrier/layer of complexity. These legal barriers indicate an unspoken belief that female prisoners are somewhat deserving of this punishment. There is no international consensus regarding a definition of rape, but some definitions have found that rape can and has been used as torture. The international examples used in this article reveal that while conditions of imprisonment are radically different, the abuse these women suffer are essentially the same. When compared to the justice for rape victims actively sought at the ICTY, the

78 *Id* at ¶762.

79 M. Dyan McGuire.

80 The Trial Chamber issued the following sentences: Kunarac 28 years imprisonment, Kovac 20 years imprisonment, Vukovic 12 years imprisonment. Each of these sentences was upheld by the Appeals Chamber. *Kunarac et al Appeals Chamber Judgment, ICTY*, June 12, 2002.

81 *Id* at ¶¶181-185.

82 *Id* at ¶¶ 326-334.

83 *Id* at ¶ 180.

similarities of the circumstance, and the differences in the perception of the victims, contribute to this theory. Absent any clear effort, up until this point, to end the government impunity, it can be assumed that as a whole society is indifferent towards victims of prison rape. Because victims of rape in armed conflict are given mechanisms to seek justice, it can be assumed that it is not an overall indifference toward rape victims, but rather towards criminal rape victims. The key difference, as discussed in this article while acknowledge many undiscussed differences, is that the victims in armed conflict are confined unjustly by their rapists, while the victims in U.S. prisons are confined as a result of the U.S. justice system. Being labeled a criminal, however, does not allow for rape/torture. The very existence of the various torture conventions confirms that conclusion.

While there are many layers of difficulty in obtaining justice for prison rape victims, there is a substantial movement being made with the PREA. PREA is indicative of a cultural shift towards ending torture with impunity in the U.S. prison system. Its an acknowledgement of a widespread and systemic problem. While it may not be enough to seriously combat these extreme human rights violations, it is certainly a step and hopefully an indication of more concrete and effective steps to come. Hopefully, when faced with the data collected through the regulations, the U.S. will begin to take more active steps towards ending this gross human rights violation that exists throughout the country. If the BJS can begin

to develop a stronger picture of the level of rape in U.S. prisons, and that data is effectively used to sanction facilities in violation of the regulations, there will be a strong and historic shift in the issue of torture and impunity within the U.S. prison system. With that shift, hopefully, prosecution will grow. Prosecutors should look to the trend towards ending prison rape and begin to take an active role in leading the U.S. out of its shameful position as a country that routinely submits its citizens to a very damaging torture, and does so without justice. The advancements in international criminal prosecutions can only support domestic prosecutorial efforts. While not controlling by any means, the decisions of international courts give domestic courts greater jurisprudence to draw from. While women in the Former Yugoslavia were raped and tortured based only on their heritage, women in the U.S. suffer the same fate, based only on their status as prisoner. Regardless of the offense that has brought these women to be imprisoned, it does not justify this cruel and degrading treatment. They are no less deserving of protection than their counterparts across the globe imprisoned because of their status in a community. The Muslim women were seen as unrapeable as well, they were seen as criminals to society as well, and they receive justice because the government who imprisoned them has gone. Governments cannot continue to torture with impunity because they are in power, and the women in U.S. prisons deserve the protection of their government from the violence of their captors.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Abduction, Torture,
Interrogation: An Argument
Against Extraordinary Rendition**

Kaitlyn E. Tucker

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

Abduction, Torture, Interrogation: An Argument Against Extraordinary Rendition*

Kaitlyn E. Tucker**

If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy...to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal-would bring terrible retribution^{1,2}

ABSTRACT

The dual aims of this paper are (1) to assert that the United States' extraordinary rendition program stands in stark contrast to its international obligations under the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment ("Torture Convention"), and (2) to suggest that providing specific civil remedies to the individuals who endured the program's effects will provide deterrence from continuing the program. First, this paper defines the extraordinary rendition program and explains how it originated. Second, this paper argues that the extraordinary rendition program's costs outweigh its benefits in the War on Terror through a specific focus on how it violates the Torture Convention and invites retribution. Finally, this paper sets forth changes to create disincentives for using the program – namely, altering the state secrets privilege and allowing corporations involved with the program to be sued – and suggests that returning to older practices such as irregular rendition could adequately meet the goals of extraordinary rendition with fewer human rights violations.

INTRODUCTION

An American citizen waits patiently in an airport terminal in Jordan for a flight back to the United States. Several men – Jordanian officials – are watching the American and waiting for the right moment to approach him. The American gets up and starts to walk away, perhaps to get a cup of coffee. The Jordanian officials stop the American quickly and take him to a secluded part of the airport. For the next several days, the Jordanians question the American relentlessly, trying to discover his connection to the torture of hundreds of Muslim and Middle Eastern individuals. They do not let him call the American consulate, an attorney, or any of his family members. After several days of non-stop interrogation, the Jordanians tell the American he is going home. They turn the American over to a group of Pakistani men who blindfold him, take him to a secluded airstrip, beat him, sodomize him, and sedate him before they put him on the plane. When the American regains full consciousness, he realizes that he is not in America. Instead, he is somewhere in Eastern Europe, forced

* Recebido em 26/03/2013
Aprovado em 20/10/2013

** University of Mississippi Main Campus.
Email: ketucker@go.olemiss.edu

1 United States v. Toscanino

2 United States v. Toscanino, 500 F.2d 267, 274 (2d Cir. 1974)(quoting *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 at 484-485 (1928)).

to spend the majority of his time locked in a very small underground cell.

For the next year, the American withstands severe interrogation techniques by the Pakistani men, who are members of Pakistan's intelligence agency. These agents keep the American naked and exposed most of the time.³ On interrogation days, the Pakistani intelligence officers beat him, wall him,⁴ and force him into stress positions. The American endures sleep deprivation and waterboarding. The Pakistani intelligence officers specifically designed each extreme interrogation technique used to create the dependence necessary to collecting intelligence in a sustainable way.⁵

Finally, the Pakistanis release the American, broken after the year of unmitigated suffering. The American has precious few opportunities to receive a remedy for the yearlong torture and interrogation he endured in Pakistani custody. The Pakistani courts refuse to hear the case because it could endanger national security, and the Pakistani government claims that the acts were not violations of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (the "Torture Convention")⁶ because they did not take place in Pakistan.

Although American citizens have not faced scenarios like the one described above, American officers and agents have carried out missions similar to the one described above. This process, known as extraordinary

rendition,⁷ occurs when the government agents of one nation to take physical custody of an individual and bring that person into another country for intense interrogation outlawed by the abducting nation's laws. Over the last twenty years, American officials have used extraordinary rendition to break up terrorist cells in the Middle East, to prevent these groups from engaging in more terrorist attacks, and to circumvent bringing any of these individuals into the United States for a criminal trial.

Born out of a policy known as irregular rendition, this particularly extreme procedure may help bring about enormous results in America's War on Terror, but it leaves the United States vulnerable in a variety of ways. The Torture Convention does not allow an individual to be tortured for any reason.⁸ Even beyond the breaches to the Torture Convention, the process of extraordinary rendition is diplomatically volatile and is more likely to result in retaliation and retribution.⁹ As a result, the United States' current support and practice of extraordinary rendition for suspected terrorists is more dangerous than its potential results are worth.

This paper argues that the United States should stop using extraordinary rendition as a method to gain information from suspected terrorists. The extraordinary rendition program comes with detrimental ramifications in the international community – far beyond justifying any potential value. Instead, the United States government needs to create disincentives to continue the program in its current state through a variety of legal remedies for extraordinary rendition survivors. In addition, the United States government could revert to former programs that do not violate human rights.

Part I of this paper provides an overview and explanation of America's policy on rendition. Specifically, Part I describes the two different types of extraordinary rendition – rendition to other countries for interrogation and rendition to American-run black sites.¹⁰ Addi-

3 See International Committee of the Red Cross Report on the Treatment of Fourteen "High Value Detainees" in CIA Custody (Feb. 2007) assets.nybooks.com/media/doc/2010/04/22/icrc-report.pdf (last visited Oct. 2, 2012) ("The most common method of ill-treatment noted during the interviews with the fourteen was the use of nudity. Eleven of the fourteen alleged that they were subjected to extended periods of nudity during detention and interrogation, ranging from several weeks continuously up to several months intermittently.")

4 See Scott Horton, New CIA Docs Detail Brutal "Extraordinary Rendition" Process (Sept. 28, 2009), http://www.huffingtonpost.com/2009/08/28/new-cia-docs-detail-bruta_n_271299.htm (last visited Oct. 2, 2012) ("Coercive techniques" used include: walling (slamming a prisoner's head against the wall, with some protective measures to avoid serious injuries)...") [hereinafter Horton]

5 See Background Paper on CIA's Combined Use of Interrogation Techniques (Dec. 30, 2004) www.aclu.org/torturefoia/released/082409/oclemand/2004olc97.pdf (last visited Oct. 2, 2012) ("The goal of interrogation is to create a state of learned helplessness and dependence conducive to the collection of intelligence in a predictable, reliable, and sustainable manner.")

6 Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, opened for signature Feb. 4, 1985, S. Treaty Doc. 100-20, 1465 U.N.T.S. 85, entered into force June 26, 1987.

7 See David Weissbrodt and Amy Bergquist, *Extraordinary Rendition and the Torture Convention*, 46 VA. J. INT'L L. 585, 586-87 (Summer 2006).

8 Torture Convention, *supra* note 5, Art. 2, ¶ 2.

9 Toscanino, *supra* note 1. ("If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy...to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal— would bring terrible retribution.")

10 See Ingrid Deter Frankopan, *Extraordinary Rendition and the Law of War*, 33 N.C. J. INT'L L. & COM. REG. 657, 675-77 (Summer 2008). Some detainees are, according to reports, taken through secret de-

tionally, this section follows the civil suit filed by El-Masri, an innocent man subjected to an extraordinary rendition and torture at a black site.

Part II argues why the extraordinary rendition program's cost outweighs any potential benefits to the War on Terrorism. Specifically, this section shows how the program violates the Torture Convention, despite American arguments to the contrary. Additionally, this section argues that through violating the Torture Convention and inviting retribution, extraordinary rendition's costs outweigh the benefits.

Finally, Part III suggests ways to create disincentives for extraordinary rendition as an effort to rectify the damage caused by its use. The American government can alter how the judicial system treats the civil suits brought by extraordinary rendition's victims and, thus, establish disincentives for the program. This section also argues that the American government could achieve its preventative goals better by returning to older practices. Finally, this section argues that the Committee Against Torture must amend the Torture Convention to prevent further confusion on what is or is not a violation under its obligations.

1. AMERICAN EXTRAORDINARY RENDITION

Extraordinary rendition occurs when government agents from one country detain an individual suspected to be a terrorist in another country, kidnap that individual, and deliver him to yet another country for torturous interrogation.¹¹ In terms of American poli-

tion centres: so called "black sites" are normally used by CIA in cooperation with other governments. These sites have been claimed to exist in Afghanistan at the Bagram Air Base and in Iraq at Camp Cropper . . . Black sites are also alleged to exist in Egypt, and Morocco, for example in the al-Tamara interrogation centre near Rabat. In Thailand, the Voice of America relay station in Udorn Thani has been said to host a black site. Claims have also been made that black sites have existed in several European countries, especially in the post-communist states, such as Poland, at Mihail Kogalniceanu near Constanta, in Romania, Armenia, Georgia, Latvia, Bulgaria and Slovakia. Not only ex-communist states have been implicated, but many Western states have been accused of tolerating activities by the CIA including, Austria, Belgium, Cyprus, Denmark, Germany, Greece, Ireland, Italy, Poland, Portugal, Romania, Spain, Sweden and the United Kingdom.

¹¹ Frankopan, *supra* note 9; see Margaret L. Satterthwaite, *De-Torturing the Logic: the Contribution of CAT General Comment 2 to the Debate Over Extraordinary Rendition*, 11 N.Y. CITY L. REV. 281 (Summer 2008); see Elizabeth Rose Bailey, *Controlling Government Secrecy: A Judicial Solution to the Internal and External Conflicts Surrounding the*

cy, this practice grew out of another practice known as irregular rendition. An irregular rendition occurs when officers or agents of one country enter another country, abduct a suspected criminal, and return that person to their country so that he or she can face criminal prosecution. Extraordinary rendition and irregular rendition are both problematic alternatives to extradition because they circumvent the internationally accepted processes for gaining control of another country's citizens.

What began as a model of the "bad capture, good detention" thought for gaining jurisdiction over a suspected criminal has evolved into even larger, more extreme exertion of American authority. The United States government employed two forms of extraordinary rendition over the last twenty years. These two forms need to be distinguished from each other. The following subsections distinguish the two forms of extraordinary rendition and highlight rendition to black sites as the most severe and problematic. The last subsection documents the experiences of one individual who endured captivity in an American run black site facility.

1.1 Extraordinary Rendition With Assurances

Under the first extraordinary rendition form, American agents detain suspected terrorists anywhere in the

State Secrets Privilege, 58 BUFF. L. REV. 1187 (December 2010); see Peter Johnston, *Leaving the Invisible Universe: Why All Victims of Extraordinary Rendition Need a Cause of Action Against the United States*, 16 J.L. & POL'Y 357 (2007); see Leila Nadya Sadat, *Extraordinary Rendition, Torture, and Other Nightmares From the War on Terror*, 75 GEO. WASH. L. REV. 1200 (August 2007); see Astineh Arakelian, *Extraordinary Rendition in the Wake of 9/11*, 40 SW. L. REV. 323 (2010); see Melanie M. Laffin, *Kidnapped Terrorists: Bringing International Criminals to Justice Through Irregular Rendition and Other Quasi-Legal Options*, 26 J. LEGIS. 315 (2000); see A. John Radsan, *A More Regular Process for Irregular Rendition*, 37 SETON HALL L. REV. 1 (2006); see John P. Blanc, *A Total Eclipse of Human Rights – Illustrated by Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 114 W. VA. L. REV. 1089 (Spring 2012); see Leila Nadya Sadat, *Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law*, 37 CASE W. RES. J. INT'L L. 309 (2006); see Erin E. Bohannon, *Breaking the Silence: A Challenge to Executive Use of the State Secrets Privilege to Dismiss Claims*, 65 U. MIAMI L. REV. 621 (Winter 2011); see Laura K. Donohue, *The Shadow of State Secrets*, 159 U. PA. L. REV. 77 (December 2010); see Margaret L. Satterthwaite, *Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law*, 75 GEO. WASH. L. REV. 1333 (August 2007); see Michael Byers, *Helmut Philipp Aust. Complicity and the Law of State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 23 EUR. J. INT'L L. 586 (May 2012); see William Magnuson, *The Domestic Politics of International Extradition*, 52 VA. J. INT'L L. 839 (Summer 2012); see David Weissbrodt and Amy Bergquist, *Extraordinary Rendition and the Humanitarian Law of War and Occupation*, 47 VA. J. INT'L L. 295 (Winter 2007).

world and release them into the custody of other countries such as Jordan, Iraq, Egypt, and Afghanistan.¹² The United States agents then ask the receiving countries for assurances that the suspected terrorist detainees will not be tortured.¹³ The Committee Against Torture determined that these assurances are insufficient to prevent any country from violating the Convention.¹⁴

1.2 Extraordinary Rendition to Black Sites

Black sites are the second form of American extraordinary rendition.¹⁵ These black sites are CIA-established facilities set up and operated in the Middle East and in Europe by Americans.¹⁶ While in one of the bla-

ck site prisons, detainees experience a series of phases that build up to interrogation.¹⁷

Suspected terrorists can be detained anywhere in the world by any country before they are turned over to CIA agents. The CIA agents then render the “high value detainee” to a black site,¹⁸ where he “finds himself in the complete control of Americans.”¹⁹ Agents shave the detainees before photographing them naked and evaluating them during the Initial Conditions phase.²⁰ The second phase, Transition to Interrogation, allows interrogators to determine how receptive the each detainee is to turning over information.²¹ Because of a very high standard for willingness to provide information, most detainees become tracked for an intense level of interrogation.²²

During the final, full-blown Interrogation phase, interrogators use a variety of techniques to achieve a learned dependence goal.²³ Interrogators expose the detainees to white noise, loud noises, and constant light during the interrogation.²⁴ The detainees endure prolonged nakedness, sleep deprivation, and stay on a liquid diet.²⁵ Interrogators use physical force on the detainees, including: slaps,²⁶ walling,²⁷ “water dousing,”²⁸ stress

12 See ACLU Fact Sheet: Extraordinary Rendition (Dec. 6, 2005), <http://www.aclu.org/national-security/fact-sheet-extraordinary-rendition> (last visited Sept. 23, 2012) (“Foreign nationals suspected of terrorism have been transported to detention and interrogation facilities in Jordan, Iraq, Egypt, Diego Garcia, Afghanistan, Guantánamo, and elsewhere.”).

13 See Stephen Grey, Frontline: Extraordinary Rendition (November 7, 2007), http://pbs.org/frontlineworld/stories/rendition701/video/video_index.html (last visited Sept. 23, 2012) (“They claim that when they send terror suspects to other countries, they get assurances they won’t be tortured, but even former CIA officials admit those claims are worthless.”), (“You can say we asked them not to do it, but you have to be honest with yourself and say there’s no way we can guarantee they are going to do that,” says Tyler Drumheller, who ran CIA operations in Europe at the time Abu Omar was kidnapped and ‘rendered’ to Egypt. ‘Once you turn them over you have no control over that.’); See Fact Sheet, *supra* note 11. (Robert Baer: “If you want a serious interrogation, you send a prisoner to Jordan. If you want them to be tortured, you send them to Syria. If you want someone to disappear – never to see them again – you send them to Egypt.”)

14 See Torture Convention, *supra* note 5, Art. 17; See Weissbrodt, *supra* note 6, quoting *Agiza v. Sweden*, Communication No. 233/2003, May 20, 2005, U.N. Doc. CAT/C/34/D/233/2003. (“[I]t was known or should have been known, to [Sweden]’s authorities at the time of complainant’s removal that Egypt resorted to consistent and widespread use of torture against detainees, and that the risk of such treatment was particularly high in the case of detainees held for political and security reasons.”); See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 3 (“[n]o State Party shall expel, return (“*refouler*”) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture.”).

15 See Grey, *supra* note 12 (After the war began in Afghanistan in 2002, the CIA set up its first secret jails or “black sites.” “The dark prison was run by the Americans,” a former inmate, Bisher al-Rawi, tells Grey. “It wasn’t Afghani people flying the aircraft, it wasn’t Afghani people who sort of shackled me and did whatever they did to me. It was Americans.”)

16 See Grey, *supra* note 12 (One of them, located just outside Kabul, was known as the “dark prison.” By early 2003, the United States was negotiating secret agreements with governments in Eastern Europe to set up black sites on their territory. A report this

summer by the Council of Europe declared it had proof of two CIA black sites, one on the east coast of Romania, the other at an airbase in Poland.)

17 See CIA Report, *supra* note 4 (“[T]he interrogation process can be broken into three separate phases: Initial Conditions; Transition to Interrogation; and Interrogation.”).

18 See CIA Report, *supra* note 4 (“The HVD is flown to a Black Site[.] A medical examination is conducted prior to the flight. During the flight, the detainee is securely shackled and is deprived of sight and sound through the use of blindfolds, earmuffs, and hoods. There is no interaction with the HVD during this rendition movement except for periodic, discreet assessments by the on-board medical officer.”).

19 See CIA Report, *supra* note 4, page 3.

20 See CIA Report, *supra* note 4, page 3.

21 See CIA Report, *supra* note 4, page 4.

22 See CIA Report, *supra* note 4, (“The standard on participation is set very high during the Initial Interview. The HVD would have to willingly provide information on actionable threats and location information on High-Value Targets at large – not lower level information – for interrogators to continue with the neutral approach.”)

23 See CIA Report, *supra* note 4.

24 See CIA Report, *supra* note 4, page 5.

25 See CIA Report, *supra* note 4, page 6.

26 See CIA Report, *supra* note 4, page 6.

27 See Horton, *supra* note 3.

28 See CIA Report, footnote 4, *supra*, (“The frequency and duration of water dousing applications are based on water temperature and other safety considerations as established by OMS guidelines. It is an effective interrogation technique and may be used frequently within those guidelines. The physical dynamics of water dousing

positions,²⁹ wall standing,³⁰ and cramped confinement.³¹ Additionally, some detainees allege that they endured electric shock treatments and threats of sexual torture.³²

1.3 A Personal Look at the Black Sites: El-Masri

Macedonian authorities apprehended Khaled El-Masri on New Year's Eve in 2003 as he tried to cross the Macedonian-Serbian border.³³ The Macedonians held El-Masri in a hotel for 23 days.³⁴ On January 23, 2004, men in civilian clothes entered the hotel room. The men in civilian clothes forced El-Masri to make a statement that no one mistreated him during captivity and that he would return to Germany soon.³⁵ These men blindfolded El-Masri and drove him to an airstrip about an hour away.³⁶ When the vehicle stopped, the men pulled El-Masri out of the vehicle and led him into a building where they beat him, stripped him naked, and sodomized him.³⁷ The men removed his blindfold and took a picture, allowing El-Masri to see seven or eight men dressed in black and wearing ski masks.³⁸ They dressed him in a diaper and tracksuit, secured earmuffs over his ears, and blindfolded him once again.³⁹ The men dressed in black dragged El-Masri to a plane and sedated him.⁴⁰ When he awoke, El-Masri realized that, instead of flying to Germany,⁴¹ his captors took him to Kabul, Afghanistan.⁴²

are such that it can be used in combination with other corrective and coercive techniques.”); see Red Cross Report, *supra* note 2. (“In each case, the person to be suffocated was strapped to a tilting bed and a cloth was placed over the face, covering the nose and mouth. Water was then poured continuously onto the cloth, saturating it and blocking off any air so that the person cannot breathe. This form of suffocation induced a feeling of panic and the acute impression that the person was about to die.”)

29 See CIA Report, *supra* note 4, page 9.

30 See CIA Report, *supra* note 4, page 9.

31 See CIA Report, *supra* note 4, page 9.

32 See Blanc, *supra* note 10. (“Plaintiff Ahmed Agiza alleged that he was ‘severely and repeatedly beaten and subjected to shock through electrodes attached to his ear lobes, nipples, and genitals’. Another plaintiff, Elkassim Britel, alleged that he was ‘deprived of sleep and food and threatened with sexual torture, including sodomy with a bottle and castration.’”)

33 *El-Masri v. Tenet*, 437 F.Supp. 2d 530, 532 (E.D.Va. 2006).

34 *Id.*

35 *Id.* at 533.

36 *Id.*

37 *Id.*

38 *Id.*

39 *El-Masri* at 533.

40 *Id.*

41 *Id.*

42 *Id.*

In Kabul, the men beat El-Masri before putting him in a “small, cold cell.”⁴³ Over the next four months, interrogators – including Americans – questioned him relentlessly about his “alleged association with terrorists.”⁴⁴ Two of the men identified themselves as Americans, and El-Masri begged for release, a criminal conviction, or the ability to call the German government.⁴⁵ Eventually, El-Masri’s captors released him.⁴⁶ They put El-Masri on a plane to Albania, and left him on the side of a road.⁴⁷ He made it back to Germany with the help of Albanian authorities.⁴⁸ El-Masri filed suit in the Eastern District of Virginia against multiple Americans for the extraordinary rendition he experienced.⁴⁹

2. DOES EXTRAORDINARY RENDITION BREAK THE LAW?

The American extraordinary rendition program sparked debate the minute its existence became public knowledge. The extreme techniques used by the extraordinary rendition program’s interrogators draw the most controversy because many believe them to amount to torture.⁵⁰ On the opposite side of that coin, the extraordinary rendition program has also received strong support, particularly since the terrorist attacks in New York City on September 11, 2001. Additionally, the Bush Administration in particular touted the necessity of the extraordinary rendition program,⁵¹ despite its creation

43 *Id.*

44 *Id.*

45 *El-Masri* at 533.

46 *Id.* at 534.

47 *Id.*

48 *Id.* at 535.

49 *El-Masri* filed a civil suit in the Eastern District of Virginia. The court dismissed the suit when the defendants raised the state secrets defense.

50 See Red Cross Report, *supra* note 2. (“The general term ‘ill-treatment’ has been used throughout the following section, however, it should in no way be understood as minimiz[ing] the severity of the conditions and treatment to which the detainees were subjected. Indeed as outlined in Section 4 below, and as concluded by this report, the ICRC clearly considers that the allegations of the fourteen include descriptions of treatment and interrogation techniques – singly or in combination – that amounted to torture and/or cruel, inhuman or degrading treatment.”)

51 See Grey, *supra* note 12. (“We have put this program in place for a reason,’ Bush told reporters. ‘When we find someone who may have information regarding a potential attack on American, you bet we’re going to detain them, and you bet we’re going to question them.’”)

during the Clinton Administration.⁵² The competing values of human rights and national security build into a significant tension between achieving victory in the War on Terrorism and meeting the human rights obligations imposed by international law. Extraordinary rendition supporters place a premium on national security and preventing another terrorist attack on American soil.⁵³ This belief justifies the black sites' extreme techniques as an effective way to reach the goal.⁵⁴ On the other hand, human rights groups claim that the extreme techniques are not as effective as they could be and that using the techniques is not worth the risks.⁵⁵

2.1 Is it Torture?

Over the last six years, individuals and organizations have debated whether the interrogation techniques used at the CIA's black sites equate to torture or not. Article 1, paragraph 1 of the Torture Convention defines torture as:

[A]ny act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession . . . or intimidating or coercing him or a third person, for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity.⁵⁶

America is a party to the Torture Convention,⁵⁷ and submitted a reservation to the Committee Against Torture in order to limit the United States' obligations un-

der the Convention. This understanding states that:

(a) [W]ith reference to Article 1, the United States understands that in order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from: (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subject to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.

(b) That the United States understands that the definition of torture in Article 1 is intended to apply only to acts directed against persons in the offender's custody or physical control.⁵⁸

Under a literal reading of both Article 1 and the United States' understanding, the acts described in Section I⁵⁹ must amount to torture.⁶⁰ Under a CIA official's admission in a memo detailing the techniques used at the black sites, the goal of the interrogations is to create the learned helplessness and dependence necessary to gather intelligence.⁶¹ Rarely do individuals engaging in questionable behavior spell out their intent so clearly and this purpose falls squarely within the realm of the Torture Convention. The techniques outlined in the redacted CIA memo⁶² and quantified in the Red Cross Report⁶³ meet three of the four options specified by the United States' understanding of torture.⁶⁴ Taking the clear intent and specific acts together, it is more than clear that the interrogation techniques employed at the CIA black sites constitute torture.

52 See Weissbrodt, *supra* note 6 at 591.

53 See Paul France, *Homeland Security Tactics* (Fall 2011), http://www.abchs.com/ihs/FALL2011/ihs_articles_2.php (last visited Nov. 10, 2012) ("Many supporters of extraordinary rendition use the 9/11 terrorist attack as an argument for coercive interrogation methods claiming the devastating attacks could have been averted).

54 See France, *supra* note 52. ("Vice President Dick Cheney insisted repeatedly that water boarding and other forms of torture worked exceedingly well to extract valuable information as proven by the fact that there had been no mass-casualty attacks in the United States since 9/11.")

55 See France, *supra* note 52. ("One of the most popular arguments against rendition and torture is the idea that illegally detaining an individual, denying them basic rights, and sending them to nations that regularly use torture to obtain information is inherently against the fundamental values and beliefs of the American people and is against both national and international laws.")

56 See Torture Convention, *supra* note 5.

57 See Weissbrodt, *supra* note 6, at 600 ("The United States ratified the Torture Convention in October 1994, having enacted legislation to implement the Convention.")

58 See Weissbrodt, *supra* note 6, at 600 (Citing Cong. Rec. S17486-01 (daily ed. Oct. 27, 1990)(U.S. reservations, declarations, and understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.)

59 Section I, *supra*.

60 See Sadat, *supra* note 10 at 1201. (There they are detained, interrogated, often tortured, and sometimes killed.7 The stories of the individuals "outsourced" as a result of the U.S. rendition program are lurid in their details, involving hooded detainees, who are spirited away in the dead of night and sent in chartered aircrafts to remote countries where they typically suffer torture and maltreatment.)

61 See CIA Report, *supra* note 4.

62 See CIA Report, *supra* note 4.

63 See Red Cross Report, *supra* note 2.

64 See Weissbrodt, *supra* note 6 at 591.

2.2 Is it Simply Intense Interrogation?

The Torture Convention builds in an alternative preventative measure for acts that do not quite meet the level of torture defined in Article 1.⁶⁵ For those who maintain that the techniques used at the black sites are nothing more than intense interrogation techniques, Article 16 provides the alternative to Article 1.⁶⁶ Article 16 requires State Parties to prevent “other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in [A]rticle 1, when such acts are committed by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in official capacity.”⁶⁷ Extended exposure to white noise,⁶⁸ light,⁶⁹ prolonged nakedness,⁷⁰ sleep deprivation,⁷¹ a liquid diet,⁷² and the physical force certainly rises to the level of “cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,”⁷³ if they do not meet the definition of torture.⁷⁴ Furthermore, these interrogation techniques came about at the insistence of public officials. Even if the interrogation techniques do not rise to the level of torture, they certainly fall well within the range of Article 16.⁷⁵

2.3 Do Black Sites Fall Outside of Scope of the Torture Convention?

Comparing the acts of extraordinary rendition to the articles of the Torture Convention, there are not as many express violations as could be expected. Certainly, express violations exist, as indicated in the previous section.⁷⁶ Yet, reading through the Red Cross Report on the experiences of fourteen “high value detainees,”⁷⁷ the CIA Report detailing the interrogation techniques used at black sites,⁷⁸ and El-Masri’s personal account creates the impression that there is no legal argument available to proponents of the extraordinary rendition black sites.

Members of the Bush administration advanced the argument that “foreign nationals held at [black site] facilities, outside U.S. sovereign territory, are unprotected by federal or international laws.”⁷⁹ In fact, Article 2 requires Convention signers to “take measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction.”⁸⁰ The phrase “territory under its jurisdiction” also appears in three⁸¹ additional articles to the Torture Convention that further set out a State Party’s obligations.

The black sites exist outside of the physical boundaries of the United States. In fact, black sites are located within other countries, such as Afghanistan⁸² - certainly not a “territory under [American] jurisdiction.”⁸³ As a result, some potential for a very strict interpretation of the Torture Convention exists. Under this narrow reading, so long as American officials do not torture people – in this case, the suspected terrorists captured through the extraordinary rendition program – within the physical borders of America, there is no violation to the Torture Convention. These extraterritorial locations are in other countries, countries that certainly are not within a “territory under [American] jurisdiction.”

As described in Section I,⁸⁴ Americans run the black sites, even though they are located within another country. Not only do statements made by former “high value detainees”⁸⁵ show this, but CIA officials have also made it clear that these facilities are American-run.⁸⁶ As for Guantanamo Bay, American courts have recounted how the United States government acquired the property and have begun extending small amounts of rights to the facility’s detainees. As a result, it is quite a leap to argue that the black site facilities are not under the “territory under [American] jurisdiction” designation. Americans established and operated the facilities, acting under orders from high-ranking officials. Any torture there constitutes a violation of the Torture Convention.

65 See Torture Convention, *supra* note 5.

66 See Torture Convention, *supra* note 5.

67 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 17.

68 See CIA Report, *supra* note 4, page 5.

69 See CIA Report, *supra* note 4, page 5.

70 See CIA Report, *supra* note 4, page 6.

71 See CIA Report, *supra* note 4, page 6.

72 See CIA Report, *supra* note 4, page 6.

73 *Supra* note 60.

74 *Supra* note 50.

75 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 16.

76 *Supra* Section II, subsection A.

77 See Red Cross Report, *supra* note 2.

78 See CIA Report, *supra* note 4.

79 See Fact Sheet, *supra* note 11.

80 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 2.

81 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 5, Art. 7, Art. 11.

82 See Grey, *supra* note 12. (“One of them, located just outside Kabul, was known as the “dark prison.” By early 2003, the United States was negotiating secret agreements with governments in Eastern Europe to set up black sites on their territory. A report this summer by the Council of Europe declared it had proof of two CIA black sites, one on the east coast of Romania, the other at an airbase in Poland.”)

83 See Torture Convention, *supra* note 5.

84 *Supra* Section I.

85 *Supra* note 14; *supra* note 2.

86 See CIA Report, *supra* note 4.

One easily arrives at this conclusion through the Torture Convention's express purpose to end torture globally. Reviewing the first sixteen articles, it is abundantly apparent that the Convention's designers and drafters meant to eradicate torture worldwide. This intent manifests itself as early as Article 2 of the Torture Convention, which establishes that there are "no exceptional circumstances whatsoever" that warrant using torture.⁸⁷ Beyond the declaration that no circumstance warrants torture, the Convention also forbids orders from high-ranking officers or officials to justify torture.⁸⁸ The no exceptions requirements work hand-in-hand with later provisions in the Convention that mandate every State Party to institute training and education on torture and non-torturous techniques for every person involved detainee, arrestee, or prisoner treatment.⁸⁹

2.4 Do Black Sites Invite Retaliation?

In addition to violating the Torture Convention, America's use of extraordinary rendition could be counterproductive to its very goal – preventing more terrorist attacks on American soil. As the introductory quote indicates, when a government breaks the law, it invites lawlessness.⁹⁰ Put in the context of the extraordinary rendition program, the actions and techniques utilized invite retaliation.⁹¹ Although there has not been a major terrorist attack on American soil since September 11, 2001, the hostility built up by abducting individuals, torturing them, interrogating them, and holding many of them indefinitely is not something to take lightly.⁹²

87 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 2, ¶ 2.

88 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 2, ¶ 3.

89 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 10, Art. 11.

90 *Supra* note 8.

91 See Grey, *supra* note 12. (Former FBI special agent Jack Cloonan [said,] "The thing you saw in Africa where people are being held incommunicado and have no legal representation and potentially abused, is unacceptable. You're setting yourself up for revenge by al Qaeda and other Islamists.")

92 See Grey, *supra* note 12. ("We really have created a mess here, a terrible mess," says Lawrence Wilkerson, who served in the U.S. State Department during the Bush administration. "For the people who are involved in it. For the legal system that will have to sort it out, under a new president. For the country. For our reputation. For our prestige around the world. This has been incredibly damaging."); *Supra* note 1 at 274 (quoting *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 at 484-485 (1928)

Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperilled if it fails to observe the law scrupulously.

3. SOLUTIONS FOR BLACK SITES

The United States government institutionalized torturing "high value detainees" at CIA-run facilities across the globe in order to break up terrorist cells in the Middle East and to prevent future terrorist attacks. This practice is in direct violation of multiple requirements within the Torture Convention, and the United States must correct the situation. Any solution to this problem must balance to diametrically opposed viewpoints in order to be successful.

One segment of the nation's population accepts the War on Terrorism as it is, including potential torture.⁹³ This "ends justify the means" has an extreme impact on the extraordinary rendition program. It single-handedly lead to removing the safeguards from the program.⁹⁴

On the other hand, another segment of the population does not believe that the program is worth the human rights interests and Torture Convention violations. As evidenced by the Red Cross report and many other individuals, organizations, and countries outside the United States fall in line with this viewpoint.⁹⁵ Although these two positions are contradictory to one another, policy makers must address both in order to produce a viable solution to the black sites.

To further complicate finding a workable solution, international solutions are problematic at best. Many countries disregard their obligations under international law.

Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means—to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal—would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face.

93 See Weissbrodt, *supra* note 6, at 590. ("One former CIA official argued that 'the rendition program has been the single-most successful American counterterrorism program since 1995'")

94 See Peter Johnston, *Leaving the Invisible Universe: Why All Victims of Extraordinary rendition Need a Cause of Action Against the United States*, 16 J.L. & Pol'y 357, 364 (2007).

[T]hese early extraordinary renditions still had more safeguards than the programs used today: every rendered individual was convicted in absentia, and all renditions were approved by CIA legal counsel on the basis of a substantive dossier. After the September 11, 2001 attacks, however, the extraordinary rendition program changed drastically . . . The initial safeguards were eliminated due to the intense pressure on the CIA after September 11 to prevent another potential attack.

95 See Red Cross Report, *supra* note 2.

The arguments America put forth justifying the extraordinary rendition program, for example, make light of the Torture Convention. When nations do not actually abide by the treaties and conventions they sign, it diminishes the likelihood of utilizing international remedies.

As a result, this section sets forth a suggested plan to rectify the extraordinary rendition program's wrongs and removes the incentives for continued use of the program. The potential solutions, most of which are American created and executed, will work best if used in conjunction with one another; however, each would produce positive results on its own. The potential solutions will work primarily to create more accountability for public officials who authorize extraordinary rendition.

3.1 Providing a Remedy for Victims

If the American government – through the judicial process – truly offered extraordinary rendition victims a remedy, it would help create a disincentive to continue the program. Further, it shows a concerted effort to rectify the grave breach to human rights interests created with the black sites, which is an equally important consideration and an essential first step forward. Finally, this step would also help put the United States more in line with its obligations under the Torture Convention. The Torture Convention requires State Parties like the United States⁹⁶ to provide a remedy to anyone tortured by a State actor.⁹⁷ The United States could better provide a civil remedy to the individuals who endured the extraordinary rendition program by altering how the state secrets privilege gets asserted and by removing the effects of *Mohamad v. Palestinian Authority*.⁹⁸

3.1.1 The State Secrets Privilege

Several former high value detainees like El-Masri⁹⁹ have filed legal actions against government actors in the United States. In each instance, trial judges dismissed the suits before trial. The extraordinary rendition victims appeal these dismissals;¹⁰⁰ however, appellate courts

uphold the lower decisions.¹⁰¹ These suits typically get dismissed because the defendants assert the state secrets privilege or for other extremely technical, procedural reasons.¹⁰² Men like El-Masri¹⁰³ may be able to bring forth an action initially, but these suits do not have a real opportunity to move forward. As a result, the individuals who experienced the extraordinary rendition wind up without an adequate remedy.

In reality, judges dismiss the suits before thoroughly considering the validity of the claims in the complaints. This is particularly the case with suits dismissed by the state secrets privilege. When El-Masri, detailed in Section I,¹⁰⁴ filed suit against American men and corporations he believed participated in his extraordinary rendition, the court did not determine the validity or truthfulness of El-Masri's complaint because the defendants asserted the state secrets privilege to all of the claims. Instead, the court dismissed the case because "any answer to the complaint by the defendants risks the disclosure of specific details about the rendition argument."¹⁰⁵

Maher Arar encountered a similar issue when he filed suit against the men who participated in his extraordinary rendition. Arar filed suit against federal officials for relief under the Torture Victim Protection Act and under the Fifth Amendment for his detention in the United States and his torture and detention in Syria.¹⁰⁶ The district court dismissed all four of Arar's claims; however, the court allowed Arar to re-plead the claim that American officials violated his due process rights in the United States.¹⁰⁷ Arar appealed, and the appellate court affirmed the lower court's decision to dismiss all four claims.¹⁰⁸ Just like the El-Masri court, this court asserted that the judicial branch has no authority to provide a remedy to people who have endured extraordinary rendition and torture in the course of the War on Terrorism.¹⁰⁹

Despite a swift dismissal and an unwillingness to create a remedy, the El-Masri court acknowledged the

96 America's own federal law is supposed to afford torture victims a remedy. Torture Victim Protection Act, 28 U.S.C. § 1350.

97 See Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 12, Art. 13, Art. 14.

98 *Mohamad v. Palestinian Authority*, 132 S. Ct. 1702 (2012).

99 *Supra* Section I.

100 See El-Masri, *supra* note 32.

101 *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009).

102 See El-Masri, *supra* note 32; see Arar, *supra* note 100.

103 *Supra* Section I.

104 *Supra* Section I.

105 See El-Masri at 539.

106 See Arar at 567.

107 *Id.*

108 *Id.* at 581.

109 *Id.*

need for one.¹¹⁰ This opens the door for creating a remedy. Courts do not have to dismiss claims simply because the defendants validly assert the state secrets privilege. The doctrine itself allows claims to continue forward even with a properly asserted and accepted state secrets defense. As indicated in *El-Masri*, when government officials assert the state secrets privilege, the court has discretion to “proceed in some fashion that adequately safeguards any state secrets.”¹¹¹ The standard for determining the necessity of dismissing the case rests on whether or not “there is ‘no way [the] case could be tried without compromising sensitive military secrets, a district court may properly dismiss the plaintiff’s case.’”¹¹²

Thoroughly dismissing the victims’ suits because of a validly asserted state secrets privilege is not the way to handle these cases, especially with the legitimate need described in *El-Masri*. When courts dismiss the suits, it denies victims the right to remedy required by the Torture Convention. If, instead, judges removed the cases to a hybrid military trial, perhaps both interests – preserving state secrets and providing a remedy – could occur. This hybrid model would allow for the same rules of civilian trial while operating in a closed proceeding. It also shows a clear intent on the American government’s part to rectify a long line of abuses justified by preventing terrorism.

3.1.2 The Palestinian Authority Decision

Mohamad v. Palestinian Authority is a landmark change in providing torture victims across the board a remedy under the TVPA, despite being a recent decision. The United States Supreme Court held that the TVPA only imposes liability on natural people.¹¹³ In the majority

110 See *El-Masri* at 535.

...if *El-Masri*’s allegations are true, or essentially true, then all fair-minded people, including that who believe state secrets must be protected, that this lawsuit cannot proceed, and that renditions are a necessary step to take in this war, must also agree that *El-Masri* has suffered injuries as a result of our country’s mistake and deserves a remedy. Yet it is also clear from the result reached here that the only sources of that remedy must be the Executive Branch or the Legislative Branch, not the Judicial Branch.

111 See *El-Masri* at 535.

112 See *El Masri* 538 (citing *sterling*, 416 f.2d at 347-48, quoting *Fitzgerald v. Penthouse Int’l, Ltd.*, 776 F.2d 1236, 1243 (4th Cir. 1985)).

113 See *Mohamad v. Palestinian Authority*, *supra* note 97 at 1705 (2012). (“We hold that the term ‘individual’ as used in the Act encompasses only natural persons. Consequently, the Act does not im-

pose liability against organizations.”)
 opinion, Justice Sotomayor confirmed two lower court decisions to dismiss this case because the Palestinian Authority is an organization, not an individual.¹¹⁴ Although a case has not yet gone before the Supreme Court, this holding will provide another legal escape for corporations who transport detainees to the black sites.¹¹⁵ Although corporations like *Jeppesen Dataplan, Inc.*, that assisted in transporting the high value detainees have already maintained liability exemption from the Alien Tort Statute¹¹⁶ through government intervention and the state secrets doctrine, they now gain exemption from the TVPA on their own. Anyone who endured extraordinary rendition and detention at a black site is now without a legal remedy from the government and any corporation or organization involved. Essentially, this United States Supreme Court decision removes disincentive for corporate participation in extraordinary rendition – there will be no backlash, criminally or civilly, for assisting in detainee transportation, thus allowing corporations to continue to assist with extraordinary renditions.

If the court reversed the effects of *Mohamed v. Palestinian Authority* or if the legislature passed an amendment to the TVPA, then, perhaps, the former detainees could exercise the full extent of their judicial rights. Allowing detainees to utilize this avenue for a remedy would also help put the United States in line with its obligations under the Torture Convention, as described in Section II.¹¹⁷ This could also help the United States to show its

pose liability against organizations.”)

114 *Id.* at 1703-04. (“The District Court dismissed the suit, concluding, as relevant here, that the TVPA’s authorization of suit against ‘[a]n individual extended liability only to natural persons. The United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit affirmed. Held: As used in the TVPA, the term ‘individual’ encompasses only natural persons. Consequently, the Act does not impose liability against organizations.”)

115 *Mohamed v. Jeppesen Dataplan, Inc.*, 614 F.3d 1070, 1075 (Court of Appeals, Ninth Circuit 2010).

The complaint asserts ‘Jeppesen [Dataplan, Inc., a U.S. corporation] played an integral role in the forced’ abductions and detentions and ‘provided direct and substantial services to the United States for its so-called ‘extraordinary rendition program,’ thereby ‘enabling the clandestine and forcible transportation of terrorism suspects to the secret overseas detention facilities.’ It also alleges that Jeppesen provided this assistance with actual or constructive ‘knowledge of the objectives of the rendition program,’ including knowledge that the plaintiffs ‘would be subjected to forced disappearance, detention, and torture’ by U.S. and foreign government officials.

116 28 U.S.C. § 1350.

117 *Supra* Section II.

commitment to rectifying the wrongs of the extraordinary rendition program.

3.2 A Return to Former Policies

In addition to creating a disincentive for using extraordinary rendition in the War on Terrorism, America can also distance itself by returning to older practices. The United States government endorsed other policies for bringing foreign, out-of-the-country individuals to justice in its borders. For more than a century, the government condoned gaining jurisdiction over defendants through the irregular rendition process. Additionally, the extraordinary rendition program began as a far more stringent operation than it became after the September 11, 2001, attacks. Both of these practices, though problematic, provide a much better option to preventing another terrorist attack without completely sacrificing human rights obligations under the Torture Convention.

3.2.1 Irregular Rendition

America can distance itself from extraordinary rendition through a return to irregular rendition.¹¹⁸ As a default policy, irregular rendition is by no means a perfect answer. Irregular rendition comes with its own laundry list of criticism¹¹⁹ and international law issues.¹²⁰ These potential problems, however, are less severe than extraordinary rendition's human rights concerns and international law violations.

The United States Supreme Court first approved the use of irregular rendition in *Ker v. Illinois*.¹²¹ Ultimately, the United States Supreme Court opted not to decide "the question of how far [Ker's] forcible seizure in another country, and transfer by violence, force, or

fraud to this country, could be made available to resist trial in the state court."¹²² To justify the decision, the Court stated that they "do not see that the constitution or laws or treaties of the United States guaranty [Ker] any protection."¹²³ Justice Miller, however, did look to other countries' positions on extraordinary rendition's effect on jurisdiction before shifting gears in this opinion. This Court discussed utilizing the "bad capture, good detention" reasoning taken from other courts,¹²⁴ and stated that "such forcible abduction is no sufficient reason why the party should not answer when brought within the jurisdiction of the court which has the right to try him for such an offense, and presents no valid objection to his trial in such court."¹²⁵

The United States Supreme Court denied Ker's assignments of error and upheld the Illinois Supreme Court's decision. Even though the Ker decision did not explicitly decide the particular issue of whether or not an extraordinary rendition voids an American court's jurisdiction, many court decisions have cited Ker as the beginning of the rule to allow any individual brought to court through extraordinary rendition to stand trial.

By returning to this procedure instead of using extraordinary rendition, America removes incentive or temptation to use harsher interrogation techniques. The individuals rendered cycle through the American judicial system, maintained by certain trial standards, instead of detention at facilities operating outside the law.

3.2.2 Original Extraordinary Rendition

The United States government could also opt to reinstate the extraordinary rendition safeguards and practices in place prior to the September 11, 2001, attacks. Although the original program still involved capturing suspected terrorists and rendering them to foreign countries for interrogation, each person subjected to an extraordinary rendition also received a trial in absentia.¹²⁶ Additionally, the CIA's legal counsel approved

118 *Supra* Section 1.

119 *Supra* note 1 at 272. This doctrine "reward[s] police brutality and lawlessness in some cases."

120 *Supra* note 1.

121 *Ker v. Illinois*, 119 U. S. 436, 438 (1886). The trial court convicted Frederick Ker, the defendant, of larceny. Before trial, Ker fled the United States and hid in Peru. The United States government issued an extradition order to a Pinkerton agent, who was charged with traveling to Peru and bringing Ker back to the United States for trial. When the Pinkerton agent arrived in Peru, the country was engulfed in war. As a result, the Pinkerton agent did not execute the extradition order through the Peruvian government, and, instead, abducted Ker. The agent brought Ker back to the United States through an "irregular rendition."

122 *Id.* at 443.

123 *Id.*

124 *Ex parte Scott*, 9 Barn. & C. 446, (1829); *Lopez v. Sattler's Case*, 1 Dears. & B. Cr. Cas. 525; *State v. Smith*, 1 Bailey, 283 (1829); *State v. Brewster*, 7 Vt. 118, (1835); *Dow's Case*, 18 Pa. St. 37, (1851); *State v. Ross*, 21 Iowa, 467, (1866); *The Richmond v. U. S.*, 9 Cranch. 102.

125 *See Ker* at 443.

126 *See Johnston, supra* note 10 at 364.

every single individual for the extraordinary rendition program based on a substantive dossier.¹²⁷

Under this program, the CIA employed safeguards that kept several important checks on the system. Due to the requisite approval prior to subjecting anyone to an extraordinary rendition, the United States government avoided abducting innocent people, such as El-Masri or Maher Arar. By putting these cases through trial, even in absentia, each instance of extraordinary rendition received a certain amount of due process. Adding even a minimal amount of due process to the extraordinary rendition program helps to remove the incentive to engage in behaviors that violate international laws.

3.3 An International Option: Amending the Torture Convention

In order to prevent further abuse under the guise of a legal loophole,¹²⁸ the Torture Committee must amend the Torture Convention to make it absolutely clear that torture at the insistence of any government official counts, regardless of location. The phrase “territory under its jurisdiction”¹²⁹ needs its own definition in a new paragraph under Article 1. This definition must state that any facility set up or operated by the agents of one State Party, regardless of this facility’s physical location within another country’s borders, constitutes territory under that State Party’s jurisdiction. The definition must go on to incorporate the language in Article 5 to include “on board a ship or aircraft registered in that State.”¹³⁰

By adding this language to the Torture Convention, the Committee Against Torture gains a foothold against American arguments that black sites do not constitute a violation.¹³¹ By taking the proverbial “wind out of the sails” of these arguments, the Committee Against Torture assumes a position to better prosecute legally manipulated violations. The Committee Against Torture already ruled that assurances that a receiving country will not torture an individual picked up through extraor-

dinary rendition do not create immunity.¹³² The Committee Against Torture desperately needs to be able to combat both forms of the American extraordinary rendition program. With these linguistic changes, the Committee can meet this goal and make it abundantly clear that torture of any kind, under an circumstance violates the Torture Convention.

As necessary as this potential solution is, it is by no means without flaws. The language of the Torture Convention, even if amended, could still be subject to legal manipulation. Countries party to the Torture Convention still have the ability to claim that the Convention is not self-executing – and, therefore, nonbinding – in addition to new arguments about why the program still does not violate the Torture Convention.

4. CONCLUSION

Through the extraordinary rendition program, agents of the American government enter into other sovereign jurisdictions, kidnap individuals, and render them to CIA-run facilities across the globe. There, these individuals endure a variety of “intense interrogation techniques” at the hands of Americans. These techniques are specifically designed or selected to degrade, to mentally defeat, and to physically overpower the detainees, for the sole purpose of uncovering information about suspected terrorist activity. Many of these techniques, particularly waterboarding, have come under harsh scrutiny in the international community, which believes that the techniques rise to the level of torture. The ACLU, the Committee Against Torture, and the International Committee of the Red Cross, specifically, denounce the “interrogation techniques” used in the black site facilities. Further, these practices rise to the level of torture under the Torture Convention, which American officials purport to follow.

Despite international outcry and outrage within the United States, multiple presidential administrations authorized or encouraged extraordinary rendition. Promoting the use of such extreme measures grew in popularity particularly after the terrorist attacks on American soil on September 11, 2001. The American government actively sought methods and practices to achieve its goal

127 *Id.*

128 *See* Fact Sheet, *supra* note 11. “Foreign nationals held at [black site] facilities, outside U.S. sovereign territory, are unprotected by federal or international laws.”

129 *See* Torture Convention, *supra* note 5.

130 *See* Torture Convention, *supra* note 5, at Art. 5.

131 *Supra* Section II.

132 *Supra* note 11; *Supra* Section I.

to prevent further attacks. It did so, however, by sacrificing human rights interests and by placing the country in jeopardy of violating its own international treaties. Further, setting a precedent that this type of program is acceptable invites retribution – the exact issue supposedly at the heart of the policy decision to engage in extraordinary rendition in the first place.

Because this program violates human rights and establishes a resoundingly negative international precedent, it must become a less attractive option to the American government and, ultimately, must end. To meet this end, the American government should pursue establishing civil remedies for the extraordinary rendition program's victims as a disincentive for continuing

the program. This is practicable in altering the states secret privilege so that claims related to this program can survive to judicial scrutiny and through requiring corporations involved in extraordinary rendition liable for their actions. Both of these options work as disincentives for continuing the use of extraordinary rendition. In addition, the government has two more legitimate former practice options – irregular rendition and the original extraordinary rendition program – that it could use to meet the goal of preventing another substantial terrorist attack on American soil. Finally, the Committee Against Torture must amend the Torture Convention in order to ensure that no country party to its obligations can legitimately argue that a black site-style program is not torture.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

United States and European Union approaches to the death penalty: America should consider a new perspective

Katie R Hill

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

United States and European Union approaches to the death penalty: America should consider a new perspective*

Katie R Hill**

ABSTRACT

The United States and the European Union have totally opposite views on the death penalty. The United States has reinterpreted and analyzed capital punishment and its application to the Constitution consistently through history. The European Union, nearly since its inception, has firmly held the death penalty is wrong and cannot be utilized without depriving defendants of basic human rights. These two unions have similar values and priorities, especially when it comes to human rights. However, the explanation for such diverse approaches to the death penalty is not yet clear, perhaps because the divergence should not exist. The purpose of this article is to identify, discuss, and attempt to explain the importance of the United States consideration of European Union policies concerning the death penalty. This article will first examine the historical and current death penalty policies of both the United States and the European Union and see where these policies diverge. Next, this article will examine the relationship between these two unions in an attempt to highlight the peculiarity of their policy divergence. This article then addresses potential explanations for this divergence. Finally is the most important and innovative aspect of this article, a compelling proposition that the United States consider the European Union approach. Given the United States relationship with the European Union, it is important that we consider international perspectives in forming our own approach. Consideration of the European Union approach will help the United States justice system, economic system, and foreign and domestic relations.

Keywords: human rights, death penalty, Comparative and Foreign Law

1. INTRODUCTION

The United States approaches many topics much differently than other nations around the globe. Each nation devises its own policies presumably based on the needs and wants of its people or its leaders. However, given global relations between countries, it is only natural that the policies of some nations will affect others. This paper discusses death penalty policies and procedures in the United States as well as in the European Union. First, it is necessary to briefly discuss the history of death penalty approaches in the United States and the European Union. While the European Union has determined that the death penalty is unjust and not something the member countries are willing to support, the United States has resisted pressure to conform with this policy, indicating that insistence from the European Union is not overly persuasive here in the United States. Therefore, this

* Recebido em 23/04/2013
Aprovado em 05/05/2013

** Lincoln Memorial University. Email : katie.hill@lmunet.edu

paper approaches influence and discusses the potential justification for such diverse European Union policies. Lastly, this paper will discuss why the approach of the European Union is relevant to the death penalty discussion in the United States. Against all opposition, the United States has preserved the use of the death penalty in contrast to many thriving nations around the globe.

The United States has long been known as the land of the free, the country that offers its citizens rights no other country offers. The United States prides itself on being a place where people come to achieve their dreams and escape persecution, a land whose justice system is centered on preserving the rights of the people. However, the United States has set itself apart from many other nations in a much different way. The United States remains part of the minority of countries that authorize the death penalty for capital crimes.¹ The United States is part of an even smaller group of countries that still regularly employs the death penalty.² Many states, while still legally recognizing the death penalty, hardly ever utilize this form of punishment.³ This viewpoint of the United States comes with much opposition. Many Americans feel that the death penalty should be abolished, and that our country should continue to evolve our standards of justice.⁴ There are also those states that have abolished death penalty completely.⁵ Even more pressure comes from abroad, with many nations pressuring the United States to abolish death penalty.⁶

The United States has evolved to its current state regarding the death penalty over a long period of time, shifting with different societal impacts and different viewpoints of decency and constitutionality.⁷ How-

ever, it remains to be determined whether the United States is influenced by the changing policies of other nations. The United States began as a nation that wanted independence and wanted to break the mold that other nations were creating for it. However, it was also a country that based much of its original law on the laws of other countries, namely England.⁸ The United States remains a trendsetter in many areas. We have advanced technology, the strongest armies, and many other admirable qualities that other nations covet. As a country that is an established world leader, it would make sense to assume that the policies on the death penalty in the United States have some effect on other nations. However, the United States, known as an independent nation, seems unaffected when it comes to the recognition and respect of international death penalty policies; as the world moves forward and standards evolve, the United States has determined that acceptance and utilization of the death penalty are what most closely mirrors the constitutional standards in this country.

2. THE DEATH PENALTY IN THE UNITED STATES

The death penalty has a long history in the United States. Death as a punishment for certain crimes was a part of America almost immediately upon its founding, with the colonies adopting a thorough list of crimes that carried the death penalty.⁹ This list was adapted from England's law and became the norm among American colonies.¹⁰ While the colonists recognized that murder was worse than theft, there was a consensus that death was the punishment for any crime on the enumerated list—no matter how serious.¹¹ Almost immediately, standards began to adapt and change as different colonies recognized different defenses, different lists of capital crimes, and different levels of seriousness that came with certain crimes.¹²

1 Rebecca Trail, *The Future of Capital Punishment in the United States: Effects of the International Trend Towards Abolition of the Death Penalty*, 26 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 105, 105 (2002).

2 *Id.* (China, Somalia, India, Iran, and Iraq, among others, still regularly employ the death penalty).

3 Jurisdictions with no recent executions, *DEATH PENALTY INFORMATION CENTER* (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/jurisdictions-no-recent-executions>.

4 See Senate Bill 19 to Repeal the Death Penalty Introduced, *American Civil Liberties Union* (March 12, 2013), <http://www.aclu.org/capital-punishment/senate-bill-19-repeal-death-penalty-introduced>.

5 States With and Without the Death Penalty, *DEATH PENALTY INFORMATION CENTER* (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>.

6 Trail, *supra* note 2, at 106.

7 See Banner, *infra* note 10 (death penalty was part of the new America from the beginning); see Furman, *infra* note 29 (United

States eventually finding death penalty unconstitutional).

8 See Charles Alan Wright, et al., *History—The Colonial Experience*, 30 *Fed. Prac. & Proc. Evid.* §6344 (2012).

9 STUART BANNER, *DEATH PENALTY: AN AMERICAN HISTORY* 5 (Harvard University Press 2003). This enumerated list included treason, willful murder, piracy, forgery, robbery, and rape.

10 *Id.*

11 *Id.*

12 *Id.* at 6-8. (Connecticut, Massachusetts, Plymouth, and Pennsylvania held that burglary and robbery were not capital crimes; burglary and robbery were capital offenses upon the third offense in New York, New Hampshire, and New Haven; Connecticut, Mas-

Since this time, directly after our nation's founding, the death penalty and its standards have not stopped changing. Even before our new country drafted its national Constitution, states were beginning to reform their individual laws to shorten the list of death-eligible crimes.¹³ However, in 1790 a newly formed Congress instituted mandatory death penalties for several "federal offenses."¹⁴

Opposition to the death penalty followed shortly after with states abolishing the death penalty as early as 1846.¹⁵ New methods of execution began emerging, beginning with electrocution in 1889 in an attempt to find more constitutional methods of execution.¹⁶ In 1897, as a response to a bill for total abolition of the death penalty,¹⁷ Congress declared the death penalty no longer proper in regards to several previously death-eligible offenses and left most all death sentences to the discretion of the jury.¹⁸ This shift towards more jury discretion was effectively approved by the Supreme Court in the case of *Winston v. United States*.¹⁹ Trends were continuing to change and utilization of the death penalty became a decision that was up to the jury.²⁰

While minor changes took place over the next several years,²¹ this discretionary sentencing was the generally accepted rule until late the 1960s and early 1970s. At this time questions of constitutionality were frequently raised, particularly focused on the question of whether executing criminals constituted cruel and

unusual punishment, something deemed unacceptable by the United States Constitution, as well as most state constitutions.²² The Supreme Court heard a series of cases and slowly fine-tuned the death penalty approach in the United States.²³ However, the actual utilization of the death penalty was beginning to slow as these constitutional questions became more common.²⁴ The Court began recognizing that what was considered *cruel and unusual* would change and evolve over time as attitudes and morals changed.²⁵

Opposition to the death penalty grew drastically as more states abolished the death penalty all together.²⁶ As stated before, even in those states where execution was still legal, it was being used much less frequently.²⁷ Opportunities to appeal and the possibility of having a sentence overturned became greater as it seemed the Supreme Court became more willing to address these issues. Things took a significant turn in the late 1960s when, due in part to the Civil Rights movement, the Supreme Court started analyzing the unconstitutional effects of death penalty legislation more closely.²⁸

Beginning in 1970 with *McGautha v. California*,²⁹ the Supreme Court, with a new make-up of Justices, heard a new string of death penalty cases.³⁰ The Court held in *McGautha* that jurors were given unfettered discretion in death penalty trials and that this preserves the Constitutional rights of all parties involved, focusing on due process rights.³¹ Shortly after the *McGautha* decision, the Court decided to hear *Furman v. Georgia*,³² which address-

sachusetts, New York, and Pennsylvania determined that arson was not a capital offense; manslaughter was distinguished from murder in early Quaker colonies of Pennsylvania and West New Jersey; Massachusetts held that blasphemy, adultery, and incest were not capital crimes in the early eighteenth century; Massachusetts eventually held that robbery was not a capital crime in 1761; New York added piracy, counterfeiting, and perjury to its list of capital crimes.)

13 By 1860, no northern state recognized capital punishment for any crimes other than murder and treason. *Id.* at 130-31.

14 Death eligible offenses included murder, treason, robbery, and rape. 1 Cong. Ch. 9 §§ 1-14 (1790).

15 Michigan voted to abolish capital punishment in 1846, followed by Wisconsin in 1853. Banner, *supra* note 10, at 130.

16 The use of the electric chair was introduced in 1889, followed by use of the gas chamber in 1921, and lethal injection in the 1970s. *Id.* at 169, 196, 296.

17 Newton M. Curtis, *The Death Penalty Undesirable and Not Sustained by Divine Authority*, reprinted in *Voices Against Death* 143 (Phillip English Mackey, ed., 1976).

18 29 Stat. 487 (1897).

19 172 U.S. 303 (1899).

20 *Id.*

21 States were continuing to abolish the death penalty, other states were shortening enumerated capital crimes.

22 Banner, *supra* note 10, at 231-235.

23 See *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958) (holding the Eighth Amendment contains an evolving standard of decency); and *United States v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968) (holding that Federal Kidnapping Act's requirement of the death penalty for a violation was unconstitutional); and *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968) (holding that exclusion of potential jurors because of general objections to the death penalty is unconstitutional).

24 Executions in the U.S. 1608-2002: The ESPY File, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/ESPYyear.pdf>.

25 Banner, *supra* note 10, at 237.

26 Alaska and Hawaii abolished the death penalty in 1957, Vermont in 1964, West Virginia in 1965, Iowa in 1965, and North Dakota in 1973. *Id.* at 242-44.

27 Executions in the U.S. 1608-2002: The EPSY File, *supra* note 25.

28 See *McGautha v. California*, 402 U.S. 183 (1971); *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

29 See *McGautha*, 402 U.S. 183.

30 Banner, *supra* note 10, at 256.

31 See *McGautha*, 402 U.S. at 207.

32 *Furman*, 408 U.S. 238.

sed the arbitrariness of the death penalty as it applied not only to the facts of that case, but also two other cases: *Jackson v. Georgia*³³ and *Branch v. Texas*.³⁴ The *Furman* decision marked a turn in death penalty case law, holding that if a law, even though constitutional on its face, is applied in a way that produces discriminatory results, it is unconstitutional.³⁵ For death penalty legislation to be constitutional, arbitrariness in the application of the statutes must be sufficiently extracted, which it was not in the state statutes at question in these cases.³⁶ This holding was based on the Eighth Amendment, concluding that arbitrary sentencing constituted cruel and unusual punishment.³⁷ As the rising Civil Rights movement had proved, a discriminatory effect was innate in all current death penalty statutes, meaning the death penalty was effectively abolished.³⁸ The Court finally determined new death penalty statutes to be constitutional in *Gregg v. Georgia*³⁹, which meant reinstating the death penalty. The United States progressed so far that in 1994, Congress instituted the Federal Death Penalty Act, which created a national standard for crimes that were death eligible.⁴⁰

While the specific Constitutional standards have continued to evolve, the changes since the country's inception have been significant. However, they have not been as substantial as changes in nations worldwide, many of which decided to abolish the death penalty altogether.

3. THE DEATH PENALTY IN THE EUROPEAN UNION

The European Union is a collective group of nations that have aligned and joined forces to promote peace and prosperity.⁴¹ This Union functions by issuing

treaties that establish new rules, regulations, laws, and prohibitions.⁴² These treaties constitute binding documents for all member nations.⁴³

The idea of this Union came about after the devastation of World War II.⁴⁴ Robert Schuman set forth his plan for the reconstruction of Europe.⁴⁵ His plan was to pool Europe's resources, specifically for coal and steel production, together and create a common agency to regulate these resources.⁴⁶ This plan became known as the Schuman Declaration and was the official start of building a united Europe.⁴⁷ There were six founding countries: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands.⁴⁸ These six countries began negotiations to unite in sectors other than production, and they eventually reached an agreement to merge the economic and nuclear energy fields of the separate countries.⁴⁹ Establishing the practice that is still utilized today, the countries came together and signed two treaties: The European Economic Community (EEC) treaty and the European Atomic Energy Community (EAEC) treaty.⁵⁰ These two treaties became known collectively as the Rome Treaties, considered the first documents officially establishing the European Union.⁵¹ These treaties both begin with language indicating the sincere desire of this Union to bring together their common morals and values to seek world peace.⁵² These countries seemed sure that this collective effort to achieve global harmony would make them a very strong global presence.⁵³

The European Union began to increase membership gradually with Denmark, Ireland the United King-

http://europa.eu/index_en.htm (last visited April 8, 2013).

42 Id.

43 Id.

44 EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, 4 (2012) <http://www.euintheus.org/resources-learning/eu-guide-for-americans/>.

45 Id.

46 Id.

47 Id.

48 The history of the European Union, 1945-1959, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

49 A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, supra note 45, at 4.

50 Id.

51 Marilyn J. Raisch, Treaties Establishing the European Union, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, <http://www.asil.org/erg/?page=eu#id.70mqtmqhxqd> (last visited April 8, 2013).

52 See The European Economic Community Treaty, March 25, 1957; and The European Atomic Energy Community Treaty, March 25, 1957.

53 Id.

33 *Jackson v. Georgia*, 171 S.E.2d 501 (Ga. 1969).

34 *Branch v. Texas*, 447 S.W.2d 932 (Tex. 1969).

35 See *Furman*, 408 U.S. at 239-40.

36 Id.

37 Id. at 258.

38 Id.

39 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 227 (1976).

40 18 U.S.C.A. § 3591 (West, Westlaw through PL 112-207) (specifically enumerating death-eligible offenses including: intentional killing, intentional infliction of serious bodily injury that results in death, intentional participation in an act contemplating that lethal force would be used with the person and the person died, and intentionally engaging in an act of violence knowing that is cases great risk to a person. It states that a person shall be sentenced to death for these crimes as well as others included in Section 794 or section 2381. This statute expanded the death-eligible offenses significantly).

41 See generally OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION,

dom becoming members in 1973.⁵⁴ By this time, customs duties between member nations were abolished and there was a free-flowing trade system developing.⁵⁵ In 1981, Greece, Spain, and Portugal join the Union.⁵⁶ With new member nations, the European Union issues several more important treaties.

In 1986, European Union legislators drafted and signed the Single European Act.⁵⁷ This Act did more to organize and streamline borderless trading and commerce.⁵⁸ Shortly afterwards in 1993 came the Treaty on European Union (otherwise known as the Maastricht Treaty), which continued to alter the economic policies of the nations, attempting to form an Economic and Monetary Union.⁵⁹ The Treaty on the European Union also increased judicial and political cooperation, gave the European Parliament more legislative power, and of course gave the European Union its common name.⁶⁰ *Article F* of this treaty includes a section that explicitly states that the European Union respects and honors fundamental rights.⁶¹ This section specifically refers to the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* adopted by the Council of Europe in 1950.⁶²

The *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* outlines the most important and fundamental human rights including the right to life and liberty, to be free from torture, to be free from slavery, and even the right to a fair trial, among others.⁶³ Many of these “fundamental rights” are si-

milar or identical to those the United States deems important for its own citizens.⁶⁴ In fact, nearly every right enumerated in this document is either specifically included in the United States Constitution or has been directly addressed and found fundamental by the United States Supreme Court in historic landmark decisions.⁶⁵ What is perhaps most interesting about this document is the language included in Sec. I, Article 2, which reads: “Everyone’s right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.”⁶⁶ However, the Council of Europe (and the European Union) both routinely hold that the death penalty is abolished in member nations.⁶⁷ While this document, adopted by the Council of Europe and supported by European Union, still provides for the death penalty, all member nations have formally abolished capital punishment and currently support its abolition worldwide.⁶⁸

The European Union now boasts twenty-seven member nations, and has taken efforts to clarify and share its approach to the death penalty.⁶⁹ The European Union is

remedy, prohibition of discrimination, derogation in time of emergency, restrictions on political activity of aliens, prohibition of abuse of rights, and limitation on use of restrictions on rights.)

64 U.S. CONST. amend. V.

65 Convention, sec. I, art. 2, 5 (right to life and liberty; see U.S. CONST. amend. V (stating that no person shall be deprived of life, liberty, or property without due process)); Convention, sec. I, art. 3 (prohibition of torture; see U.S. CONST. amend. VIII (stating that cruel and unusual punishment shall not be inflicted)); Convention, sec. I, art. 4 (prohibition of slavery; see U.S. CONST. amend. XIII, sec. 1 (stating that slavery shall not exist)); Convention, sec. I, art. 6 (right to a fair trial; see U.S. CONST. amend. VI (stating that all shall enjoy the right to a speedy and public trial)); Convention, sec. I, art. 8 (respect for private and family life; see *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (holding that the Constitution protected a right to privacy)); Convention, sec. I, art. 9-11 (freedom of thought, conscience, religion, expression, assembly, and association; see U.S. CONST. amend. I (stating that the government shall not infringe upon any person’s freedom of speech, press, religion, or assembly)); Convention, sec. I, art. 12 (right to marry; see *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942) (holding that marriage is a basic civil right of all people)); Convention, sec. I, art. 14 (prohibition of discrimination; see U.S. CONST. amend. XIV, sec. 1 (stating that all people are entitled to equal protection of the laws)).

66 Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, supra note 63, at sec. I, art. 2.

67 The Council of Europe, a death penalty free area, COUNCIL OF EUROPE, <http://hub.coe.int/what-we-do/human-rights/death-penalty> (last visited April 8, 2013).

68 Id.

69 Member countries of the European Union, OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, <http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/> (last visited April 8, 2013).

54 The history of the European Union, 1970-1979, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

55 The history of the European Union, 1960-1969, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

56 The history of the European Union, 1980-1989, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

57 OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, supra note 41.

58 A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, supra note 45, at 4-5.

59 Id. at 5.

60 Id.

61 See Treaty on European Union, art. F, sec. 2, Feb. 7, 1992.

62 Treaty on European Union, supra note 62, (referencing Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, April 11, 1950).

63 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, sec. I, art. 1-6, April 11, 1950. (Rights specifically outlined in the document include: right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and forced labor, right to liberty and security, right to a fair trial, no punishment without law, right to respect for private and family life, freedom of thought, freedom of conscience, freedom of religion, freedom of expression, freedom of assembly and association, right to marry, right to an effective

extremely outspoken about its death penalty approach. Currently, the European Union's website has a section dedicated to its thoughts on the death penalty, with the first sentences reading: "The European Union holds a strong and principled position against the death penalty; its abolition is a key objective for the Union's human rights policy. Abolition is, of course, also a pre-condition for entry into the Union," showing that the Union not only disagrees with the utilization of the death penalty, but intends to share and spread its viewpoint worldwide.⁷⁰ In the late 1990s, the European Union decided that in order to give their principles greater prominence and influence, a formal document should be compiled documenting the fundamental rights and general principles of the European Union and other groups.⁷¹ This *Charter of Fundamental Rights* was sure to incorporate the general rights and freedoms included in the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, but also included policies and practices of other European Union member-nations as well as case law from the Court of Justice of the European Union.⁷² This Charter explicitly outlaws utilization of the death penalty for any reason.⁷³ The European Union recognizes the importance of respecting the rights of its people and preserving those rights by abolishing the death penalty. Furthermore, the values of the European Union's people are important to avoid uprising and protest, and maintain a peaceful system. The European Union has realized that preserving these rights is also preservation of the government and legal system they wish to maintain. The European Union sees the abolition of the death penalty as an extremely important aspect of a modern functioning legal system and has made it a point to share this perspective with nations all around the globe.⁷⁴ One nation, in particular, that the European Union has sought to align with is the United States, but it seems their efforts have been to no avail.

70 EU Policy on Death Penalty, EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, http://eeas.europa.eu/human_rights/adp/index_en.htm (last visited April 8, 2013).

71 Charter of Fundamental Rights, OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/antidiscrimination_relations_with_civil_society/l33501_en.htm (last visited April 6, 2013).

72 EU Charter of Fundamental Rights, EUROPEAN COMMISSION, <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/> (last visited April 8, 2013).

73 Charter of Fundamental Rights, title I, art. 2, sec. 2, Oct. 2, 2000.

74 EU Policy on Death Penalty, *supra* note 71.

4. HISTORICAL RELATIONSHIP BETWEEN THE UNITED STATES AND THE EUROPEAN UNION

The United States and the European Union began their relationship shortly after the European Union's inception, when the United States officially recognized the European Coal and Steel Community.⁷⁵ As early as 1952, the United States provided international recognition to this developing union.⁷⁶ Since then, the United States and the European Union have formed a valuable partnership.⁷⁷ While this partnership benefits both nations in many ways, one of the most important ties between the two is economically.⁷⁸ The European Union and the United States rely on each other for bilateral trade and foreign investment.⁷⁹ In fact, the two have the largest bilateral trade relationship in the world.⁸⁰ With this relationship comes respect, and the United States does align with the European Union in other areas besides economics.

The European Union and the United States work together to create and implement global policy. Ironically enough, the European Union publicizes in its own literature that it works closely with the United States to support "common values" like peace, freedom, and law.⁸¹ The European Union worked with the United States in reconstructing Afghanistan both physically, legally, politically, and economically after the destruction occurred there.⁸² However, the two remain divided on some issues, the death penalty being one of the most notable divisive issues.

While the United States is not the only country that still allows the death penalty for certain crimes, those nations that still allow the death penalty seem to be quite unlike the United States.⁸³ Among those nations that still allow the death penalty are Afghanistan, Iraq, Iran,

75 History of Delegation, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/who-we-are/history-of-the-delegation/> (last visited April 8, 2013).

76 *Id.*

77 A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, *supra* note 45, at 13.

78 *Id.*

79 *Id.*

80 *Id.*

81 *Id.*

82 *Id.* at 14.

83 Death Penalty Abolition Worldwide, AMNESTY INTERNATIONAL, <http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/death-penalty/international-death-penalty/death-penalty-statistics-2010> (last visited April 8, 2013).

China, Japan, Somalia, and of course the United States.⁸⁴ These are all nations that have a troubled and conflicting history with the United States. However, most other forward-thinking, successful, and like-minded nations abolished the death penalty many years ago.⁸⁵ The best example of this is the subject of this paper, the European Union. The European Union is a group that has issued documents, treaties, laws, and reports clearly establishing the importance of human rights, freedom, and liberty. When it comes to protecting and preserving the rights of the people, the European Union is more like the United States than almost any other nation in the world. It is, therefore, interesting to explore the reasons for such diverging policies.

5. POSSIBLE EXPLANATIONS FOR DIVERGENT POLICIES

Even with this important and established relationship and notable similarities in other respects, these two nations currently have very diverse perspectives on the death penalty. As previously discussed, the European Union decided shortly after its inception that fundamental rights and humans rights were to be preserved.⁸⁶ More importantly, the European Union clearly established that the preservation of these rights was an important goal.⁸⁷ While the United States has similarly adopted a preservation of fundamental rights through the United States Constitution, it seems clear that America and the European Union have, through the course of legislation and case law, chosen to define these rights differently. The European Union feels that life is precious and, therefore, that it is never appropriate to punish another by taking his or her life. However, the United States, also recognizing the value of individual lives, has reached a different conclusion. The United States uses the value of life to justify the harshest punishment when a person takes the life of another. If retribution is the goal, the only proper punishment for being careless with another person's life is the most severe punishment: death. Given similar policies underlying the laws of both America and the European

Union, it is interesting to consider what leads these two unions to different conclusions on this topic. Scholars have considered many theories, among them the lack of strong leadership in the United States willing to work towards abolition of the death penalty.⁸⁸

One idea is the notion that the United States offers its citizens freedom and liberties different from any other nation on this planet. While many nations give their citizens "freedom," not all of them offer education, employment, voting, and other things as freely as the United States. Many call America the "land of opportunity" where others come to avoid persecution for any number of things. If this is really true about America, perhaps the land of unparalleled freedom comes at a price. This price is potential death. If citizens want to live, learn, and work in the "land of opportunity," these people must do so with the understanding that if he or she chooses to disrespect the life of another in an extreme manner, the United States will take his or her life.

An additional explanation is that the United States sees this as a way to maintain its classification as the most powerful nation in the world. While it is highly unlikely that this is done with such specific purpose, it is possible that the United States thinks it is necessary to be stricter on certain policies so that it looks "macho" to everyone else. Just like the child in the schoolyard threatens to beat up anyone that gets in his way in order to maintain his place as the toughest guy in the schoolyard, the United States needs to be sure it is providing the toughest stance on certain crimes.

Another aspect of these policies that cannot go without mentioning is the most simple: we are dealing with two different unions. These unions are made up of different people with different attitudes, and different cultural influences. Most importantly, the European Union is facing different crimes. Perhaps crimes in the United States tend to be more heinous and atrocious and, therefore, warrant a more severe punishment. While there is no research directly supporting this theory, there is a wealth of research showing that crime rates are significantly lower in European Union countries as compared with the United States.⁸⁹ Given

84 Id.

85 Nations like United Kingdom, France, Germany, among others have abolished death penalty. Id.

86 The European Economic Community Treaty; and The European Atomic Energy Community Treaty, *supra* note 53.

87 Id.

88 Frederick C. Millett, Will the United States Follow England (and the Rest of the World) in Abandoning Capital Punishment?, 6 *PIERCE L. REV.* 547, 644 (2008).

89 Reporting that in the year 2000, United States had 5.87 homicides per 100,000 population and European Union member-nations had 2.49 homicides per 100,000 population on average. Gordon

this information, it is plausible to imagine that the United States is not only dealing with more homicides, but potentially more dangerous homicides and, therefore, needs a harsher punishment in place. However, it remains to be proven whether the death penalty remains because of high crime rate or if the crime rate is high because of the death penalty.

Perhaps the most persuasive explanation for the different death penalty approaches in the United States and the European Union is directly related to the first argument set forth in this section of the paper. Part of the freedom, liberty, and justice that the United States offers its citizens is the right to speak up and protest freely.⁹⁰ Furthermore, the United States government functions under a democracy and, therefore, politicians have to be accountable for their decisions to the people that elected them. This same type of democratic pressure is not present in the European Union to the same extent it is in the United States.

The European Union does not make laws in the same way as the United States and, therefore, does not have to answer to its citizens in the same way that legislators do in the United States. The website of the European Parliament generally outlines the process by which laws are made in the European Union.⁹¹ The outlines suggest that proposals are sent to the European Parliament and the European Council from the European Commission.⁹² Once the Parliament and the Council receive the proposal, they discuss it and determine the proper course of action.⁹³ If Parliament and the Council agree, then Parliament officially adopts it.⁹⁴ However, it is interesting to consider how the members of Parliament, the Council, and the Committee received their roles as legislators. Members of the European Commission are appointed once every five years by the European Council.⁹⁵ The European Council is made

up of the government leaders of the member nations,⁹⁶ which are elected by various means in each member nation. Finally, the European Parliament consists of 754 elected members from across the twenty-seven member nations.⁹⁷ Given this system, less members of the entire process are elected and, therefore, face fewer pressures from voting constituents. Not only is there less pressure because of the organization of the legislative system, but many United States citizens make it their job to constantly speak up about issues such as this.

There is a never-ending discussion regarding the death penalty approach in America. We have evolving standards that change as the wind blows. Whereas in the European Union the decision has been firmly planted since its inception, the United States continues to discuss, analyze, and reinterpret the standards here. All of these things contribute to a potential justification for the differing policies of the United States and the European Union.

6. IMPORTANCE OF CONSIDERING EUROPEAN UNION POLICIES

One of the most logical reasons to consider the policies of the European Union in United States death penalty legislation is the similarities in the two as discussed above. The United States does not align in many ways with the rights and policies in countries like Iran and China, which still recognize the death penalty.⁹⁸ However, the European Union seems to provide for and protect its citizens and their rights in much the same way as the United States. All of the member nations in the European Union have come together and collectively decided that killing another as punishment for a crime does not comply with the fundamental rights to life that every person is guaranteed. The European Union defines this fundamental right differently in an attempt to protect the rights of the people. Given the important rights and freedoms guaranteed to both European Union citizens and Americans, perhaps the United Sta-

Barclay & Cynthia Tavares, *International comparisons of criminal justice statistics 2000*, Table 1.1 (2002) http://www.iprt.ie/files/international/international_comparisons_of_criminal_justice_statistics_2000.pdf.

90 U.S. CONST. amend. I.

91 Ordinary legislative procedure, EUROPEAN PARLIAMENT, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/0080a6d3d8/Ordinary-legislative-procedure.html> (last visited April 8, 2013).

92 Id.

93 Id.

94 Id.

95 About the European Commission, EUROPEAN COMMISSION, <http://ec.europa.eu/about/> (last visited April 8, 2013).

96 The European Council—an official institution of the EU, EUROPEAN COUNCIL, <http://www.european-council.europa.eu/the-institution.aspx?lang=en> (last visited April 8, 2013).

97 Organisation and work, EUROPEAN PARLIAMENT, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/0025729351/Organisation-and-work.html> (last visited April 8, 2013).

98 Death Penalty Abolition Worldwide, *supra* note 84.

tes should look to the policies of nations more similar to them.

The United States Constitution provides another justification for considering the policies of the European Union when forming death penalty policies in the United States. The “Supremacy Clause” of the United States Constitution states that the “supreme law of the land” shall be the Constitution along with United States Treaties.⁹⁹ This would naturally include any international treaties that the United States agrees to.

The United States ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, part of the *International Bill of Human Rights*, in 1992 and addressed numerous specific rights that all nations would strive to provide for their citizens.¹⁰⁰ While there is a specific provision regarding the death penalty and its application in those nations that have not abolished it,¹⁰¹ there is also a provision prohibiting cruel or inhuman treatment, punishment, and torture.¹⁰² While the United States has determined through the Supreme Court and much case law that the death penalty does not constitute cruel and inhuman punishment, other nations that have signed this treaty do not agree. Evidence of this fact is clear just by looking at the list of those nations that have adopted the *International Covenant on Civil and Political Rights*.¹⁰³ Countries that have abolished the death penalty and consider it cruel and inhuman treatment, signed this international agreement.¹⁰⁴ Some of those countries include: Austria, Belgium, Denmark, France, Germany, Portugal, Spain, Sweden, and the United Kingdom—all members of the European Union.¹⁰⁵

While this treaty may not be actual United States law, it is nevertheless important in America and should be considered. Given the support for this treaty and the contents therein, it is clear that many other nations are

defining cruel and inhuman treatment much differently than the United States. While consideration of international policy is not required by any means, the “treaty” language was written into the Supremacy Clause of the Constitution for a reason.¹⁰⁶ International policy is important, especially when it is the policy of nations we align with in other ways. Therefore, it makes perfect sense to consider the fact that other nations define cruel and inhuman treatment differently and possibly consider their reasons for doing so. However, based on this same notion, the Supremacy Clause is a tactic the United States has provided to get around complying with pressures of voters. If the federal government enters into an international treaty, it will become supreme law and, therefore, not up for discussion among legislators.

It is also important to consider international policies on the death penalty as a result of the “evolving standard of decency” that became part of United States death penalty legislation many years ago.¹⁰⁷ In the landmark case of *Trop v. Dulles*,¹⁰⁸ Chief Justice Warren stated that the Eighth Amendment’s cruel and unusual punishment could not be judged according to the standards of the 1700s, but rather should be analyzed based on “evolving standards of decency.”¹⁰⁹ This gives United States courts and legislators license to consider all different types of modern influences when determining what society deems to be decent today. When Chief Justice offered these words that would echo through the United States’ legal system for many years to come, he was thinking about how many influences, both domestically and internationally, would influence what people in a certain time period felt was just and decent. Interpreting the Eighth Amendment could easily include consideration of international policy, which, according to some, was intended by the drafters of the Constitution.¹¹⁰ When we consider the common trends and morals of “society” today, views and opinions from people around the globe are important in that consensus. Foreign affairs affect the common standards concerning war, weapons, and the economy. Therefore, in determining what constitutes cruel and unusual punishment, it is important to look at the common view of society, including influences from countries other than the United States.

99 U.S. CONST. art. VI, § 2.

100 International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966.

101 This section allowed the death penalty in those states where it is provided for by law. International Covenant on Civil and Political Rights, art. 6, sec. 2, Dec. 16, 1966.

102 *Id.* at art. 7.

103 The International Covenant on Civil and Political Rights was adopted by the United Nations generally, with many nations signing and ratifying the document themselves. Nations that signed onto this Covenant include: Denmark, Germany, Hungary, Romania, and Sweden. See International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966.

104 *Id.*

105 *Id.*

106 U.S. CONST., *supra* note 100.

107 *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

108 *Id.*

109 *Id.*

110 Harold Hongju Koh, Paying “Decent Respect” to World Opinion on the Death Penalty, 35 U.C. DAVIS L. REV. 1085, 1103 (2002).

When this justification is joined with the prior justification, that many other nations defined cruel and inhuman in different ways, a natural step would be to consider foreign policy. The United States Supreme Court routinely allows groups and parties that have no direct relation to a case to submit *amici briefs* offering their thoughts and opinions on a matter. The reason for this is that those outside parties help contribute to determining what the evolving standard of decency current is. This is especially true when a non-party to a case has a potential interest in the outcome of the case. Given the European Union's continued efforts in the United States to abolish the death penalty, it certainly has an interest in the outcome of the case and should be able to submit briefs for consideration just as groups and initiatives from the United States are welcome to do.

A further important factor for considering European Union policies in the United States' death penalty discussion is the bilateral trade relationship referenced above.¹¹¹ Scholars have hypothesized that the United States cannot maintain its positive international relations without changing its stance on death penalty.¹¹² This theory was proven when the European Union developed new export laws regarding the shipment of certain drugs used in lethal injection in the United States, specifically to keep the drug from use in the death penalty.¹¹³ The drug the Union changed the regulations on is the anesthetic sodium thiopental.¹¹⁴ Being that this is the drug that takes the pain out of lethal injections, it makes sense that human rights groups will argue that without this drug, the death penalty is cruel and unusual punishment, as prohibited by the Constitution.¹¹⁵ The only other producer of the drug is an American-based company that refuses to supply the drug for the purpose of lethal injection.¹¹⁶ This is leaving the United States with few options, except an alternative method of execution. Considering 35 states currently authorize death penalty by lethal injection, this is an important issue that most certainly affects the death penalty discussion in

the United States.¹¹⁷ The European Union is getting its message across and, therefore, must be acknowledged.

The European Union has routinely made its presence known and attempted to assert influence in death penalty cases in the United States.¹¹⁸ While some of this attempted involvement is just an official European Union statement issued to the public, the European Union also submits letters to parole boards, Lieutenant Governors, Governors, and others.¹¹⁹ Many times the United States shares a response, always reiterating that death penalty in the United States is a process left up to elected government officials and federal and state levels.¹²⁰ While the response from the United States is correct, the process of forming death penalty legislation is left up to legislators in this country, there is nothing in any law prohibiting the United States from considering other viewpoints to get a new perspective.

Perhaps more importantly, the United States' reluctance to consider other death penalty approaches is causing discourse among citizens in foreign nations.¹²¹ This makes the European Union's interest in United States legislation vital. It is clear, given the alternating history of death penalty legislation in the United States, that there are legitimate reasons for both prohibition and acceptance of the death penalty. A very old saying states that two heads are better than one, and perhaps an additional perspective on this highly-debated topic can add something to the continuing conversation regarding the death penalty here in the United States.

7. CONCLUSION

The United States and the European Union have much different histories regarding the death penalty;

117 Authorized methods, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, <http://www.deathpenaltyinfo.org/methods-execution> (last visited April 8, 2013).

118 Death Penalty Archive, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human-rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/> (last visited April 8, 2013).

119 *Id.*

120 US Response to EU Statement at Organization for Security and Cooperation in Europe, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human-rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/death-penalty-archive-2011/> (last visited April 6, 2013).

121 Koh, *supra* note 111, at 1105-06.

111 A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, *supra* note 45, at 13.

112 Trail, *supra* note 2, at 122.

113 Guido Bohsem, Europe to Ban Sale of Vital Lethal Injection Drug to U.S., TIME.COM (Dec. 15, 2011) <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2102266,00.html>.

114 *Id.*

115 U.S. CONST. amend. VIII.

116 Bohsem, *supra* note 114.

the European Union has consistently disagreed with use of this punishment while the United States has spent most of the last century refining death penalty legislation, specifically as it applies to the Constitution. Both Unions, while prioritizing similar rights for citizens, have opposite views on the death penalty. The United States, by allowing the death penalty, finds itself among the company of nations such as Japan, Iran, and Afghanistan. These nations have histories of conflict with the United States, specifically as it applies to rights of citizens.

While the reason for these diverse policies could very well be undefinable, the solution might not be. Given our similarities with the European Union, both economically and constitutionally, it is important for us to consider the approach used there. This is also important given current interpretation of foreign treaties and the evolving standard of decency. The United States courts and legislators have a history of considering outside parties when amending or redefining the law in the United States, so continuing this practice with death penalty legislation is only logical. The European Union is interested and willing to provide guidance and thoughts on this troubling topic that the United States has clearly struggled with for many years. The United States needs to strive to consider important foreign perspectives concerning the critical subject of the death penalty. The reasons to consider European Union policies are numerous, while the explanation for the different death penalty policy in the United States is something far short of evident.

REFERENCES

- 1 Cong. Ch. 9 §§ 1-14 (1790).
- 18 U.S.C.A. § 3591
- 29 Stat. 487 (1897).
- 172 U.S. 303 (1899).
- About the European Commission*, EUROPEAN COMMISSION, <http://ec.europa.eu/about/> (last visited April 8, 2013).
- Authorized methods*, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, <http://www.deathpenaltyinfo.org/methods-execution> (last visited April 8, 2013).
- Branch v. Texas, 447 S.W.2d 932 (Tex. 1969).
- Charles Alan Wright, et al., *History—The Colonial Experience*, 30 Fed. Prac. & Proc. Evid. §6344 (2012).
- Charter of Fundamental Rights*, OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/antidiscrimination_relations_with_civil_society/133501_en.htm (last visited April 6, 2013).
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, April 11, 1950.
- The Council of Europe, a death penalty free area*, COUNCIL OF EUROPE, <http://hub.coe.int/what-we-do/human-rights/death-penalty> (last visited April 8, 2013).
- Death Penalty Abolition Worldwide*, AMNESTY INTERNATIONAL, <http://www.amnestyusa.org/our-work/issues/death-penalty/international-death-penalty/death-penalty-statistics-2010> (last visited April 8, 2013).
- Death Penalty Archive*, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human-rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/> (last visited April 8, 2013).
- EU Charter of Fundamental Rights*, EUROPEAN COMMISSION, <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/> (last visited April 8, 2013).
- EU Policy on Death Penalty*, EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, http://eeas.europa.eu/human_rights/adp/index_en.htm (last visited April 8, 2013).
- The European Atomic Energy Community Treaty, March 25, 1957.
- The European Council—an official institution of the EU*, EUROPEAN COUNCIL, <http://www.european-council.europa.eu/the-institution.aspx?lang=en> (last visited April 8, 2013).
- The European Economic Community Treaty, March 25, 1957.
- EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, A GUIDE FOR AMERICANS: THE EUROPEAN UNION, 4 (2012) <http://www.euintheus.org/resources-learning/eu-guide-for-americans/>.
- Executions in the U.S. 1608-2002: The ESPY File*, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/ESPYyear.pdf>.
- Frederick C. Millett, *Will the United States Follow England*

(and the Rest of the World) in *Abandoning Capital Punishment?*, 6 PIERCE L. REV. 547, 644 (2008).

Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

Gordon Barclay & Cynthia Tavares, *International comparisons of criminal justice statistics 2000*, Table 1.1 (2002) http://www.iprt.ie/files/international/international_comparisons_of_criminal_justice_statistics_2000.pdf.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 227 (1976).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Guido Bohsem, *Europe to Ban Sale of Vital Lethal Injection Drug to U.S.*, TIME.COM (Dec. 15, 2011) <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2102266,00.html>.

Harold Hongju Koh, *Paying "Decent Respect" to World Opinion on the Death Penalty*, 35 U.C. DAVIS L. REV. 1085, 1103 (2002).

History of Delegation, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/who-we-are/history-of-the-delegation/> (last visited April 8, 2013).

The history of the European Union, 1945-1959, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

The history of the European Union, 1960-1969, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

The history of the European Union, 1970-1979, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

The history of the European Union, 1980-1989, <http://europa.eu/about-eu/eu-history/> (last visited April 8, 2013).

International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. 16, 1966.

Jackson v. Georgia, 171 S.E.2d 501 (Ga. 1969).

Jurisdictions with no recent executions, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/jurisdictions-no-recent-executions>.

Marylin J. Raisch, *Treaties Establishing the European Union*, AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, <http://www.asil.org/erg/?page=eu#id.70mqtqmqxhq> (last visited April 8, 2013).

McGautha v. California, 402 U.S. 183 (1971).

Member countries of the European Union, OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, <http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/> (last visited April 8, 2013).

Newton M. Curtis, *The Death Penalty Undesirable and Not Sustained by Divine Authority*, reprinted in *Voices Against Death* 143 (Phillip English Mackey, ed., 1976).

OFFICIAL WEBSITE FOR THE EUROPEAN UNION, http://europa.eu/index_en.htm (last visited April 8, 2013).

Ordinary legislative procedure, EUROPEAN PARLIAMENT, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/0080a6d3d8/Ordinary-legislative-procedure.html> (last visited April 8, 2013).

Organisation and work, EUROPEAN PARLIAMENT, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/0025729351/Organisation-and-work.html> (last visited April 8, 2013).

Rebecca Trail, *The Future of Capital Punishment in the United States: Effects of the International Trend Towards Abolition of the Death Penalty*, 26 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 105, 105 (2002).

Senate Bill 19 to Repeal the Death Penalty Introduced, AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (March 12, 2013), <http://www.aclu.org/capital-punishment/senate-bill-19-repeal-death-penalty-introduced>.

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541 (1942).

States With and Without the Death Penalty, DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (March 12, 2013), <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>.

STUART BANNER, *DEATH PENALTY: AN AMERICAN HISTORY* 5 (Harvard University Press 2003). This enumerated list included treason, willful murder, piracy, forgery, robbery, and rape.

Treaty on European Union, Feb. 7, 1992.

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

U.S. CONST. amend. I

U.S. CONST. amend. V.

U.S. CONST. amend. VI

U.S. CONST. amend. VIII

U.S. CONST. amend. XIII

U.S. CONST. amend. XIV, sec. 1

US Response to EU Statement at Organization for Security and Cooperation in Europe, DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION TO THE UNITED STATES, <http://www.euintheus.org/what-we-do/policy-areas/democracy-and-human->

[rights/torture-and-capital-punishment/death-penalty/death-penalty-archive-2011/](#) (last visited April 6, 2013).

United States v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968).

Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Tudo de novo no front:
MONUSCO, uma nova era nas
peacekeeping operations?

All new on the frontline:
MONUSCO, a new era in
peacekeeping operations?

Priscila Fett

Tudo de novo no front: MONUSCO, uma nova era nas peacekeeping operations?

All new on the frontline: MONUSCO, a new era in peacekeeping operations?*

Priscila Fett**

RESUMO

A Resolução 2.098 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 28 de março de 2013, autorizou, de forma inédita, a criação de uma Brigada de Intervenção para atuar na República Democrática do Congo como parte integrante da MONUSCO – missão de paz em andamento no país desde 1999. Entretanto, o referido documento ressalta que a inovação trazida em seu bojo não deve abrir um precedente no universo das operações de manutenção da paz da ONU. O presente artigo tem por finalidade suscitar os pontos controversos identificados na citada resolução e verificar se será possível impedir a tomada de novos rumos pelas *peacekeeping operations*, como desejado pelo órgão de cúpula da Organização. Para tanto, faz-se uma breve contextualização da presença da ONU no país, para na sequência analisar o conteúdo da resolução e os pontos relevantes para o debate proposto, passando à conclusão do artigo.

Palavras-chave: Brigada de Intervenção. MONUSCO. ONU.

ABSTRACT

United Nations Security Council 2098 Resolution, March 28, 2013, authorized in an unprecedented manner, the creation of an Intervention Brigade to serve in the Democratic Republic of Congo as part of MONUSCO – peacekeeping **mission in progress** in the country since 1999. However, the document emphasizes that the referred innovation should not set a precedent in the world of UN peacekeeping operations. This article aims to raise controversial points identified in that resolution and verify if it will be possible to prevent new paths for the peacekeeping operations, as desired by the Council. Therefore, a brief contextualization of the UN presence in the country will be made, to further analyze the content of the resolution and the points relevant to the proposed debate, following to the conclusion of the article.

Keywords: Intervention Brigade. MONUSCO. UN.

* Recebido em 24/07/2013
Aprovado em 30/07/2013

** Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina, possui cursos de extensão em Direito Internacional Humanitário pelo *Institute of International Humanitarian Law*, em Sanremo, Itália.

1. INTRODUÇÃO

Por meio da Resolução 2.098, de 28 de março de 2013, os membros do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) – seguindo as recomendações feitas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas (SGNU) em seu relatório de 27 de fevereiro¹ – aprovaram por unanimidade a criação de uma Brigada de Intervenção (BI) para somar esforços à *Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la Stabilisation en République Démocratique du Congo* (MONUSCO), pelo período inicial de um ano.

A razão principal para que tal brigada fosse criada foi a expectativa de que ela ajudaria o governo congolês a fortalecer o controle sobre o seu território, possibilitando às *Forces Armées de la République Démocratique du Congo* (FARDC) exercer sua responsabilidade primária na segurança do país.²

A Brigada de Intervenção irá operar sob o comando e controle direto do *Force Commander* (FC) da MONUSCO – o General brasileiro Santos Cruz – e terá como missão empreender operações ofensivas a fim de neutralizar grupos armados e desarmá-los, visando com isso impedir sua expansão na porção leste da República Democrática do Congo (RDC) e reduzir a ameaça oferecida às autoridades estatais e à população civil.³

Dentre os grupos armados de maior relevo atuantes em território congolês, a Resolução do CSNU destaca e condena as ações do *23 March Movement* (M23), das *Forces Démocratiques de Libération du Rwanda* (FDRL), da *Alliance Democratic Forces* (ADF), *Alliance des Patriotes pour un Congo Libre et Souverain* (APCLS), do *Lord's Army Resistance* (LRA), da *National Force of Liberation* (FNL) e dos grupos Mayi-Mayi.⁴ Depreende-se da leitura da Resolução que esses serão os grupos armados que a Brigada de Intervenção deverá enfrentar.

1 *Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina, possui cursos de extensão em Direito Internacional Humanitário pelo *Institute of International Humanitarian Law*, em Sanremo, Itália.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great Lakes region*. UN doc. S/2013/119. 27 fev. 2013.

2 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great Lakes region*. UN doc. S/2013/119. 27 fev. 2013, parágrafo 60.

3 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013, parágrafo 9.

4 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013, Parágrafo 8.

Não obstante o fato de a Resolução 2.098 ter sido aprovada por unanimidade, muitos membros do CSNU demonstraram preocupação com as implicações que a criação da Brigada de Intervenção trará no futuro. Esse documento estabeleceu que a BI será criada “*on an exceptional basis and without creating a precedent or any prejudice to the agreed principles of peacekeeping*” (grifo nosso). Entretanto, como bem asseverou o representante do Reino Unido presente à reunião, Mark Grant, “*Council and the United Nations had entered new territory*”.⁵

Gert Rosenthal, representante da Guatemala, ressaltou que a criação e a atuação da BI suscitariam questões conceituais, legais e operacionais relacionadas ao alcance das ações a serem adotadas pela brigada, uma vez não terem sido bem exploradas e esclarecidas pela Resolução do CSNU.⁶

Em função das discussões propiciadas no âmbito do Conselho de Segurança e do novo horizonte que se descortina para as operações de manutenção da paz da Organização das Nações Unidas (ONU), o presente artigo tem por finalidade levantar os possíveis pontos de inflexão no tocante às dificuldades conceituais, legais e operacionais a serem enfrentadas pela MONUSCO, e verificar, ao fim, se a ideia frisada pelo CSNU de que a Resolução não abre um precedente no universo das *peacekeeping operations* é pertinente ou não.

Para tanto, inicialmente será feita uma breve contextualização da presença da MONUSCO na RDC para, na sequência, analisar o conteúdo da Resolução 2.098 do CSNU que criou a BI. Feita tal análise, serão apontados e debatidos os pontos controversos referentes à nova força, para então concluir se as novidades trazidas pelo Conselho de Segurança em março de 2013 influenciarão ou não, de forma determinante, as futuras missões de paz da ONU.

2. HISTÓRICO DA MONUSCO

Décadas de colonialismo e de um ambiente opressivo e violento fizeram da RDC palco de massivas atro-

5 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. ‘*Intervention Brigade*’ *Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

6 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. ‘*Intervention Brigade*’ *Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

idades. Durante três décadas, o país foi governado pelo corrupto Presidente Mobutu Sese Seko. Todavia, a partir do início da década de 1990, sua força política foi perdendo vigor, ao mesmo tempo em que Laurent Kabila, opositor ao governo, foi ganhando terreno.⁷

Na mesma época, como consequência do trágico genocídio ocorrido em Ruanda em 1994 e de um novo governo tutsi ter-se instalado no país, mais de dois milhões de refugiados ruandeses da etnia hutu cruzaram a fronteira oriental da RDC – incluídos nesse montante grupos perpetradores do genocídio.⁸

No ano de 1996, Ruanda e Uganda invadiram a porção leste da RDC na tentativa de encontrar os responsáveis pelo genocídio que se escondiam no país. Nessa mesma oportunidade, passaram a apoiar militarmente Laurent Kabila no seu plano de destituir Mobutu do poder.⁹

Em outubro daquele ano, Kabila, liderando as tropas ruandesas *Alliance of Democratic Force for the Liberation of Congo* (ADFL), lançou uma ofensiva contra o governo de Mobutu, dando início à primeira guerra civil do país. Em 1997, acuado e enfraquecido, Mobutu viu-se forçado a deixar a RDC, então Zaire, ocasião em que Kabila declarou-se o novo presidente da, agora renomeada, República Democrática do Congo.¹⁰

Uma vez no poder, temendo ver seu país rico em minerais anexado por Ruanda ou Uganda, Kabila reduziu a influência dos seus aliados e ordenou que retirassem suas tropas do território congolês. Como resposta, Ruanda e Uganda passaram a apoiar o movimento rebelde *Congolese Rally for Democracy* (CRD), baseado no leste da RDC, opositor ao seu governo.¹¹

Em 1998, uma rebelião contra o governo tomou força e, em poucas semanas, rebeldes controlaram grande parte do território da RDC. Angola, Chade, Namíbia e Zimbábue prometeram apoio militar ao presidente, enquanto os rebeldes apoiados por Ruanda e Uganda dominavam a porção leste do país. Em vista da alarmante situação da RDC, o CSNU pediu um cessar fogo e a saída das forças estrangeiras, instando os governos patrocinadores a não mais interferir nos assuntos domésticos congolese.¹²

Em junho de 1999, foi assinado entre RDC, Angola, Namíbia, Ruanda, Uganda e Zimbábue, o Acordo de Cessar-Fogo de Lusaka, pondo fim às hostilidades. A fim de assistir ao cumprimento e à observância do referido acordo, o CSNU instituiu a *Mission des Nations Unies en République Démocratique du Congo* (MONUC), pela Resolução 1.279, de 30 de novembro de 1999.¹³

As primeiras eleições livres, em 46 anos, ocorreram em 30 de julho de 2006. O presidente Joseph Kabila – filho de Laurent Kabila, assassinado em 2011¹⁴ – foi o vencedor. O processo eleitoral pelo qual passou a RDC foi um dos eventos mais complexos organizados pela ONU. Depois das eleições, a MONUC continuou no terreno desenvolvendo tarefas políticas, militares, ligadas ao *rule of law* e à capacidade de reconstrução do país.¹⁵

Apesar do significativo progresso alcançado na RDC, desde o desdobramento da missão de paz e da estabilização de muitas regiões, a porção oriental do

7 DRC PEACEBUILDING DATA. *Background: The Congo Conflict*. Disponível em: <<http://www.peacebuildingdata.org/drc/congo-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

8 EASTERN CONGO INITIATIVE. *History of the Conflict*. Disponível em: <<http://www.easterncongo.org/about-drc/history-of-the-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

9 EASTERN CONGO INITIATIVE. *History of the Conflict*. Disponível em: <<http://www.easterncongo.org/about-drc/history-of-the-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

10 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

11 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

12 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013. Este conflito ficou conhecido como “guerra de ocupação”, dada a participação de Angola, Chade, Namíbia e Zimbábue apoiando Kabila, e Ruanda e Uganda apoiando os grupos rebeldes, cf. UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

13 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

14 EASTERN CONGO INITIATIVE. *History of the Conflict*. Disponível em: <<http://www.easterncongo.org/about-drc/history-of-the-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

15 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

país continuou assolada por ondas de violência, crises humanitárias crônicas, graves violações de direitos humanos, em especial as de natureza sexual e de gênero. Como agravante para a difícil situação congoleza, grupos armados nacionais e estrangeiros continuavam espalhados pela região aterrorizando civis e explorando, ilegalmente, recursos naturais.¹⁶

Por esse motivo, em 1º de julho de 2011, o CSNU, por meio da Resolução 1.925, renomeou a MONUC para *Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République Démocratique du Congo*¹⁷ como consequência da violenta realidade do país, em especial da região leste da RDC.

A nova missão foi autorizada a utilizar *all necessary means* para operacionalizar o seu mandato, o qual passava a conter previsões de proteção de civis, do pessoal humanitário e de agentes defensores dos direitos humanos que estivessem sob iminente ameaça de ataque físico, bem como a apoiar o Governo nos esforços de estabilização e consolidação da paz.¹⁸

Os recorrentes ciclos de violência continuam sendo um obstáculo para a paz na RDC. Com o objetivo de tratar as causas do conflito e assegurar uma paz sustentável na região, foi assinado em fevereiro de 2013,¹⁹ por 11 países, o *Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the Region*.²⁰

No documento foi reconhecido que a porção oriental da RDC continua a sofrer com os cíclicos e violentos conflitos provocados por grupos armados congolezes

e estrangeiros. As consequências da violência empregada na região são alarmantes. A violência sexual, em especial, tem sido utilizada regularmente como arma de guerra e o número de deslocados internos pode ser considerado como um dos maiores do globo, perto de dois milhões.²¹

Na parte operativa do acordo, os países requisitaram à ONU uma revisão estratégica da MONUSCO, a fim de fortalecer o apoio prestado à RDC, de maneira a permitir que o Governo solucione os desafios envolvendo a questão da segurança no país.²²

Em 28 de março de 2013, agindo em conformidade com os objetivos do acordo citado e buscando responder ao pedido de apoio feito pelos países africanos da região dos Grandes Lagos e, ainda, à sugestão do SGNU,²³ o CSNU adotou, unanimemente, a Resolução 2.098, por meio da qual criou a Brigada de Intervenção.²⁴

3. RESOLUÇÃO 2.098

A resolução instituiu a Brigada de Intervenção e dotou-a de três batalhões de infantaria, um de artilharia, um de forças especiais e uma companhia de reconhecimento, com sede em Goma, – totalizando 3.069 homens – e operando sob o comando direto do FC da MONUSCO.²⁵

Na parte introdutória do documento, o CSNU reafirmou a importância dos princípios básicos das *peacekeeping operations*, sendo eles o consentimento – intimamente ligado ao respeito à soberania da RDC, também reiterado na resolução –, a imparcialidade e o mínimo uso da força – autorizado em legítima defesa e defesa

16 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

17 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

18 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

19 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

20 Os países assinantes foram: Congo, Angola, DRC, Ruanda, República da África Central, Burundi, África do Sul, Sudão do Sul, Uganda, Tanzânia, Zâmbia e Zimbábue, cf. UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the region*. UN doc. S/2013/131. 5 mar. 2013.

21 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the region*. UN doc. S/2013/131. 5 mar. 2013, parágrafos 2-3.

22 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the region*. UN doc. S/2013/131. 5 mar. 2013, parágrafo 5.

23 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great Lakes region*. UN doc. S/2013/119. 27 fev. 2013, parágrafo 60.

24 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

25 UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. *MONUSCO Background*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

do mandato. Essa menção reflete a preocupação do Órgão de que as novidades trazidas pela presente resolução possam deslegitimar tais princípios, abrindo novos precedentes e margens de apreciação para a doutrina das missões de paz.

Quanto às motivações que levaram o CSNU à criação da brigada, a resolução ressalta dentre outras, os intermináveis ciclos de violência que assolam a parte leste da RDC, demonstrando apreensão com a presença do M23 nas imediações de Goma, bem como com as contínuas violações do DIH e abusos de direitos humanos perpetrados por este, e outros grupos.

Diante de tal cenário, atribuiu-se como mandato à IB – este, fundamentado no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (Carta) – a responsabilidade de

*carry out offensive operations, either unilaterally or jointly with the FARDC, in a robust, highly mobile and versatile manner and in strict compliance with international law, including international humanitarian law [...] to prevent the expansion of all armed groups, neutralize the groups, and to disarm them [...].*²⁶

Trata-se, segundo informou o SGNU, da primeira força de combate ofensiva criada para levar a cabo operações militares contra grupos armados na RDC.²⁷ Cabe observar que a presença de uma brigada de artilharia como parte integrante da BI pressupõe o uso de armamento pesado e de grosso calibre, o que é um indicativo da intensidade a ser alcançada com as ações ofensivas.

Neste primeiro momento, muitos têm afirmado não se tratar de medida inédita a reunião de uma força com o mandato de realizar operações ofensivas, pois segundo alguns autores, a presença de uma força com essa conformação e mandato pode ser vista nos casos da Somália²⁸ e Haiti²⁹, por exemplo.

26 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013. Parágrafo 9.

27 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *'Intervention Brigade' Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

28 Ver BLYTH, Fiona. *Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges*. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

29 Ver BLYTH, Fiona. *Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges*. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013. Ver OSWALD, Bruce. *The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues*. *American Society of*

A seguir, serão vistos pontos importantes colhidos da Resolução, os quais darão subsídios ao debate, confirmando ou não o seu ineditismo, bem como sinais iniciais sobre o futuro das *peacekeeping operations*.

4. PONTOS CONTROVERSOS

4.1 Questões conceituais

Importante notar, antes de mais nada, que a MONUSCO é uma operação de manutenção da paz do tipo robusta, isto é, consentida pelo governo da RDC – requisito essencial para a configuração de uma *peacekeeping operation*³⁰ – e autorizada com base no Capítulo VII da Carta da ONU,³¹ pois a violenta realidade do terreno exige o uso da força para que o mandato seja cumprido.³²

International Law, v. 17, n. 15, 6 jun. 2013.

30 A Doutrina Capstone, doutrina que compilou sessenta anos de experiência da ONU em operações de manutenção da paz, diz que o consentimento deve ser dado pelas principais partes envolvidas no conflitos, cf. DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATION, DEPARTMENT OF FIELD SUPPORT. *Principles and guidelines*. New York, 18 de jan. 2008. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/policy.shtml>>. Acesso em: 14 jul. 2013. p. 31. No caso da RDC, têm-se as forças do governo congolês lutando contra uma série de grupos rebeldes não organizados e que não lutam por um mesmo propósito. Sendo assim, não se pode reconhecer nenhum desses grupos armados como partes legítimas e principais a darem o seu consentimento para a presença da ONU. Além disso, a referida doutrina diz que alcançar o consentimento universal é muito pouco provável em ambientes voláteis caracterizados pela presença de grupos armados desorganizados e *spoilers*, cf. DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATION, DEPARTMENT OF FIELD SUPPORT. *Principles and guidelines*. New York, 18 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/policy.shtml>>. Acesso em: 14 jul. 2013, p. 32. A situação descrita enquadrar-se perfeitamente no cenário da RDC, no qual a falta do consentimento universal não pode impedir as Nações Unidas de atuar.

31 FETT, Priscila. *As Operações de Manutenção da Paz da Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 51.

32 Após as malsucedidas missões de paz desdobradas na Somália, Bósnia e Ruanda durante a década de 1990, as Nações Unidas resolveram fazer um amplo e abrangente estudo acerca das falhas cometidas pela ONU nesses três episódios (UN doc. S/2000/809). O documento final, conhecido como Relatório Brahimi (UN doc. A/55/305 – S/2000/809), tendo em vista ter sido coordenado pelo ex-Ministro das Relações Exteriores da Argélia, Lakhdar Brahimi, reinterpreto o princípio do mínimo uso da força, dando início a era das *peacekeeping operations* robustas. Segundo o relatório, *“os capacetes azuis devem estar em condições não apenas de defender a si próprios, mas outros componentes da missão e o mandato. Para tanto, as regras de engajamento devem*

Ademais, vale ressaltar, mais uma vez, que a criação da Brigada de Intervenção respeitou o princípio do consentimento – este que é um dos nortes das missões de paz –, tendo sido consentida pelas autoridades governamentais, como reconheceu o representante da RDC na reunião do CSNU, Raymond N^o Tungamulongo, ao afirmar que sua criação “*demonstrated once again the Council’s solidarity and unwavering determination to work for Peace and Security in the Great Lakes region [...]*” e frisou que a tragédia humana em andamento no leste do país é uma “*exceptional situation that requires exceptional measures*”.³³

Assim sendo, as comparações com a *United Nations Operation in Somalia* (UNOSOM II) não são apropriadas, pois aquela foi considerada uma missão de *enforcement* por não ter havido consentimento das partes envolvidas no conflito armado.³⁴ No que diz respeito à *Mission de Nations Unies pour la Stabilisation en Haiti* (MINUSTAH) no Haiti – operação de manutenção da paz que goza do consentimento do país anfitrião – a tarefa de empreender ações ofensivas não estava prevista no mandato. Ademais, por definição, uma operação de estabilização, como a em andamento no país caribenho, significa, segundo o *US Field Manual 3-0*,³⁵ operação

*conducted in support of a host-nation or interim government or as part of an occupation when no government exists [...] They help to establish a safe and secure environment and facilitate reconciliation among local or regional adversaries. Stability operations can also help establish political, legal, social, and economic institutions and support the transition to legitimate local governance.*³⁶

Uma leitura das resoluções da MINUSTAH³⁷ indicará a conformidade entre a nomenclatura adotada para a

ser suficientemente robustas, de forma a não permitir que eles cedam às investidas das partes em conflito”. Cf. FETT, Priscila. As Operações de Manutenção da Paz da Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 99.

33 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. ‘Intervention Brigade’ Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

34 FETT, Priscila. *As Operações de Manutenção da Paz da Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 76.

35 HEADQUARTERS DEPARTMENT OF ARMY. *FM 3-0*. 27. Washington, DC, 27 fev. 2008.

36 HEADQUARTERS DEPARTMENT OF ARMY. *FM 3-0*. 27. Washington, DC, 27 fev. 2008. p. 3-7.

37 Ver Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas 1542 (2004), 1608 (2005), 1702 (2006), 1743 (2007), 1780 (2007), 1840 (2008), 1892 (2009), 1908 (2010), 1927 (2010), 2070 (2012), cf. UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI. *MINUSTAH Mandate*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minustah/mandate.shtml>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

missão, as ações previstas no mandato e o conceito visto acima,³⁸ o qual difere consideravelmente da definição de operações ofensivas. Segundo o referido documento norte-americano, este tipo de operação é “*conducted to defeat and destroy enemy forces and seize terrain, resources, and population centers [...]*.”³⁹ O Manual de Campanha do Exército Brasileiro, por sua vez, ensina que essas operações

visam ao cumprimento de uma ou mais das seguintes finalidades: (1) Destruir forças inimigas; (2) Conquistar áreas ou pontos importantes do terreno; (3) Obter informações sobre o inimigo; (4) Privar o inimigo de recursos essenciais; (5) Desviar a atenção do inimigo de outras áreas.⁴⁰

Pode-se, afirmar, portanto, que os dois casos referidos anteriormente não servem como base comparativa para o presente estudo. Há quem argumente, por derradeiro, que comparativamente à missão de paz do Haiti, a da RDC é, também, uma missão de estabilização. Entretanto, a criação da BI prova que os moldes de uma missão estabilizadora como a adotada no país caribenho não eram adequados para fazer frente aos níveis de violência encontrados no país africano, daí não ser procedente tal comparação.

A originalidade da resolução ora estudada reside, então, no fato de ser a primeira vez em que a ONU assumiu, explicitamente, que suas tropas, representadas pela BI, iriam desempenhar operações ofensivas, ou seja, ações de *enforcement* direcionadas a grupos rebeldes, em um ambiente de operações de manutenção da paz. O próprio relatório SGNU de fevereiro deste ano sugeriu que a “*intervention brigade would have the peace-enforcement tasks of preventing the expansion of, neutralizing and disarming armed groups [...]*”.⁴¹

38 “I. *Secure and Stable Environment: (a) in support of the Transitional Government, to ensure a secure and stable environment within which the constitutional and political process in Haiti can take place; (b) to assist the Transitional Government in monitoring, restructuring and reforming the Haitian National Police [...] (d) to assist with the restoration and maintenance of the rule of law, public safety and public order in Haiti [...]* II. *Political Process: (a) to support the constitutional and political process under way in Haiti [...] (b) to assist the Transitional Government in its efforts to bring about a process of national dialogue and reconciliation; (c) to assist the Transitional Government in its efforts to organize, monitor, and carry out free and fair municipal, parliamentary and presidential elections [...]*”, cf. UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 1542 (2004)*. UN doc. S/RES/1542. 30 abr. 2004.

39 HEADQUARTERS DEPARTMENT OF ARMY. *FM 3-0*. 27. Washington, DC, 27 fev. 2008, p. 3-7.

40 BRASIL. *Manual de Campanha: Operações (C 100 -5)*. 3. ed. 1997, p. 5-1.

41 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the Great*

Nota-se, com isso, um certo hibridismo da MONUSCO, pois ao mesmo tempo em que é uma operação de manutenção da paz, desenvolve, também, ações de *enforcement*.

4.2 Questões legais

4.2.1 Alvo legítimo

A questão referente ao *status* da força de manutenção da paz da ONU em conflito armado – se considerada parte do conflito ou não – tem sido debatida há décadas sem que uma conclusão seja encontrada. Conforme explica Bruce Oswald, a ONU nunca admitiu, publicamente, que seus *peacekeepers* são partes do conflito.⁴²

Mesmo silenciando sobre o tema, em 1999, a ONU manifestou-se por meio do boletim do SGNU Kofi Annan intitulado *Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law* (Boletim),⁴³ sobre a necessidade de as suas tropas aplicarem e observarem as normas consagradas pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA).⁴⁴

O referido documento aplica-se

às forças da ONU que se encontrem em situações de conflito armado e, nele, estejam ativamente engajadas como combatentes durante o tempo que nessas condições estiverem. Esse boletim também será aplicado em casos de ações de *enforcement*, ou em operações de manutenção da paz quando o uso da força estiver autorizado em legítima-defesa⁴⁵ (grifo nosso).

Mesmo inserindo os *peacekeepers* no universo do DICA, a ONU continuou a não reconhecer o *status* das suas tropas como partes em conflitos. Nessa esteira, o

Boletim acrescentou que *peacekeepers* que empregarem a força em legítima defesa deverão respeitar o DIH, mas que tal exigência não faz deles combatentes e, portanto, continuam a gozar da proteção a eles conferida, equiparável ao *status* de civis em conflitos armados previsto na IV Convenção de Genebra (CG), de 1949.⁴⁶ Essa garantia de não poderem ser considerados alvos legítimos em ambiente de conflito armado é concedida pela Convenção sobre Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado, de 9 de dezembro de 1994 (Convenção de 94).⁴⁷

A Convenção de 94 inclui no rol de crimes contra as Nações Unidas o assassinato, o rapto e o ataque a membros dos componentes militar, policial e civil de operações da ONU,⁴⁸ e acrescenta o dever de os Estados-partes punirem aqueles que tenham cometido um dos crimes descritos.⁴⁹

Tal previsão influenciou os redatores do Estatuto de Roma que acrescentaram ao artigo 8 (b) (iii) a seguinte hipótese de crime de guerra:

*intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission in accordance with the Charter of the United Nations, as long as they are entitled to the protection given to civilian objects under the international law of armed conflicts*⁵⁰ (grifo nosso).

Assim, os capacetes azuis que empregam a força em legítima defesa não são vistos como combatentes – pois gozam de proteção à luz da Convenção de 94 –, devendo constituir crime de guerra qualquer ataque a eles direcionado. Fica, então, a dúvida: mas e aqueles que se virem engajados ativamente nas hostilidades e desenvolvendo ações de *enforcement*, como mencionado no Boletim do SG, gozarão eles de tal proteção?

Lakes region. UN doc. S/2013/119. 27 fev. 2013, parágrafo 60.

42 OSWALD, Bruce. The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues. *American Society of International Law*, v. 17, n. 15, p. 2, 6 jun. 2013.

43 UNITED NATIONS SECRETARIAT. *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations forces of international humanitarian law*. UN doc. ST/SGB/1999/13. 6 ago. 1999.

44 “Direito Internacional dos Conflitos Armados [...] se revela a mais técnica das nomenclaturas, considerando que acomoda, sem qualquer esforço interpretativo, tanto a vertente de restrição de meios e métodos de combate quanto a vertente de proteção das vítimas no âmbito dos conflitos armados”. Cf. PALMA, Najla. *Curso de Direito Militar: Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2009, p. 14.

45 UNITED NATIONS SECRETARIAT. *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations forces of international humanitarian law*. UN doc. ST/SGB/1999/13. 6 ago. 1999, artigo 1, (1.1).

46 “1, (1.2) A edição do boletim não prejudica o status protetivo conferido aos membros de *peacekeeping operations* pela Convenção sobre Segurança do Pessoal das Nações Unidas e Associados, ou o status de não-combatentes, que confere a eles a mesma proteção de que gozam os civis, segundo o DIH”. Cf. UNITED NATIONS SECRETARIAT. *Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations forces of international humanitarian law*. UN doc. ST/SGB/1999/13. 6 Ago. 1999.

47 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. UN doc. 49/59. 17 Feb. 1995.

48 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. UN doc. 49/59. 17 Feb. 1995. Artigo 1, (a).

49 UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel. UN doc. 49/59. 17 Feb. 1995. Artigo 19.

50 MAHNOUSH, Arsanjani. *Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. p. 6.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) editou, em maio de 2009, um documento que buscou pontuar os casos em que civis, participando diretamente das hostilidades, perderiam seu *status* de pessoas protegidas, tornando-se assim alvos legítimos, como bem informa o Artigo 51, (3) do Protocolo Adicional às convenções de Genebra I (PAI): “*Civilians shall enjoy the protection afforded by this Section, unless and for such time as they take a direct part in hostilities*”⁵¹ (grifo nosso).

Vale ressaltar que as expressões “ativa” e “diretamente” engajadas se equivalem. Embora o texto em inglês do artigo 3º Comum às Convenções de Genebra⁵² e o 51, (3) do PAI, utilizem os termos “ativa” e “direta”, respectivamente, o uso da expressão *participent directment*, encontrada em todos os citados documentos em suas versões em francês,⁵³ comprova que os termos referem-se à mesma qualidade e grau de participação nas hostilidades.⁵⁴ Em português, vê-se a mesma identificação linguística, sendo utilizado o termo “diretamente” em todas as hipóteses.⁵⁵

51 INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977. Disponível em: <<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=4BEED9920AE0AEAEC12563CD0051DC9E>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

52 “3. In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions: 1) Persons taking no active part in the hostilities [...]”, cf. INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*. Geneva, 12 Aug. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

53 “3. En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes : 1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités [...]”. Cf. COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE. *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=4946170FCA7C6F87C12563140043A9C0>>. Acesso em: 13 jul. 2013. “51, (3) PAI 3. Les personnes civiles jouissent de la protection accordée par la présente Section, sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation [...]”. Cf. COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE. *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977. Disponível em: <<http://www.icrc.org/dih.nsf/3355286227e2d29d4125673e0045870d/30802040b80aacecc1256414005df4ac?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

54 INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*. Genebra, maio de 2009, p. 43.

55 “Artigo 3º: No caso de conflito armado que não apresente um caráter

O documento editado pelo CICV denomina-se *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*.⁵⁶ Apesar de tratar de hipóteses em que civis perdem seu *status* de pessoas protegidas por participarem diretamente nas hostilidades, por analogia, o guia do CICV servirá de referência para identificar situações em que *peacekeepers* perderão a proteção de que gozam – já que a proteção a eles atribuída equipara-se a dos civis –, tornando-se alvos legítimos.

Segundo a publicação, para que um ato enquadre-se dentro da noção de “participação direta nas hostilidades”, este deve preencher, cumulativamente, três requisitos:⁵⁷

- deve ser tal que afete as operações militares, ou a capacidade militar de uma parte em conflito armado ou, alternativamente, inflija morte, ferimentos, ou destruição a pessoas ou objetos protegidos contra ataques diretos;
- deve haver uma ligação causal entre o ato e o dano por ele causado, ou por uma operação militar coordenada da qual o ato constitua parte integral (causa direta); e
- deve ser especificamente concebido para enquadrar-se no padrão de dano exigido, como suporte a uma parte do conflito e em detrimento da outra (*nexus legirante*).

internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades [...]”. Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/treaty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2013. “51, (3) As pessoas civis gozam da proteção concedida pela presente seção, salvo se participarem diretamente nas hostilidades e enquanto durar essa participação”. Cf. COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais*. <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 jul. 2013. Como a ideia de participação nas hostilidades é idêntica nos PAI e PAII, ela deve ser interpretada da mesma forma para os conflitos armados independentemente da sua natureza, cf. INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*. Genebra, maio 2009, p. 43.

56 INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*. Genebra, maio 2009.

57 INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*. Genebra, maio 2009, p. 46.

Importante lembrar que o escopo temporal concernente à participação direta nas hostilidades inclui as medidas preparatórias para a execução de um ato específico, bem como o deslocamento para realizar a ação e o retorno do local onde foi executada, constituindo, esse conjunto de ações, parte integral do ato.⁵⁸

Na busca, portanto, da resposta sobre se *peacekeepers* podem ser considerados alvos legítimos, Yoram Dinstein *apud* Gary Solis diz que, por definição, alvos legítimos são tanto os membros de forças armadas partes de um conflito, como qualquer outro que tome parte diretamente nas hostilidades.⁵⁹ Desta forma, caso enquadrem suas atividades na tríade estabelecida pelo CICV, *peacekeepers* podem, sim, tornar-se alvos legítimos.

No caso da MONUSCO, a Resolução 2098 informa que

*In support of the authorities of the DRC, [...] carry out targeted offensive operations through the Intervention Brigade [...] in a robust, highly mobile and versatile manner and in strict compliance with international law, including international humanitarian law [...]*⁶⁰(grifo nosso).

Desta feita, a partir de uma visão legalista, Bruce Oswald diz ser difícil concluir que a brigada não será parte dos conflitos nos casos em que conduzir operações ofensivas,⁶¹ visto que as hipóteses do CICV se assemelham aos conceitos de operações ofensivas mencionados anteriormente e, como tal, deverão obedecer às normas de direito internacional humanitário e passarão a ser alvo legítimo enquanto durar sua participação nas hostilidades.

4.2.2 Distinção

Surge, então, novo ponto de discussão, que se refere à distinção entre membros da BI e todos os outros integrantes da MONUSCO.

O princípio da distinção é um dos princípios basilares do DIH. A distinção, afirma Solis, é o conceito mais

significativo e importante no ambiente de um conflito armado, pois sob nenhuma circunstância a necessidade militar pode justificar a inobservância do dever de distinguir entre combatentes – alvos legítimos – e não combatentes – *hors de combat* e civis que não tomem parte nas hostilidades.⁶²

O Protocolo Adicional I, em seu Artigo 48, é que o normatiza e assim estabelece:

de forma a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes no conflito devem sempre fazer a distinção entre população civil e combatentes, assim como entre bens de caráter civil e objetivos militares, devendo, portanto, dirigir as suas operações unicamente contra objetivos militares.

Uma vez aceito que os membros da brigada são partes do conflito, a questão que surge é se a MONUSCO como um todo deve ser vista como parte do conflito. Pode-se argumentar que, o fato de a brigada e de a tropa de manutenção da paz estarem sob o comando e controle do FC, toda a força deve ser vista como alvo legítimo pelas forças opositoras.⁶³

Há, também, a opção de se distinguir entre os membros da MONUSCO que estão ativamente engajados nas hostilidades e, assim, alvos legítimos, e aqueles que não estão – alvos ilegítimos. De qualquer maneira, é importante considerar de que forma as forças de oposição no conflito irão distinguir entre membros da BI e membros restantes da MONUSCO.⁶⁴

Acerca dessas várias possibilidades que surgiram quanto à distinção de combatentes e não combatentes, o representante de Ruanda na reunião do CSNU, Eugène Gasana, opinou dizendo que se deve assegurar uma clara separação de tarefas entre a BI e o mandato dos capacetes azuis da MONUSCO, os quais devem manter seu foco em proteger civis, especialmente contra violência sexual.⁶⁵ Outra providência útil seria identificar os

62 SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflicts – International Humanitarian Law in War*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 251.

63 OSWALD, Bruce. The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues. *American Society of International Law*, v. 17, n. 15, 6 jun. 2013, p. 2.

64 OSWALD, Bruce. The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues. *American Society of International Law*, v. 17, n. 15, 6 jun. 2013, p. 2.

65 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *'Intervention Brigade' Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

58 INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law*. Genebra, maio 2009, p. 65.

59 SOLIS, Gary. *The Law of Armed Conflicts – International Humanitarian Law in War*. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 187.

60 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013, parágrafo 12, (b).

61 OSWALD, Bruce. The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues. *American Society of International Law*, v. 17, n. 15, 6 jun. 2013, p. 2.

membros da IB com um uniforme diferente, a fim de que pudessem ser reconhecidos à distância como integrantes dessa força especial.

Definir essa questão é de suma importância para a segurança da missão como um todo. A sujeição da BI ao comando do mesmo *Force Commander* que controla os outros capacetes azuis encarregados de desempenhar outras funções previstas no mandato pode, além de dificultar a distinção, comprometer a legitimidade de que goza o FC e a própria missão, podendo levar as partes em conflito e a população local a não consentirem mais a presença da ONU em seu território.

4.3 Questões operacionais

4.3.1 A ação de neutralizar

Dentre as tarefas atribuídas aos membros da BI, a resolução estabelece que terão a responsabilidade de “neutralize armed groups, and disarm them in order to contribute to the objective of reducing the threat posed by armed groups on state authority and civilian security in eastern DRC and to make space for stabilization activities”.⁶⁶

Por que o CSNU julgou necessário incluir no mandato da BI a previsão de “neutralizar” os grupos armados? O CSNU usou este termo em que sentido? O *US Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms* define o termo “neutralizar” como: “1. As pertains to military operations, to render ineffective or unusable; 2. To render enemy personnel or material incapable of interfering with a particular operation; 3. To render safe mines, bombs, missiles, and booby traps”.⁶⁷ O Glossário das Forças Armadas editado pelo Ministério da Defesa brasileiro, por sua vez, o conceitua como “1. Produzir, temporariamente, um certo grau de dano às forças, equipamentos, bases ou meios de apoio logístico do inimigo, de modo a tornar as suas operações ineficazes ou incapazes de interferir numa determinada operação”.⁶⁸

A falta de esclarecimentos sobre as atividades a serem desenvolvidas para “neutralizar” os grupos armados obscurece o mandato e dificulta a sua operacionali-

zação no terreno.⁶⁹ Os documentos conceituais citados mostram que, apesar de próximos, cada país possui a sua interpretação para o termo. Vê-se, então, que em uma Brigada de Intervenção multinacional⁷⁰ muitas podem ser as interpretações quanto à forma de se proceder. Afinal, o que espera o Conselho de Segurança? Quais os limites para as ações de neutralização?

4.3.2 “All Necessary Means”

Além disso, não ficou claro o porquê de o CSNU ter decidido empregar o termo “neutralizar”, uma vez que a BI, como parte integrante da MONUSCO, já estaria autorizada a empregar *all necessary means* para cumprir com a sua parte no mandato – “contribute to the objective of reducing the threat posed by armed groups on state authority and civilian security in eastern DRC and to make space for stabilization activities”.⁷¹ Quer dizer que a BI deverá interpretar o *all necessary means* de forma mais restrita por causa do termo “neutralizar”?⁷²

Sendo assim, no tocante ao uso da força e às situações em que deverá ser empregado, fica a dúvida de como as tarefas serão operacionalizadas tendo em vista já haver a presença de tropas da MONUSCO em território congolês autorizadas a usar a força para a concretização dos objetivos previstos no mandato. Deverá haver uma Regra de Engajamento (ROE) para a BI e outra para o restante da tropa? Em caso negativo, por que desdobrar uma nova força com as mesmas regras de engajamento e com o mesmo vigor da já existente?⁷³

69 “O mandato, saliente o Relatório Brahimi, é extremamente importante para o êxito da missão de paz e, por isso, deve ser muito bem delineado. Desse modo, o compromisso de alcançar um consenso no Conselho de Segurança não pode prejudicar a clareza do mandato, ensejando, assim, interpretações ambíguas que possam vir a causar sérios problemas no terreno.” Cf. FETT, Priscila. *As Operações de Manutenção da Paz da Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 100.*

70 Integram a BI forças da Tanzânia, África do Sul e Malavi, cf. THE GUARDIAN. *M23 rebels in DRC prepare for battle with new UN force*. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/may/05/m23-rebels-drc-un-force>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

71 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013. Parágrafo 12.

72 OSWALD, Bruce. *The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues*. *American Society of International Law*, v. 17, n. 15, 6 jun. 2013, p. 3.

73 BLYTH, Fiona. *Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges*. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

66 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Resolution 2098 (2013)*. UN doc. S/RES/2098. 28 mar. 2013, parágrafo 12, (b).

67 DEPARTMENT OF DEFENSE. *Dictionary of Military and Associated Terms*. JP 1-02. 8 nov. 2010, p. 198.

68 BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. *Glossário das Forças Armadas (MD35-G-01)*. 4. ed. 2007. p. 169.

Essa falta de clareza prejudicará não apenas as tropas, mas também a população local que terá grandes expectativas sobre sua proteção.

4.3.3 Escalada da violência e retaliações

No campo político que rege as relações entre os grupos armados, os membros da BI da MONUSCO e as forças do governo congolês, a novidade introduzida pela Resolução 2.098 poderá trazer implicações para a população civil.

Discussões têm-se amplificado no que se refere ao questionamento se as operações militares ofensivas conduzidas pela BI irão piorar a situação do civis, que passarão a sofrer com o fogo cruzado, ou retaliações pelos grupos rebeldes. Experiências passadas provam que operações ofensivas lançadas contra grupos rebeldes, tais como as que ocorreram contra o LRA pelas forças ugandenses, em 2008, resultaram em represálias violentas contra a população civil.⁷⁴

Nessa esteira, Paul Napsu, Secretário-Geral da *Federación Internacional des Ligues de Droit de L'homme*, afirma que a criação de uma BI certamente terá como resultado a escalada nos confrontos militares e o aumento de ações de retaliação direcionadas aos civis conduzidas pelos grupos armados.⁷⁵

Em relatório datado de 28 de junho de 2013, o SGNU, na sua análise descritiva da situação na RDC, informou que no dia 8 de abril o grupo M23 bloqueou seis caminhos civis identificados com o escudo da ONU, acusando-os de estarem transportando armamentos para a BI ou para as forças do governo congolês, FARDC. Além disso, esse mesmo grupo fez uma série de pronunciamentos em diferentes mídias ameaçando a BI e comícios na região de Rutshuru (Leste do país), incitando a população civil a se manifestar contrariamente à presença da brigada. Durante esse mês, o SGNU mencionou ter havido informes sobre assassina-

74 BLYTH, Fiona. Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

75 FEDERACIÓN INTERNACIONAL DES LIGUES DE DROIT DE L'HOMME. *DRC: An intervention brigade within MONUSCO would require further human rights protection mechanisms*. Disponível em: <<http://www.fidh.org/DRC-An-intervention-brigade-within-MONUSCO-would-require-further-human-13106>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

tos, abduções, saques e estupros perpetrados pelo M23 nas cidades orientais de Rutshuru e Kiwanja.⁷⁶

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O representante da RDC no CSNU disse que o novo mandato da MONUSCO deve levar ao surgimento de uma nova era de direitos humanos, segurança e estabilidade para todos, além de uma cooperação regional e desenvolvimento sustentável.⁷⁷

A despeito do tom otimista da declaração daquela autoridade, conclui-se, ao longo do exposto neste artigo, que a criação de uma BI na estrutura de uma *peacekeeping operation* suscita importantes questões dos pontos de vista conceitual, legal e operacional que necessitam ser esclarecidas.

No que se refere aos conceitos, a MONUSCO deve ser enquadrada na categoria de uma operação de manutenção da paz robusta – dada a violenta realidade do país –, pois seu desdobramento foi consentido pelas autoridades da RDC. A criação da BI como parte integrante da missão deu-se da mesma forma, com forte apoio por parte do governo congolês, que reconheceu o fato de a tragédia humana em andamento na porção oriental do país ser uma situação excepcional e que, portanto, requer medidas excepcionais.

E como força excepcional que é, a BI é, sim, uma inovação trazida pelo Resolução 2.098, sem precedentes na história das missões de paz da ONU, pois pela primeira vez as Nações Unidas estabeleceram, explicitamente, que uma brigada seria criada em ambiente de operação de manutenção da paz para levar a cabo operações ofensivas direcionadas a grupos rebeldes responsáveis por massivas violações de Direitos Humanos e DIH na região Leste da RDC. Para realizar tais operações ofensivas, frise-se, a brigada contará com armamento de grosso calibre, e não apenas com armas individuais e coletivas de efeitos restritos.

76 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo*. UN doc. SG/2013/388. 28 jun. 2013, parágrafo 4.

77 UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. *'Intervention Brigade' Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo*. UN doc. SC/10964. 28 mar. 2013.

Acerca dos aspectos legais, uma análise do mandato à luz dos requisitos estabelecidos pelo CICV que definem a participação direta nas hostilidades, pode-se dizer que os integrantes da brigada, quando desempenham suas funções e durante o tempo que as desempenharem, respeitado o escopo temporal, estão diretamente engajados nas hostilidades, perdendo o *status* de civil enquanto durar tal participação, constituindo, portanto, alvos legítimos de ataque e descobertos em relação à previsão de crime de guerra do Estatuto de Roma.

Reconhecido, uma vez, o *status* de partes no conflito, os membros da MONUSCO que estão ativamente engajados nas hostilidades e, assim, alvos legítimos, e aqueles que não estão – alvos ilegítimos. Para tanto, deve-se assegurar uma clara distinção de tarefas para a brigada a fim de que as forças opositoras possam identificar os seus membros como alvos legítimos a partir das tarefas por eles desempenhadas e, também, por uniforme e insígnias que os diferenciem dos outros integrantes da missão.

Evoluindo para as questões operacionais, a utilização do termo “neutralizar” na Resolução 2.098, sem mais esclarecimentos e limitações, pode tornar o mandato obscuro, e assim dificultar sua operacionalização no terreno e a própria redação das regras de engajamento que deverão nortear o trabalho da BI. O CSNU deve sanar tal problema, detalhando melhor as ações que poderão ser empreendidas pela brigada.

No que diz respeito à escalada na violência e possíveis retaliações à população civil como fruto da criação da BI, houve quem dissesse ter-se adotado tal medida de forma precipitada, como foi o caso do General Patrick Cammaert, ex *Force Commander* da MONUC. Segundo ele, ainda não se fez um estudo analítico concernente ao porquê de, nos passados cinco anos, a MONUSCO não ter sido capaz de cumprir seu mandato no que se refere à proteção dos civis e à estabilização da segurança no país. Desta feita, até que se chegasse a uma conclusão a esse respeito, não se poderia afirmar ser a melhor solução para a realidade congoleza a criação de uma brigada de intervenção.⁷⁸

Todavia, como frisado anteriormente pelo representante da RDC, a situação do país é excepcional e,

portanto, requer medidas deste calibre. A MONUSCO tem, então, de se preparar para cumprir com a sua responsabilidade de proteger civis, ao mesmo tempo em que desempenha as operações ditas ofensivas.

A propósito desse encargo, em 15 de julho, o Centro de Informações da ONU noticiou que os capacetes azuis estavam em alerta máximo para o avanço do M23 em direção a Goma, e prontos para empregar a força em defesa dos civis, principal alvo do grupo rebelde.⁷⁹

Por fim, cabe lembrar que, ao longo do século passado, as operações de manutenção da paz evoluíram alcançando o tipo robusta, e que essa mudança foi motivada, fundamentalmente, pela necessidade de responder de forma mais efetiva às barbáries do genocídio e a todas as formas de violação dos direitos humanos. Nesse sentido, a criação da BI da MONUSCO representa mais um passo na busca desse objetivo. Se esta iniciativa representará um novo paradigma para as missões de manutenção da paz, somente o sucesso do novo modelo dirá. E para que isso aconteça, urge esclarecer os pontos controversos levantados anteriormente, sem o que teremos mais um dos vários exemplos de falta de clareza dos mandatos do CSNU a comprometer seriamente o cumprimento da missão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Defesa. **Glossário das Forças Armadas (MD35-G-01)**. 4. ed. Brasília: MD, 2007.

_____. _____. **Manual de Campanha: Operações** (C 100 -5). 3. ed. Brasília: ME, 1997.

BLYTH, Fiona. **Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges**. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

CICV – COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra**. 12 aug. 1949a. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/tre>

78 BLYTH, Fiona. *Too Risk-Averse, UN Peacekeepers in the DRC Get New Mandate and More Challenges*. Disponível em: <<http://theglobalobservatory.org/analysis/475-too-risk-averse-un-peacekeepers-in-the-drc-get-new-mandate-and-more-challenges.html>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

79 UNITED NATIONS NEWS CENTER. DR Congo: *UN blue helmets on 'high alert' as M23 rebels advance towards Goma*. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=45407&Cr=congo&Cr1=goma#UelPAUm4jmK>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

aty/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. **Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais**. <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

CICR – COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE. **Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre**. 12 août. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/aplic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=4946170FCA7C6F87C12563140043A9C0>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. **Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux**. (Protocole I), 8 juin. 1977. Disponível em: <<http://www.icrc.org/dih.nsf/3355286227e2d29d4125673c0045870d/30802040b80aacec1256414005df4ac?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

DEPARTMENT OF DEFENSE. **Dictionary of Military and Associated Terms**. JP 1-02. 8 Nov. 2010.

DEPARTMENT OF PEACEKEEPING OPERATION; DEPARTMENT OF FIELD SUPPORT. **Principles and guidelines**. New York, 18 Jan. 2008. <Disponível em: <http://www.un.org/en/peacekeeping/resources/policy.shtml>> Acesso em: 14 jul. 2013.

DRC PEACEBUILDING DATA. **Background: The Congo Conflict**. Disponível em: <<http://www.peacebuildingdata.org/drc/congo-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

EASTERN CONGO INITIATIVE. **History of the Conflict**. Disponível em: <<http://www.easterncongo.org/about-drc/history-of-the-conflict>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DES LIGUES DE DROIT DE L'HOMME. **DRC: An intervention brigade within MONUSCO would require further human rights protection mechanisms**. Disponível em: <<http://www.fidh.org/DRC-An-intervention-brigade-within-MONUSCO-would-require-further-human-13106>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

FETT, Priscila. **As Operações de Manutenção da**

Paz da Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 51.

HEADQUARTERS DEPARTMENT OF ARMY. **FM 3-0. 27**. Washington, 27 Feb. 2008.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. **Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War**. Geneva, 12 Aug. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375?OpenDocument>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. **Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law**. Geneva, May 2009. p. 43.

ICRC – INTERNATIONAL COMMITTEE OF RED CROSS. **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts**. (Protocol I), 8 June 1977. Disponível em: <<http://www.icrc.org/aplic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=4BEBD9920AE0AEAE12563CD0051DC9E>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

MAHNOUSH, Arsanjani. **Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel**. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. p. 6.

OSWALD, Bruce. The Security Council and the Intervention Brigade: Some Legal Issues. **American Society of International Law**, v. 17, n. 15, 6 June 2013.

PALMA, Najla. **Curso de Direito Militar: Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2009.

SOLIS, Gary. **The Law of Armed Conflicts – International Humanitarian Law in War**. New York: Cambridge University Press, 2010.

THE GUARDIAN. **M23 rebels in DRC prepare for battle with new UN force**. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/may/05/m23-rebels-drc-un-force>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel**. UN doc. 49/59. 17 Feb. 1995.

UNITED NATIONS ORGANIZATION STABILIZATION MISSION IN THE DRC. **MONUSCO Background**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/monusco/background.shtml>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

UNITED NATIONS NEWS CENTER. **DR Congo**: UN blue helmets on 'high alert' as M23 rebels advance towards Goma. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=45407&Cr=congo&Cr1=goma#.UelPAUm4jmK>>. Acesso em: 19 jul. 2013.

UNITED NATIONS SECRETARIAT. **Secretary-General's Bulletin**: Observance by United Nations forces of international humanitarian law. UN doc. ST/SGB/1999/13. 6 Aug. 1999.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **Resolution 1542 (2004)**. UN doc. S/RES/1542. 30 Apr. 2004.

_____. **Special Report of the Secretary-General on the Democratic Republic of the Congo and the**

Great Lakes region. UN doc. S/2013/119. 27 Feb. 2013a.

_____. **Peace, Security and Cooperation Framework for the Democratic Republic of the Congo and the region**. UN doc. S/2013/131. 5 Mar. 2013.

_____. **'Intervention Brigade' Authorized as Security Council Grants Mandate Renewal for United Nations Mission in Democratic Republic of Congo**. UN doc. SC/10964. 28 Mar. 2013b.

_____. **Resolution 2098 (2013)**. UN doc. S/RES/2098. 28 Mar. 2013c. Parágrafo 9.

_____. **Report of the Secretary-General on the United Nations Organization Stabilization Mission in the Democratic Republic of the Congo**. UN doc. SG/2013/388. 28 June 2013. Parágrafo 4.

UNITED NATIONS STABILIZATION MISSION IN HAITI. **MINUSTAH Mandate**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minustah/mandate.shtml>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A administração de territórios ocupados: indeterminação das normas de direito internacional humanitário?

The administration of occupied territories and the indeterminacy of international humanitarian law

João Henrique Ribeiro Roriz

Fabia Fernandes Carvalho Veçoso

Lucas da Silva Tasquetto

A administração de territórios ocupados: indeterminação das normas de direito internacional humanitário?

The administration of occupied territories and the indeterminacy of international humanitarian law*

João Henrique Ribeiro Roriz**

Fabia Fernandes Carvalho Veçoso***

Lucas da Silva Tasquetto****

And let not one of you think that in having these things he has what does not belong to him; for it is a law established for all time among all men that when a city is taken in war, the persons and the property of the inhabitants thereof belong to the captors. It will, therefore, be no injustice for you to keep what you have, but if you let them keep anything, it will be only out of generosity that you do not take it away. Xenofonte, Cyropaedia, 7.5.73.

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar as normas de direito internacional humanitário relativas à administração de territórios ocupados. Primeiro, apresentamos a noção de “território ocupado” no direito internacional humanitário segundo os principais tratados sobre o tema, assim como as principais decisões de tribunais internacionais sobre a matéria. Em seguida, discutimos especificamente a Regulação 43 das Regulações da Haia de 1907, que dispõe sobre os direitos e deveres do Estado ocupante. Logo após, analisamos o caso da ocupação liderada pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido no Iraque após a guerra em 2003, que promoveu uma série de reformas liberais na economia iraquiana. À luz das regulações relativas à administração de territórios ocupados, buscamos responder se: (i) as transformações econômicas promovidas pelas potências ocupantes foram voltadas para a restauração e assecuração da ordem e da vida públicas no Iraque; e (ii) se houve um impedimento absoluto para se manter a legislação doméstica econômica. Concluímos que indeterminações das normas de direito internacional humanitário relativas à ocupação militar de territórios, impossibilitam uma resposta exata que evite o abuso promovido por aqueles que têm mais poder. O discurso em defesa das normas de direito internacional humanitário está arquitetado na premissa de que é possível reduzir o sofrimento humano em conflitos armados. Todavia, restou claro que esse sistema apresenta diversas lacunas que permitem a exploração por parte daqueles que tentam encobrir suas intenções com o manto da legalidade.

Palavras-chave: Direito internacional humanitário. Ocupação territorial. Iraque.

* Recebido em 23/08/2012
Aprovado em 26/01/2013

** Professor no curso de Relações Internacionais, Universidade Federal de Goiás. Doutor em direito internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em direito internacional pela London School of Economics and Political Science. Email: joao.roriz@gmail.com

*** Professora da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Email: fabia.vecoso@gmail.com

**** Doutorando em Relações Internacionais na Universidade de São Paulo (IRI/USP). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Email: lucastasquetto@gmail.com

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the rules of international humanitarian law concerning the administration of the occupied territories. First, we introduce the notion of “occupied territory” in international humanitarian law with reference to the main treaties on the subject, as well as the major decisions of international tribunals. Then, we examine specifically regulation 43 of the 1907 Hague Regulations, which provides for the rights and duties of the occupying state. Soon after, we investigate the specific case of the occupation led by the U.S. and UK in Iraq after the war in 2003 which promoted a number of liberal reforms in the Iraqi economy. In light of the regulations regarding the administration of the occupied territories, we seek to answer whether (i) the economic transformations sponsored by the occupying powers were aimed at restoring and ensuring public order and life in Iraq, and (ii) if there was an absolute impediment in keeping economic domestic legislation. We conclude that the indeterminacies of international humanitarian law regarding the military occupation of territories preclude an exact answer that could prevent abuse directed by those who have more power. The discourse in defense of international humanitarian law is structured on the premise that it is possible to reduce human suffering in armed conflicts. However, it remains clear that this system has many loopholes that allow exploitation by those who try to cover up their intentions with the mantle of legality.

Keywords: International humanitarian law. Territorial occupation. Irak.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende fazer uma leitura crítica das normas de direito internacional humanitário relativas à administração de territórios ocupados. Em específico, analisamos como tais normas podem conter indeterminações que favoreçam uma das partes envolvidas, a “*potência ocupante*”,¹ deixando pouco espaço para o desenvolvimento dos interesses do território ocupado. Nossa hipótese é que a gramática das regras relativas à atividade legislativa e à administração da ordem da vida pública nos territórios ocupados permite a adoção de amplas medi-

1 “Potência ocupante” significa o Estado que ocupa o território invadido. É o termo utilizado nos documentos de direito internacional humanitário, como as Convenções de Genebra de 1949.

das por parte daqueles responsáveis pela condução da vida pública no território militarmente ocupado.

Centramos nossa atenção nos limites que o próprio direito internacional humanitário relativo a ocupações territoriais se propõe para impedir o abuso de poder da potência ocupante, mas que, no entanto, parece depender de pontos de interpretação extremamente amplos, graças ao caráter indeterminado da linguagem do direito internacional. As principais normas que regulam as atividades das potências ocupantes em territórios ocupados foram formuladas há mais de um século, nas Regulações da Haia de 1907. No entanto, continuam sendo os dispositivos mais utilizados na análise das ocupações militares, como nos casos da Palestina, de guerras africanas (como a ocupação da República Democrática do Congo) e europeias (a ocupação sérvia na Bósnia-Herzegovina). Também têm sido comuns referências ao direito da ocupação militar de territórios em casos analisados por tribunais internacionais, como a Corte Internacional de Justiça e o primeiro caso do Tribunal Penal Internacional.

Como estudo de caso, centraremos nossa atenção na ocupação militar liderada pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido no Iraque, ocorrida entre meados de maio de 2003 a junho de 2004. Como será apresentado, tal ocupação ilustra muito bem a forma pela qual as normas humanitárias podem ser interpretadas com ampla discricionariedade e, como potências ocupantes, podem se utilizar dessa margem para implementar profundas reformas. Antes de expormos o caso iraquiano, faremos uma análise mais detida sobre os principais dispositivos relativos à administração de territórios ocupados, as regulações 42 e 43 das Regulações da Haia de 1907, com referências a outros dispositivos relevantes.

2. A NOÇÃO DE TERRITÓRIO OCUPADO

Na Regulação 42 das Regulações da Haia de 1907, encontramos os elementos utilizados na noção de “território ocupado”. Segundo esse dispositivo, um território é considerado ocupado “[...] quando se encontra de fato sob a autoridade do exército inimigo”. Complementa ainda o mesmo texto em apreço: “[...] a ocupação se estende somente ao território onde tal autoridade foi estabelecida e pode ser exercida”.² O dispositivo deixa

2 “Un territoire est considéré comme occupé lorsqu’il se trouve placé de fait sous l’autorité de l’armée ennemie. L’occupation ne s’étend qu’aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de

claro que a capacidade de controle territorial é o requisito fundamental para a caracterização de território ocupado: a autoridade de fato deve ser constituída pelo país invasor com controle territorial por meio da presença física de suas tropas e, à medida que isso ocorre, o invasor se vê constringido pelas responsabilidades de uma potência ocupante de acordo com o direito internacional humanitário. Tal interpretação é reiterada pela segunda parte do texto normativo que versa que o direito relativo à ocupação não é aplicável em áreas onde ainda ocorrem batalhas, i.e., áreas onde não foi estabelecida uma autoridade permanente capaz de exercer controle efetivo.

Os documentos posteriores às Regulações da Haia de 1907 não divergem da definição de ocupação adotada por esse instrumento. A questão que se coloca é se a Convenção de Genebra IV de 1949 amplia a definição de ocupação quando trata da proteção de civis, especificamente no lapso temporal entre o fim das hostilidades e o efetivo controle territorial exigido pela Regulação 42 das Regulações de 1907. Esse foi o entendimento expresso no comentário da Cruz Vermelha ao art. 6º da Convenção IV de 1949: de certa forma essa convenção amplia o significado de ocupação ao não exigir que o invasor tenha controle efetivo do território para a aplicação das normas humanitárias em relação à proteção de civis.³ Esse também foi o entendimento adotado no caso *Naletilić & Martinović*, no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.⁴

s'exercer" CONVENTION (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Haia, 18 de outubro de 1907. Regulação 42. Disponível em: <<http://www.icrc.org/dih.nsf/full/195>>. Acesso em: 14 set. 2011.

3 "It follows from this that the word 'occupation', as used in the Article, has a wider meaning than it has in Article 42 of the Regulations annexed to the Fourth Hague Convention of 1907. So far as individuals are concerned, the application of the Fourth Geneva Convention does not depend upon the existence of a state of occupation within the meaning of the Article 42 referred to above. The relations between the civilian population of a territory and troops advancing into that territory, whether fighting or not, are governed by the present Convention. There is no intermediate period between what might be termed the invasion phase and the inauguration of a stable regime of occupation." Pictet, Jean. *Commentary on Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Genebra: ICRC, 1958. p. 60.

4 "The application of the law of occupation as it effects "individuals" as civilians protected under Geneva Convention IV does not require that the occupying power have actual authority. For the purposes of those individuals' rights, a state of occupation exists upon their falling into "the hands of the occupying power." TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA.

De qualquer forma, o dispositivo mais invocado na jurisprudência de tribunais internacionais que analisaram situações relativas a essa matéria continua sendo a Regulação 42 das Regulações da Haia de 1907. Um exemplo disso é a posição dos juízes da Corte Internacional de Justiça nos casos *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, e *Armed Activities on the Territory of the Congo*, que além de retomarem essa definição, ainda observam que tal dispositivo representa uma regra costumeira do direito internacional.⁵ No caso *Lubanga*, o primeiro do Tribunal Penal Internacional, os juízes também se referem à noção de território ocupado segundo a Regulação 42.⁶ Da mesma forma, no caso *Naletilić & Martinović*, além de reiterar a definição supraexposta, os juízes do TPII esclareceram que a ocupação é "[...] um período transicional após a invasão e que precede o acordo do fim das hostilidades".⁷

É importante salientar que, para as interpretações mais técnicas do direito internacional humanitário, "ocupação territorial" não se confunde com "invasão militar". No caso *Hostages*, julgado por um tribunal militar estadunidense em Nuremberg na Alemanha, contrastaram-se as noções de "ocupação" e "invasão", o que contribui para a compreensão do sentido do primeiro termo:

Se a invasão se tornou uma ocupação é uma questão de fato. O termo invasão sugere uma operação militar, enquanto uma ocupação indica o exercício da autoridade governamental para a exclusão do governo estabelecido. Isto pressupõe a destruição da resistência organizada e o estabelecimento de uma administração para preservar a lei e a ordem. Na medida em que o controle do ocupante é mantido e o do governo civil eliminado, a área é considerada ocupada.⁸

Prosecutor v. Naletilić & Martinović (IT-98-34-T): "Tuta and Štela", Judgment. J. em: 31 de março de 2003, para. 221..

5 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*: Advisory Opinion. J. em 9 de julho de 2004. Haia: ICJ Reports, 2004. p. 136. parágrafo 78; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*: armed activities on the territory of the, Judgment. J. em: 19 de dezembro de 2005. Haia: ICJ Reports 2005. p. 168. parágrafo 172.

6 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06). J. em: 14 de março de 2012, para. 542.

7 "Occupation is defined as a transitional period following invasion and preceding the agreement on the cessation of the hostilities". TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Naletilić & Martinović (IT-98-34-T)* "Tuta and Štela", Judgment. J. em: 31 de mar. 2003, p. 214.

8 "Whether an invasion has developed into an occupation is a question of fact. The term invasion implies a military operation while an occupation indicates the exercise of governmental authority to the exclusion of the established

Além de esclarecer o sentido próprio de uma ocupação, essa passagem relembra a distinção entre o ato de invasão militar e a prática posterior de ocupação territorial. Não necessariamente todo território invadido se torna um território ocupado: além de os objetivos dessas duas operações serem distintos, também são suas consequências. Tendo em vista a contínua presença da população civil no território ocupado, o invasor deve zelar pela manutenção da ordem ao substituir interinamente as instituições públicas – ou seja, o invasor passa a ser o administrador daquele território, com ônus e vantagens. Ainda sobre a relação entre a invasão *vis-à-vis* a ocupação, devemos lembrar que as razões que levam um país a ocupar o território de outro não são relevantes para a aplicação das normas humanitárias. Da forma que a aplicação do direito internacional humanitário foi pensada, não se discute a legalidade da invasão e a posterior ocupação – mas sim sua existência. Ou seja, as normas relativas à ocupação são aplicadas independentemente do território ter sido ocupado por meio de uma agressão ilegal ou fruto de uma ação militar de legítima defesa de acordo com o art. 51 da Carta da ONU.

Visto a complexidade de se verificar na prática quando um território é considerado ocupado nos termos da Regulação 42, o exposto no caso *Naletilić & Martinović* oferece um guia bastante útil:

- (i) a potência ocupante deve estar em uma posição em que possa substituir sua própria autoridade por aquela das autoridades dos ocupados, que devem ser incapazes de funcionar publicamente; (ii) as forças inimigas se renderam, foram derrotadas ou se retiraram. A este respeito, áreas onde ocorrem batalhas não podem ser consideradas território ocupado. No entanto, resistência local esporádica, mesmo bem-sucedida, não afeta a realidade de ocupação; (iii) a potência ocupante tem força presente suficiente, ou a capacidade de enviar tropas dentro de um tempo razoável para exercer a autoridade; (iv) uma administração temporária foi estabelecida no território; (v) a potência ocupante promulgou e efetivou regras para a população civil.⁹

government. This presupposes the destruction of organised resistance and the establishment of an administration to preserve law and order. To the extent that the occupant's control is maintained and that of the civil government eliminated, the area will be said to be occupied." (tradução nossa). U.S. Military Tribunal. United States of America v Wilhelm List et al (Judgment). Case Nº 7, J. em: 19 de fevereiro de 1948. *XI Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Lawn*, n. 10. Washington: US GPO, p. 1243.

9 "The occupying power must be in a position to substitute its own authority for that of the occupied authorities, which must have been rendered incapable of functioning publicly; the enemy's forces have surrendered, been defeated or withdrawn. In this respect, battle areas may not be considered as occupied territory. However, sporadic

Em suma, o "mecanismo de aplicação" das normas de direito internacional humanitário relativo à ocupação é acionado à medida que a potência ocupante tem controle sobre o território, i.e., quando exerce sua autoridade. Segundo o direito internacional humanitário, é irrelevante para a aplicação das normas relativas à ocupação se a potência ocupante reconhece seu status como tal.¹⁰

3. A REGULAÇÃO 43: DIREITOS E DEVERES DA POTÊNCIA OCUPANTE

A análise da Regulação 43 das Regulações da Haia de 1907 é um dos pontos cardeais de qualquer apreciação sobre as normas relativas a ocupações militares. Para Benvenisti, esse dispositivo é a "essência" do direito da ocupação, além de ser quase uma "miniconstituição", já que prescreve tanto os deveres da potência ocupante quanto seus direitos.¹¹ Na Conferência de 1907, foram adotadas duas versões das regulações, uma em francês e outra em inglês – sendo a primeira a versão autêntica e mandatória. O texto em francês da Regulação 43 relata que:

L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays.

A versão inglesa¹² não é exatamente igual à francesa, mas voltaremos a esse ponto depois. Apresentamos

local resistance, even successful, does not affect the reality of occupation; the occupying power has a sufficient force present, or the capacity to send troops within a reasonable time to make the authority of the occupying power felt; a temporary administration has been established over the territory; the occupying power has issued and enforced directions to the civilian population." (as notas de rodapé foram omitidas) (tradução nossa) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Naletilić & Martinović* (IT-98-34-I) "Tuta and Štela", Judgment. J. em: 31 de março de 2003, para. 217.

10 "Under customary international law, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories, as described in paragraphs 75 to 77 above, have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of occupying Power." (grifo nosso) CORTE INTERNACIONAL DE justiça. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*: Advisory Opinion. Haia: ICJ Reports, 2004. p. 136-78.

11 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 7-9.

12 A versão em inglês: "Regulation 43. The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

uma tradução livre para fins didáticos (é notável que o Brasil tenha promulgado um decreto sobre esse tratado com o texto em francês, sem uma tradução oficial):¹³

Tendo a autoridade do poder legal passado de fato para as mãos do ocupante, esse deve tomar todas as medidas ao seu alcance para restaurar e assegurar, na medida do possível, a ordem e vida públicas, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis em vigor do país.

Há alguns pontos controversos sobre esse dispositivo que merecem ser sopesados em detalhe para os propósitos do nosso estudo; mas, antes de abordarmos as obrigações específicas dessa regulação, faremos algumas considerações iniciais de caráter mais geral a seu respeito. Quando se consulta os *travaux préparatoires* das Regulações da Haia de 1907, chegamos aos dispositivos 2º e 3º da Declaração de Bruxelas de 1874:¹⁴

2. L'autorité du pouvoir légal étant suspendue et ayant passée de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publique.

3. À cet effet, il maintiendra les lois qui étaient en vigueur dans le pays en temps de paix, et ne les modifiera, ne les suspendra ou ne les remplacera que s'il y a nécessité.¹⁵

A partir de tais textos fica claro que duas são as obrigações expressas na Regulação 43: (i) restaurar e assegurar a vida e a ordem pública no território ocupado (na medida do possível); e (ii) respeitar as leis vigentes no território ocupado (a não ser que um impedimento absoluto exista). Tais obrigações não devem ser entendidas separadamente. No texto da Regulação 43 o uso das palavras “*en respectant*” (“*while respecting*”, na versão inglesa), que podemos traduzir como “respeitando”, vincula as duas obrigações, i.e., as medidas adotadas pela potência ocupante devem contemplar simultaneamente as obrigações (i) e (ii).

Os delegados na Conferência da Haia que negociavam as regulações optaram pela unificação dos textos em um único dispositivo, a Regulação 43, graças a uma

percepção de que o parágrafo 3º, quando separado, daria poderes legislativos excessivamente amplos à potência ocupante.¹⁶ Essa passagem histórica demonstra a preocupação dos representantes estatais em não ampliar demasiadamente os poderes de um Estado que mantém outro sob o seu jugo.

Analisaremos em seguida as duas obrigações referidas na Regulação 43 para, posteriormente, expormos um caso que elucida questões problemáticas, o da ocupação do Iraque em 2003.

3.1 Restaurar e assegurar a ordem de vidas públicas

Se revisitarmos os *travaux préparatoires* da Conferência na Haia em 1907, poderemos verificar os significados que os delegados de então davam aos termos “ordem” (“*l'ordre*”) e “vida pública” (“*vie publique*”); enquanto o primeiro tinha o sentido de “segurança geral”, o segundo tinha uma conotação de “funções sociais e transações comuns que constituem o cotidiano”.¹⁷

Há relativo consenso jurisprudencial¹⁸ e entre comentaristas especializados¹⁹ sobre o problema da tradução da Regulação 43, em específico da expressão francesa “*l'ordre et la vie publics*”. Na versão inglesa, essa expressão apareceu como “*public order and safety*”, o que destoa do significado original. A palavra inglesa “*safety*”, além de não ser mencionada na versão francesa, não

16 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 8.

17 “M. le baron Lambertmont demande ce qu'il faut entendre par ordre. Il y a ordre matériel, civil, social politique. M. le délégué de Belgique présume qu'on a seulement en vue la sécurité ou la sûreté générale; quant à l'expression 'vie publique', il pense qu'il s'agit des fonctions sociales, des transactions ordinaires, qui constituent la vie de tous les jours. La commission interprète ce mot dans le même sens que M. le baron Lambertmont. On mettra: 'l'ordre et la vie publics'.” MINISTERE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES. *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874*, Paris, [s.n.] 1874; apud Schwenk, Edmund H. Legislative Power of the Military Occupant Under Article 43, *Hague Regulation*. *Yale Law Journal*, Yale, v. 54, p. 393-416, 1945. p. 398.

18 Por exemplo: SUPREMA CORTE DE ISRAEL, *Christian Society for the Holy Places v Minister of Defence*, 1971; apud Sassòli, Marco. Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers. *European Journal of International Law*. v. 16, n. 4, pp. 661-694, 2005. p. 664.

19 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 9; GREENWOOD, Christopher. The Administration of Occupied Territory in International Law. In: Playfair, Emma (ed.) *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*. Oxford: Clarendon, 1992. p. 246; DINSTEIN, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 89.

13 Ver: Dec. 10.719 de 04 de fevereiro de 1914.

14 Estes dispositivos são similares aos artigos 43 e 44 do Manual de Oxford de 1880 Institut de Droit International. *The Laws of War on Land*. Oxford, 9 de setembro de 1880. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>>. Acesso em: 14 set. 2011.

15 PROJET d'une Déclaration Internationale concernant les Lois et Coutumes de la Guerre, 1874, 65 British and Foreign State Papers. p. 1059-1060 apud DINSTEIN, Yoram. Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding. *Occasional Paper Series: Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, n. 1, nov. 2004. p. 3. Disponível em: <<http://www.hpcr.org/publications/ops.php>>. Acesso em: 11 fev. 2012.

contempla a acepção mais ampla de “*vié*”, no sentido de “vida pública”, conforme expusemos. Essa observação se faz importante na medida em que o sentido da versão autêntica e mandatária do dispositivo em francês é muito mais amplo do que a versão traduzida para o inglês – uma versão, às vezes utilizada tanto por comentaristas quanto por aplicadores do direito internacional humanitário. Ademais, a errônea tradução reforça a interpretação daqueles que querem ressaltar a obrigação – assim como as prerrogativas – da potência ocupante em matéria de segurança pública. A leitura de John Yoo, um servidor do Departamento de Justiça nos EUA à época da invasão no Iraque sobre a Regulação 43 é esclarecedora quanto ao uso enviesado desse dispositivo.²⁰

Os comentaristas especializados discordam sobre o significado das palavras “restaurar” (do francês “*rétablir*”) e “assegurar” (do francês “*assurer*”). Como interpretado no caso *Jamit Askan* da Suprema Corte israelense, os dois termos não são sinônimos: enquanto o primeiro denota o estabelecimento da ordem e da vida pública (caso rompida), o segundo significa a garantia da existência contínua da ordem e da vida públicas.²¹ Assim, uma interpretação possível é que a potência ocupante deve não apenas reparar a organização social no território ocupado, mas também assegurar que ela será mantida. O problema principal é *como* a potência ocupante irá desenvolver tais atividades e, mais especificamente, quais são os limites para suas ações e ainda, se o ocupante tem prerrogativa de quais políticas serão adotadas.

O limite à obrigação de restaurar e assegurar a ordem e a vida públicas reside na oração “*autant qu’il est possible*”, ou seja, tal obrigação deve ser cumprida “na medida do possível”. Essa relativização da norma faz a obrigação perder força cogente, além de significar que a obrigação em análise é de meios e não de resultados,²² i.e., a potên-

cia ocupante deve almejar atingir os objetivos de ordem e de vida públicas, e empregar meios para isso.

3.2 Respeitando as leis vigentes no território

Passemos então à obrigação de respeito às leis vigentes no país ocupado, ou como versa o texto autêntico em francês: “[...] *en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays*”. O verbo “respeitar”, na gramática da Declaração de Bruxelas, pode ser interpretado como a obrigação das potências de manter a legislação válida e não modificá-la, suspendê-la ou substituí-la por outras normas.²³ Ainda que o texto do dispositivo em apreço se refira especificamente às leis que estavam em vigor até o momento da ocupação, há interpretações que entendem que o soberano deslocado tem o direito de continuar legislando em relação ao território ocupado, mesmo que a potência ocupante não tenha a obrigação de respeitar tais normas.²⁴ Esse é um entendimento extensivo, pois versa o dispositivo apenas sobre a legislação *em vigor*. De qualquer maneira, e sem entrar no mérito da questão se pode ou não o soberano deslocado legislar no território ocupado alhures, a mera propositura da questão reforça a leitura de que o poder de legislar não é concedido à potência ocupante de forma total.

Em termos técnicos, o cerne da polêmica reside na expressão “*sauf empêchement absolu*” – ou “salvo impedimento absoluto” – situação-limite na qual é facultada às potências ocupantes se eximirem da obrigação de observância da legislação local. Essa é a exceção; em regra, a potência ocupante não deve alterar a legislação local nem legislar sobre matérias ainda não reguladas.

Qual seria, portanto, o significado de “*sauf empêchement absolu*”? Uma interpretação consagrada expõe que a expressão reescreve a palavra “*nécessité*” do art. 3º da Declaração de Bruxelas e que significaria “necessidade absoluta”.²⁵ Segundo essa ponderação, não há que se

20 “The text of Article 43 of the Hague Regulations provides ample authority to the United States to change Iraqi law, including the fundamental change of Iraqi government institutions. Article 43 empowers an occupant to modify an occupied nation’s laws if it is necessary to restore and ensure ‘public order and safety.’” (grifo nosso). YOO, John. Iraqi Reconstruction and the Law of Occupation. *University of California Davis Journal of International Law and Policy*. v.11, n. 7, p. 7-22, 2004. p. 16.

21 SUPREMA CORTE DE ISRAEL. *Jamit Askan et al., v. IDF Commander of Judea and Samaria et al.* (HCJ 393/82), 1982; apud DINSTEIN, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 91.

22 Sassòli, Marco. Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers. *European Journal of International Law*. v. 16, n. 4, p. 661-694, 2005. p. 664.

23 DINSTEIN, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 108.

24 DINSTEIN, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Nova York: Cambridge University Press, 2009. p. 108.

25 “It is therefore submitted that the term ‘*empêchement absolu*’ means nothing but ‘absolute necessity’. This interpretation is warranted by the historical fact that the term is merely a rephrasing of the word ‘necessity’ in Article 3 of the Declaration of Brussels. As a result, the occupant, in restoring public order and civil life, must respect the existing law of the occupied country unless he is prevented from doing so by ‘absolute necessity.’” Schwenk, Edmund H. Legislative Power of the Military Occupant Under Article 43, Hague Regulation. *Yale Law Journal*, Yale, v. 54, p. 393-416, 1945. p. 401.

confundir a expressão em análise com o interesse militar da potência ocupante, já que a restauração da ordem e da vida públicas se destina à população civil.²⁶ Ainda que essa interpretação pareça ser a mais aceita pelos comentaristas, a ideia de “necessidade” tem um tom menos enfático que “impedimento absoluto”.

No caso *Christian Society for the Holy Places*, relativo à alteração de uma lei trabalhista da Jordânia durante a ocupação israelense da Cisjordânia, a Suprema Corte de Israel considerou que o termo “salvo impedimento absoluto” deveria ser interpretado *vis-à-vis* as obrigações da potência ocupante com a população dos territórios ocupados.²⁷ Ou seja, os interesses da população civil deveriam direcionar a utilização da prerrogativa de legislar – não apenas os interesses da potência ocupante. Ainda assim, as medidas legislativas devem atender o critério da necessidade absoluta para que não sejam consideradas *ultra vires*. As alterações conduzidas pela Alemanha na legislação da Bélgica ocupada durante a Primeira Guerra Mundial são um exemplo. Quer tenham sido adotadas em prol dos interesses belgas ou dos interesses teutos, a vasta legislação produzida pela Alemanha para a Bélgica em questões relativas ao comércio, à educação, à saúde, à língua, aos negócios e às diversas atividades produtivas, dificilmente poderia ser considerada dentro de um quadro de necessidade absoluta, porquanto sua legalidade pode ser contestada.²⁸

Um caminho para compreender essa noção pode ser a leitura conjunta do art. 43 com o art. 64 da IV Convenção de Genebra de 1949, a saber:

A legislação penal do território ocupado continuará em vigor, salvo na medida em que possa ser revogada ou suspensa pela Potência ocupante, se esta legislação constituir uma ameaça para a segurança desta Potência ou um obstáculo à aplicação da presente Convenção. Sob reserva desta última consideração e da necessidade de garantir a administração efetiva e da justiça, os tribunais do

território ocupado continuarão a funcionar para todas as infrações previstas por esta legislação.

A Potência ocupante poderá, contudo, submeter a população do território ocupado às *disposições que são indispensáveis* para lhe permitir desempenhar as suas obrigações derivadas da presente Convenção e garantir a administração regular do território, assim como a segurança quer da Potência ocupante, quer dos membros e dos bens das forças ou da administração da ocupação, assim como dos estabelecimentos e linhas de comunicação utilizadas por ela. (grifo nosso).

A análise conjugada dos dois dispositivos delinea mais precisamente a noção de “necessidade”, caso aceitemos sua aproximação com a ideia de “impedimento absoluto”. No primeiro parágrafo, há a exigência de não alterar a legislação penal do país ocupado, a não ser em caso de risco para a aplicação da Convenção. De acordo com o segundo parágrafo, que parece ser relativo ao direito em geral,²⁹ as potências ocupantes podem legislar quando indispensável para sua segurança, para os fins da Convenção e para a administração regular do território. Para Pictet, os dois parágrafos devem ser entendidos em conjunto, o que sugere que as potências ocupantes têm que respeitar todas as leis do território e não só as penais.³⁰

Há outras interpretações quanto à relação da Regulação 43 das Regulações de 1907 com o art. 64 da Convenção de 1949;³¹ todavia, parece-nos mais acertada a leitura apresentada anteriormente, na qual se verifica a impossibilidade de alteração de dispositivos de caráter penal do país ocupado, a não ser quando haja incompatibilidade com a Convenção de Genebra e improbabilidade de outras alterações, salvo quando existir dispositivos que ameacem a segurança dos ocupantes, a aplicação da Convenção ou a administração do terri-

29 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 101.

30 Pictet, Jean. *Commentary on Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Genebra: ICRC, 1958. p. 335.

31 Ao analisar a Regulação 43 das Regulações de 1907 em conjunto com o art. 64 da Convenção de 1949, Dinstein identifica três dimensões sobre a ideia de “necessidade”: (i) a primeira (e mais importante para esse autor) é a prerrogativa fundamental das potências ocupantes de eliminar qualquer ameaça direta a sua segurança; (ii) a segunda é a obrigação de cumprir as exigências das Convenções de Genebra; e (iii) finalmente, a necessidade de assegurar a “administração ordenada” do território ocupado. DINSTEIN, Yoram. *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding*. *Occasional Paper Series*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, n. 1, nov. 2004. p. 6-8. Disponível em: <<http://www.hpcr.org/publications/ops.php>>. Acesso em: 11 fev.2012.

26 Schwenk, Edmund H. *Legislative Power of the Military Occupant Under Article 43, Hague Regulation*. *Yale Law Journal*, Yale, v. 54, p. 393-416, 1945. p. 400.

27 Suprema Corte de Israel, *The Christian Society for the Holy Places v. Minister of Defense* (HC 337/71), 1971; apud DINSTEIN, Yoram. *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding*. *Occasional Paper Series*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, n. 1, nov. 2004. p. 8-10. Disponível em: <<http://www.hpcr.org/publications/ops.php>>. Acesso em: 11 maio 2011.

28 Schwenk, Edmund H. *Legislative Power of the Military Occupant Under Article 43, Hague Regulation*. *Yale Law Journal*, Yale, v. 54, p. 393-416, 1945. p. 407.

tório. É principalmente nessa última questão que reside um dos pontos mais frágeis das regras apresentadas até agora. A noção de indispensabilidade, que limita o poder da potência ocupante de legislar para o país ocupado para fins de administração territorial, permite ampla margem de interpretação e de manipulação, conforme veremos ao analisar o caso da ocupação no Iraque.

4. REFORMAS ECONÔMICAS NO IRAQUE OCUPADO: INDETERMINAÇÃO NA LINGUAGEM DAS NORMAS HUMANITÁRIAS?

Para considerarmos o limite das medidas que potências ocupantes podem adotar nos territórios ocupados, passaremos a analisar o caso da ocupação liderada pelos Estados Unidos no Iraque. Em específico e dentro dos parâmetros da Regulação 43, buscaremos saber se: (i) as transformações econômicas promovidas pela potência ocupante são voltadas para a restauração e assecuração da ordem e da vida públicas no Iraque; e (ii) se houve um impedimento absoluto para se manter a legislação doméstica.

Cerca de dois meses após o início da guerra liderada por George W. Bush, o Iraque foi ocupado militarmente pelos Estados Unidos e seus aliados. O Conselho de Segurança, depois de ser informado pelos EUA e pelo Reino Unido da invasão,³² emitiu a Res. 1483, na qual o status dos dois países como “potências ocupantes” foi reconhecido.³³ A ocupação militar durou cerca de 14 meses: de meados de maio de 2003 a junho de 2004.³⁴ Na mesma Resolução, o Conselho expressa a obrigação das partes envolvidas de respeitar as Regulações da Haia de 1907 e as Convenções de Genebra de 1949,³⁵ o que de-

monstra a aplicabilidade das normas de direito internacional humanitário relativas à ocupação militar iraquiana.

Durante a ocupação, a entidade responsável pela administração do Iraque foi a *Coalition Provisional Authority* (doravante “CPA”). Sob o comando do diplomata estadunidense Paul Bremer, a CPA emitiu mais de cem ordens e regulações, que abrangiam questões jurídicas, políticas e econômicas. As ordens com conteúdo econômico aparecem desde o começo da ocupação. Inicialmente se referiam a questões de reparos e de revitalização macroeconômica, com temas que variavam do comércio aos tributos. Já na Ordem 39, há expressamente o intento de criar no Iraque uma economia de mercado. O objetivo declarado passa a ser o de transformar uma economia não transparente centralmente planejada numa economia de mercado,³⁶ intenção reiterada nas ordens subsequentes.

A Ordem 39 diz respeito especificamente a investimentos estrangeiros. A Constituição Interina do Iraque de 1990 proibia no seu art. 18 que estrangeiros tivessem propriedade privada no país, a não ser em condições a serem explicitadas em leis posteriores.³⁷ Pela “Lei de Empresas” de 1997,³⁸ somente iraquianos poderiam estabelecer empresas ou ser sócios de empresas no Iraque. Essa mesma lei conferiu status idêntico a outros nacionais árabes, dentro da diretriz de integração árabe do partido *Ba’ath*. As regras sobre investimentos como a “Lei de Investimentos Árabes” de 1988 e a posterior Emenda de 2002,³⁹ também estenderam a outros nacionais árabes privilégios garantidos apenas a empresários iraquianos. Tais privilégios foram extintos com a Ordem 39 da CPA, sobre investimento estrangeiro, que revogou toda a legislação iraquiana anterior (seção 3,

32 É importante ressaltar que, nesse sentido, não há vinculação entre a legalidade da guerra em si (*jus ad bellum*) com o direito aplicável durante as hostilidades e a ocupação (*jus in bello*), i.e., mesmo que a guerra seja ilegal, o direito internacional humanitário se aplica durante as hostilidades e/ ou durante a ocupação.

33 “Noting the letter of 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the President of the Security Council (S/2003/538) and recognizing the specific authorities, responsibilities, and obligations under applicable international law of these states as occupying powers under unified command (the “Authority”)” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança, Resolução 1483. 22 de maio de 2003. Preâmbulo. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 14 de set. 2011.

34 A Resolução 1546 do Conselho de Segurança termina oficialmente com a ocupação em 30 de junho de 2004.

35 “Calls upon all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and

the Hague Regulations of 1907” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança, Resolução 1483. 22 de maio de 2003. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 14 de set. 2011. Parágrafo 5º.

36 “a non-transparent centrally planned economy to a market economy”, COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. Ordem 39, 19 de setembro de 2003, Preâmbulo. Disponível em: <http://www.iraq-coalition.org/>. Acesso em: 11 fev. 2012.

37 “Art. 18. Immobile ownership is prohibited for non-Iraqi, except otherwise mentioned by a law.” IRAQUE, Constituição Interina do Iraque, 1990. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/iz00000_.html>. Acesso em: 12 fev. 2012.

38 ESTADOS UNIDOS, Department of Commerce. *Overview of Commercial Law in Iraq*, 2003, p. 17, Disponível em: <www.aschq.army.mil/gc/files/Iraqi_Comm_Law.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2012.

39 ESTADOS UNIDOS, Department of Commerce. *Overview of Commercial Law in Iraq*, 2003. Disponível em: <www.aschq.army.mil/gc/files/Iraqi_Comm_Law.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2012.

§1º),⁴⁰ acabou com o tratamento preferencial aos nacionais árabes (seção 4, §1º)⁴¹ e não limitou o montante da participação de capital estrangeiro (seção 4, §2º).⁴²

Em suma, a Ordem 39, promulgada pela potência ocupante, iniciou uma brusca alteração no modelo de política econômica no Iraque passando de uma economia centralizada, dita socialista, para uma economia liberal (ou neoliberal, como preferem alguns). Os demais atos legislativos, juntamente com as políticas executivas (ambas centralizadas na CPA) levaram a cabo uma política de ampla liberalização econômica nas áreas tributária, bancária, financeira e comercial, dentre outras.

A questão que se coloca é se as reformas econômicas pela CPA, no Iraque, estariam em conformidade com as normas de direito internacional humanitário. Uma análise técnica dessa situação nos remeteria à Regulação 43 das Regulações da Haia de 1907. Conforme descrevemos, há duas obrigações nesse dispositivo que devem ser lidas concomitantemente: “(i) restaurar e assegurar a ordem e a vida públicas (na medida do possível), (ii) respeitar as leis vigentes (salvo impedimento absoluto)”.

Em relação à primeira obrigação, primeiro devemos nos perguntar se as reformas econômicas podem ser entendidas dentro da esfera de ordem e vida públicas. A partir do texto autêntico em francês e dos *travaux*, principalmente do sentido de “vida pública”, fica claro que sim. A potência ocupante deve se preocupar com as questões econômicas do território ocupado, mesmo que essa obrigação não seja categórica, e sim “na medida do possível”. Ainda em relação à primeira obrigação, devemos investigar o significado dos verbos “restaurar” e “assegurar”, em especial do primeiro, visto o foco do nosso estudo. O ponto de partida da controvérsia re-

side na questão se “restaurar” significa voltar ao *status quo ante bellum*, ou seja, restabelecer a situação anterior ao conflito armado. Essa parece ser a opinião de certos comentaristas, como Von Glahn. Para ele, restaurar tem o sentido de restabelecer algo que existia anteriormente, donde alterar os aspectos centrais da organização econômica contrariamente às normas do regime anterior excederia a competência legal do art. 43,⁴³ i.e., a potência ocupante deve apenas restabelecer as diretrizes econômicas anteriormente em vigor e não realizar profundas alterações nas políticas econômicas no território ocupado. De fato, essa interpretação é reforçada ao lermos a segunda obrigação, de respeitar as leis em vigor, em conjunto com a primeira. Deve-se intentar a restauração da ordem e da vida públicas respeitando o quadro jurídico anteriormente construído que, por sua vez, refletia as opções políticas da organização da vida pública. O problema reside na exceção da segunda obrigação: “salvo impedimento absoluto”. Como exposto, essa expressão pode ser entendida como “necessidade absoluta”. Assim, apenas em casos de necessidade absoluta, a potência ocupante não precisa respeitar as leis vigentes para adotar medidas que visem restaurar e assegurar a ordem e a vida públicas. Essa situação de exceção reduz o questionamento da seguinte forma: havia uma necessidade absoluta de se promoverem reformas econômicas liberais na economia iraquiana a fim de restaurar a ordem e a vida públicas?

Aqueles que respondem afirmativamente a essa questão podem ressaltar que medidas de política econômica seriam indispensáveis para serem atendidos os interesses imediatos da população civil. Situações em que a economia passa por uma recessão ou estagnação graças ao próprio conflito armado podem exigir a adoção de políticas econômicas mais incisivas. Para Benvenisti, por exemplo, um retorno econômico ao *status quo ante bellum* pode significar a estagnação econômica no território ocupado,⁴⁴ o que obviamente não estaria dentro dos interesses da população civil do território ocupado. De acordo com tal interpretação, a Regulação 43 não obriga a potência ocupante a congelar o *status quo* caso este tivesse efeitos negativos sobre a economia e sobre a população.

40 “Section 3 - Relation to Existing Iraqi Law. 1) This Order replaces all existing foreign investment law.” COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. *Ordem 39*, 19 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.iraqcoalition.org>. Acesso em: 11 de fev. 2012.

41 “Section 4 - Treatment of Foreign Investors. 1) A foreign investor shall be entitled to make foreign investments in Iraq on terms no less favorable than those applicable to an Iraqi investor, unless otherwise provided herein.” COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. *Ordem 39*, 19 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.iraqcoalition.org>. Acesso em: 11 de fev. 2012.

42 “Section 4 - Treatment of Foreign Investors. 2) The amount of foreign participation in newly formed or existing business entities in Iraq shall not be limited, unless otherwise expressly provided herein.” COALITION PROVISIONAL AUTHORITY. *Ordem 39*, 19 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.iraqcoalition.org>. Acesso em: 11 de fev. 2012.

43 von Glahn, Gerhard. Taxation under Belligerent Occupation. In: Playfair, Emma (Ed.) *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*. Oxford: Clarendon, 1992. p. 353.

44 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed., Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 11.

Os que não concordam com tais argumentos podem rebater que, de fato, a estagnação econômica no território ocupado não contribui para a restauração da ordem e da vida públicas; todavia, estagnação econômica (ou a completa alteração do modelo econômico) parece ter mais sentido em ocupações mais longas, como é a situação nos territórios palestinos. O próprio Benvenisti exemplifica sua argumentação com base em ocupações prolongadas e usa a mencionada ocupação israelense.⁴⁵ É difícil argumentar que uma ocupação de 14 meses como a promovida pelos Estados Unidos e seus aliados no Iraque justifique a adoção de medidas que alteram profundamente o modelo econômico do país. A Regulação 43 não parece permitir alterações profundas e de longo prazo, com objetivos que não sejam respostas pontuais e temporárias.

De qualquer forma, essas duas linhas de argumentação, apresentadas de forma simplista e não exaustiva, nos são úteis apenas para demonstrar a incerteza que caracterizaria nossa resposta frente à pergunta formulada. Ponderar sobre a necessidade absoluta de realizar reformas econômicas exigiria adentrar nos melindres do debate econômico e enfrentar questões como o significado de “estagnação” e de “crise”, quais são os problemas econômicos principais a serem resolvidos e quais os melhores indicadores para medi-los, como relevar questões econômicas de curto, de médio e de longo prazos, etc. Afinal, se nos perguntamos se há necessidade absoluta de reformas econômicas, devemos analisar a essência de tal necessidade, sua natureza, seu tamanho e suas áreas econômicas mais afetadas, dentre outros elementos.

O passo seguinte, mais complicado ainda, é sobre o modelo mais adequado para enfrentar tais problemas econômicos. O politizado debate sobre linhas de pensamento econômico, entre liberais, desenvolvimentistas, nacionalistas, socialistas e outros, é por demais longo e impossibilita uma resposta consensual. Da mesma forma que não há qualquer indício nos textos de direito internacional humanitário que permita a restauração da ordem e da vida públicas de acordo com as preferências de política econômica das potências ocupantes, não há norma escrita ou prática internacional uniforme no sentido de como a potência ocupante deve proceder. Não há um procedimento específico que normatiza a con-

duta da potência ocupante em relação a reformas econômicas (assim como em outros assuntos). Na prática, levar em conta os interesses da população civil pode se revelar uma questão complexa, visto que quem exerce os poderes públicos é a potência ocupante e os canais de participação popular no governo são mínimos ou ainda inexistentes. Argumentar que os limites à potência ocupante são estabelecidos nas próprias normas de direito internacional humanitário, tampouco faz o debate avançar muito no que diz respeito aos detalhes de como a potência ocupante deve proceder em situações de reformas econômicas no país ocupado. Em suma, as indeterminações das normas de direito internacional humanitário relativas à ocupação militar de territórios impossibilitam uma resposta mais ou menos certa que evite o abuso promovido por aqueles que têm mais poder.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso em defesa das normas de direito internacional humanitário está arquitetado na premissa de que é possível reduzir o sofrimento humano em conflitos armados. Limitar os meios de combate e tentar reduzir ao mínimo a destruição, assim como as causalidades, faz parte dos objetivos declarados deste antigo *corpo juris* do direito internacional. Além de regular as hostilidades em conflitos armados *per se*, as normas humanitárias também são aplicáveis em situações em que um Estado ocupa militarmente o território de outro após um conflito armado. Nesses casos, as normas humanitárias se pautam pela tentativa de regular essa situação, por meio de um discurso de neutralidade entre as partes conflitantes e de proteção da população civil.

Apesar da pretensão de não se relacionar com a legalidade do ato da ocupação militar em si (*jus ad bellum*), o quadro de normas humanitárias aplicáveis durante a ocupação (*jus in bello*) regula a legalidade das ações da potência ocupante no território ocupado. O fato do Conselho de Segurança da ONU não ter autorizado a invasão militar liderada pelos estadunidenses no Iraque, em julho de 2003, não o impediu de reconhecer a ocupação militar no território iraquiano e o dever de ele ser administrado segundo as normas humanitárias. Quando se reconhece um território como ocupado – e para isso basta que a potência ocupante tenha controle efetivo sobre o território –, reconhece-se, outrossim, a *competência* da potência ocupante para administrá-lo. Suas ações

45 BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed., Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 11.

passam a ser reguladas pelas normas humanitárias que, ao mesmo tempo, impõem deveres e concedem direitos aos ocupantes.

O cerne das normas humanitárias relativas à ocupação militar é a Regulação 43 das Regulações da Haia de 1907. Em poucas linhas, esse dispositivo contém a essência da administração de territórios ocupados. Redigido há mais de um século por representantes de vários Estados, inclusive de algumas potências com possessões coloniais e políticas imperialistas, esse dispositivo é oriundo de um tempo em que a aquisição de territórios por meio de guerras não era incomum. Ademais, foi escrito no contexto do começo do século XX, em um momento de forte influência do pensamento positivista no direito internacional, que tem como uma dentre outras consequências, a ideia de que o que não é proibido é permitido.⁴⁶ Dessa forma, a Regulação 43 não estabelece um quadro detalhado de como a potência ocupante deve proceder e quais os limites para sua atuação; e, ao não fazê-lo, abre grande espaço de manobra para a potência ocupante. É por meio da indeterminação dessa norma que se cria espaço para abusos por parte da potência ocupante.

A indeterminação das normas humanitárias relativas à ocupação territorial é facilmente observada no caso do Iraque. A administração territorial comandada pelos EUA fez uma série de reformas econômicas que alteraram radicalmente o modelo econômico iraquiano até então vigente: segundo sua interpretação,⁴⁷ havia uma necessidade de alteração na estrutura econômica iraquiana, e a preferência estadunidense, que tinha competência na administração territorial, era pelo modelo liberal. Mesmo a partir de uma leitura não tão estrita das normas humanitárias ou ainda interpretando as Regulações de 1907 à luz dos instrumentos mais recentes do direito internacional humanitário, pouco será encontrado em relação às alterações na economia do território ocupado. Várias questões continuam abertas, o que dá margem para práticas abusivas por parte daqueles que têm em suas mãos amplos poderes para administrar as riquezas e os povos subjugados e quase nenhum limite imposto que cerceie suas escolhas.

46 Ver: Corte Permanente de Justiça Internacional. *SS Lotus Case* (França v. Turquia). PCIJ Rep., (1927), series A, n. 10. J. em: 7 set. 1927, p.19-21.

47 Cf., por exemplo: YOO, John. *Iraqi Reconstruction and the Law of Occupation*. *University of California Davis Journal of International Law and Policy*. v. 11, n. 7, p. 7-22, 2004.

REFERÊNCIAS

BENVENISTI, Eyal. *The International Law of Occupation*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2004.

Coalition Provisional Authority, *Ordem 39*. 19 de setembro de 2003. Disponível em: <www.iraqcoalition.org>. Acesso em: 11 fev. 2012.

CONVENTION (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. A Haia, 18 de outubro de 1907. Disponível em: <<http://www.icrc.org/dih.nsf/full/195>>. Acesso em: 14 set. 2011.

CORTE INTERNACIONAL DE justiça. *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Democratic Republic of the Congo v. Uganda). Haia: ICJ Reports, 2005. J. em: 19 de dezembro de 2005.

CORTE INTERNACIONAL DE justiça. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*: Advisory Opinion. Haia: ICJ Reports 2004.

Corte Permanente de Justiça Internacional. *SS Lotus Case* (França v. Turquia). PCIJ Rep., (1927), series A, n. 10. J. em: 7 de setembro de 1927.

DINSTEIN, Yoram. Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peacebuilding. *Occasional Paper Series*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, n. 1, nov. 2004. p. 6-8. Disponível em: <<http://www.hpccr.org/publications/ops.php>>. Acesso em: 11 fev.2012.

DINSTEIN, Yoram. *The International Law of Belligerent Occupation*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

ESTADOS UNIDOS, Department of Commerce. *Overview of Commercial Law in Iraq*, 2003, p. 17, Disponível em: <www.aschq.army.mil/gc/files/Iraqi_Comm_Law.pdf>.. Acesso em: 12 fev. 2012.

GREENWOOD, Christopher. The Administration of Occupied Territory in International Law. In: Playfair, Emma (Ed.) *International Law and the Administration of Occupied Territories*: Two decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip. Oxford: Clarendon, 1992.

Institut de Droit International. *The Laws of War on Land*.

Oxford, 9 de setembro de 1880. Disponível em: <www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/140?OpenDocument>. Acesso em: 14 set. 2011.

IRAQUE, *Constituição Interina do Iraque*, 1990. Disponível em: <www.servat.unibe.ch/icl/iz00000_.html>. Acesso em: 12 fev. 2012.

MILITARY TRIBUNALS IN THE UNITED STATES. United States of America v Wilhelm List et al (Judgment). Case n. 7, J. em: 19 de fevereiro de 1948. *XI Trials of War Criminals before the Nürnberg Military Tribunals under Control Council Law*, Washington, US GPO, n. 10, p. 1243, [1948?].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. *Resolução 1483*, 22 de maio de 2003. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 14 set. 2011.

Pictet, Jean. *Commentary on Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Genebra: ICRC, 1958.

RORIZ, João Henrique Ribeiro. O desenvolvimento normativo dos crimes de guerra: das primeiras noções ao Tribunal Penal Internacional. In: VEÇOSO, Fábيا Fernandes Carvalho. *Direito Internacional em Contexto*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Sassòli, Marco. Legislation and Maintenance of Public

Order and Civil Life by Occupying Powers. *European Journal of International Law*, v. 16, n. 4, p. 661-694, 2005.

Schwenk, Edmund H. Legislative Power of the Military Occupant Under Article 43, Hague Regulation. *Yale Law Journal*, Yale, v. 54, p. 393-416, 1945.

Tribunal Militar Internacional (Nuremberg), Judgment and Sentences, 1946, *American Journal of International Law*. n. 41, p. 172-333, 1947.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, (IT-98-34-T) “Tuta and Štela”, Judgment. J. em : 31 de março de 2003.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06). J. em: 14 de março de 2012.

von Glahn, Gerhard. Taxation under Belligerent Occupation. In: Playfair, Emma (Ed). *International Law and the Administration of Occupied Territories: Two decades of Israeli Occupation of the West Bank and Gaza Strip*. Oxford: Clarendon, 1992.

YOO, John. Iraqi Reconstruction and the Law of Occupation. University of California Davis *Journal of International Law and Policy*. v. 11, n. 7, p. 7-22, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The (in)applicability of
the statute of refugees to
environmentally displaced
persons**

**A (in)aplicabilidade do estatuto
dos refugiados para os
deslocados ambientais**

Maria Cláudia da Silva
Antunes de Souza

Lucas de Melo Prado

The (in)applicability of the statute of refugees to environmentally displaced persons

A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais*

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza**

Lucas de Melo Prado***

ABSTRACT

The increasingly frequent occurrence of environmental disasters and natural resources degradation jeopardize the quality of life of humankind and, in some cases, prevents people from remaining in their places of origin. The context of the present article is the crescent concern with people that abandon their homes, motivated by environmental changes that render the place they live inadequate for human survival. In this sense, the article has the objective to verify if and under which circumstances the global Refugee protection system is applied to Environmentally Displaced Persons, filling the absence of rules regulating their situation and ensuring their Fundamental Rights. Accordingly, it is highlighted the necessity to build a specific protection system to Environmentally Displaced Persons that guarantees an effective protection to people in that condition.

Keywords: Refugee. Environmentally displaced person. Environmentally persecuted person. Environmental refugee. Environmental persecution.

RESUMO

A ocorrência cada vez mais frequente de desastres ambientais e de degradação dos recursos naturais compromete a qualidade de vida do homem e, em alguns casos, inviabiliza a permanência em seus locais de origem. O presente artigo tem como contexto a crescente preocupação com as pessoas que abandonam seus lares, motivadas por mudanças ambientais que tornam o meio em que habitam impróprio para a sobrevivência humana. Nessa esteira, objetiva-se verificar se e em que circunstâncias o sistema global de proteção dos Refugiados aplica-se aos Deslocados Ambientais, suprimindo a ausência de normas que instituem seu estatuto e assegurem a proteção de seus Direitos Fundamentais. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de se construir um sistema de proteção específico para os Deslocados Ambientais, que garanta uma efetiva proteção às pessoas que se encontram nessa condição.

Palavras-chave: Refugiado. Deslocado ambiental. Refugiado ambiental. Perseguição ambiental.

* Recebido em 26/09/2013
Aprovado em 30/10/2013.

** PhD by the University of Alicante – Spain. Master in Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad by the University of Alicante – Spain. Master in Legal Science by the University of Vale do Itajaí – UNIVALI – Brazil. Bachelor of Law by the University of Vale do Itajaí – UNIVALI – Brazil. Professor in the Programme of Post-Graduation *Stricto Sensu* in Legal Science, both in the PhD's Programme and the Master's Programme in Legal Science, and Professor in Graduation, Law School, in the University of Vale do Itajaí – UNIVALI – Brazil. Professor responsible for the Legal Practice Department of University of Vale do Itajaí – UNIVALI – Brazil. Has experience in Law, with emphasis in Civil Law and Environmental Law, particularly in the following themes: Civil Liability, Environmental Damage, Environmental Liability and Sustainability. Email: <mclaudia@univali.br>.

*** Bachelor of Law by the Federal University of Piauí – UFPI – Brazil. Student in the Master's Programme in Legal Science of the University of Vale do Itajaí – UNIVALI – Brazil. Scholar of the Support Programme to Private Institutions' Post-Graduation (PRO-SUP – Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares) from the High-Level People Coordination (CAPES – Coordenação de Pessoal de Nível Superior). Email: <prado.lm@gmail.com>.

1. INTRODUCTION

The alarming increase in environmental disasters and environmental resources degradation generates a deep concern in the global scenario¹. There are more than 33 million refugees, refugee requesters, internally displaced persons and other persons who have abandoned their home, risking their own lives, freedom and security, in the attempt to flee from Persecution for reasons relating to race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. To these persons the international community recognizes the statute of Refugee. It lends them assistance and it gives them asylum, all through the actions of the UNHCR and according to the rules of the 1951 Convention Relating to the Statute of Refugees (hereinafter only the 1951 Convention or the Refugee Convention) and its 1967 Protocol Relating to the Statute of Refugees (henceforth only the 1967 Protocol of the Refugee Protocol).

However, that number does not show other millions of individuals who also need to abandon their homes and risk their own lives, freedom and security, motivated by environmental changes that render their habitat completely unsuitable for human survival. These individuals, so called Environmentally Displaced Persons, do not have, as the Refugees do, a legal statute of their own and thus they suffer without an effective and directed action from the international community to ensure their fundamental rights. As it is spotlighted by the preamble of the Convention Project Relating to the International Statute of Environmentally Displaced Persons, from the Centre de Recherche Interdisciplinaire en Droit de l'Environnement, de l'Aménagement de de l'Urbanisme (CRIDEAU):

[...] regardless the various international instruments aiming to protect the environment, there is not, in the current state of international law applicable to refugees, any specific instrument that provides for the situation of the ensemble of environmentally displaced persons and that can be applicable and invoked in their favour.²

The present article has the analysis of a new category — the Environmentally Displaced Persons — as its object and it seeks as objective to verify if (and under which circumstances) the Refugee Convention and Protocol may be applied to these so called Environmentally Displaced Persons, filling in the absence of norms instituting a statute of their own and protecting their fundamental rights. In this sense, it is highlighted the need to build a specific protection system to Environmentally Displaced Persons, guaranteeing an effective protection to persons in such situation.

In the phases of investigation, data handling and composition of the research final report, it was adopted an inductive methodological posture. The category technique and the operational definition technique were operated in order to define clearly the terms used in this article as well as to establish the connections between them. The bibliographical research was duly directed by the referent technique and the data was registered using the record card technique³. To compose this article, it was used the model proposed by Cesar Luiz Pasold for scientific articles⁴.

The article is organized as follows: first, it is presented the regime adopted by de 1951 Convention for Refugees, highlighting the operational definition⁵ of that

www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-dap-lacas-environnementaux2.pdf>. Access on: 11 apr. 2012, 14:31. Pré-ambule. Translation by the authors of the article. Original text in French: [...] malgré les nombreux instruments internationaux visant à protéger l'environnement, il n'existe, dans l'état actuel du droit international applicable aux réfugiés, aucun instrument spécifique prévoyant la situation d'ensemble des déplacés environnementaux et pouvant être appliqué et invoqué en leur faveur.

3 About the category technique, v. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p. 25-35. About the operational definition technique, v. p. 37-52. About the referent technique, v. p. 53-62. About the record card technique, as well as its use with the referent technique, v. p. 107-123.

4 PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p. 160-162.

5 When we establish or propose one meaning to a word or expression, wishing that such meaning will be accepted to the effects of the ideas we support, we are fixing an Operational Definition [...]. (everything bold in the original). PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p. 37. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional [...].

1 33.924.476. This is the number of people under the responsibility of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES – UNHCR. *official data*. available at: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/>>. Access on: 02 may 2012.

2 PRIEUR, Michel et. al. *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux*. *Revue Européenne du Droit de L'Environnement*, n. 4, 2008, p. 381-393. Available at: <[SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PRADO, Lucas de Melo. The \(in\)applicability of the statute of refugees to environmentally displaced persons. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 10, n. 2, 2013 p.196-210](http://</p></div><div data-bbox=)

category⁶ and the criteria for the acknowledgement of the Refugee quality. Then, it is approached the matter of Environmentally Displaced Persons, defining this category and examining the complexity of phenomena included in such category. Finally, it is faced the matter of the possibility or impossibility of application of the 1951 Convention to Environmentally Displaced Persons.

To the central categories of this article, the following operational definitions are adopted:

Refugee: any person who,

[...] owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence [...], is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.⁷

Persecution: harmful action, or threat of such an action, perpetrated against a person or a group of persons, based on who that person is — race, nationality or membership of a particular social group — or what he or she believes — religion or political opinion.

International Migration: displacement of an individual (or a group of individuals) that leaves the country of his/her nationality or where he/she possessed habitual residence and settles himself/herself in another country.

Environmentally Displaced Persons:

[...] those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life [sic].⁸

Environmental Disruption: “[...] any physical, chemical, and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life”.⁹

Environmental Persecution: the use of Environmental Disruptions to harm a person or a group of persons based on who the person is — race, nationality or membership of a particular social group — or what he or she believes — religion or political opinion.

Environmentally Displaced Person *Stricto Sensu*: the person that is forced to leave his or her traditional *habitat*, migrating internally or internationally, temporarily or permanently, due to a specific Environmental Disruption (natural and/or anthropogenic) that compromises his/her existence and/or seriously affects his/her quality of life, without configuring Environmental Persecution.

Environmentally Persecuted Person: the person who, owing to well-founded fear of Environmental Persecution that compromises his/her existence and/or seriously affects his/her quality of life, is forced to leave his/her traditional *habitat*, temporarily or permanently.

Environmental Refugee: any person who, owing to well-founded fear of Environmental Persecution that compromises his/her existence and/or seriously affects his/her quality of life, is forced to leave his/her country of nationality, temporarily or permanently, and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself/herself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his/her former habitual residence is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

2. WHO IS REFUGEE?

According to the UNHCR, in the end of 2010, the world had more than 10 million Refugees¹⁰. No wonder

6 Category is “[...] the word or expression that is strategic to the elaboration and/or expression of an idea”. (everything bold in the original). PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p. 25. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: Categoria é “[...] a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”.

7 UNITED NATIONS. *Convention relating to the statute of refugees*. Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>>. Access on: 12 apr. 2012. Art. 1-A(2).

8 EL-HINNAWI, Essam apud BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/>

Samh%E4lets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>. Access on: 17 apr. 2012. p. 466.

9 EL-HINNAWI, Essam apud BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*. v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4lets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 466.

10 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES – UNHCR. Official data by UNHCR. Available at:

Earl Huyck and Leon Bouvier stated that “[...] today one may point almost anywhere on a spinning globe and put a finger on a refugee situation”¹¹

Even though the existence of Refugees goes back to biblical eras — think of the exodus of slaves from Egypt, under Moses leadership, in search of the Promised Land —, the international community demonstrated any concern about the matter only after the World War I, with the creation of the League of Nations. Without ever defining the category Refugee, the League acted pragmatically and episodically, protecting specific groups through the development of empirical institutional mechanisms, whose extension depended on political considerations and humanitarian empathy.¹²

Only after the World War II the international protection of Refugees gains general character, based on two fundamental aspects, as José Henrique Fischel de Andrade highlights: an institutional one, “[...] materialized in the establishment of organizations that intend to assist and protect refugees [...]”¹³; as well as a juridical one, “[...] which happens through the composition of conventional, extraconventional and domestic instruments that give the meaning of the term ‘refugee’ and define the juridical statute of their beneficiaries”¹⁴. Today, the institutional aspect is represented by the UNHCR, whilst the juridical aspect is materialized in the 1951 Convention and the 1967 Protocol.

<<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/>>. Access on: 02 may 2012.

11 HUYCK, Earl E.; BOUVIER, Leon F. *apud* CASELLA, Paulo Borba. Refugiados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 84, p. 251-260, out./dez. 1984. Available at: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181584>>. Access on: 27 apr. 2012. p. 260.

12 ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 120-121.

13 ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[...] materializada no estabelecimento de organizações que têm como escopo a assistência e a proteção dos refugiados [...]”.

14 ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-100. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[...] que ocorre por meio da redação de instrumentos convencionais, extraconvencionais e domésticos, os quais conceituam o termo ‘refugiado’ e definem o estatuto jurídico de seus beneficiários”.

As the juridical base of Refugees’ global protection, the 1951 Convention brings the great contribution of offering an operational definition to the category. Such definition is decisive to mark the contractual or convention obligations of the signatory States of that instrument, once it contains the essential elements that characterize a Refugee¹⁵. *Ipsis litteris*, the Convention asserts:

For the purposes of the present Convention, the term “**refugee**” shall apply to any person who: [...] As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.¹⁶

When it was signed in 1951, the Convention established two restrictions: a temporal one, which made the characterization of Refugees depend on events prior to 1st January 1951, and a geographic one, which limited the characterization of Refugees to events that had taken place in the European continent¹⁷. Nevertheless, both these restrictions were lifted by the 1967 Protocol, which states:

For the purpose of the present Protocol, the term “refugee” shall [...] mean any person within the definition of article 1 of the Convention as if the words “As a result of events occurring before 1 January 1951 and ...” “and the words”... “a result of such events”, in article 1 A (2) were omitted.

The present Protocol shall be applied by the States Parties hereto without any geographic limitation [...]”¹⁸

Thus, without the temporal and geographic restrictions, the definition of the 1951 Convention, which is also adopted by the present article, imposes three conditions to the characterizations of a Refugee situation: 1) the well-founded fear of Persecution; 2) the Interna-

15 CASELLA, Paulo Borba. Refugiados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 84, p. 251-260, out./dez. 1984. Available at: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181584>>. Access on: 27 apr. 2012. p. 253.

16 UNITED NATIONS. *Convention relating to the statute of refugees*. Art. 1-A(2). No bold in the original text.

17 UNITED NATIONS. *Convention relating to the statute of refugees*. Art. 1-B(1).

18 UNITED NATIONS. *Protocol relating to the statute of refugees*. Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>>. Access on: 12 apr. 2012. Art. 1(2) e (3).

tional Migration; and 3) the absence of protection from the country of origin.

The well-founded fear of Persecution is “the crucial criterion to define a refugee [...]”¹⁹. Nonetheless, there is neither a generally accepted definition for Persecution nor a uniform interpretation of the term. The recognition of the statute of Refugees is a task to be performed by each State²⁰, in the moment when they decide about the concession of territorial asylum²¹. Besides that, the definition does not demand the actual Persecution, but the well-founded fear of Persecution, which implies the presence of a subjective element inherent in the refugee seeker²². Still, the operational definition of the category “Persecution” is essential for this article. It is a *sine qua non* condition to the recognition of the Refugee situation under the rules of the 1951 Convention and, therefore, it will be used in the analysis of the applicability (or inapplicability) of the global Refugee protection system to the case of Environmentally Displaced Persons (*n.* item 3).

The UNHCR Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951

19 CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[o] critério crucial para conceituar um refugiado [...]”.

20 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2004. v. 8. p. 293-315. (Coleção Brasil 500 Anos). Available at: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf000066.pdf>>. Access on: 27 apr. 2012. p. 302.

21 When a State receives a Refugee in its territory, it grants him/her territorial asylum. The territorial asylum should not be confused with the political or diplomatic asylum, “[...] which is granted to persecuted persons for political reasons and is granted in ‘legations, warships, military airplanes and military camps’.” MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 161. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[...] que é concedido a perseguidos por motivos políticos e que é concedido nas ‘legações, navios de guerra, aeronaves militares e acampamentos militares’.”

22 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Geneva, 1992. Available at: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3314>>. Access on: 04 may 2012. Paragraphs 37-50.

Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (henceforth only the UNHCR Handbook) offers an indication of what Persecution might be:

From Article 33 of the 1951 Convention, it may be inferred that a threat to life or freedom on account of race, religion, nationality, political opinion or membership of a particular social group is always persecution. Other serious violations of human rights – for the same reasons – would also constitute persecution.

Whether other prejudicial actions or threats would amount to persecution will depend on the circumstances of each case [...].²³

The 1993 UNHCR Report is also helpful for the understanding of the category Persecution. Approaching the displacement dynamics and the main causes for Refugee fluxes, the Report remarks that: “The 1951 Convention identified what is still a major root cause of refugee flows: persecution based on who the refugee is (race, nationality, membership of a particular social group) or what he or she believes (religion or political opinion).”²⁴

In view of both the UNHCR Handbook and the 1993 Report, the following operational definition of Persecution is proposed, in order to make that category an instrument of analysis for this article, with no intention to build a universally accepted definition though. Thus, **Persecution** is considered as the harmful action, or threat of such an action, perpetrated against a person or a group of persons, based on who that person is — race, nationality or membership of a particular social group — or what he or she believes — religion or political opinion.

The second condition imposed by 1951 Convention to the recognition of the Refugee situation requests that the individual is already outside the country of their nationality, i.e. it must have happened an **International Migration**, understood here as the displacement of an individual (or a group of individuals) that leaves the country of his/her nationality or where he/she possesses

23 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees. Paragraphs 51-52.

24 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *The state of the world's refugees 1993: the challenge of protection*. Gênova: United Nations High Commissioner for Refugees, 1993. Especificamente: chap. 1. The dynamics of displacement. Available at: <<http://www.unhcr.org/3eeddcf7a.html>>. Access on: 18 apr. 2012.

ses habitual residence and settles himself/herself in another country. As a consequence, internal migrants, who leave their residence and move somewhere else inside their own country, even when victims of Persecution, are not considered Refugees. In respect to this, the 1993 UNHCR Report: “The situations that produce refugees also produce other forms of displacement, including people who have not crossed an international border but face the same fears and dangers as refugees.”²⁵

The third condition set by the 1951 Convention determines that the country of the Refugee’s nationality (or where he or she keeps his/her habitual residence) does not grant him/her the due protection against the suffered Persecution or the Refugee is unwilling, owing to the fear of Persecution, to avail himself/herself of the protection of his/her country. This means that the State where the Refugee is from is always involved with the Persecution situation that generated the migratory flux, either because 1) the State where the Refugee is from is the agent of the Persecution; or 2) the State where the Refugee is from is not the agent of the Persecution, but it does not take the necessary measures to make the Persecution cease. In both cases, the person is unable to avail himself/herself of the protection of his/her own country and ends up seeking asylum beyond borders. This “abandonment” is what originates the situations provided by the other two conditions: as one cannot trust one’s own State, one is filled by well-founded fear of Persecution and one leaves one’s home, migrating internationally, in order to defend one’s life, freedom and security through the refuge in another country. For that reason, Flávia Piovesan asserts that “each refugee is a consequence of a State that violates Human Rights”²⁶.

With the reunion of these three conditions (fear of Persecution, International Migration and absence of protection from the country of origin), the situation of Refugee is configured and must be recognized by the States of the international community²⁷, especially the

signatories of the 1951 Convention and its 1967 Protocol. That is precisely the orientation of the UNHCR Handbook:

A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfills the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee.²⁸

The 1951 Convention and the 1967 Protocol are not the only instruments that contain an operational definition for the category “Refugee”. At least two other documents address this matter and set definitions for the category even larger than the ones set by the 1951 Convention. Such documents are the Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1969) and the Cartagena Declaration (1984). According to Flávia Piovesan, both instruments, besides adopting the definition from the 1951 Convention, “[...] prescribe the massive violation of human rights as a characteristic refugee situation”²⁹.

to asylum, i.e. the State, in the exercise of the right of sovereignty, has the right to refuse it”. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Os refugiados políticos e o asilo territorial. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13 e 14. Translations by the authors of the article. Original texts in Portuguese, respectively: “[...] a concessão do asilo é um direito do Estado baseado em sua soberania” and “[...] não existe um direito ao asilo, ou seja o Estado, no exercício de seu direito de soberania, tem o direito de recusá-lo”. On the other hand, Flávia Piovesan sustains that the *non refoulement* principle, by which it is prohibited to return the Refugee to the country where his/her life and freedom are threatened, must be recognized and respected by all the international community, for it is a principle of *jus cogens*. PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados*. p. 47-48.

28 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees*. Paragraph 28.

29 PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13 e 14. p. 36. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[...] prevêm a violação maciça dos direitos humanos como caracterizadora da situação de refugiado”. The OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, after adopting the same definition of Refugee of the 1951 Convention, extends such definition to include also “[...] every person who, owing to external aggression, occupation, foreign domination or events

25 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *The state of the world's refugees 1993*.

26 PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 38. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “cada refugiado é consequência de um Estado que viola os Direitos Humanos”.

27 Granting territorial asylum to a Refugee is an act of sovereignty and, thus, it is not mandatory to the State. As Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva reminds, “[...] granting asylum is a right of the State based on its sovereignty”. And he adds: “[...] there is no right

However, both the OAU Convention and the Cartagena Declaration are regional instruments, applicable only to Africa and Latin America, respectively. For that reason, the enlargements in the definition of Refugee contained in those instruments are not adopted by this article, which proposes, as already said before, to analyze the global Refugee protection system in order to verify the possibility of its application to cases implicating Environmentally Displaced Persons. Therefore, the present article sticks to the definition of the 1951 Convention and the conditions therein imposed for Refugee characterization.

3. ENVIRONMENTALLY DISPLACED PERSONS

In 1985, Essam El-Hinnawi, a researcher for the United Nations Environment Programme (UNEP), used for the first time the term Environmental Refugee, defining it as:

[...] those people who have been forced to leave their traditional habitat, temporarily or permanently, because of a marked environmental disruption (natural and/or triggered by people) that jeopardized their existence and/or seriously affected the quality of their life [sic]. By “**environmental disruption**” in this definition is meant any physical, chemical, and/or biological changes in the ecosystem (or resource base) that render it, temporarily or permanently, unsuitable to support human life.³⁰

seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality”. ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. *Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa*. Adis-Abeba, 10 Sept. 1969. Available at: <http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf>. Access on: 04 May 2012. Art. 1(2). In addition, the Cartagena Declaration recommends that the definition of Refugee, for use in Latin America, should include, besides the cases covered by the 1951 Convention, those cases of “[...] persons who have fled their country because their lives, safety or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order”. COLOQUIO SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO Y PANAMÁ. *Cartagena declaration on refugees*. Cartagena, 22 nov. 1984. Available at: <<http://www.asylumlaw.org/docs/international/CentralAmerica.PDF>>. Access on: 04 may 2012. Third Conclusion.

30 EL-HINNAWI, Essam apud BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*. p. 466. No bolds in the original text.

Even though it has been widely used in the last 25 years, the term Environmental Refugee does not seem appropriate to characterize the situation described by El-Hinnawi³¹. The reason for that takes into account what has been explained in the previous item of this article. When one talks about Refugees one is talking about a series of criteria (fear of Persecution, International Migration and absence of protection from the country of origin) that is not evident in the definition proposed above. *Ergo*, Liliana Jubilit and Silvia Apolinário assert that “[f]rom the point of view of international law, the expression *environmental refugees* is not correct, because the definition given to the word *refugee* by international law includes specific criteria which make a person be granted refuge protection”³².

On account of that, in this article, Essam El-Hinnawi’s operational definition is not used to define the category Environmental Refugee, but to define the category **Environmentally Displaced Persons**, which is more appropriate to the described phenomenon. The term “Displaced” reflects: the plurality of causes of environmental displacements; the not only personal, but also collective characteristic of population movements; as well as the idea that it is not a voluntary migration or a migration motivated by economic needs, but a migration imposed by an ineluctable environmental threat³³. Julien Bétaille sustains:

We have chosen here the term environmentally displaced persons for two main reasons. First, the term “refugee” recalls the 1951 Geneva Convention, whose text is not adapted to the reality of the phenomenon studied here. Second, the adverb “environmentally” allows including, at the same time, the displacements connected not only

31 “The expression ‘environmental refugees’, though widely used for the past twenty years, is mistakenly applied.” LOPEZ, Aurelie. The protection of environmentally-displaced persons in international law. *Environmental Law*, Portland, v. 36, n. 2, p. 365-409, 2007. Available at: <<http://clawreview.org/2007/10/the-protection-of-environmentally-displaced-persons-in-international-law/>>. Access on: 11 apr. 2012. I. Introduction.

32 JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jan./june 2010. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Access on: 11 Apr. 2012. p. 288. Italics in the original text.

33 LAVIEILLE, Jean-Marc; BÉTAILLE, Julien; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Rapport explicatif du projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux. *Revue de droit de l’Université de Sherbrooke*, p. 454-463, sept. 2008. Available at: <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_39/39-12-convention.pdf>. Access on: 11 may 2012. p. 462.

to climate changes, but also to other natural or technological catastrophes. In addition, those terms translate in a better way the idea of an imposed migration, rather than a chosen one.³⁴

Thus, the category Environmentally Displaced Persons is used here to describe the person or group of persons that is forced to leave the place he/she lives due to an Environmental Disruption. Such phenomenon is one of the most relevant challenges of contemporary international Society³⁵. For an idea of environmental displacements' scale, one should remember Norman Myers estimates. According to Myers, in 1997 there were at least 25 million Environmentally Displaced Persons in the world, located mainly in Sub-Saharan Africa, the Indian sub-continent, China, Mexico and Central America. That is equivalent to say that, in 1997, to each 225 persons, at least one of them could be characterized as an Environmentally Displaced Person. Still in accordance with Myers, the environmental displacement matter promises to rank as one of the foremost human crises of our times³⁶. Jodi Jacobson attests that Environmentally Displaced Persons "[...] have become the single lar-

gest class of displaced persons in the world [...]"³⁷.

Through Diane C. Bates' classification of Environmentally Displaced Persons³⁸ it is possible to have a glimpse of the complexity of these migrations motivated by environmental changes. As reported by Bates, those migration fluxes are born of three different kinds of environmental changes: disasters, expropriations and deteriorations.

The first of these kinds of environmental changes (the disasters) are "[a]cute disruptions in the environment that cause unplanned human migration [...]"³⁹. The environmental disasters can be divided in natural events (volcanic eruptions, hurricanes, earthquakes) and technological accidents (Chernobyl, in 1986; Fukushima, in 2011).

The expropriations (the second kind of environmental changes that cause migration fluxes) include "[...] the permanent displacement of people whose habitat is appropriated for land use incompatible with their continued residence"⁴⁰. The expropriations are consequences of development (flooded areas for building a dam, urban expansion in natives' territory) or war (ecocide, understood as "[...] the intentional destruction of human environments in order to strategically relocate a target population during a period of war"⁴¹).

Finally, the deteriorations (third kind of environmental changes mentioned by Bates) are gradual envi-

34 BÉTAILLE, Julien. Les déplacements environnementaux: um défi pour le droit international. *L'encyclopédie du développement durable*. Available at: <<http://encyclopedie-dd.org/encyclopedie/territoires/3-0-demographie/les-deplacements-environnementaux.html>>. Access on: 12 apr. 2012. Introduction. Translation by the authors of the article. Original text in French: "Nous choisissons ici le terme de déplacés environnementaux, ce pour deux raisons principales. La première est que le terme 'réfugié' renvoie à la Convention de Genève de 1951 et que ce texte n'est pas adapté à la réalité du phénomène ici étudié. La seconde est que l'adjectif 'environnementaux' permet d'englober à la fois les déplacements liés au changement climatique mais aussi à d'autres catastrophes naturelles ou technologiques. De plus, ces termes traduisent mieux l'idée selon laquelle la migration est subie et non choisie."

35 The term Society is used with capital S for the following reason: "[...] if the Category **STATE** deserves to be written with capital S, the category **SOCIETY** deserves even more to be written with capital S, because, after all, SOCIETY is the creator and maintainer of State! Thus, for coherence, if the creature/maintained one (State) is written with capital S, the creator/maintainer (Society) should also be written with capital S! PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*. p. 169. Bolds and underlines in the original text.. Original text in Portuguese: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!"

36 MYERS, Norman. Environmental refugees. *Population and Environment. A Journal of Interdisciplinary Studies*, v. 19, n. 2, nov. 1997. Available at: <<http://www.springerlink.com/content/j436x24814660277/fulltext.pdf>>. Access on: 16 apr. 2012. p. 167-168-175.

37 JACOBSON, Jodi apud LONERGAN, Steve. The role of environmental degradation in population displacement. *Environmental Change and Security Project Report*, n. 4, p. 5-15, 1998. Available at: <<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/ACF1493.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 8.

38 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 469-475.

39 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 469.

40 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 471-472.

41 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012.. p. 472.

ronmental changes of human origin, caused by pollution (“[...] the release of toxic substances into the environment that gradually impairs human health or the ability of residents to sustain their quality of life”⁴² — e.g. global warming) or depletion (“[...] the gradual removal of some part of the ecosystem”⁴³ — e.g. deforestation).

See Table 1 - Classification of Environmentally Displaced Persons

Diane Bates’ classification allows perceiving the great complexity of the category “Environmentally Displaced Persons”. Among natural and anthropogenic causes as well as intentional and unintentional ones, permanent and temporary displacements as well as acute and gradual ones, the category “Environmentally Displaced Persons” includes a wide range of situations with their own characteristics, their own causes and their own consequences.

As a result, the multiple aspects of this complex phenomenon cannot be ignored in pursuing the objective initially proposed in this article. The verification of applicability of global Refugee protection system to Environmentally Displaced Persons must necessarily consider the plurality of this phenomenon. Such is the analysis made in the next item.

4. THE GLOBAL REFUGEE PROTECTION SYSTEM AND THE ENVIRONMENTALLY DISPLACED PERSONS

To verify the applicability of the 1951 Convention to Environmentally Displaced Persons one must analyze the compatibility between the Environmentally Displaced Persons’ situation and the criteria for Refugee recognition as presented in the first part of this article. However, as it has been concluded above, the studied phenomenon is complex, for it includes an extensive range of situations. In order to systematize those different situations in a useful way to achieve the objective

42 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 474.

43 BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 474.

initially established by this article, it is proposed to consider the category “Environmentally Displaced Persons” a genus under which is possible to find at least two species: the Environmentally Persecuted Persons and the Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu*.

The difference between Environmentally Persecuted Persons and Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu* is in the presence or absence of the fear of Environmental Persecution. An Environmental Persecution happens when Environmental Disruptions are used as means or strategy of Persecution against an individual or a group of individuals. About that, the 1993 UNHCR Report states: “Occasionally, the destruction of a habitat takes on the character of persecution – for example if it occurs as a result of deliberate governmental action or gross negligence and no effort is made to compensate or assist the people affected.”⁴⁴

Therefore, on account of the operational definition proposed to the category “Persecution”, it is possible to define **Environmental Persecution** as the use of Environmental Disruptions to harm a person or a group of persons based on who the person is — race, nationality or membership of a particular social group — or what he or she believes — religion or political opinion. The Environmental Persecution can be active or passive. In Active Environmental Persecution the Environmental Disruption is caused directly by the agent of the Persecution, aiming to harm and/or cause the displacement of victims. Passive Environmental Persecution happens when, in face of a natural disaster or an environmental accident, the competent authorities to assist the victims (usually the State) do not assist them for reasons relating to who those persons are or what they believe.

In this contexts, and keeping in mind the Essam El-Hinnawi’s definition adopted here to the genus Environmentally Displaced Persons, the category “**Environmentally Persecuted Person**” is defined as that person who, owing to well-founded fear of Environmental Persecution that compromises their existence and/or seriously affects their quality of life, is forced to leave their traditional *habitat*, temporarily or permanently.

And if the Environmental Persecution is the differentiating factor between Environmentally Persecuted Person and **Environmentally Displaced Person**

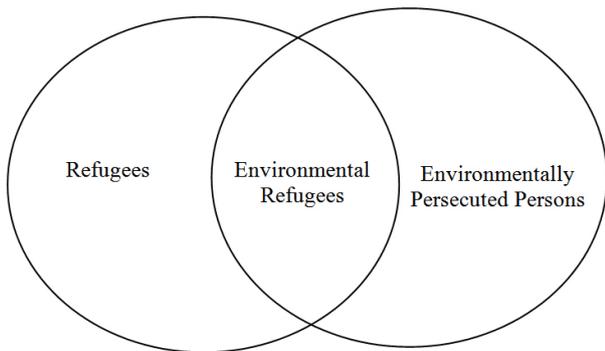
44 UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *The state of the world’s refugees 1993*.

Stricto Sensu, then this last one can be defined as the person that is forced to leave his/her traditional *habitat*, migrating internally or internationally, temporarily or permanently, due to a specific Environmental Disruption (natural and/or anthropogenic) that compromises his/her existence and/or seriously affects his/her quality of life, without configuring Environmental Persecution.

Nonetheless, it is not enough to classify Environmentally Displaced Persons in Environmentally Persecuted Persons and Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu*. Among the Environmentally Persecuted Persons, one must distinguish those persons who migrate internally from those who migrate internationally. Persons who migrate internationally, motivated by well-founded fear of Environmental Persecution, not benefiting from their country protection and not being able to go back to it, are called Environmental Refugees.

It is important to highlight that the category “Environmental Refugee” is used here with a completely different meaning from that which was given to it by Essam El-Hinnawi. Environmental Refugees make a very special class of Environmentally Displaced Persons. They combine every criterion to be recognized, at the same time, as Refugees under the rule of the 1951 Convention and as Environmentally Persecuted Persons — a species of the genus Environmentally Displaced Persons, according to the remarks above. Graphically, Environmental Refugees can be represented by the overlapping area of two intersecting circles:

Figure 1 – Environmental Refugees



Source: Graphic created by the authors of this article

Consequently, the most appropriate definition to the category “Environmental Refugee” is a fusion between the definitions of Refugee and Environmentally Persecuted Person. As a result, **Environmental Refugee** is understood in this article as any person who, owing to

well-founded fear of Environmental Persecution that compromises their existence and/or seriously affects their quality of life, is forced to leave their country of nationality, temporarily or permanently, and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself/herself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his/her former habitual residence is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.

Classifying Environmentally Displaced Persons in Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu*, Environmentally Persecuted Persons and Environmental Refugees allows a much clearer perception of the subject relating to the applicability of the global Refugee protection system. The 1951 Convention and the 1967 Protocol can be applied to Environmentally Displaced Persons, but not in every situation. The authority of the Convention and its Protocol is conditioned to the verification of all three criteria to the recognition of a Refugee situation: well-founded fear of Persecution, International Migration and absence of protection from the country of the Refugee’s origin. Consequently, the Convention and the Protocol apply only to that species of Environmentally Displaced Persons that fulfill those three criteria, i.e., to the Environmental Refugees. They apply neither to other Environmentally Persecuted Persons nor to Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu*.

An example of Environmental Refugees, to whom the 1951 Convention and the 1967 Protocol apply, are the Salvadorans who were targeted by Environmental Persecution during the civil war of El Salvador in the 1980s. The US-backed Salvadoran government, in an attempt on weakening the forces of the indigenous guerrilla organized by the Farabundo Martí National Liberation Front, used napalm and other defoliants to destroy large amounts of forests and crops, devastating more than 95% of the country’s tropical deciduous forests and causing the displacement of more than a fifth of its population to neighbor nations.⁴⁵ In other words, Salvadoran government itself, in a Persecution motivated by political reasons, generated Environmental Disruptions to harm a certain group of people, who had

45 GLASSMAN, Jim. Counter-insurgency, ecocide and the production of refugees: warfare as a tool of modernization. *Refuge: Canada’s Periodical on Refugees*, v. 12, n. 1, p. 27-30, June 1992. Available at: <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/view-File/21645/20318>>. Access on: 27 oct. 2013.

to move beyond national borders and couldn't go back to their own country. In this specific case, it is clear the fusion between the elements of the definition of Environmentally Displaced Persons and Refugees and the consequent conformation to Environmental Refugees situation, which allows the application of the global Refugee protection system.

Nevertheless, the same line of thought isn't applied to the Environmentally Persecuted Persons in the Vietnam War, when a similar strategy of environmental destruction with the use of defoliants was employed by the US-backed Vietnamese government in an effort to cause the displacement of the rural population from South Vietnam to the urban areas of the country.⁴⁶ Although environmentally persecuted for political reason, those Vietnamese citizens couldn't be protected by the legal instruments of the global protection system because they hadn't crossed national borders and thus they hadn't met the necessary criteria to be considered Refugees.

A congenerous problem is faced by the Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu* whose Fundamental Rights are threatened by reasons of displacements motivated by natural disasters and other kinds of Environmental Disruptions, even though they are not targeted by any kind of Persecution. That is the case of Brazilians who face the drought in the northeast, of people hit by the Nargis hurricane in Myanmar, of Africans who need to face desertification in sub-Saharan regions, of Eskimos communities who must deal with melting glaciers in the North Pole and of so many other groups that are forced to leave their traditional habitats because of environmental alterations.

Thus far, the global Refugee protection system can be used to guarantee the fundamental rights of a very specific group of Environmentally Displaced Persons (the Environmental Refugees), however, it is not enough to deal with the growing number of persons who migrate internally and internationally, motivated by Environmental Disruptions, but not consumed by the fear of Environmental Persecution. Once they abandon their homes, these human beings are submitted to the most degrading conditions, witnessing the violation of

their fundamental rights, including their rights to life, to freedom, to not suffer torture, to privacy, to familiar life, to not suffer arbitrary exile etc.⁴⁷

All these rights are embodied in an extensive hall of international treaties: in the Universal Declaration of Human Rights (1948); in the International Covenant on Civil and Political Rights (1966); in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948); in the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984); in the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965); in the Convention on the Rights of the Child (1989); and in the other instruments that comprise the International Human Rights Law.

That is why Érika Pires Ramos alerts that the normative void relating to the Environmentally Displaced Persons' situation "[...] is not consistent with the current stage of developments in International Law, especially with the international protection of the human person — understood broadly —, in which the environmental dimension is inserted [...]"⁴⁸.

Along these lines, the protection of Environmentally Displaced Persons' fundamental rights depends inexorably on the international recognition of their own legal statute. In this topic, Michel Prieur's contribution is invaluable. Alongside a group of eight experts in the theme⁴⁹ and with the patronage of CRIDEAU, he has written the Convention Project Relating to the International Statute of Environmentally Displaced Persons⁵⁰.

47 PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30. The author's comment is about Refugees, but is perfectly adequate to the Environmentally Displaced Persons' situation.

48 RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 112. Translation by the authors of the article. Original text in Portuguese: “[...] não se coaduna com o atual estágio de evolução do próprio Direito Internacional, especialmente com a proteção internacional da pessoa humana — entendida de forma ampla —, na qual se insere a dimensão ambiental [...]”.

49 Jean-Pierre Marguenaud, Gérard Monédiaire, Julien Betaille, Bernard Drobenko, Jean-Jacques Gouguet, Jean-Marc Lavieille, Séverine Nadaud e Damien Roets.

50 PRIEUR, Michel et. al. *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux*. *Revue Européenne du Droit de L'Environnement*.

46 GLASSMAN, Jim. Counter-insurgency, ecocide and the production of refugees: warfare as a tool of modernization. *Refuge: Canada's Periodical on Refugees*, v. 12, n. 1, p. 27-30, June 1992. Available at: <<http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/refuge/article/view-File/21645/20318>>. Access on: 27 Oct. 2013.

The document has a definition and a classification of Environmentally Displaced Persons and embodies the principles and rights that must be guaranteed to them. It also provides for the creation of a specialized Agency to deal with migration fluxes of Environmentally Displaced Persons. This enterprise is an initial effort to recognize the problem and implement solutions. And as Jean Lambert declares: “By recognizing environmental refugees you recognize the problem. By recognizing the problem you start on the road to accepting responsibility and implementing solutions.”⁵¹

5. FINAL CONSIDERATIONS

The problem of Environmentally Displaced Persons is already one of the most relevant challenges of contemporary international Society. This global and extremely complex phenomenon is yet to be properly handled by the legal community in the international sphere. As a result, millions of persons witness the violation of their fundamental rights with no access to any international institution capable of guaranteeing the enforcement of the rules embodied in the 1948 Universal Declaration of Human Rights and in the International Human Rights Law, developed from such Declaration.

The complexity of the theme demands a particular treatment for the categories “Refugee” and “Environmentally Displaced Person”, especially because International Law does not provide for a legal differentiation between them, even though they are related to completely different situations.

The subject has been gaining international repercussion, notably in regions particularly vulnerable to environmental disasters that cause population displacements. In these areas, individuals or groups of individuals abandon temporarily or permanently their homes pressed by environmental problems.

A new category arises: the Environmentally Displaced Person. With no explicit mention in the 1951 Convention, this new category has been the subject of a lot of international discussion.

In order to fulfill a normative gap, this article tried to verify the possibility to apply the global Refugee protection system to cases relating to Environmentally Displaced Persons. To do so, it was first analyzed the criteria imposed by the 1951 Convention and its 1967 Protocol to characterize a Refugee situation. From the definition of the category “Refugee”, it was possible to identify three different conditions to the recognition of the Refugee quality: the well-founded fear of Persecution, the International Migration and the absence of protection from the country of the Refugee’s origin.

After that, the phenomenon of Environmentally Displaced Persons was portrayed in its complexity, demonstrating the plurality of situations that fit in such category.

In view of that plurality, Environmentally Displaced Persons were classified in two species: Environmentally Persecuted Persons and Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu*. Among Environmentally Persecuted Persons, it was distinguished a specific group of persons that were able to cross their country borders, migrating internationally. Those persons were named Environmental Refugees.

This classification has allowed a compatibility judgment between the various types of Environmentally Displaced Persons and the characterization criteria for the category “Refugee”, imposed by the global Refugee protection system. As a result, it was concluded that the Refugee Convention and Protocol could only be applied to that very specific class of Environmental Refugees, because it is the only type of Environmentally Displaced Persons in which is possible to verify the well-founded fear of Persecution (in the form of Environmental Persecution), the International Migration and the absence of protection from the country of origin. The other Environmentally Persecuted Persons and the Environmentally Displaced Persons *Stricto Sensu* still have no legal statute and no globally enforceable international instrument capable to materialize to these vulnerable groups the guarantees of International Human Rights Law.

Therefore, it is urgent the need to create a globally enforceable international instrument providing for Environmentally Displaced Persons’ legal statute, recognizing and guaranteeing their fundamental rights, including via the foundation of a specific protection institution or agency. In that sense, it is praiseworthy the initiative of

51 LAMBERT, Jean apud RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. f. 5.

Michel Prieur and his team from CRIDEAU to compose the Convention Project Relating to the International Statute of Environmentally Displaced Persons.

REFERENCES

- ADIS-Abeba, 10 Sept. 1969. Available at: <http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf>. Access on: 04 may 2012.
- ANDRADE, José Henrique Fischel de. Breve reconstrução histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-125.
- BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012.
- BÉTAILLE, Julien. Les déplacements environnementaux: un défi pour le droit international. *L'encyclopédie du développement durable*. Available at: <<http://encyclopedie-dd.org/encyclopedie/territoires/3-0-demographie/les-deplacements-environnementaux.html>>. Access on: 12 apr. 2012.
- CASELLA, Paulo Borba. Refugiados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 21, n. 84, p. 251-260, out./dez. 1984. Available at: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181584>>. Access on: 27 apr. 2012.
- CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-26.
- COLOQUIO SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA CENTRAL, MÉXICO Y PANAMÁ. *Cartagena declaration on refugees*. Cartagena, 22 nov. 1984. Available at: <<http://www.asylumlaw.org/docs/international/CentralAmerica.PDF>>. Access on: 04 may 2012.
- JUBILUT, Líliliana Lyra; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jan./jun. 2010. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Access on: 11 apr. 2012.
- LAVIEILLE, Jean-Marc; BÉTAILLE, Julien; MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Rapport explicatif du projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, p. 454-463, sep. 2008. Available at: <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_39/39-12-convention.pdf>. Access on: 11 may 2012.
- LONERGAN, Steve. The role of environmental degradation in population displacement. *Environmental Change and Security Project Report*, n. 4, p. 5-15, 1998. Available at: <<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/ACF1493.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012.
- LOPEZ, Aurelie. The protection of environmentally-displaced persons in international law. *Environmental Law*, Portland, v. 36, n. 2, p. 365-409, 2007. Available at: <<http://elawreview.org/2007/10/the-protection-of-environmentally-displaced-persons-in-international-law/>>. Access on: 11 apr. 2012.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MYERS, Norman. Environmental refugees. *Population and Environment: A Journal of Interdisciplinary Studies*, v. 19, n. 2, nov. 1997. Available at: <<http://www.springerlink.com/content/j436x24814660277/fulltext.pdf>>. Access on: 16 apr. 2012.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. *Convention governing the specific aspects of refugee problems in Africa*. Adis-Abeba, 10 Sept. 1969. Available at: <http://www.au.int/en/sites/default/files/Convention_En_Refugee_Problems_in_Africa_AddisAbaba_10September1969_0.pdf>. Access on: 04 May 2012.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio

de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27-64.

PRIEUR, Michel et. al. *Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux*. *Revue Européenne du Droit de L'Environnement*, n. 4, 2008, p. 381-393. Available at: <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplas-cas-environnementaux2.pdf>>. Access on: 11 apr. 2012.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150. Tese (doutorado)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Os refugiados políticos e o asilo territorial. In: ARAUJO, Nadia de. ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11-15.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção dos Refugiados em Seus Aspectos Jurídicos: a Convenção de Genebra de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiado e a Questão do Levantamento pelo Brasil da Reserva Geográfica. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Conselho

Editorial do Senado Federal, 2004. v. 8. (Coleção Brasil 500 Anos). Available at: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/sf000066.pdf>>. Access on: 27 apr. 2012.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Genebra, 1992. Available at: <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/textis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3314>>. Access on: 04 may 2012.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *The state of the world's refugees 1993: the challenge of protection*. Gênova: United Nations High Commissioner for Refugees, 1993. Especificamente: chap. 1. The dynamics of displacement. Available at: <<http://www.unhcr.org/3eedcf7a.html>>. Access on: 18 apr. 2012.

UNITED NATIONS. *Convention relating to the statute of refugees*. Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>>. Access on: 12 apr. 2012.

UNITED NATIONS. *Protocol relating to the statute of refugees*. Available at: <<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>>. Access on: 12 apr. 2012.

TABLE

Table 1 - Classification of Environmentally Displaced Persons

	Disaster An unintended, catastrophic event triggers human migration		Expropriation The willful destruction of environment renders it unfit for human habitation		Deterioration An incremental deterioration of the environment compels migration as constraints to human survival increase	
Sub-Category	Natural	Technological	Development	Ecocide	Pollution	Depletion
Origin	Natural	Anthropogenic	Anthropogenic	Anthropogenic	Anthropogenic	Anthropogenic
Intention	Unintentional	Unintentional	Intentional	Intentional	Unintentional	Unintentional
Duration	Acute	Acute	Acute	Acute	Gradual	Gradual

Source: BATES, Diane C. Environmental refugees? Classifying human migrations caused by environmental change. *Population and Environment*, v. 23, n. 5, p. 465-477, may 2002. Available at: <<http://home.student.uu.se/h/heax7669/Samh%E4llets%20Geografi/Artiklar/Bates.pdf>>. Access on: 17 apr. 2012. p. 470. The table was adapted by the authors of the article.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo

“Access to justice qualitative - The Contribution of the Inter-American Commission on Human Rights”

Márcio Antônio de Oliveira Filho

Ana Carolina Portes de Oliveira

Jéssica Galvão Chaves

Warlen Soares Teodoro

A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo¹

“Access to justice qualitative - The Contribution of the Inter-American Commission on Human Rights”*

Márcio Antônio de Oliveira Filho

Ana Caroline Portes de Oliveira

Jéssica Galvão Chaves

Warlen Soares Teodoro**

RESUMO

Pretende-se com este artigo demonstrar a contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça de qualidade a partir da preocupação do órgão externada pelo questionário direcionado aos Estados signatários e à sociedade civil e a análise das denúncias de violação aos direitos humanos acolhidas pela Comissão. Percebeu-se que as garantias funcionais dos operadores de justiça afetavam o acesso à justiça de qualidade e, com isso, adveio a necessidade de um tratamento mais adequado e voltado para os problemas atuais, à luz do paradigma democrático e das mudanças ocorridas nos planos interno e internacional. Defendeu-se a existência da quarta onda renovatória, calcada na ideia de inclusão democrática no ensino jurídico e resgate ético do conceito de justiça. O problema atual não é simplesmente medir o acesso dos cidadãos à justiça, propõe-se uma mudança importante de foco: da preocupação das questões metodológicas para as epistemológicas. Concluiu-se que houve, por parte da Comissão, a adoção de uma concepção qualitativa de acesso à justiça e que encontra respaldo nas ponderações levantadas pelos defensores da quarta onda renovatória.

Palavras-chave: Acesso à justiça qualitativo. Quarta onda renovatória. Comissão Interamericana.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the contribution of the Inter-access to quality justice. From the concern of the Commission on Human Rights, externalized by questionnaire given to the signatory States and civil society, we analyzed the reports of human rights violations received

* Recebido em 19/07/2013
Aprovado em 31/07/2013.

** Mestrandos em Direito na PUC-MG.
Emails: marciooliveirabh@gmail.com; oliveira_portes@yahoo.com.br; jessica.gchaves@gmail.com; warlen_soares@hotmail.com

1 Trabalho apresentado para a disciplina Jurisdição Internacional dos Direitos Humanos, da grade curricular do mestrado em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

by the Commission and identified the factors that led to produce the aforementioned questionnaire. It was noticed that the functional guarantees of justice operators affected access to justice and quality, thus stemmed the need for appropriate treatment and facing the current problems in the light of the democratic paradigm and the changes both internally and internationally. Defended the existence of the fourth wave renewals, based on the idea of democratic inclusion in legal education and ethical redemption of the concept of justice. It was concluded that the current problem is not simply measure citizens' access to justice. We propose a major change of focus: methodological issues of concern to the epistemological. Also concluded that there was, by the Commission, adopting a qualitative conception of access to justice and finds support in the weights raised by advocates of fourth wave renewals.

Keywords: Access to Justice qualitative. Fourth wave renewals. CIDH.

1. INTRODUÇÃO

A esperança de uma justiça de qualidade, além de ser um direito humano de importância reconhecida mundialmente, é anseio de todos que procuram o Poder Judiciário para resolver qualquer questão.

O presente artigo objetiva, a partir da preocupação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, externada pelo questionário direcionado aos Estados signatários e à sociedade civil, identificar as situações que violam as garantias funcionais dos operadores de justiça e impedem o acesso à justiça de qualidade.

Percebeu-se a necessidade de um tratamento mais adequado e voltado para os problemas atuais, à luz do paradigma democrático e das mudanças ocorridas nos planos interno e internacional, que afetam o acesso à justiça.

Dessas percepções originaram as seguintes questões: Há um novo olhar sobre essa temática? Qual a importância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça? Há uma quarta onda renovatória? Quem pode se qualificar como promotor, defensor público ou juiz? Quem tem acesso às faculdades de direito?

Esses questionamentos foram enfrentados sem diminuir toda a construção erguida pelo Projeto de Flo-

rença. Manteve-se o olhar multidisciplinar a fim de buscar uma nova percepção sobre o mesmo fenômeno e identificar soluções desta feita qualitativas.

O artigo apresenta como ponto de partida a noção de acesso à justiça como direito humano. Explicita os meandros do Projeto de Florença, apresentando os obstáculos e as suas propostas de soluções, além de caracterizar a transição de paradigmas que traduziu a inadequação das propostas. O texto também identifica a ausência de preocupação do aspecto qualitativo do acesso à justiça e adentra nas características norteadoras da quarta onda renovatória, cuja preocupação está voltada ao aspecto qualitativo.

Por fim, analisou-se o questionário elaborado pela Comissão e as denúncias recebidas pelo órgão, de onde se extraiu as contribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a implementação do acesso a justiça de qualidade.

2. ACESSO À JUSTIÇA E O PROJETO DE FLORENÇA

2.1. O acesso à justiça como direito humano

Os direitos humanos nasceram da necessidade de proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades do Poder Estatal e, por essa razão, passaram a orientar as políticas públicas. Atualmente, transcenderam o plano estatal para também orientar as relações privadas, criando uma esfera elementar da dignidade humana.

A formação dos direitos humanos se confunde com a própria história da humanidade, sendo certo que tais direitos não configuram uma pauta fixa e estanque, definida num único momento da história. Consubstanciam um catálogo aberto, ao qual se acrescentam valores que a sociedade reputa importantes no decorrer de sua evolução. Refletem, nas palavras de Flávia Piovesan, "*um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social*"².

Dentro desse catálogo encontra-se o acesso à justiça, que assegura a todo aquele que se sentir violado em um direito possa buscar uma solução perante o Poder

2 PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. *Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 7, p. 11-37, 2009. No mesmo sentido: LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXII.

Judiciário. Tal é a sua importância que o acesso à justiça tornou-se uma garantia judicial contida no art. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por garantir o respeito a todos os outros direitos humanos, o acesso à justiça ganhou relevância para o fortalecimento do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos. Esse fortalecimento despontou da reação das barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, momento em que se verificou a necessidade de transcender os limites dos sistemas jurídicos internos para assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos. Foi desse contexto que surgiu o Projeto de Florença.

2.2. O Projeto de Florença e os obstáculos verificados

A obra “*Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*”³, publicada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em meados da década de 70 do século passado na Europa, foi fruto dos estudos promovidos à frente do Projeto de Florença. Tal Projeto ocupou-se com pesquisas na Itália, França, Espanha, Portugal, EUA entre outros países, visando diagnosticar as causas da ineficiência na prestação da justiça. Os resultados foram compilados em relatórios, que deram origem ao livro tão conhecido e importante para vários países.

Inicialmente, Mauro Cappelletti e Bryan Garth esclarecem que a problemática necessita ser encarada de forma multidisciplinar pela própria natureza dos obstáculos encontrados pelos estudiosos, que transpunham o âmbito exclusivo do Direito⁴.

Os autores empregaram a expressão “acesso à justiça” em dois sentidos. Num primeiro sentido, a expressão foi utilizada para retratar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Num segundo sentido, retratou uma resposta Estatal vocacionada a surtir efeitos concretos individual e socialmente justos, que foi denominada de “acesso efetivo”⁵.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, o conceito de acesso à justiça não ficou inerte às influências

dos regimes políticos e econômicos⁶. Os procedimentos adotados pelos Estados Liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove refletiram o ideal do liberalismo econômico e político, que, em suma, apregoava a ausência de interferência estatal na esfera social. Nesse período, o Estado permaneceu passivo⁷. Ao influxo disso, o acesso à justiça ganhou contornos de acesso ao Judiciário, uma noção eminentemente formal.

O serviço judiciário sempre exigiu altos custos. No modelo do *laissez-faire*, a justiça, assim como outros bens, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte⁸. Em suma, “afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado”⁹, asseveram Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Nesse modelo, concluem Mauro Cappelletti e Bryan Garth, o estudo acerca do “acesso à justiça” era exegético, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro, a exemplo da exclusão da população menos abastada dos serviços judiciários, bem como do aumento populacional que desencadeou uma demanda por interesses coletivos, a demandar uma atuação positiva do Estado para assegurar o gozo de todos os direitos sociais básicos, tais como saúde, trabalho, segurança, educação etc.

Diante desse cenário de desamparo social, exsurgiu a necessidade de interferência estatal para regulamentar novos direitos subjetivos, de índole transindividual, tendo como protagonistas os consumidores e o meio ambiente, por exemplo. Esse fenômeno evidenciou a transição do regime do *laissez-faire* para o *welfare state*.

6 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 10.

7 Sobre as características dos modelos liberal (econômico e político) e dos demais modelos, conferir: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed, São Paulo: Malheiros editores, 2006. Sobre os reflexos, no direito processual, da transição entre os modelos de Estado liberal e do Estado social, conferir excelente dissertação de mestrado: TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à justiça qualitativo*. 2011. 183 f. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2011.

8 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

9 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

3 Tradução livre do título: “Acesso à Justiça: o movimento mundial de efetivação dos direitos”.

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 9.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 10.

A partir desse diagnóstico, Mauro Cappelletti e Bryan Garth apontaram alguns obstáculos que se mostraram impedimentos ao acesso efetivo¹⁰:

a) **custas judiciais**, que de maneira geral são bem dispendiosas e provocava o afastamento da população, principalmente a economicamente menos favorecida, dos serviços jurisdicionais, algo que é agravado em alguns sistemas jurídicos pelo ônus da sucumbência, que é do vencido;

b) reflexo dos **altos custos judiciais** prejudica as pequenas causas, aonde mais se observa a desproporcionalidade entre o custo e o serviço judicial;

c) **tempo**, que tem por efeito aumentar os custos e pressionar os economicamente fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores ínfimos;

d) **possibilidades financeiras das partes**. Algumas espécies de litigantes gozam de vantagens estratégicas, ligadas ao fator econômico, pois litigar é dispendioso e quem possui melhor situação financeira tem mais condições não só de propor uma ação como também de se defender e aguardar a resposta estatal. Aliado a isso, uma melhor situação financeira permite acesso à educação, informação, meio e status social, o que reflete a facilidade de compreensão do problema e da sua solução, dispensando, na maioria das vezes, a necessidade de procurar o Judiciário para resolver a questão;

e) **“problemas especiais dos interesses difusos”** que, em razão da sua natureza, ou ninguém que pertence ao grupo tem o direito de corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é suficientemente desestimulante para induzi-lo a procurar o serviço judicial.

Em suma, um serviço jurisdicional caro e ineficiente foi o retrato extraído pelos estudos do Projeto de Florença.

2.3 Respostas apresentadas pelos estudos do Projeto de Florença

Identificados os problemas que afetavam o acesso à justiça, a partir de 1965 os estudos voltaram-se para as

10 Nesta parte da obra, os autores afirmaram que a efetividade perfeita é algo utópico, mas que a preocupação da pesquisa era saber até onde avançar na direção do objetivo utópico. Sem embargo, entendemos que não há efetividade perfeita pela própria natureza evolutiva da sociedade, que tem a capacidade de se reconstruir ou de se remodelar em razão ou para enfrentar os seus problemas.

soluções dessas barreiras, recebendo o nome de “ondas renovatórias”.

A primeira onda frisou a necessidade de criação da assistência judiciária gratuita, que se preocupou com os pobres em razão de ser a classe excluída dos serviços judiciais por não apresentar condições de arcar com o alto custo desses serviços, nem de contratar um advogado¹¹.

A segunda onda renovatória enfrentou o problema de representação dos interesses difusos ou interesses coletivos ou grupais. A concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a efetiva proteção dos direitos difusos. O tratamento legislativo ao processo judicial era individual por influência do Estado liberal que singularizava as partes e restringia a legitimidade por meio de institutos inadequados ao atendimento dos interesses difusos. Assim, era necessária a adequação legislativa¹².

A terceira onda renovatória, denominada de acesso à justiça efetivo, centra sua atenção no conjunto geral de instituições, pessoas e procedimentos utilizados para processar e até mesmo prevenir litígios. Os novos direitos surgidos na sociedade moderna exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis. Esse enfoque induz a reflexão sobre a necessidade de ampla variedade de reformas, tais como alteração dos procedimentos, a fim de ajustá-los à complexidade das demandas, mudanças na estrutura dos tribunais e a criação de novos foros com o fito de aproximar o Judiciário da sociedade em busca da efetividade dos direitos¹³.

As semelhanças dos problemas analisados em diversos países e as soluções propostas implicaram a ampla ressonância dos estudos do Projeto de Florença.

3. DAS ONDAS RENOVATÓRIAS AO ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO - QUARTA ONDA RENOVATÓRIA?

A implementação das medidas propostas pelo Projeto de Florença contribuiu significativamente, diminuindo

11 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-48.

12 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-66.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67-73.

do o abismo existente entre Poder Judiciário e população, sobretudo a menos favorecida economicamente. Entretanto, toda a problematização levantada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth serviu bem aos moldes traçados pelo paradigma do Estado social.

Ao lado da importância dessas propostas, Dierle Nunes salienta que o movimento do Projeto de Florença surgiu no momento histórico em que a crise do *Welfare state* estava implementada pela incapacidade do Estado provedor cumprir suas promessas. E completa

“No entanto, em face do esgotamento da perspectiva materializante do Welfare states, que pressupunha Estados com atribuições funcionais tentaculares (assistencialista populista, em alguns exemplos) e que reduzia a autonomia dos cidadãos (pública e privada) ao mero exercício do papel de cliente, com um efeito desmotivador de participação, vem se buscando opções para sua superação que não representem tão-somente o resgate de perspectivas liberais, mas a busca de perspectivas tensionais entre as argumentações tratadas até o momento.”¹⁴

Sem desprezar todo o avanço do Projeto de Florença, esse estudo apresentou-se limitado em seus objetivos. Em 1970, os problemas que norteavam o acesso à justiça estavam ligados à questão econômica, direta ou indiretamente. Isso ficou ainda mais evidente com o declínio do *Welfare state*, que pressupunha a atribuição de funções assistencialistas e populistas ao Estado, reduzindo o campo de liberdade do cidadão e, por conseguinte, a livre iniciativa.

A superação do *Welfare state* e o advento de um terceiro paradigma, calcado numa concepção procedimental de Estado Democrático de Direito, como relatado por Marcelo Cattoni no trecho abaixo destacado, anunciou a necessidade de se repensar novas propostas para o problema do acesso à justiça:

“Com a crise do paradigma jurídico de bem-estar social e mesmo com as tentativas empreendidas pela dogmática jurídica, sobretudo germânica, de escapar da alternativa ‘paradigma liberal’ ou ‘paradigma social’, inclusive procurando estabelecer conexões mais ou menos ‘híbridas’ entre eles, fomentou-se uma compreensão reflexiva do Direito, assim como a necessidade de se problematizar ‘modelos sociais’ que estariam inscritos no próprio Direito. Segundo Habermas, sua intenção, com a interpretação que vem desenvolvendo do Direito e da política à luz da Teoria do Discurso, é, em face disso, a de ‘dar contornos nítidos a um terceiro paradigma do Direito, que recapitule em si os outros dois. Parto de que o que mais se ajusta aos sistemas jurídicos que a fins do século XX vigem nas democracias de massas, articuladas em termos de Estado Social, é uma compreensão procedimental do Direito.”¹⁵

Não se desconhece a contribuição trazida pela teoria discursiva de Habermas, bem evidenciada por Marcelo Cattoni, que apregoa uma leitura procedimental do Direito e da Democracia, seu referencial. A teoria discursiva é portadora de um “olhar” crítico multidisciplinar, que imprescinde da ampliação do diálogo social e interdisciplinar. Isso implica um esforço conjunto no sentido de se repensar o “acesso à Justiça”, por promover a desejada ampliação do campo de participação social, a conferir uma investigação mais profícua dos reais entraves que ainda afligem os diversos segmentos sociais, e, conseqüentemente, a legitimar as decisões jurisdicionais¹⁶.

Aliada a isso, a globalização, fenômeno que se fez notar principalmente após a queda do Muro de Berlim, trouxe ao novo cenário social questões complexas diversas das jurídicas e econômicas, que reconhecidamente não foram objeto dos estudos do Projeto de Florença.

Essa perspectiva teórica e procedimental trouxe um avanço teórico que permitiu compreender o vazio deixado pela percepção quantitativa empregada pelo Projeto de Florença, que ignorou o aspecto qualitativo por adotar um ideal formalista de acesso à justiça, além de não desenvolver, no âmbito de suas propostas, as ideias democráticas para equalizar os problemas de representatividade.

Essas falhas ficaram evidentes com o surgimento de diversos estudos, que analisaram a problemática sob outras perspectivas. Em monografia que aborda a problemática do acesso à justiça no sistema inglês, Kim Economides explicita que, nos anos 60, um importante estudo desenvolvido nos Estados Unidos por Carlin e Howard identificou quatro estágios cruciais pelos quais os cidadãos têm de passar antes de ingressarem nos tribunais, sendo eles:

“1) a consciência, consubstanciada no reconhecimento pelo indivíduo de que determinado problema é um problema jurídico; 2) a vontade de deflagrar a ação judicial para solucioná-lo; 3) a procura de um advogado; e 4) a sua contratação efetiva”¹⁷.

argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: _____ (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 204.

16 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais.* In: _____ (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 200.

17 J. Carlin & J. Howard, *Legal representation and class justice.* Apud ECONOMIDES, Kim. **Leindo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed.

14 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 135.

15 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Teoria discursiva da ar-*

O mesmo estudo demonstrou que os ricos nos Estados Unidos frequentemente optavam pela não utilização do Judiciário, resolvendo suas celeumas por meios privados ou informais¹⁸. Esse estudo apontou que as questões determinantes para o acionamento do Poder Judiciário transcendem as perspectivas econômicas. Um exemplo era a distância territorial, muito comum em países com extenso território, barreira que não integrou o objeto de estudo do Projeto de Florença.

A problemática envolvendo “acesso à justiça” também foi analisada sob o ângulo da administração da justiça. Destaca-se, nessa perspectiva, o estudo do sociólogo Boaventura de Sousa Santos¹⁹, que acrescentou o obstáculo social, compreendido como distância institucional entre governo e sociedade que se agrava com o questionamento da representatividade desse Poder, bem como o obstáculo cultural, caracterizado pelo temor de represálias e o medo que o cidadão sente em relação aos advogados e ao sistema judiciário²⁰.

Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 65. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

18 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 65. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

19 SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 121-129, jan./mar. 1985.

20 Exemplo da dificuldade cultural é o caso dos índios na Bolívia. Em 2009, a nova Constituição da Bolívia criou uma estrutura chamada de plurinacional, onde 36 etnias são reconhecidas como nações que, juntas, compõem o Estado Plurinacional da Bolívia. O próprio Tribunal Constitucional passou a ter uma composição mista, que representa as nações indígenas, assim como outras estruturas estatais.

Ainda que a nova Constituição já previsse a existência da Justiça Indígena Campesina, bem como sua coexistência com a Justiça Ordinária, o Tribunal Constitucional Plurinacional, em decisão inédita, trouxe um novo entendimento quanto a dimensão da atuação dessa justiça ancestral, hoje reconhecida pelo estado. O Tribunal, ao decidir uma questão de competência, utilizou como critérios informações culturais e antropológicas, com base em dados estatísticos e estudos realizados pela Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional, que, por meio de nota técnica, demonstra a origem étnica e formação cultural da população de Poroma. Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina por critérios culturais antropológicos, estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas, de cada nação indígena e a ordinária, onde não há hierarquia entre elas, para em conjunto formar um modelo de jurisdição multifacetado que respeita a formação histórica de cada povo e ao mesmo tempo estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, tratados internacionais e garantias constitucionais. (Notícia completa disponível em <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=241307>, acessada em 11.07.2013.)

A abertura multidisciplinar revelou a insuficiência das medidas apregoadas pelo Projeto de Florença e a necessidade de se introduzir a análise qualitativa na abordagem do tema.

3.1 Uma quarta onda renovatória?

A necessidade de uma nova abordagem, desta feita qualitativa, sobre o acesso à justiça, foi sentida pelos diversos ramos da ciência social. O tratamento multidisciplinar da problemática “acesso à justiça” produziu um relevante ganho teórico, sobretudo pela participação da filosofia e da sociologia, a ponto de se afirmar a existência de uma quarta onda renovatória: o acesso dos operadores do direito à justiça.

A afirmação de uma nova onda renovatória advém das experiências extraídas do foro, principalmente com advogados, que constataram que o trabalho próximo da Justiça “cegava” a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica. Essa corrente avança a pesquisa sobre o campo ético e político da administração da justiça, indicando importantes e novos desafios tanto no tocante à responsabilidade profissional como também no tocante ao ensino jurídico.

Segundo essas orientações, o problema atual não é simplesmente medir o acesso dos cidadãos à justiça, mas, antes, descortinar novas perspectivas na definição do termo justiça. A proposta passa a ser uma mudança importante de foco: da preocupação das questões metodológicas para as epistemológicas²¹. Assim:

“São duas as preocupações e os focos de análise da quarta onda: um é relativo ao acesso à educação jurídica; o outro, mais difícil, refere-se à questão de como garantir que, uma vez ingressado na carreira, tanto advogados quanto juízes bem representem a justiça. Este tema levanta, por sua vez, questões éticas referentes às responsabilidades mais amplas da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição de padrões mínimos de profissionalização. Estes assuntos estão presentes na maioria dos sistemas legais modernos, todos lutando com a conciliação de tensões entre a manutenção da qualidade da justiça e de seu acesso”²².

21 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 72. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

22 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso*

Fácil identificar que o primeiro tema refere-se ao acesso à educação jurídica. A preocupação do autor citado parte dos seguintes questionamentos: quem pode se qualificar como advogado ou juiz? Quem tem acesso às faculdades de direito?²³ As faculdades são, invariavelmente, a porta de acesso às carreiras jurídicas, tornando-se imprescindível identificar e entender quem tem acesso ao ensino superior e em que bases.

Outra pergunta colocada por Kim Economides questiona se os governos, os organismos profissionais e os advogados precisam esforçar-se para promover positivamente o acesso à profissão legal de mulheres, minorias em desvantagem e outros grupos que sejam social ou historicamente excluídos? A pergunta é pertinente, pois a mudança de perspectiva, de olhar sobre o conceito de justiça passa pela inclusão de novos atores, tornando o ambiente mais plural²⁴.

O segundo tema é mais complexo, referindo-se à questão de como garantir que, uma vez dentro da carreira, tanto advogados quanto juízes tenham acesso à justiça. A abordagem perpassa *“por questões éticas referentes às responsabilidades da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição de padrões mínimos de profissionalização”*²⁵.

Relata Kim Economides que vem desenvolvendo estudos comparativos do ensino da ética legal visando a analisar mais profundamente estes dilemas éticos. Afirma que esses estudos também permitem uma melhor compreensão do papel e das responsabilidades das faculdades de direito na formação do caráter profissional dos advogados. A partir das suas observações, explicita

que o ensino do direito transmite a percepção de que a justiça é uma utopia distante, um ideal inatingível²⁶; e os advogados, ao invés de merecerem a fé, a confiança e o respeito do público, são vistos com desconfiança por que primordialmente motivados pela busca do lucro e não pelo seu compromisso com a justiça²⁷.

Propõe, em resposta a essas questões, um exame cultural cruzado da dimensão macro, relativa à distribuição do recurso à lei, e da dimensão micro, atinente à responsabilidade profissional. Nesse sentido, tece críticas acerca dos Códigos de Ética dos profissionais que se silenciam sobre estes valores, preferindo focar o controle da conduta profissional e não a erradicação da injustiça²⁸.

Explicitadas as premissas da quarta onda renovatória, esse novo olhar é desafiante porque retrata algumas deficiências internas do Poder Judiciário e dos operadores do direito.

4. NOVO OLHAR SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA – O QUESTIONÁRIO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O acesso à justiça de qualidade, por ser um direito humano consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, também tem sido uma preocupação da Comissão e da Corte Interamericanas. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que tem como função precípua, de acordo com o art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, receber denúncias de violação a direitos humanos e investigá-las, funciona, em outras palavras, como um grande “filtro” para onde são encaminhadas todas as denúncias, que são analisadas e, se preenchidos os requisitos do art. 46 da Convenção, são submetidas ao julgamento da Corte Interamericana, órgão de função jurisdicional. Nesse

à justiça”: *epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 74. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

23 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 74. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

24 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 75. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

25 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 75. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

26 Talvez por influência do Projeto de Florença.

27 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 75. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

28 ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia?* In: PANDOLFI, Dulce, [et al.]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 75. Disponível em: <www.cpdpc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.

mister, a Comissão solicita informações ao governo denunciado e às autoridades envolvidas. Assim, por canalizar as reclamações, tem a capacidade de identificar o problema.

A Comissão, em razão das inúmeras denúncias recebidas, percebendo as falhas de determinados sistemas internos dos Estados-membros, elaborou um questionário para compreensão prática dos fatores que interferem no acesso à justiça, que será abordado a seguir.

4.1 O propósito do questionário e a preocupação da Comissão com o acesso à justiça de qualidade

Por iniciativa da sua secretaria executiva, a Comissão formulou um questionário com dezesseis perguntas cujas respostas ficariam a cargo dos Estados e da sociedade civil e deveriam ser entregues até o dia 15 de Março de 2013. Dele se extrai a preocupação da Comissão quanto a possíveis fatores que possam afetar a imparcialidade e a independência administrativa e financeira dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Essa pesquisa também investiga o modo de ingresso e de permanência nas carreiras dos membros, as políticas de segurança adotadas pelo Estado para assegurar o exercício pleno e independente dessas funções.

O propósito do questionário está estampado nas considerações iniciais do documento:

“Este questionário foi preparado pela Secretaria Executiva da CIDH para coletar informações relevantes dos Estados e da sociedade civil para a elaboração de um relatório sobre a situação dos operadores de justiça nas Américas com o objetivo de identificar os problemas por eles enfrentados e promover a plena utilização de padrões internacionais que sirvam de guia aos Estados nas linhas de ação a serem seguidas para garantir sua independência e imparcialidade”²⁹.

Perguntas que indagam sobre a existência de eventuais critérios para garantir a adequada representatividade da sociedade nos cargos de juízes, promotores e defensores públicos e que questionam a duração estabelecida para os cargos, sugerem que a Comissão adota uma concepção qualitativa de acesso à justiça, preocupada não só com a representatividade da população e com os contornos democráticos de acesso aos cargos

29 Questionário disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/OperadoresJusticia2013PO.pdf>, acessado em 06/07/2013.

do Poder Judiciário, mas também com a qualidade do serviço jurisdicional prestado, na mesma esteira das propostas da quarta onda renovatória.

A segurança da integridade física e a corrupção dos integrantes das carreiras da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública foram preocupações visíveis no questionário, fenômenos que inegavelmente abalam a imparcialidade e a independência funcional dos operadores.

A análise das denúncias admitidas pela Comissão e submetidas à Corte Interamericana revelou que inúmeros casos³⁰ tratavam de violações às garantias institucionais dos operadores da justiça. Os mais emblemáticos foram relatados a seguir.

4.1.1 Garantias da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública

A análise dos principais textos normativos de direitos humanos permite afirmar que, malgrado abordarem as garantias das carreiras dos operadores da justiça deixam a cargo dos Estados-membros a regulamentação minuciosa dessa matéria. Destaca-se, como exemplo, o artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos que assegura a toda pessoa o direito de ser julgada por um tribunal independente e imparcial, norma que se repete no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em regra, os sistemas jurídicos internos dos Estados arrolam, como garantias, a independência funcional, a autonomia administrativa e financeira, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos³¹.

Por independência funcional entende-se que o operador da justiça não se encontra vinculado a nenhum po-

30 Casos que também foram admitidos pela Comissão e encaminhados para a análise e julgamento da Corte: CIDH, **Petição 691-04: Caso Omar Francisco Canales Cilizgar versus Estado de Honduras**. Informe 71/2010; CIDH, **Petição 1119-02: Caso Aura de Las Mercedes Pacheco Briceño y Balbina Francisca Rodríguez Pacheco versus Venezuela**, Informe nº 20/2012; CIDH, **Petição 70-08: Caso Pedro César Marciano versus Venezuela**. Informe nº 10/2013; CIDH, **Petição 266-03: Caso Lilia Alejandra Garcia Andrade y otros versus México**. Informe nº 59/2012; CIDH, **Petição 911-98: Caso Héctor Fidel Cordero Bernal versus Peru**. Informe nº 112/2011; CIDH, **Petição 13-04: Caso Ricardo Vaca Andrade versus Ecuador**. Informe nº 172/2011.

31 Não se mencionou a vitaliciedade, garantia comum aos cargos do Ministério Público e da Magistratura no Brasil, porque, de acordo com o questionário, ela não deveria existir nos sistemas democráticos por não permitir a renovação representativa desejada.

der público ou autoridade pública no cumprimento de suas funções institucionais. As autonomias administrativa e financeira permitem que o órgão estatal não esteja vinculado, administrativamente, a nenhum outro órgão, além de conferir a capacidade de gestão e de elaboração do seu próprio orçamento. A inamovibilidade permite que o membro não seja removido ou afastado, por vontade de terceiros ou estratégia institucional, da apreciação de um determinado caso. Por fim, a irredutibilidade de vencimentos afasta a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de diminuir os subsídios pagos aos exercentes de determinada função³².

A importância do respeito às garantias funcionais dos operadores da justiça não é preocupação nova. Inusitado é o olhar sobre o “funcionamento da engrenagem chamada Justiça”. Será que a aludida engrenagem funciona adequadamente?

A análise das diversas denúncias³³ admitidas pela Comissão Interamericana identificou falhas nessa “engrenagem”, isto é, os casos tratavam de violações às garantias funcionais dos operadores da justiça.

No tocante à Magistratura, os casos apreciados pela Comissão envolveram, em sua maioria, questionamentos sobre a violação à imparcialidade, ausência de identificação dos julgadores, corrupção, uma atuação irregular do órgão de fiscalização dos juízes e destituição do cargo sem observância do procedimento adequado.

O caso mais emblemático foi o de Adan Guillermo Lopes Lone e outros³⁴, admitido pela Comissão em 31.03.2011. De acordo com as informações veiculadas no informe nº 70/11 da Comissão, em 6 de julho de 2010 a Comissão recebeu uma denúncia da Associação

dos Juízes para a Democracia (AJD) e do Centro pela Justiça e do Direito Internacional (CEJIL) contra o Estado de Honduras ao fundamento de que o Tribunal Superior de Justiça de Honduras teria exonerado, de forma arbitrária, ilegal e politicamente motivada, os juízes Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha, Maldonado Ramón Enrique Barrios e Tirza del Carmen Flores Lanza, que alegam violação dos artigos 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 15 (liberdade de reunião), 16 (liberdade de associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O caso mencionado despertou a atenção por envolver um pedido das Associações de Magistrados sobre violação das garantias de mais de um magistrado, o que denota a forte ingerência do governo de Honduras no Poder Judiciário e a importância das entidades de classe para os operadores da justiça. Ademais, a narrativa dos fatos aponta, como questão principal, a violação às garantias institucionais. Em vários outros casos apreciados pela Comissão essa temática não constitui o ponto nodal do debate, sendo analisada apenas de forma periférica.

Outro expressivo exemplo foi o caso Rogelio Morales Martinez versus México³⁵, admitido em 17 de julho de 2012. Nesse caso, a Comissão consignou que o acesso à justiça, em que pese ter sido de certo modo observado, não se deu de forma eficaz, porque a vítima era indígena e não dominava o idioma utilizado pelos operadores da justiça, prejudicando a participação da vítima em todo o procedimento e seu direito de tentar influenciar a decisão do magistrado competente, afetando a qualidade do acesso à justiça.

No que toca às garantias do Ministério Público, não houve muitos casos apreciados. Todavia, um caso, em especial, cujo relato dos fatos denunciou a inoperância do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Brasil, o que, por si, consubstancia uma violação à garantia da independência funcional. Segundo o informe, em 26 de dezembro de 2001, a Comissão Interamericana recebeu uma petição apresentada por Ivanilde Telacio dos Santos, Rafaela Telacio dos Santos, Rosana Tibuci Jacob e Fagner Gomes dos Santos, pelo Núcleo de Estudos Negros (NEN) e pelo Centro de Justiça Global (CJG) na qual se alega a violação, por parte da República

32 Preferiu-se o termo “função” ao termo “poder” porque, de acordo com a clássica doutrina da tripartição do poder estatal, o Poder do Estado é único, o que se divide são as funções, que são atribuídas a órgãos estatais estruturalmente distintos mas institucionalmente ligados.

33 Casos que também foram admitidos pela Comissão e encaminhados para a análise e julgamento da Corte: CIDH, **Petição 691-04: Caso Omar Francisco Canales Cilizgar versus Estado de Honduras**. Informe 71/2010; CIDH, **Petição 1119-02: Caso Aura de Las Mercedes Pacheco Briceño y Balbina Francisca Rodríguez Pacheco versus Venezuela**, Informe nº 20/2012; CIDH, **Petição 70-08: Caso Pedro César Marcano versus Venezuela**. Informe nº 10/2013; CIDH, **Petição 266-03: Caso Lilia Alejandra Garcia Andrade y otros versus México**. Informe nº 59/2012; CIDH, **Petição 911-98: Caso Héctor Fidel Cordero Bernal versus Peru**. Informe nº 112/2011; CIDH, **Petição 13-04: Caso Ricardo Vaca Andrade versus Ecuador**. Informe nº 172/2011.

34 CIDH, **Petição 975-10: Caso Adan Guillermo Lopez Lone y otros versus Honduras**, Informe nº 70/11.

35 CIDH, **Petição 728-04: Caso Rogelio Morales Martinez versus México**, Informe nº 67/2012.

ca Federativa do Brasil dos artigos 4, 5, 8, 24, 25 e 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo de Wallace de Almeida, vítima, ao fundamento de que policiais militares assassinaram a presumida vítima e que a investigação policial ainda estava inconclusa e sem a apresentação da denúncia pelo Ministério Público à justiça. Por fim, requereram que se recomende ao Estado do Brasil que investigue, julgue e puna os responsáveis pelo crime praticado, que as vítimas sejam indenizadas e que se tomem medidas para evitar ações policiais violentas como a denunciada³⁶.

Também não há casos encontrados que relatem a violação das garantias institucionais dos membros da Defensoria Pública. Todavia, do relato de alguns casos é possível extrair a inoperância de seus membros, seja por questões de ineficiência do serviço, seja por ingerência de membros de outros Poderes, que traduz ofensa às garantias funcionais da Defensoria Pública. Foi o que ocorreu no caso Hildebrando Silva de Freitas versus Brasil. Segundo o informe nº 146/11³⁷, em 3 de abril de 2007, a Comissão recebeu uma petição submetida pela Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) na qual se alegava que a responsabilidade internacional do Brasil pela arbitrária detenção, tortura e violação da integridade pessoal de Hildebrando Silva de Freitas, em Belém, Estado do Pará. Segundo os peticionários, a suposta vítima foi arbitrariamente detida por policiais, em 15 de novembro de 1997, por desacato, crime tipificado no Código Penal Brasileiro, além de não ter sido imediatamente informado sobre as acusações que lhe eram imputadas. Os peticionários também alegaram que, desde o momento da detenção inicial e durante toda a prisão processual, a suposta vítima esteve sujeita à violência policial, o que configura tortura e violação da integridade pessoal. Os peticionários acrescentaram que, apesar das queixas apresentadas pela suposta vítima às autoridades competentes, não foi instaurado inquérito oficial e, até hoje, o Estado não puniu as violações alegadas. O relato revela a inoperância da Defensoria Pública, que deveria ter atuado em defesa do peticionário.

De outro lado, o estudo das denúncias apreciadas pela Comissão Interamericana revelou que a maioria

dos casos problematizavam a duração do processo, decorrente sobretudo da inoperância dos operadores da justiça. Todavia, verificou-se que os motivos dessa inoperância estavam ligados a fatores que afligiam as garantias funcionais dos operadores, revelando uma relação direta entre acesso à justiça e duração razoável do processo e o seu caráter excludente, que torna a morosidade um dos maiores e mais nefastos obstáculos ao acesso, ainda a ser superado³⁸.

Dessas constatações fica nítida a preocupação da Comissão com o respeito às garantias institucionais dos operadores da justiça na América. Esta preocupação é legítima e destaca a necessidade de um acesso à justiça qualitativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da noção de acesso à justiça como direito humano, que assegura a todo aquele que se sentir violado em um direito possa buscar uma solução perante o Poder Judiciário, procurou-se abordar o contexto inicial da preocupação com o acesso à justiça que motivou o Projeto de Florença, até o contexto atual, tentando justificar a reanálise do tema.

Em um primeiro momento, caracterizou-se o Projeto de Florença, apontando seus ideais e objetivos. Todavia, a análise retrospectiva permitiu concluir que esse movimento surgiu no momento histórico em que a crise do *Welfare state* estava implementada pela incapacidade do Estado provedor cumprir suas promessas, servindo aos ideais do paradigma social.

Com a afirmação do paradigma democrático e o surgimento de novos desafios trazidos pela globalização, o novo cenário social questões complexas diversas das jurídicas e econômicas, que reconhecidamente não foram objeto dos estudos do Projeto de Florença, justificou uma releitura do tema.

Essas observações permitiram compreender o vazio deixado pela percepção quantitativa empregada pelo Projeto de Florença, que ignorou o aspecto qualitativo por adotar um ideal formalista de acesso à justiça.

36 CIDH, **Petição 12.440**: *Caso Wallace de Almeida versus Brasil*. Informe nº 26/2009.

37 CIDH, **Petição 405-07**: *Caso Hildebrando Silva de Freitas versus Brasil*. Informe nº 146/2011.

38 Sobre o tema, conferir TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à justiça qualitativo*. 2011. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2011, p. 123-129.

O tratamento multidisciplinar da problemática “acesso à justiça”, sobretudo com a participação da filosofia e da sociologia, foi crucial para eclodir um novo olhar sobre a problemática, podendo-se afirmar a existência de uma quarta onda renovatória: o acesso dos operadores do direito à justiça.

A afirmação de uma nova onda renovatória adveio das experiências extraídas do foro, principalmente com advogados, que concluiu que o trabalho próximo da Justiça “cegava” a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica, denotando uma pesquisa focada no campo ético e político da administração da justiça.

Segundo essas orientações, o problema atual não é simplesmente medir o acesso dos cidadãos à justiça. Propõe-se uma mudança importante de foco: da preocupação das questões metodológicas para as epistemológicas.

A Comissão Interamericana, em razão das inúmeras denúncias recebidas, percebeu as falhas de determinados sistemas estatais e elaborou um questionário para compreensão prática dos fatores que interferem no acesso à justiça qualitativo e estudo de possíveis soluções.

Perguntas que indagam sobre a existência de eventuais critérios para garantir a adequada representatividade da sociedade nos cargos de juízes, promotores e defensores públicos e que questionam a duração estabelecida para os cargos, permitem concluir que houve, por parte da Comissão, a adoção de uma concepção qualitativa de acesso à justiça, preocupada com a qualidade do serviço jurisdicional prestado, o que se assemelha com as ponderações levantadas pelos defensores da quarta onda renovatória.

Destarte, a compreensão do questionário possibilitou aferir algumas orientações que demonstram a contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para melhorar o acesso à justiça. São elas:

- 1) Prevenção de ingerências de outros poderes públicos no trabalho de juízes, promotores e defensores públicos;
- 2) O processo e os critérios aplicáveis na seleção e nomeação de juízes, promotores e defensores públicos, não sujeitos a período de prova, confirmação posterior ou ratificação de alguma autoridade;

- 3) A representatividade da sociedade nos cargos de juízes, promotores e defensores públicos, inclusive com a inserção de critérios como gênero, raça ou etnia para favorecer a adequada representação da população;
- 4) Mandatos temporalmente delimitados;
- 5) A participação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública na elaboração e do debate sobre seus respectivos orçamentos;
- 6) Instituição de procedimentos e critérios objetivos para promoções ou transferências de graus na carreira, embasados na eficiência;
- 7) Processos de suspensão ou destituição de cargos com hipóteses bem definidas, assegurados todos os meios de defesa e eliminadas as imunidades.
- 8) Um bom ambiente de trabalho, com estrutura, segurança, recursos logísticos e técnicos, inclusive com pessoal de apoio;
- 9) Políticas públicas que promovam a segurança dos membros;
- 10) Políticas públicas efetivas de combate à corrupção dos operadores da justiça;
- 11) Cursos de capacitação periodicamente promovidos pelas instituições, inclusive como requisitos para permanência e ascensão no cargo;
- 12) Ombudsman para coletar denúncias de vítimas das violações de direitos humanos.

De fato, para a prestação de um serviço judiciário de qualidade e preocupado com a eficiência, imprescindível o respeito às garantias que permitam aos operadores da justiça o exercício imparcial e independente das suas funções.

Registre-se, por fim, o lapso da Comissão que não contemplou, em seu questionário, os advogados, operadores de notória relevância para um acesso à justiça de qualidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO. Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do estado*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais*. In: _____ (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, p. 189-225, 2004.
- CIDH, **Petição 911-98**: *Caso Héctor Fidel Cordero Bernal versus Peru*. Informe n° 112/2011.
- CIDH, **Petição 1119-02**: *Caso Aura de Las Mercedes Pacheco Briceño y Balbina Francisca Rodríguez Pacheco versus Venezuela*, Informe n° 20/2012.
- CIDH, **Petição 266-03**: *Caso Lilia Alejandra Garcia Andrade y otros versus México*. Informe n° 59/2012.
- CIDH, **Petição 13-04**: *Caso Ricardo Vaca Andrade versus Ecuador*. Informe n° 172/2011.
- CIDH, **Petição 691-04**: *Caso Omar Francisco Canales Cieliezar versus Estado de Honduras*. Informe 71/2010.
- CIDH, **Petição 728-04**: *Caso Rogelio Morales Martinez versus México*, Informe n° 67/2012.
- CIDH, **Petição 405-07**: *Caso Hildebrando Silva de Freitas versus Brasil*. Informe n° 146/2011.
- CIDH, **Petição 70-08**: *Caso Pedro César Marcano versus Venezuela*. Informe n° 10/2013.
- CIDH, **Petição 12440-09**: *Caso Wallace de Almeida versus Brasil*. Informe n° 26/2009.
- CIDH, **Petição 975-10**: *Caso Adan Guillermo Lopez Lone y Otros versus Honduras*, Informe n° 70/11.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado democrático de Direito*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”*: *Epistemologia versus metodologia?* In: PAN-DOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 19 jun. 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed, São Paulo: Malheiros editores, 2006.
- IPEA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1 ed. Brasília. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impreso.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2013.
- JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo*. **Revista Estudos Históricos**, n. 18 – Justiça e Cidadania. São Paulo: CPDOC/FGV, p. 1-15, 1996-2.
- MIGUEL, Daniel Oitaven Pamponet; BOSON, Erik Palácio. *A Defensoria Pública e o reconhecimento dos direitos humanos: uma leitura democrático-procedimental da cidadania como exigência deontico-teológica*. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.30 , p.45-63, Obs. on line, jul. 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Márcio Luís (org.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Acesso a justiça e direitos humanos: o problema no Brasil*. *Revista da Faculdade de Direito: [Rio de Janeiro]*, Rio de Janeiro , n.2 , p.123-134, jan. 1994.
- PIOVESAN, Flávia. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, n. 7, p. 11-37, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 3ª ed, Salvador: Juspodivm, 2009.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. *Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídica-constitucional da defensoria pública: um caminho ainda a ser trilhado*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.15, n.60, p.184-206, jul./set 2007.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 121-129, jan./mar. 1985.

TEIXEIRA, Ludmila Ferreira. *Acesso à justiça qualitativo*. 2011. 183 f. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-

Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2011.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa et al. *Poder judiciário e carreiras jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SITES PESQUISADOS

www.presidencia.gov.br

www.stj.jus.br

www.cidh.org.br

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A executividade das sentenças
da Corte Interamericana de
Direitos Humanos no Brasil**
The enforceability of sentences
from the Inter-American Court
of Human Rights in Brazil

Augusto César Leite de Resende

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTECAO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil

The enforceability of sentences from the Inter-American Court of Human Rights in Brazil*

Augusto César Leite de Resende**

RESUMO

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro aparentemente não tem mecanismos apropriados para executar no âmbito de sua jurisdição interna obrigação extrapecuniária estipulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, uma vez que o art. 68.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos atribui eficácia executiva somente à parte pecuniária das sentenças proferidas pela referida Corte, não fazendo menção à eventual condenação de natureza extrapatrimonial, o presente artigo científico tem como objetivo principal apresentar, a partir de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis à concepção de que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, independentemente da natureza da obrigação imposta ao Brasil, são títulos executivos judiciais. Para isso, abordaram-se os aspectos gerais do sistema interamericano de direitos humanos, seus principais documentos normativos e órgãos incumbidos da proteção e da promoção dos direitos humanos nas Américas. Em seguida, tratou-se do papel da Corte Interamericana na implementação dos direitos humanos no Brasil e a força executiva de suas sentenças no âmbito da jurisdição interna brasileira. Ao final, conclui-se que as condenações extrapecuniárias da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser executadas perante o Poder Judiciário brasileiro porque são títulos executivos judiciais. Destinado aos estudiosos de direito internacional dos direitos humanos, o presente paper é original e contribui para a efetividade e proteção dos direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença. Título executivo.

ABSTRACT

Considering the Brazilian legal system apparently does not have appropriate mechanisms to implement within their domestic jurisdiction non-pecuniary obligation stipulated by the Inter-American Court of Human Rights in Brazil because the art. 68.2 of the American Convention confers executive effectiveness to the pecuniary part judgments issued by this Court, making no mention of the possible sentence of off-balance sheet nature, this article aims to pre-

* Recebido em 03/09/2013
Aprovado em 04/10/2013

** Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional da FANESE. Promotor de Justiça em Sergipe. Email: augusto@mp.se.gov.br

sent the main, from a doctrinal, legislative and deductive research, arguments favorable to the conception that the sentences from the Inter-American Court of Human Rights, regardless of the nature of the obligation imposed on the Federative Republic of Brazil, are judicial enforceable title. For this, addressed to the general aspects of the American system of human rights, its main normative documents and bodies responsible for the protection and promotion of human rights in the Americas. Then, it was the court's role in the implementation of human rights in Brazil and enforceability of their judgments within the domestic jurisdiction Brazilian. To conclude, in the end, the convictions extra monetary from the American Court of Human Rights can be performed before the Brazilian Judiciary because they are judicial enforceable title. Intended for scholars of international law of human rights, this paper is original and contributes to the effectiveness and protection of human rights in Brazil.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights. Sentence. Enforceable.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é Estado-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, de acordo com o artigo 62 do referido diploma normativo, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, de modo que deve cumprir as sentenças da aludida Corte espontânea, imediata e integralmente, *ex vi* do art. 68 do Pacto de San José da Costa Rica.

Para cumprir as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – doravante denominada, nesse trabalho, de Corte – o Brasil deve assegurar a implementação, no âmbito doméstico, das determinações exaradas pelo aludido Tribunal, porque as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculam todos os agentes, órgãos e entidades do Estado.

O inadimplemento das sentenças da Corte acarretará nova responsabilização internacional do Estado agressor dos direitos humanos. Contudo, tal medida não é suficientemente adequada para garantir o efetivo respeito aos direitos humanos nas Américas porque a eficácia das sentenças prolatadas pelo referido Tribunal demanda, primordialmente, da observância e do cumprimento das decisões internacionais no âmbito interno dos Estados.

A consolidação do sistema interamericano de direitos humanos depende, em certa medida, do grau de eficácia e de exequibilidade das sentenças prolatadas pela Corte e, conseqüentemente, da existência de mecanismos que assegurem o cumprimento forçado de tais decisões, tanto no âmbito externo como no interno do Estado condenado.

O art. 68.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos atribui eficácia executiva à parte pecuniária das sentenças da Corte. E no que toca à parte extrapecuniária, as sentenças da Corte podem ser executadas no âmbito da jurisdição interna brasileira? Nesse contexto, o presente trabalho científico tem como objetivo principal apresentar, a partir de uma pesquisa dedutiva e bibliográfica, que argumentos favoráveis à concepção de que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, independentemente da natureza da obrigação imposta à República Federativa do Brasil, são títulos executivos judiciais, podendo ser executadas, portanto, perante o Poder Judiciário brasileiro.

Primeiramente, discutir-se-ão os aspectos gerais do sistema interamericano de direitos humanos, seus principais documentos normativos e órgãos incumbidos da proteção e da promoção dos direitos humanos nas Américas. Em seguida, o papel da Corte na implementação dos direitos humanos no Brasil. Por fim, tratar-se-á da força executiva das sentenças da Corte no âmbito da jurisdição interna brasileira.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção internacional dos direitos humanos está estruturada em dois tipos de sistemas de proteção: o global e os regionais. O sistema global foi institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram estruturados por organizações continentais, em especial a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana, ao longo da segunda metade do século XX. Os três principais sistemas regionais

de proteção dos direitos humanos são o interamericano, o europeu e o africano, apesar de haver, ainda que de forma incipiente, a formação de um sistema árabe-islâmico de proteção dos direitos humanos, todos com o propósito de promover a proteção e a valorização dos direitos humanos.

Os sistemas global e regionais são verdadeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Ambos são fundados no princípio da dignidade humana e, por isso, complementam-se e interagem com os sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, a fim de proporcionar maior efetividade possível à promoção e à proteção dos direitos humanos.

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial no interamericano, são instrumentos eficazes de proteção e de promoção dos direitos humanos, quando as instituições domésticas dos Estados se mostram ineficientes. Realmente, cabe aos Estados, primeiramente, promover e proteger em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso os Estados não se desincumbam plenamente desse ônus, caberá aos órgãos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos garantir o respeito aos direitos consagrados nos tratados internacionais.

O sistema interamericano de direitos humanos é regido por dois subsistemas: o sistema vinculado à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens; e o sistema vinculado à Convenção e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹

O sistema interamericano começou a ser formado em abril de 1948, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), o que propiciou a criação, em 1959, de um órgão de proteção e promoção dos direitos humanos, nas Américas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, chamada nessa pesquisa somente de Comissão.

Em 1969, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Atualmente, apenas vinte e três países se sujeitam à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a saber: Argentina, Barbados,

Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.²

Com a entrada em vigor da Convenção, criou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, capital da Costa Rica. A primeira reunião ocorreu no dia 29 de junho de 1979, na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), localizada na cidade de Washington.

O principal instrumento normativo do sistema interamericano de direitos humanos é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na qual os Estados-partes se comprometem a respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos e a garantir o livre e o pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Segundo o preâmbulo do mencionado instrumento normativo, a proteção internacional dos direitos humanos nas Américas é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos, de modo que cabe ao Estado primeiramente promover e proteger, em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso o Estado não se desincumba plenamente desse ônus, caberá aos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção Americana.

3. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1959, por meio da Resolução VIII da V Reunião de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago, Chile.

O referido órgão é composto por sete membros independentes, que devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos

1 O presente trabalho irá se ocupar exclusivamente com o sistema vinculado à Convenção e ao Protocolo San Salvador.

2 Trinidad & Tobago denunciou a Convenção em 26.05.1998 e a Venezuela denunciou a referida Convenção Americana em 1.09.2012.

humanos, eleitos pela Assembleia Geral, para um mandato de quatro anos, com início em 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição. Ademais, os membros da Comissão atuam de forma pessoal, isto é, não representam nenhum país em particular.

A Comissão representa todos os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA) e tem como principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos. Dentre as atribuições da Comissão se destaca a função *quase judicial* de analisar as denúncias ou as queixas de violações de direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica, por um Estado-parte, da Convenção Americana. Com efeito, o art. 44, da referida Convenção permite a comunicação de violação de direitos humanos à Comissão, mediante petições, por qualquer Estado-parte da Convenção Americana, ou por qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Apesar de o cidadão não ter acesso direto à Corte, o indivíduo ou organização não governamental pode dar início ao processo internacional de responsabilidade do Estado mediante apresentação à Comissão de denúncias ou queixas de violações de direitos humanos por parte dos Estados-partes da Convenção. Ademais, a Comissão poderá ainda ser provocada por meio de peticionamento, por Estado.

A jurisdição internacional no sistema interamericano de direitos humanos é subsidiária, porque somente é acionada após o esgotamento dos recursos internos. De fato, uma petição ou comunicação apresentada à Comissão somente será admitida se tiverem sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; desde que devidamente apresentadas dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; que a matéria da petição ou de comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e, por fim, que a petição, caso apresentada pela vítima ou entidade não governamental, contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas, ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

A regra do prévio esgotamento dos recursos internos tem larga aceitação no Direito Internacional por re-

duzir as tensões entre os Estados e proporcionar o respeito à soberania dos Estados. Observe-se, ainda, que a Corte firmou entendimento de que cabe ao Estado demandado alegar no procedimento perante a Comissão a ausência de prévio esgotamento dos recursos internos, sob pena de preclusão.³

Não haverá, porém, a necessidade de prévia interposição e esgotamento dos recursos da jurisdição interna e a observância do prazo de seis meses acima referido, quando não existir na legislação interna do respectivo Estado o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue terem sido violados; se não houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou impedido de esgotá-los e, finalmente, houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

A jurisprudência da Corte aduz ainda mais três hipóteses de dispensa de esgotamento dos recursos internos, a saber: quando o recurso disponível for inidôneo, inútil, faltar defensores ou houver barreiras de acesso à justiça.

O processo propriamente dito perante a Comissão está regulado nos arts. 48 a 51 da Convenção. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica, assim procederá: a) se reconhecer a admissibilidade da petição ou comunicação, solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação, cujas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, a ser fixado pela Comissão de acordo com as circunstâncias de cada caso; b) recebidas as informações, ou transcorrido o prazo fixado, sem que sejam elas recebidas, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, determinará o arquivamento do expediente; c) poderá também declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição ou comunicação, com base em informação ou prova supervenientes; d) se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão, com conhecimento das partes, examinará o assunto exposto na petição ou comunicação. Se for necessário e conveniente, promoverá a uma

3 Caso Castillo Páez Vs. Peru. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, N. 43.

investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias; e) a Comissão poderá pedir aos Estados interessados qualquer informação pertinente e receberá, se isso for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados; e f) por-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.

Entretanto, em casos graves e urgentes, pode ser realizada uma investigação, mediante prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue haver sido cometida a violação de direitos humanos, tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade, nos termos do art. 48.2 da Convenção.

Preenchidos os requisitos do art. 46 da Convenção, admitida a petição e em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Comissão solicitará informações ao Estado demandado sobre os fatos narrados na petição.

Recebidas as informações do Estado-réu ou transcorrido o prazo fixado *in albis*, a Comissão verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou da comunicação. No caso de não existirem ou não subsistirem, a Comissão mandará arquivar o expediente.

No entanto, se o expediente não houver sido arquivado e, com a finalidade de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame aprofundado do assunto exposto na petição ou na comunicação e, se necessário e conveniente, investigará os fatos imputados ao Estado.

Investigados os fatos e examinada a matéria, a Comissão buscará uma solução amistosa entre as partes. Havendo êxito na tentativa de conciliação, a Comissão redigirá um relatório, que deverá conter breve exposição dos fatos e do acordo entabulado, encaminhando-o ao peticionário, aos Estados-partes da Convenção e ao Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) para publicação.

Não se obtendo êxito na solução consensual da controvérsia, a Comissão redigirá um relatório, denominado de *Informe Preliminar* ou *Primeiro Informe*, noticiando se foi ou não constatada a violação de direitos humanos consagrados na Convenção e, se for o caso, formulando proposições e recomendações ao Estado demandado.

O relatório inicial é confidencial e deverá ser encaminhado ao Estado-réu para cumprir, no prazo de até três meses, as recomendações e as proposições impostas pela Comissão. Nesse período trimestral, o caso poderá ser resolvido amigavelmente pelas partes ou, não havendo solução amistosa, submetido à jurisdição da Corte.

Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, em *Segundo Informe*, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e suas conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. Nesse caso, a Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada; e, transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório, conforme art. 51 da Convenção.

Note-se que esse *Segundo Informe* da Comissão somente será elaborado se o caso não houver sido submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou solucionado amistosamente pelas partes. De fato, a Comissão somente elaborará o chamado *Segundo Informe* se a questão não for submetida à Corte.

Reitere-se que, se a Comissão constatar a existência de violação de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, redigirá, de acordo com o art. 50 da referida Convenção, um relatório preliminar, denominado *Primeiro Informe*, com as proposições e recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado demandado, fixando prazo para que ele comunique a respeito das medidas adotadas em cumprimento às recomendações.

Se a Comissão considerar que o Estado-réu não cumpriu com as recomendações contidas no *Primeiro Informe*, a Comissão deverá submeter o caso à Corte, salvo decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros em sentido contrário, conforme art. 45 do Estatuto da Comissão.

Na hipótese de não cumprimento das recomendações e proposições determinadas pela Comissão por parte do Estado-réu, o encaminhamento do caso a Corte é direto e automático, o que diminui a discricionariedade e seletividade política, realizada pela Comissão.

Ademais, o caso somente poderá ser submetido à jurisdição contenciosa da Corte se o Estado-réu houver aceitado a jurisdição da aludida Corte, nos termos do artigo 62.3 da Convenção.

Finalmente, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis ou de difícil reparação às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente ou às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente, neste caso, de qualquer petição ou caso pendente, nos termos do art. 25 do Estatuto da Comissão.

A Comissão poderá ainda solicitar, com fulcro no art. 76 de seu Estatuto, à Corte, a adoção de medidas provisórias, em casos de extrema urgência e gravidade, com o objetivo de prevenir dano irreparável ou de difícil reparação às pessoas e aos direitos humanos reconhecidos na Convenção, num assunto ainda não submetido à consideração da Corte.

4. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com a entrada em vigor da Convenção em 1978, criou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto a Comissão atua como órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Convenção, a Corte é um órgão jurisdicional autônomo apenas da Convenção Americana e não da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Corte é composta de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Ademais, não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade na composição da referida Corte, conforme art. 52 da Convenção.

O art. 55 da Convenção prevê a possibilidade de um Estado-parte da Convenção designar uma pessoa de sua escolha para integrar a Corte, na qualidade de juiz *ad hoc*,

se um dos juízes chamados a conhecer do caso submetido ao Tribunal for de nacionalidade do outro Estado-parte. Da mesma forma, se, dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados-partes, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*.

A Corte assentou na Opinião Consultiva N.º 20/2009 que se deve dar à figura do juiz *ad hoc* aplicação restrita, no sentido de que o artigo 55 da Convenção Americana constitui uma exceção às normas gerais de composição da aludida Corte, por ser aplicável unicamente no âmbito de um caso contencioso originado por uma comunicação interestatal.

Na referida Opinião Consultiva, a Corte reconheceu ainda o impedimento de o juiz nacional do Estado demandado participar do julgamento de casos concretos, iniciados a partir de petições individuais e submetidos à jurisdição contenciosa da Corte. A sua participação só será possível em demandas interestatais.

A Corte tem competência consultiva, relativa à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção, ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, e competência jurisdicional, de caráter contencioso, para julgamentos de casos de violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana.

A competência contenciosa da Corte se submete à chamada cláusula facultativa, pois tal competência da Corte somente engloba aqueles Estados-partes da Convenção Americana que reconheceram expressamente a sua jurisdição contenciosa, nos termos do art. 62 do Pacto de San José da Costa Rica.⁴

A Corte, no exercício da competência contenciosa, preferirá sentenças definitivas e inapeláveis⁵, e, em caso de procedência, determinará ao Estado condenado a assegurar, em favor do prejudicado, do gozo de seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se for o caso, que sejam reparadas as consequências da

4 O Brasil somente aderiu à competência contenciosa da Corte em 1998, mediante o Decreto Legislativo N.º 89/1998, ainda assim com uma cláusula temporal, no sentido de que somente poderão ser submetidos à Corte aqueles casos de violações de direitos humanos ocorridos a partir da data do aceite do Brasil à competência contenciosa da Corte.

5 O único recurso cabível contra sentenças de exceções preliminares, mérito ou reparações e custas proferidas pela Corte é uma espécie de embargos de declaração (pedido de interpretação), previsto no art. 67 do Pacto de San José da Costa Rica.

medida ou da situação que haja configurado a violação de direitos humanos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 da Convenção.

Márcia Nina Bernardes leciona que o conceito de reparação em direito internacional é mais amplo do que no direito interno porque, além da obrigação de indenização econômica às vítimas e familiares das vítimas, as sentenças condenatórias internacionais incluem as reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e as chamadas “medidas de não repetição”, que podem envolver alterações de políticas públicas, de legislação interna e de jurisprudência pacificada, até mesmo da Corte Suprema de um país. Desse modo, a Corte pode condenar o Estado demandado a obrigações de pagar, não fazer e fazer, inclusive a implementação de políticas públicas.

No caso *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte condenou a República Federativa do Brasil a promover a responsabilidade criminal dos agentes perpetradores de crimes contra a humanidade, a implementar programas ou cursos permanentes e obrigatórios de capacitação e formação em direitos humanos dirigidos aos membros das Forças Armadas e a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas.

Como se vê, a Corte tem ampla margem de atuação em sua competência jurisdicional contenciosa porque, repita-se, pode condenar o Estado demandado às obrigações de fazer, de não fazer e de pagar que se fizerem necessárias para garantir a plena reparação dos danos decorrentes de violações de direitos humanos reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica.

Flávia Piovesan destaca que as reparações não são mais limitadas ao pagamento de indenizações, mas, por exemplo, ao ordenamento aos Estados demandados que adotem leis que lhes permitam o devido cumprimento das obrigações internacionais, que alterem ou revoguem leis internas que sejam incompatíveis com a Convenção, ou ainda que anulem ou executem uma decisão judicial proferida por um órgão jurisdicional doméstico.

Os Estados-partes da Convenção Americana são obrigados a cumprir as sentenças da Corte e a parte da sentença que determinar indenização compensatória e poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado, conforme art. 68 do Pacto de San José da Costa Rica.

Com efeito, as sentenças proferidas pela Corte têm, por força do art. 68.1 da Convenção, efeito imediato e força vinculante entre as partes da ação de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, devendo ser cumprida *sponte propria* pelo Estado-réu.

Contudo, o grau de efetividade e cumprimento das decisões da Corte é baixo, o que poderá causar a perda de legitimidade e de credibilidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos diante das vítimas de violações de direitos humanos e das organizações da sociedade civil que as representa. Atualmente, é a própria Corte que exerce, com fulcro no art. 69 de seu Regulamento, um mecanismo para a fiscalização do cumprimento de suas próprias sentenças.

A eficácia das sentenças prolatadas pela Corte depende primordialmente da observância e do cumprimento das decisões internacionais no âmbito interno dos Estados. Damián A. González-Salzberg aduz que o maior déficit que atualmente apresenta o sistema interamericano de direitos humanos é o descumprimento, por parte dos tribunais nacionais, da obrigação de julgar os responsáveis por violações de direitos humanos e que o único meio indispensável de garantir o cumprimento das sentenças ditadas pela Corte reside na necessidade de o Poder Judiciário dos Estados reconhecer o caráter obrigatório das decisões da Corte.

5. EFICÁCIA INTERNA DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Brasil é Estado-parte da Convenção e, de acordo com o artigo 62 da Convenção Americana, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 1998. Ademais, as sentenças prolatadas pela aludida Corte devem ser, por força do art. 68 da Convenção Americana, espontânea, imediata e integralmente cumpridas pela República Federativa do Brasil.

Para cumprir as sentenças proferidas pela Corte, o Brasil deve assegurar a implementação, no âmbito doméstico, das determinações exaradas pela Corte porque as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculam todos os agentes, órgãos e entidades do Estado.

E mais, a obrigação de cumprir as sentenças proferidas pelo mencionado Tribunal Interamericano cor-

responde a um princípio básico de direito internacional público, qual seja, o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa fé e, como dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por motivos de ordem interna, deixar de cumprir o tratado e as sentenças internacionais.

Valério de Oliveira Mazzuoli ensina que os Estados contraem, no livre e pleno exercício de sua soberania, várias obrigações internacionais; e uma vez que o tenham feito, não podem (à luz da Convenção de Viena de 1969) invocar disposições do seu Direito interno, até mesmo do seu Direito Constitucional, como justificativa para o não cumprimento dessas obrigações.

O Brasil, enquanto Estado-parte da Convenção, deve garantir, portanto, o cumprimento das sentenças da Corte e das disposições convencionais e seus efeitos próprios no plano jurídico doméstico, não podendo, por exemplo, justificar eventual descumprimento de uma sentença internacional, aduzindo a existência de norma jurídica, ainda que de natureza constitucional, que impeça o adimplemento da sentença ou de decisão judicial, mesmo do Supremo Tribunal Federal, em sentido inverso ao decidido pela Corte, sob pena de responsabilização internacional.

Outro ponto importante é o que diz respeito à necessidade ou não de homologação das sentenças da Corte pelo Superior Tribunal de Justiça para terem eficácia interna no Brasil.

O art. 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, dispõe que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente a homologação das sentenças estrangeiras. O processo de homologação visa conferir eficácia à sentença estrangeira, mediante aferição apenas e tão somente, ao atendimento dos requisitos previstos no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Resolução N.º 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça pelo ato judicial estrangeiro.

Nos termos do art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e dos arts. 5º e 6º da citada Resolução do Superior Tribunal de Justiça, constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: a) haver sido proferida por autoridade competente; b) terem as partes sido citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter transitado em julgado;

d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil; e e) não ofender a soberania ou ordem pública.

Em suma, a homologação da sentença estrangeira é condição necessária para conferir eficácia interna às sentenças proferidas por Tribunais de outros países, mediante análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que a Corte é um órgão internacional, cujas sentenças têm a natureza jurídica de decisões internacionais e não de sentenças estrangeiras, porque não provenientes de Tribunal sujeito à soberania de Estado estrangeiro. Nesse sentido, é a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli:

Sentenças proferidas por “tribunais internacionais” não se enquadram na roupagem de *sentenças estrangeiras* a que se referem os dispositivos citados. Por sentença estrangeira deve-se entender aquela proferida por um tribunal afeto à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um tribunal internacional que tem jurisdição *sobre* os seus próprios Estados-partes.

Perceba-se que o art. 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, exige a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça das chamadas sentenças estrangeiras, isto é, daquelas prolatadas, portanto, por órgãos jurisdicionais de outros países. Logo, não é necessária a homologação das sentenças da Corte pelo Superior Tribunal de Justiça para terem eficácia interna no Brasil, porque as decisões da Corte não são estrangeiras e sim internacionais, já que prolatadas por organismo jurisdicional internacional.

As sentenças prolatadas pela Corte produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito doméstico brasileiro, de modo que a República Federativa do Brasil deverá cumpri-las espontaneamente, sem a necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de nova responsabilização internacional, isso porque estar-se-ia infringindo agora o art. 68.1 da Convenção.

Com efeito, o cumprimento das sentenças pela Corte deve ser espontâneo, imediato e integralmente cumprido pela República Federativa do Brasil, por força do art. 68 da Convenção Americana. Se assim não ocorrer, além de nova responsabilização internacional, o inadimplemento poderá ensejar o ajuizamento de ação judicial executiva, com o objetivo precípua de garantir o cumprimento total da decisão da Corte.

À luz do direito processual civil brasileiro, o título executivo é documento indispensável à propositura da

ação e do desenvolvimento válido do processo executivo, sujeitando-se ao princípio da taxatividade, no sentido de que somente a lei pode criar um título executivo ou incluí-lo no elenco de títulos existentes. Em suma, não há título se não houver lei prevendo-o (*nullus titulus sine legis*).

Nesse contexto, Alexandre Freitas Câmara define título executivo como o ato (ou fato) jurídico a que a lei atribui eficácia executiva; e denomina título executivo judicial aquele formado mediante um processo. E as sentenças da Corte são títulos executivos? Elas podem ser executadas perante o Poder Judiciário brasileiro?

O art. 68.2 da Convenção atribui eficácia executiva à parte pecuniária das sentenças da Corte. De fato, dispõe o referido dispositivo normativo que “[...] a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Considerando que a Convenção é ato normativo vigente no ordenamento jurídico brasileiro e atribui à parte pecuniária das sentenças da Corte eficácia de título executivo, deve-se admitir assim a sua cobrança judicial segundo o rito da execução contra a Fazenda Pública perante a Justiça Federal, nos termos no art. 109, inciso III, da Constituição Federal.

Flávia Piovesan assinala que “[...] se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado”, ou seja, se a sentença da Corte impuser ao Estado brasileiro a obrigação de pagar indenização em favor das vítimas ou de seus herdeiros, eventual inadimplemento do Brasil autorizará a propositura execução judicial forçada da sentença internacional nos moldes do art. 730 e seguintes do Código de Processo Civil.

No tocante ao inadimplemento voluntário de obrigações de fazer e de não fazer, eventualmente impostas em sentença pela Corte, André de Carvalho Ramos aduz que o ordenamento jurídico doméstico brasileiro, *aparentemente*, não tem mecanismos apropriados para executar no âmbito da jurisdição interna uma obrigação extrapecuniária estipulada pela aludida Corte.

Na verdade, a inexistência de mecanismos de cumprimento forçado das obrigações de fazer e de não fazer fixadas em sentenças da Corte na ordem jurídica doméstica brasileira realmente é apenas “aparente”.

De fato, o art. 475-N do Código de Processo Civil enuncia o rol de decisões jurisdicionais que permitem a instauração da atividade executiva do Estado, isto é, estabelece um rol de títulos executivos judiciais e, dentre eles, há “[...] a sentença proferida no processo civil, que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia” e “[...] a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça”.

À primeira vista, tem-se a impressão que o art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil, estaria se referindo à sentença proferida por autoridade judicial nacional em processo de natureza civil, já que o inciso VI do mencionado dispositivo legal reconhece a executividade da sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, “[...] a hipótese contida no inciso I do art. 475-N do CPC constitui um tipo legal aberto, operando-se no modo tipológico-comparativo e funcionando com base na semelhança, de sorte que revelam amplos os casos enquadráveis na definição legal”.

Alexandre Freitas Câmara comunga também do entendimento de que “[...] é título executivo judicial a parte condenatória de qualquer sentença civil” e as sentenças da Corte têm nítida natureza civil, ainda que proferidas no âmbito da jurisdição internacional reconhecida pelo Brasil.

O juiz, no exercício da jurisdição, tem o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana à condição de valor central da ordem jurídica brasileira e, dada a sua forte carga axiológica, deve nortear toda a atividade estatal, inclusive a atividade jurisdicional. Dessa maneira, o juiz deverá interpretar as normas jurídicas e, entre elas, as normas processuais civis, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a dar a máxima proteção ao ser humano.

Luís Roberto Barroso ensina que o princípio da interpretação, conforme a Constituição, simultaneamente abriga uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe aos juízes e aos tri-

bunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais, ou seja, dentre as várias interpretações possível, deve-se escolher aquela que tenha maior afinidade com a Constituição.

A Constituição Federal, em seu Título I, disciplina os chamados “princípios fundamentais”, identificando expressamente os fundamentos, os objetivos e os princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, cuja consecução deve servir de vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos, notadamente os órgãos do Poder Judiciário..

Assim, o art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado de modo a dar maior efetividade à proteção e à promoção dos direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira, prevalecendo, dentre as exegeses possíveis, a que ofereça a maior proteção ao indivíduo, o que nos permite afirmar que as sentenças proferidas pela Corte, em sua totalidade e aspectos, inserem-se no conceito legal brasileiro de títulos executivos judiciais.

Deve-se reconhecer que as sentenças proferidas pela Corte são títulos executivos judiciais, porque exaradas por órgão judicial, cuja jurisdição a República Federativa do Brasil reconhece e se submete, bem como porque se destinam a reparar as consequências de medida ou de situação que configure a violação de direitos humanos e o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 da Convenção.

Entender que a parte extrapecuniária das sentenças da Corte não são títulos executivos judiciais é interpretar o art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil em desconformidade com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos.

No caso, o Brasil aderiu de livre e espontânea vontade à competência contenciosa da Corte em 1998, por meio do Decreto Legislativo N.º 89, cujas sentenças visam, em última *ratio*, proteger e promover os direitos humanos, de modo que as sentenças proferidas pela Corte e que imponham obrigações de qualquer natureza à República Federativa do Brasil devem ser consideradas títulos executivos judiciais nos termos do art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sendo assim, caso o Brasil não cumpra integral e voluntariamente a sentença da Corte, é possível a propositura de ação de execução, com o fim de garantir o adim-

plemento forçado da sentença, uma vez que, repita-se, ela é título executivo judicial. Nesses casos, a execução das sentenças da Corte para efetivar prestações de fazer ou de não fazer dar-se-á segundo o rito estabelecido no art. 461 do Código de Processo Civil; para garantir a entrega de coisa, seguirá o disposto no art. 461-A; e em se tratando de prestação pecuniária, a execução observará o rito da execução contra a Fazenda Pública.

A possibilidade de execução, no âmbito do direito processual brasileiro, das sentenças da Corte fortalece ainda mais o sistema protetivo da Convenção e demonstra o compromisso internacional do Brasil com a proteção e a promoção dos direitos humanos nas Américas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo científico foi investigar a força executiva das sentenças da Corte no âmbito da jurisdição interna do Brasil.

Partiu-se da premissa de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício da competência contenciosa, determinará ao Estado condenado que assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados e determinará também, se for o caso, que sejam reparadas as consequências da medida ou da situação que haja configurado a violação de direitos humanos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 da Convenção Americana, sendo que o conceito de reparação em direito internacional é mais amplo do que no direito interno, porque, além da obrigação de indenização econômica às vítimas e aos familiares das vítimas, as sentenças condenatórias internacionais podem ainda incluir obrigações de fazer e de não fazer.

As sentenças prolatadas pela Corte devem ser, por força do art. 68 do Pacto de San José da Costa Rica, espontâneas, imediatas e integralmente cumpridas pela República Federativa do Brasil. E, para cumprir as sentenças proferidas pela Corte, o Brasil deve assegurar a implementação, no âmbito doméstico, das determinações exaradas pelo Tribunal porque as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculam todos os agentes, os órgãos e as entidades do Estado.

Se assim não ocorrer, além de nova responsabilização internacional, o inadimplemento poderá ensejar o ajuiza-

mento de ação judicial executiva, com o objetivo precípuo de garantir o cumprimento total da decisão da Corte.

No que pese o art. 68.2 do Pacto de San José da Costa Rica se referir apenas à penalidade de cunho patrimonial, a parte extrapecuniária das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser executada no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que as sentenças do aludido Tribunal se subsumem ao tipo do art. 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil brasileiro, na medida em que o Brasil aderiu de livre e espontânea vontade à competência contenciosa da Corte em 1998, por meio do Decreto Legislativo N.º 89/1998, e as referidas sentenças visam, em suma, proteger e promover os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-156, dez. 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. v.2.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A implementação das sentenças da Corte na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema da Nação. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 15, p.115-133, dez. 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. v.5
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil
The effectiveness of transnational legal activism in the Inter-American System of Human Rights: an analysis from cases against Brazil

Renata Mantovani de Lima

Lucélia de Sena Alves

A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil

The effectiveness of transnational legal activism in the Inter-American System of Human Rights: an analysis from cases against Brazil*

Renata Mantovani de Lima**

Lucélia de Sena Alves***

RESUMO

Há mais de vinte anos, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos o que, desde então, possibilita a litigância transnacional no sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos para a proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. O presente trabalho tem como propósito analisar os efeitos provocados pelo ativismo transnacional do sistema em comento na política interna brasileira, a partir dos casos *Ximenes Lopes*, *Penitenciária Urso Branco* e *Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”), considerados paradigmáticos, em que o Brasil foi denunciado como violador de direitos humanos, a fim de verificar a efetividade desse tipo de mecanismo.

Palavras-chave: ativismo transnacional – sistema interamericano – direitos humanos - efetividade

ABSTRACT

For over twenty years, Brazil has been a party to the American Convention on Human Rights and has enabled transnational litigation in the Inter-American System of the Organization of American States for the protection of internationally recognized human rights. This study aims to analyze the effects caused by transnational activism of the Inter-American system in Brazilian domestic politics. The leading cases *Ximenes Lopes*, *Urso Branco Prison* and *Gomes Lund et al.* (“*Guerrilla do Araguaia*”), , in which Brazil was denounced as a violator of human rights, will be analyzed, in order to verify the effectiveness of this type of mechanism.

Keywords: transnational litigation – Inter-American System – human rights – effectiveness

* Recebido em 27/08/2013
Aprovado em 20/10/2013

** Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos (2003). Mestrado e Doutorado em Direito pela PUC Minas (2006/2011), com pesquisas na Universidade de Pisa – Itália. Professora da Graduação e do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG. Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA. Consultora jurídica do Grupo Ânima Educação. Contato: renata.mantovani@animaeducacao.com.br.

*** Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna/MG (2010). Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG. Pesquisadora Senior do projeto “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”, do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). Professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas Professor Alberto Deodato, em Belo Horizonte/MG. Advogada. Contato: luceliasenaves@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O movimento de internacionalização dos direitos humanos, iniciado após a segunda guerra mundial, impulsionou a transformação ideológica da ordem internacional para o reconhecimento da dignidade humana como seu corolário, com o principal objetivo de impedir que atrocidades como aquelas praticadas durante o nazismo não mais ocorressem. Contudo, não bastava que os direitos humanos fossem internacionalmente reconhecidos. Era preciso a criação de mecanismos que assegurassem a sua efetivação. Nasce, então, a ideia de que a tutela dos direitos inerentes à pessoa humana, simplesmente pelo fato de assim o serem, de possuírem essa natureza, transcende o domínio exclusivo do Estado, pertencendo, a partir daí, a toda comunidade internacional.

Os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos foram criados exatamente para garantir a efetivação desses direitos, proporcionando o surgimento do chamado ativismo jurídico transnacional (ou judicialização transnacional), o qual vem, desde os anos 90, sendo utilizado pelos litigantes de disputas entre Estados, entre indivíduos e Estados, e entre indivíduos para a efetivação de direitos internacionalmente reconhecidos, por intermédio de cortes internacionais *ad hoc* ou permanentes e tribunais arbitrais.¹

Devido à extensão do tema, o presente trabalho se limitará à análise do ativismo jurídico transnacional impulsionado por indivíduos e organizações não-governamentais no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos em casos em que o Brasil foi acusado de violar esses direitos, a fim de verificar a sua contribuição no processo de (re)organização e (re)politização do país.

2. ATIVISMO TRANSNACIONAL

O ativismo transnacional surge em decorrência da litigância internacional, abrangendo casos de litígios entre Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos, além das fronteiras, nos quais envolvam fatos

que originariamente só poderiam ser levados à jurisdição das cortes internas, porém que, devido a obrigações interestatais firmadas, poderão ser interpostas perante cortes internacionais, permitindo a transformação dos sistemas interno e internacional em um sistema jurídico global, no qual os julgadores aplicarão normas do direito internacional e do direito interno, ou então, uma mistura dos dois.²

Cecília MacDowell Santos define o ativismo transnacional como:

“[...] um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos.”³

Segundo Koh⁴, a moderna litigância transnacional começou após 1946, com o julgamento dos crimes de guerra de Nuremberg e Tóquio, os quais redefiniram a estrutura da litigância internacional, trazendo três principais consequências: a) que os indivíduos não seriam mais somente objetos do direito internacional, mas sim, sujeitos dele; b) que tanto as cortes internas quanto as internacionais teriam competência para determinar direitos e responsabilidades oficiais quando do cometimento de crimes contra a humanidade; e c) a universalização dos direitos humanos através de seus tratados de caráter absoluto.⁵

A possibilidade de utilização desse tipo de instrumento nasce da interdependência entre os Estados, que, na condição de membros da comunidade internacional, decidem, no exercício de sua soberania, cooperar entre si. A respeito da motivação para essa cooperação, a doutrina de BULL estabelece três principais linhas de pensamento: a) a hobbesiana (também denominada realista), segundo a qual a política internacional é entendida como um estado de guerra, em que cada Estado se coloca contra todos os demais e os interesses de um excluem os interesses de todos os outros; b) a kantiana, que identifica, nessa relação interestatal, uma comuni-

1 SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de direitos humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, n° 7, ano 4, p. 27 - 57, 2007, p. 27.

2 SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n° 1, p. 191-219, 2003, p. 192.

3 SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n° 1, p. 191-219, 2003, p. 28.

4 KOH, Harold Honhju. Transnational Public Law litigation. *The Yale Law Journal*, v.100, p. 2347-2402, 1990.

5 KOH, Harold Honhju. Transnational Public Law litigation. *The Yale Law Journal*, v.100, p. 2347-2402, 1990, p. 2358-9.

dade potencial, na qual a natureza essencial da política internacional não está nos conflitos entre os estados, mas nos vínculos sociais transnacionais entre os seres humanos, participantes da comunidade representada pela humanidade; e c) a grociana (também denominada internacionalista), sustentando que a política internacional ocorre dentro de uma sociedade internacional, da qual fazem parte os Estados que têm um interesse comum e, por conta dele, estabelecem limites a seus eventuais conflitos mediante regras e instituições mantidas em comum.⁶

Independentemente da motivação, todo Estado, conforme os ensinamentos de Salem Hikmat Nasser:

“sente, em maior ou menor grau, a necessidade de adquirir meios de influenciar os outros, ou seja, de poder. Possui, também necessidade de segurança e uma noção do que seja necessário para conquistá-lo. (...) Esse é o mundo do “cada um por si” ou talvez até do “cada um contra os outros”. Por outro lado, nenhum Estado sobrevive sozinho, é preciso interagir. Porque uns precisam dos outros, eles devem cooperar. A cooperação atende aos interesses de cada um respondendo às necessidades da interdependência.”⁷

A decisão de cooperação interestatal está ligada, portanto, ao exercício do poder de soberania do Estado, uma vez que este é quem irá ter a palavra final a respeito do que irá ou não cooperar. Não se trata, a nosso ver, de relativização de soberania.⁸ A razão dessa afirmação se sustenta pela concepção que se adota do atributo da soberania, que, segundo Heber Arbuét Vignali, desenvolve-se dentro do direito político de cada Estado, outorgando-lhes um poder supremo e absoluto que subordina as demais vontades e exclui a competência de todo outro poder similar. No âmbito internacional, coexistem muitos soberanos que, ao terem que se relacionar, criam um sistema jurídico de cooperação a partir de compromissos mútuos e obrigações de cumpri-los de boa-fé.⁹ É por conta desse poder que poderão exis-

tir atos estatais contraditórios com os compromissos assumidos internacionalmente, como, por exemplo, as reiteradas violações a direitos humanos ou o descumprimento de recomendações ou decisões provenientes das cortes internacionais, mesmo com a atuação de mecanismos internacionais de coerção.

Portanto, quando os Estados cumprem com uma decisão proveniente dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, não abrem mão de sua soberania, mas sim, estão em pleno exercício dela, já que “[...] por livre decisão de suas vontades soberanas, lenta, porém sistematicamente, foram ampliando o campo de suas relações regulamentadas, decididas em comum [...]”¹⁰

Entretanto, de uma análise empírica, pode-se perceber que, em muitos casos, a litigância transnacional provoca mudanças nas políticas públicas internas até então empregadas pelos Estados, quando a sua incompatibilidade com os compromissos assumidos por estes em tratados é identificada pelas cortes internacionais.

No que tange aos direitos humanos no sistema interamericano, objeto do presente estudo, pode-se afirmar que o alcance desse novo tipo de ativismo possui uma potencialidade ampla de efetivação, uma vez que, além de remediar abusos individuais, propiciam a (re)politização e (re)legalização das políticas relativas aos direitos humanos. Isso porque a adoção de medidas de natureza administrativa e legislativa é cobrada pelas cortes internacionais e o não cumprimento delas pode gerar consequências negativas no que se refere à cooperação da comunidade internacional em relação àquele Estado violador, contrariando o objetivo de obtenção de poder deste.

3. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA COMPETÊNCIA

Os mecanismos de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional se dividem em dois principais sistemas: o global, realizado pelos órgãos da Organização das Nações Unidas, e o regional, de atuação das

6 BULL., Hedley. *A sociedade anárquica*. Disponível em: < <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0158.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013, p. 32-3.

7 NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do Direito Internacional*: um estudo sobre a Soft Law. São Paulo: Atlas, 2005, p. 54.

8 Em sentido contrário é o posicionamento de Flávia Piovesan que sustenta que o reconhecimento de mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos por um Estado significa uma relativização do conceito tradicional de soberania. In O Processo de globalização dos direitos humanos. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf. Acesso em: 20 maio 2013.

9 In JIMÉNES DE ARÉCHAGA. Eduardo. *Derecho internacional publico*. Tomo II. Montevideo: Fundación de cultura universitária,

1995, p. 106.

10 ARBUET VIGNALLI, Heber. Los principios generales de derecho internacional que rigen las relaciones internacionales. In JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. Eduardo. *Derecho internacional publico*. Tomo I. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1995, p. 452.

organizações regionais, entre os quais podemos citar os três principais: o interamericano, o africano e o europeu.

As vantagens dos sistemas regionais são inúmeras, destacando-se a relativa homogeneidade de língua, cultura, tradição, bem como uma maior possibilidade de instituição de mecanismos de monitoramento e de imposição.¹¹

O sistema interamericano é um dos sistemas regionais, estabelecendo-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos. O processo de criação desse sistema pode ser dividido em três fases. A primeira fase está compreendida entre 1.826 e 1.889, iniciando-se no Congresso do Panamá, ocasião em que foi aprovado, por unanimidade, o Tratado de União Perpétua, Liga e Confederação, dos quais faziam parte a grande Colômbia (formada por Colômbia, Equador, Venezuela e Panamá), México, América Central e Peru. O Tratado estabelecia, entre outras disposições, a criação de uma confederação dos Estados americanos para a consolidação da paz e da defesa solidária dos direitos desses países. A segunda fase inicia-se em 1.889, com uma série de conferências de Ministros das Relações Exteriores de cada Estado-membro da OEA, a cada quatro anos, na qual se destaca, como principal instrumento, a Convenção Relativa aos Direitos do Estrangeiro, celebrada na Cidade do México, em 1.902. Por fim, o marco inicial da terceira fase foi o término da Segunda Guerra Mundial, em 1.945, quando se deu o ponto de partida para o processo de institucionalização jurídica do sistema como é conhecido hoje.¹²

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi estabelecida em 1948, na IX Conferência dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em Bogotá, na Colômbia, ocasião em que foi adotada a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU).¹³ Entretanto, somente em 1.978, com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ocorreu o grande passo para a efetivação dos direitos humanos no âmbito regional, uma vez que os principais órgãos deste sistema (a Comissão In-

teramericana e a Corte Interamericana) passaram a atuar de forma mais abrangente.¹⁴

A Comissão Interamericana exerce um papel primordialmente mediador, representando todos os Estados-membros da OEA, com atribuições previstas nos artigos 41 a 43 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Qualquer pessoa está legitimada a peticionar à Comissão para informar possíveis casos de violação a direitos humanos praticada pelos seus membros, cabendo a esta solucionar de forma amistosa o caso apresentado, através de recomendações e solicitações e, caso frustrem as tentativas de solução amigável, a Comissão redigirá um relatório, submetendo-o, logo em seguida, à Corte Interamericana, conforme estabelecem os artigos 44 a 51 da Convenção Interamericana.

Os requisitos de admissibilidade de uma petição à Comissão estão estabelecidos no art. 46, da Convenção Americana, destacando-se: o esgotamento dos recursos da jurisdição interna, a interposição dentro do prazo de seis meses contados de sua notificação e a inexistência de pendência em qualquer outro processo de solução internacional. No entanto, esses dois primeiros requisitos não serão considerados caso inexistam mecanismos de proteção interna para a suposta violação ou caso tenha ocorrido a demora injustificada na tentativa de resolução interna.

Já a Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema interamericano e possui suas atribuições previstas nos arts. 61 a 65, da Convenção, sendo competente para as controvérsias que envolvam casos de interpretação e aplicação das disposições da mesma convenção, em que figurem Estados-Partes que tenham se submetido à sua jurisdição, propostos diretamente pelos Estados, ou que tenham sido encaminhados pela Comissão Interamericana.

A possibilidade de interposição, por parte do indivíduo, de petição no sistema interamericano significa um enorme avanço para o Direito Internacional, no sentido de fortalecimento da posição dos particulares nesse plano.¹⁵ Esse fortalecimento é sustentado por Pasqualucci, como mudança do status dos indivíduos de

11 SMITH, Rhona K. M. *Textbook on international human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 87.

12 HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. São Paulo: Editora da Fapesp, 2001, p. 25-9.

13 HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. São Paulo: Editora da Fapesp, 2001, p. 29-30.

14 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma análise crítica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, nº 73, jan./mar.1982, p. 114.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: UnB, 1997, p. 238.

objeto para sujeito de direito internacional.¹⁶ Porém, o posicionamento acima exarado ainda é controverso, conforme sustentam Pellet, Dinh e Daillier:

“Não há dúvida que as pessoas privadas são abrangidas por um grande número de normas internacionais quer elas lhes confirmem vantagens quer lhes imponham sujeições.

Mas não se conclui que, por isso, as pessoas privadas sejam sujeitos de direito internacional já que na maioria dos casos o Estado faz de intermediário entre elas e o direito internacional.”¹⁷

Deixando as controvérsias de lado, é inegável que a possibilidade de participação de qualquer pessoa no sistema interamericano promove o acesso a uma ordem jurídica e política mais justa, na medida em que amplia os recursos de proteção dos direitos humanos.

Em sua atuação, a Corte declarará a violação a direitos humanos pelo Estado, reconhecendo a sua responsabilidade e determinando que ele repare, através de medidas que entenda necessárias, ou mediante justa indenização, os danos a que tenham sofrido as vítimas.

Apesar de ter atribuído à Corte um caráter jurisdicional, a Convenção Americana não estabeleceu um procedimento formal para a coerção do Estado para o cumprimento de suas decisões, porém estabeleceu em seu artigo 65 que:

“A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.”

Essa disposição, conforme ressalta Thomas Buergenthal,¹⁸ permite que a Corte informe à Assembleia Geral da OEA situações que envolvam descumprimento de suas decisões para que esta adote as medidas políticas que entenda necessárias. Além disso, promove a tomada de conhecimento dos outros Estados-Partes acerca do (baixo) grau de comprometimento de cada Estado com relação aos compromissos internacionalmente assumidos, o que acarreta consequências políticas no processo de cooperação entre eles.

Além dessas atribuições, a Comissão e a Corte podem adotar medidas de urgência em desfavor dos Estados supostamente violadores, sendo elas as medidas cautelares, de atribuição da Comissão, e as medidas provisórias, de competência da Corte, as quais visam a determinar que os Estados cumpram essas medidas, antes mesmo de se findarem os procedimentos estabelecidos na Convenção, quando estiver em risco o direito à vida. Entretanto, conforme ressalta Felipe Gonzáles, a partir dos anos 90, a utilização desses mecanismos se ampliou de forma considerável para abarcar diversos outros assuntos, como a tutela dos direitos das crianças e dos adolescentes, condições carcerárias, lesões ao devido processo legal e direitos à propriedade.¹⁹

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

O estudo da proteção dos direitos humanos remete, inevitavelmente, ao estudo da responsabilidade do Estado por atos que contrariam os compromissos por ele assumidos internacionalmente, uma vez que o simples reconhecimento de direitos não promove a sua efetivação.

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram a responsabilidade internacional do Estado como instituição, princípio geral do direito e obrigação jurídica, segundo a qual o Direito Internacional reage às violações de suas normas.²⁰

A responsabilidade internacional dos Estados é elemento corolário das relações interestatais. Sem ela não se poderia garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados. Este princípio é tão antigo como o da igualdade entre os Estados, já que estes, como iguais, devem admitir esta qualidade tanto em relação aos seus direitos quanto aos seus deveres,²¹ fundamentando-se, principalmente, no princípio da igualdade soberana dos Estados, segundo a qual um Estado não pode reivindicar o cumprimento de normas internacionais se não as estiver cumprindo.²²

16 PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1.

17 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 579.

18 BUERGENTHAL, Thomas. The inter-american court of human rights. *The American Journal of International Law*, v. 76, p. 231-245, 1.982, p.241.

19 GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no sistema interamericano de direitos humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 7, n° 13, p. 50-198, 2010, p. 66.

20 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 74.

21 DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional public*. Tradução Vítor Marques Coelho. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 680.

22 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional*

André de Carvalho Ramos leciona que, de acordo com a prática internacional, são três os elementos da responsabilidade internacional do Estado: a) a existência de um ato internacionalmente ilícito; b) o resultado lesivo; e c) o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo.²³ Presentes esses elementos, haverá o dever de repará-los, bem como o de adotar medidas que impeçam a sua reincidência.

A ilicitude do ato, consoante as regras do direito internacional, não sofrem influência do direito interno, uma vez que, de acordo com o art. 3º do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, a caracterização de um ato de um Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo Direito Internacional e esta não é afetada pela caracterização do mesmo ato como lícito pelo direito interno.²⁴

As ratificações dos tratados de direitos humanos, os Estados assumem obrigações convencionais de proteção a todos os direitos reconhecidos, além de obrigações gerais, como a de adequar o ordenamento jurídico interno à referida norma internacional, requerendo, portanto, a adoção de legislação necessária para efetivar aqueles direitos, em total consonância com as normas internacionais, atingindo essa responsabilidade os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como os seus órgãos e agentes.²⁵ A regra contida no art. 3º, portanto, torna-se especialmente relevante para a verificação, por exemplo, nos casos de violação de direitos humanos, da conformidade das normas internas às de Direito Internacional.²⁶

A Constituição de 1988 atribuiu especial valor aos tratados de direitos humanos ao prever o princípio da prevalência dos direitos humanos como regente das relações internacionais, bem como pelo disposto no artigo 5º, §2º, que estabeleceu que os direitos e garantias previstos naquele capítulo não excluem aqueles previstos nos tratados internacionais a que o Brasil faça parte.

do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005, p. 54.

23 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005, p. 55.

24 In SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de direito internacional*. São Paulo: Rideel, 2013, p. 416.

25 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 640-50.

26 International Law commission. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001. Disponível em < http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em 20 maio 2013.

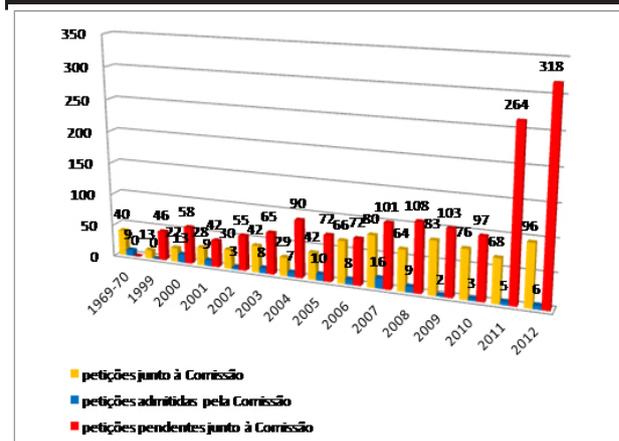
Embora existam opiniões contrárias, entende-se que o disposto no referido parágrafo é suficiente para que se interprete que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem valor constitucional, configurando, como consequência, cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, §4º, IV, da Constituição vigente. Entretanto, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado quando da votação do Recurso Extraordinário nº 466.343, assevera que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil teriam valor supralegal, localizando-se abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional.

Contudo, os tratados sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional por três quintos dos votos, em dois turnos, têm valor de emenda constitucional, conforme prevê o parágrafo 3º, ainda do artigo 5º.

5. OS CASOS APRESENTADOS CONTRA O BRASIL NO SISTEMA INTERAMERICANO

Desde 1998 o Brasil se submete à jurisdição da Corte Interamericana, no entanto, antes mesmo desse ano, o país foi denunciado ao sistema interamericano em diversas ocasiões, conforme poderá ser verificado no quadro abaixo.

Número de petições apresentadas contra o Brasil junto à Comissão Interamericana



Fonte: elaboração própria a partir dos dados contidos no site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.²⁷

Como se pode constatar, o número de petições à Comissão Interamericana, que, em 1999 totalizava 13 petições, vem evoluindo significativamente ao longo

27 Disponível em: < <http://www.oas.org/pt/cidh/>>. Acesso em 15 jul 2013.

dos anos, sendo que em 2008 atingiu o seu maior número, de 108 petições. Essa quantidade cada vez mais crescente faz também aumentar o número de petições pendentes na Comissão para a análise de sua aceitação ou rejeição, o que irá influenciar, conseqüentemente, no grau de efetividade de todo o sistema.

Serão analisados, abaixo, três casos considerados paradigmáticos para ilustrar os efeitos gerados pelo do ativismo transnacional perante o sistema interamericano no direito interno brasileiro.

O Caso Ximenes Lopes vs. Brasil

Damião Ximenes Lopes²⁸ sofria de transtorno mental e foi internado por sua mãe, Dona Albertina, em 01 de outubro de 1999, devido a uma forte crise, na Casa de Repouso dos Guararapes, em Sobral, no estado do Ceará. Entretanto, quatro dias mais tarde, Dona Albertina retornou ao estabelecimento para visitar seu filho, sendo impedida pelos funcionários do estabelecimento, sob a alegação de que Damião não estaria em condições de receber visitas. Inconformada, Dona Albertina começou a gritar e chamar pelo nome do filho, o qual apareceu na sua frente em estado deplorável, cheio de hematomas e ferimentos, porém, como não tinha condições de levar o filho de volta para a casa, que ficava a 72km de Sobral, deixou o filho internado. Assim que chegou em casa, na cidade de Varjota, Dona Albertina recebeu a notícia de que seu filho havia falecido em decorrência de insuficiência cardiorrespiratória.

Desconfiada do diagnóstico fornecido pela referida casa de repouso, em virtude do que havia presenciado dias antes, a mãe de Damião e seus familiares solicitaram do instituto médico legal da capital do estado, Fortaleza, outra avaliação, na qual foi constatado, pelo mesmo médico que havia realizado a necropsia na Casa de Repouso dos Guararapes, que Damião havia falecido em decorrência de causa indeterminada. Por conta dessa afirmação, as autoridades policiais não demonstraram muito interesse em averiguar o ocorrido e, com receio de que a morte de Damião ficasse impune, a irmã dele, Irene Ximenes Lopes Miranda, em 22 de novembro de 1999, denunciou o Brasil junto à Comissão Interamericana por violações a direitos humanos.

Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão recebeu a petição de Irene, bem como solicitou informações ao

Brasil a serem prestadas no prazo de noventa dias, o que não foi cumprido. Quase três anos depois, em 9 de outubro de 2002, a Comissão considerou a falta de resposta do Estado brasileiro e deu início ao procedimento de nº 12.237 e colocou à disposição das partes para a resolução amistosa, em maio de 2003.

Como não houve qualquer pronunciamento do Brasil para o caso, em 8 de outubro de 2003, a Comissão considerou, no Relatório de Mérito 43/03, que o país havia violado vários dispositivos da Convenção Americana, como a proteção da integridade pessoal, direito à vida, proteção e garantias judiciais, determinando ao país a adoção de várias medidas para repará-las, encaminhando-as, em 31 de dezembro de 2003, ao Estado brasileiro para o seu cumprimento em dois meses. Somente após essa notificação é que o Estado brasileiro se manifestou, pela primeira vez, no referido procedimento, em 17 de março de 2004, requerendo a dilação do prazo para a implementação das recomendações feitas pela Comissão, tendo esta decidido submeter o caso à Corte, em 30 de setembro de 2004.

O procedimento que se iniciou em 1º de outubro de 2004, na Corte, findou-se em 4 de julho de 2006, com a condenação unânime do Brasil pelas violações praticadas contra o senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares, determinando o pagamento das devidas indenizações pecuniárias a esses últimos, bem como a adoção de diversas medidas em relação às políticas públicas para a saúde mental e judiciais, para o processamento e punição dos responsáveis, em prazo razoável.

Apesar dessa condenação, somente em 2010 a sentença do processo cível (nº200001730797-0) transitou em julgado, e a do criminal (nº2000.0172.9186-1) transitou em julgado em 31 de agosto de 2011.²⁹

O Caso Urso Branco vs. Brasil

Em 2002, a Comissão Interamericana recebeu petição em favor dos internos da Casa de Detenção José Mário Alves, também conhecida como Penitenciária Urso Branco³⁰, em Porto Velho, Rondônia, sob a alegação de que vários detentos haviam sido brutalmente

28 Os dados completos sobre este caso estão disponíveis em: < <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf>>. Acesso em 15 jul 2013.

29 Dados disponíveis em <<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/sprocprincipal.asp>>. Acesso em 20 maio 2013.

30 Os dados completos sobre este caso estão disponíveis em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>. Acesso em 20 jul 2013.

assassinados enquanto estavam sob a custódia do Estado brasileiro. O fato ocorreu em 1º de janeiro de 2002, quando a direção do estabelecimento procedeu à relocação de 60 detentos que se encontravam em celas denominadas “especiais”, em razão de eles terem cometido crimes considerados imorais e, por isso, caso colocados em contato com os demais internos, poderiam correr risco de vida. Esse grupo foi dividido em grupos de cinco e colocados junto com os detentos de celas comuns.

No mesmo dia, por volta das 21h, deu-se início ao homicídio sistemático dos presos provenientes das celas de segurança pelos próprios detentos das celas comuns, sem que os agentes penitenciários do estabelecimento adotassem qualquer providência para impedi-los. No dia seguinte, foi relatado que quarenta e cinco corpos haviam sido encontrados, sendo que em alguns deles havia sinais de decapitação e mutilação, além de várias marcas de chuchos³¹. Apesar desse relatório, o Governo do Estado informou à imprensa a morte de vinte e sete internos. Após esse episódio, mais cinco detentos ainda foram mortos.

Em 14 de março do mesmo ano, a Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas para a proteção da vida e integridade dos reclusos de Urso Branco, porém, outros cinco foram brutalmente assassinados, totalizando trinta e sete mortes.

Em decorrência disso, a Comissão solicitou à Corte a determinação de medidas provisórias ao Estado brasileiro, a fim de impedir que outras mortes ocorressem, sendo tais medidas deferidas pelo Órgão, em 18 de junho de 2002. Determinou-se, dentre outras medidas, que o país informasse, no prazo de quinze dias, todos os nomes dos reclusos naquele estabelecimento prisional, bem como adotassem medidas para a investigação e responsabilização dos responsáveis pelas mortes relatadas.

Entretanto, vários outros episódios foram relatados pela Comissão. Entre os dias 23 e 27 de junho, trezentos e oito presos foram colocados de castigo no pátio do estabelecimento prisional, nus e sem comida. Além disso, tiveram seus cabelos raspados e foram espancados, o que provocou a determinação pela Corte, em 29 de agosto de 2002, de outras medidas provisórias em desfavor do Estado brasileiro.

Outras cinco resoluções determinaram medidas provisionais a serem cumpridas pelo Brasil (22 de abril de

2004; 07 de julho de 2004; 21 de setembro de 2005; 02 de maio de 2008; e 25 de novembro de 2009), tendo sido arquivado o expediente pela Corte, em 25 de agosto de 2011, em decorrência de um acordo firmado entre a Comissão e o Estado, no qual este se comprometeu a implementar as políticas relativas à infraestrutura, qualificação do pessoal, apuração dos fatos e responsabilização e aperfeiçoamento dos serviços, estabelecidas no “Pacto para melhoria do sistema prisional do estado de Rondônia e levantamento das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.³²

O Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a Human Rights Watch/Americas, peticionaram à Comissão Interamericana denunciando o Brasil por violações a direitos humanos no contexto da ditadura militar ocorrida no país entre 1964 e 1985. A responsabilidade do Estado foi pleiteada em consequência da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, pertencentes ao movimento guerrilheiro denominado “Guerrilha do Araguaia”, formado pelo Partido Comunista do Brasil, que tinha como objetivo instaurar o socialismo no país.

A petição foi recebida pela Comissão em 6 de março de 2008, sendo o Brasil notificado em 21 de novembro do mesmo ano acerca de várias recomendações no sentido de viabilizar a persecução penal dos responsáveis pelos graves crimes cometidos, promovendo, inclusive, alterações legais a fim de que a Lei da Anistia não continuasse a impedir o processamento e julgamento de seus autores.

Por entender insatisfatório o cumprimento de suas recomendações, a Comissão submeteu o caso à Corte em 26 de março de 2009, a qual condenou o Brasil, em 24 de novembro de 2010, ao pagamento de indenizações às famílias das vítimas pelas violações narradas pelos peticionários, bem como declarou a incompatibilidade da Lei da Anistia com as disposições da Convenção Americana, concluindo que o país também violou a obrigação de adequação de suas normas internas com esta.

31 Os chuchos são armas cortantes penetrantes fabricadas pelos próprios detentos.

32 Caso disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_10_ing.pdf>. Acesso em 15 jul 2013.

O *Caso Gomes Lund e outros* foi o primeiro em que o Brasil obteve condenação diametralmente oposta à sua jurisprudência até então pacificada, uma vez que as disposições que impedem investigação e sanção dos responsáveis por violações a direitos humanos durante o período da ditadura militar da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) foram declaradas incompatíveis com a Convenção Interamericana e declarada sem efeito perante a Corte e, conseqüentemente, não impediu a condenação do Brasil às devidas reparações.

O juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas proferiu voto fundamentado em separado, classificando os crimes perpetrados no caso como de lesa-humanidade, ressaltando que eles devem ser tratados de forma diversa, no sentido de que não deveria ocorrer prescrição ou anistia. Além disso, criticou a postura omissa do Estado ao não ratificar, após quarenta e dois anos de adoção, no âmbito internacional, da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, atribuindo-a à pressão política dos militares que participaram daquelas atrocidades.³³

Até o presente momento, além do *Caso Ximenes Lopes*, julgado em 04 de julho de 2006, e do *Caso Gomes Lund e outros*, julgado em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado em mais dois por violações a direitos humanos, sendo eles o *Caso Escher e outros*, julgado em 06 de julho de 2009; e o *Caso Garibaldi*, julgado em 23 de setembro de 2009.

6. OS REFLEXOS INTERNOS DO ATIVISMO TRANSNACIONAL NO ÂMBITO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO

Com base no art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pode-se afirmar que a significação e o alcance de um tratado como este podem ser medidos por seus possíveis efeitos jurídicos no direito interno dos Estados-parte.³⁴

33 O inteiro teor da decisão está disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 15 jul 2013.

34 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma análise crítica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, nº 73, jan./mar.1982, p. 116.

A partir dos casos analisados neste estudo, pode-se constatar que a litigância no sistema interamericano influencia sobremaneira não só as políticas públicas empregadas pelo governo brasileiro, através da atuação de sua Comissão e de sua Corte, uma vez que, seja por conta de suas recomendações ou condenações, foram derogados ou modificados inúmeros dispositivos legais que impediam a efetivação dos direitos humanos.³⁵ Além disso, como sustenta PASQUALUCCI³⁶, essa atuação não contribui somente para a modificação das práticas políticas do país, mas também para a evolução do próprio Direito Internacional, na medida em que suas decisões promovem a evolução da interpretação dos próprios direitos humanos.

A condenação no *Caso Ximenes Lopes* foi histórica, uma vez que foi a primeira em que o Brasil foi condenado no sistema interamericano e foi a primeira a tratar de questões acerca da saúde mental. Os efeitos positivos do caso, segundo ROSATO e CORREIA³⁷ foram: o descredenciamento e desativação da Casa de Repouso Guararapes, na qual Damião foi morto; a criação de um centro de saúde mental que leva o nome de Damião Ximenes Lopes, no Estado do Ceará; a edição da Lei nº 10.216/2001, que trata das políticas públicas para a proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais, considerada um marco para a evolução dessas políticas, apesar de ainda serem consideradas insatisfatórias.

O *Caso Urso Branco*, apesar de ainda não ter chegado à jurisdição da Corte Interamericana, cumpriu com algumas das recomendações da Comissão, bem como com as medidas provisórias da Corte, entre as quais se destacam: a ampliação do referido presídio; capacitação de seus agentes penitenciários pela Escola de Formação, Qualificação e Capacitação de Servidores Penitenciários; e a assinatura do “Pacto para melhoria do sistema prisional do estado de Rondônia e levantamento das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.”

35 ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. *Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, nº 15, p. 93-113, 2011, p. 103.

36 PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 329.

37 ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. *Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, nº 15, p. 93-113, 2011, p. 103.

No caso *Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”), essas mudanças também ocorreram de forma expressiva, principalmente com a criação da Comissão da Verdade, pela Lei nº 12.528, de 16 de maio de 2012, a qual visa a apurar as violações a direitos humanos praticadas no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988, cuja instituição foi pleiteada à Corte pelos representantes dos familiares das vítimas do caso. Segundo Cláudio Fonteles, integrante da Comissão da Verdade, em seu relatório final, previsto para o final de 2014, a Comissão vai recomendar a revisão da Lei de Anistia, a fim de permitir o julgamento e punição dos autores dos crimes praticados durante a ditadura militar.³⁸

Contudo, como demonstram os relatórios da Corte Interamericana, bem como os casos citados no presente artigo, o Brasil ainda protela o cumprimento das medidas por ela impostas e, muitas vezes, as cumpre de forma parcial, fazendo com que as violações perdurem por muito tempo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo transnacional viabilizado pelos mecanismos de proteção do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos constitui verdadeiras garantias aos indivíduos e certamente contribui para a efetivação desses direitos, já que, com a atuação da Comissão e da Corte interamericanas, foi possível a mudança de políticas públicas violadoras de direitos humanos.

As decisões proferidas pela Corte Interamericana contribuem tanto para a evolução dos mecanismos de proteção dos direitos humanos quanto para a do próprio Direito Internacional regional.

Apesar dos avanços, constata-se que o sistema interamericano possui algumas barreiras que limitam a sua efetividade, uma vez que ainda depende da vontade dos Estados-parte para a internalização das normas internacionais de direitos humanos e, estes, apesar de terem se comprometido internacionalmente assim não o procedem.

Assim, faz-se necessário o fortalecimento dos meios de coerção para que o cumprimento das medidas deter-

minadas pelos órgãos do sistema interamericano ocorra de forma mais célere e eficaz.

REFERÊNCIAS

BUERGENTHAL, Thomas. The inter-american court of human rights. *The American Journal of International Law*, v. 76, p. 231-245, 1.982.

BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Disponível em: < <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0158.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2013.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no sistema interamericano de direitos humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 7, nº 13, p. 50-198, 2010.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos*. São Paulo: Editora da Fapesp, 2001.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho internacional público*. Tomo I. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1995.

JIMENES DE ARÉCHAGA, Eduardo. *Derecho internacional público*. Tomo II. Montevideo: Fundación de cultura universitária, 1995.

KOH, Harold Honhju. Transnational Public Law litigation. *The Yale Law Journal*, v.100, p. 2347-2402, 1990.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do Direito Internacional: um estudo sobre a Soft Law*. São Paulo: Atlas, 2005.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-Amrican Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PIOVESAN, Flávia. O Processo de globalização dos direitos humanos. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf. Acesso em: 20 maio 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

38 Entrevista concedida ao Jornal *O Globo*. Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/comissao-da-verdade-vai-recomendar-revisao-da-lei-da-anistia-8440532>. Acesso em 20 maio 2013.

- ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, n° 15, p. 93-113, 2011.
- SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de direito internacional*. São Paulo: Rideel, 2013.
- SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de direitos humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, n° 7, ano 4, p. 27 - 57, 2007.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, n° 1, p. 191-219, 2003.
- SMITH, Rhona K. M. *Textbook on international human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma análise crítica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, n° 73, jan./mar.1982.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. Brasília: UnB, 1997.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Processo e o Direito Coletivo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional

Coletive Right and Process in Interamerican System of Human Rights: an analysis based on the international jurisprudence

Laercio Dias Franco Neto

Dafne Fernandez de Bastos

O Processo e o Direito Coletivo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional

Coletive Right and Process in Interamerican System of Human Rights: an analysis based on the international jurisprudence*

Laercio Dias Franco Neto**

Dafne Fernandez de Bastos***

RESUMO

O presente artigo visa apresentar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos compreende o direito e o processo coletivo em sua jurisdição, em virtude da falta de instrumentos jurídicos taxativos no que concernem esses direitos, e ao mesmo tempo, a obrigação de dar solução aos casos concretos à luz de uma maior proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito e Processo Coletivo. Jurisprudência.

ABSTRACT

The present article intends to establish how the Inter-American Court of Human Rights comprehends collective lawsuit and law in its jurisdiction, especially due to the lack of strong legal instruments about these rights, and still, the obligation to provide solutions to the cases aiming a wider protection on human rights.

Keywords: International Human Rights Law. Inter-American Court of Human Rights. Collective Lawsuit and Law. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

O surgimento do Direito Internacional, pelo menos enquanto expressão cunhada para se referir às relações jurídicas no plano mundial, é do século XVIII, do filósofo inglês Jeremy Bentham¹, substituindo o equivalente da época, que tratava de um “direito das gentes”. Apesar de consagrada na doutrina, na jurisprudência e na própria linguagem usual, é preciso retirar dessa expressão sua acepção correta, uma vez que o direito internacional difere em muito do direito interno².

* Recebido em 02/07/2013

Aprovado em 19/07/2013

** Mestrando em Direitos Humanos pela UFPA. Membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia).

*** Mestre em Direitos Humanos pela UFPA. Especialista em Direito Público Rede Anhanguera-Uniderp).

1 BENTHAM, Jeremy. “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, Clarendon Press, Oxford, 1996. P. 296.

2 Muito embora não seja o caso, é necessário apontar aqui, para fins didáticos, as correntes

O aspecto mais relevante na diferenciação refere-se ao papel da política, simbiótico no direito internacional. Existia a percepção de que as relações internacionais e o direito internacional se confundiam, não sendo possível a efetivação deste sem o auxílio daquelas. A entender de forma diversa, a consequência seria o verdadeiro inadimplemento do direito internacional. Lafayette Rodrigues, jurista brasileiro do início do século XX, questionava-se³:

“Há quem pense que o direito internacional não seja senão um código de regras e máximas morais, a que as nações, na ausência de jurisdição superior incumbida de aplicá-lo e fazê-lo observar, só prestarão obediência quando seus interesses o permitirem ou o exigirem, ou quando lhes faltar poder para impunemente violá-lo. Não haverá nisso uma parcela, uma partícula de verdade?”

No entanto, nos últimos noventa anos, percebe-se o estabelecimento de um Direito Internacional verdadeiramente autônomo, em parte devido ao processo de positividade das normas internacionais e do surgimento de caminho irreversível rumo à judicialização (surgimento de Tribunais Internacionais) e da consequente capacidade de justiciabilidade⁴ dos direitos perante esses órgãos.

Essa revolução no Direito Internacional deve-se

doutrinárias que apontam a relação entre o direito interno e o direito internacional. De fato, o direito internacional tem impacto direto no âmbito interno dos Estados. E, ainda que aqui se adote a teoria que os aponta como temáticas distintas, existem autores que dizem exatamente o oposto. Neste diapasão, tem-se a corrente doutrinária que prega o monismo, pela qual existiria apenas uma ordem jurídica, com normas internacionais e internas, interdependentes entre si. Esta corrente subdivide-se ainda em nacionalista – em que haveria primazia do direito interno de cada Estado – e internacionalista – sendo o ordenamento jurídico uno, o Direito das Gentes seria hierarquicamente superior. Os pensadores que defendem o dualismo, por sua vez, vinculam-se à teoria da incorporação ou teoria da mediação – formulada por Paul Laband, estipula que é possível a regulação de relação de relações internas em um território de certo Estado por tratado, mas desde que ele seja incorporado por procedimento específico, passando então a ser norma interna – e entendem que o direito internacional e o direito interno são duas ordens diversas e não dependem em nada entre si, mas suas normas não poderiam entrar em conflito entre si; desta forma, o direito interno estaria restrito a regular a relação entre os indivíduos e o ente Estatal, ao passo que o direito internacional seria responsável por disciplinar as relações entre Estados.

3 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios do Direito Internacional*. J.R. dos Santos, Rio de Janeiro, 1902.

4 Apesar de tênue a diferença, não se pode olvidar a necessidade de trazer à análise o fato de que não existe sinonímia entre *justiciabilidade* e *judicialização*, muito embora os dois vocábulos sejam frequentemente utilizados com o mesmo significado. Conforme ensina Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, na obra coletiva produzida pela Escola Superior do Ministério Público da União (Direitos Humanos Internacionais – Cap 8 §17: a justiciabilidade e a imposição dos direitos econômicos, sociais e culturais), a *justiciabilidade* traduz nada mais que uma mera potencialidade/possibilidade de judicialização, ao passo que esta última diz respeito à efetiva concretização destes direitos (sociais, econômicos, culturais) como objeto de demandas judiciais de forma intensa, o que já ocorre.

também ao surgimento da dimensão de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, desdobrando-se em um ramo jurídico específico, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com autonomia didática, científica, estrutural próprios e que finalmente legitimou o cidadão não apenas como titular desses direitos, mas principalmente como titular em perquiri-lo⁵.

Ademais, apesar de não ser objeto constantemente trabalhado, faz-se imperioso observar que o direito não é unicamente material, mas também processual, apresentando os mecanismos de concreção das garantias materiais que prevê para os jurisdicionados.

E nesta seara, é inegável o surgimento – no plano internacional – de regras e procedimentos que irão definir a maneira em que se pode ter acesso às jurisdições internacionais e quais direitos poderão ser requeridos. Logo, pode-se atestar a existência de verdadeiro Direito Processual Internacional.

Este artigo possui um objeto restrito: cinge-se à discussão relativa à temática da proteção dos direitos humanos dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tem como objetivo específico desenvolver a questão dos meios processuais para efetivação dos direitos humanos de titularidade coletiva. Para ilustrar as conclusões e premissas aqui apresentadas, ilustra-se a explanação com exemplos colhidos da jurisprudência internacional.

Apesar deste corte metodológico, o trabalho não se furta de analisar questões introdutórias que permitam o desenvolvimento apropriado do tema proposto, bem como tecerá digressões as mais completas possíveis acerca dos casos trazidos para exemplificação.

2. DIREITOS HUMANOS E PROCESSO INTERNACIONAL

2.1 – Dimensão Internacional

É costume afirmar que os direitos humanos surgiram no

5 A legitimação do indivíduo para a postulação internacional não é tema pacífico no ordenamento internacional. Desta forma, ainda não é garantida de forma plena a participação do indivíduo no que tange à postulação internacional, havendo tratamento diferenciado nos diversos sistemas (europeu, interamericano, etc). Entretanto, como este não é o tema central deste presente estudo e tecer comentários seria uma tergiversação muito grande, demandando obra própria para esta análise, contenta-se apenas em remeter o leitor à temática, a ser analisada com parcimônia na sistemática internacional.

âmbito internacional apenas após a Segunda Guerra Mundial. Esta asserção, todavia, não é propriamente correta.

Em verdade, é possível observar-se a existência deste tão aclamado rol de direitos – os direitos humanos – e seus consectários necessários – os mecanismos de proteção – desde o século XIX, com a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ou mesmo em 1919, com a Organização Internacional do Trabalho. Estes foram marcos no aparecimento de alguns mecanismos esparsos de proteção dos direitos da pessoa humana.

A partir de 1945, inicia-se um processo de sistematização internacional da proteção dos direitos humanos, tanto por uma vertente global, capitaneada pelas Nações Unidas, materializada pela Carta da ONU (1945) e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quanto pelas vertentes regionais de proteção.

A junção dessas duas vertentes propicia a fundação de uma nova matéria jurídica, intitulada de Direito Internacional dos Direitos Humanos, que segundo palavras do juiz brasileiro da Corte Internacional de Justiça (CIJ) Antônio Augusto Cançado Trindade, seria o “*corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais.”⁶

Logo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um ramo jurídico autônomo, com sua autonomia didática, estrutural legislativa o que permitiria uma existência principal e não acessória ao direito internacional.

É imperioso atentar que o direito internacional dos direitos humanos é o ramo jurídico que objetiva a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana no mundo inteiro, ou seja, em caráter universal. Fundamenta-se na premissa de que a dignidade humana deve ser resguardada não apenas pelo seu valor – que é inerente a qualquer ser humano –, mas também porque a paz, para ser mantida, exige o respeito aos direitos humanos.

Além dos direitos materiais, a “nova” ordem trouxe também as garantias necessárias à sua manutenção e proteção, com destaque aos mecanismos de ordem processual – objeto deste estudo.

6 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org). **Desafios do Direito Internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 210.

O professor Guilherme de Assis Almeida indica o contexto desse acontecimento, o que permite a compreensão do motivo que explica o momento que desencadeou o desenvolvimento de um processo que já estava em curso:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) foi elaborado no contexto histórico de dois eventos do totalitarismo: os campos de concentração e o lançamento das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki, os primeiros incidentes de uma guerra nuclear. Precisamente nesse momento no qual as ideias-guia do passado estão inadequadas para vincularem os seres humanos com o futuro que surge o DIDH. Tendo isso em conta é que devemos analisar o DIDH como uma tentativa de superação da ruptura e uma resposta jurídica a esses eventos totalitários.”⁷

Os direitos humanos passaram a ser então protegidos; mais que isso, passaram a ser objeto de instrumentos jurídicos internacionais com força vinculante⁸, apesar de alguma impropriedade que eventualmente é apontada quando da interpretação dos direitos objeto de proteção em virtude da classificação doutrinária e jurisprudencial que lhes é conferida.

Ponto pacífico é que é característica inerente aos direitos humanos a indivisibilidade. A despeito disto, são comumente divididos em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão (ou “geração”, conforme criticada doutrina), o que ensejaria a noção de que seriam divisíveis.

Os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e políticos, direitos de inspiração individual. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, os direitos de terceira dimensão são os direitos difusos e coletivos. Elísio Bastos afirma que os direitos humanos, como teoria que se conhece hoje, formaram um dos esteios jurídicos da Revolução Liberal.⁹

É empiricamente inegável que os ditos direitos de primeira dimensão foram aqueles que, ao longo dessa breve história contemporânea de proteção dos direitos

7 ALMEIDA, Guilherme de Assis. Soberania, Cosmopolitismo e Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Disponível em <http://www.nevus.org/downloads/down075.pdf>. Acesso em 12/02/2013, p. 11.

8 Como exemplo de instrumentos jurídicos internacionais vinculantes, tem-se o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, entre outros.

9 BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os Direitos Humanos e suas gerações. **Revista dos Tribunais**, ano 100, vol. 908, p. 174-201, junho 2011.

humanos, tem possuído maior atenção e maior profundidade no que concerne a evolução dos mecanismos internacionais.

Paralelamente ao sistema global de proteção das Nações Unidas, de cunho universalista, passaram a surgir também sistemas mais especializados, os ditos sistemas regionais de proteção. Trata-se de uma esquemas de promoção da dignidade humana que reúnem apenas alguns Estado, setorizadamente.

O objetivo primordial de tais sistemas regionais é o reforço da estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos a partir da reunião de Estados que têm maiores afinidades entre si, em virtude de uma série de fatores; dentre eles a localização geográfica, os costumes, a cultura, etc.

São expoentes regionais os sistemas africano, interamericano e o europeu. Existe ainda esforços concentrados para a criação de um sistema asiático, mas trata-se de mecanismo ainda incipiente.

No continente americano, o sistema regional de proteção dos Direitos Humanos surgiu por meio da Organização dos Estados Americanos (OEA). Os primeiros instrumentos regionais que versavam sobre o tema foi o próprio Tratado Constitutivo da Organização (Carta da OEA), e posteriormente, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem¹⁰.

O sistema americano encontra-se, atualmente, bastante robustecido. Tem aparato normativo próprio e bem delineado, e tem atuação de repercussão, com destaque para as demandas indígenas/tribais, característica das Américas.

No sistema interamericano – real objeto do presente artigo –, convém apontar que o documento principal: a Convenção Americana de direitos humanos, peca da mesma forma que a europeia, somente versando sobre direitos de primeira dimensão (os civis e políticos), datando de 1969.

Os direitos sociais, culturais e econômicos, no entanto, não foram totalmente deixados de lado no âmbito do sistema interamericano, uma vez que em 1988, o Protocolo de San Salvador consagrou os direitos sociais, econômicos e culturais.

Ocorre que a restrição quanto à judicialização severa, haja vista que a Convenção de 1969 está totalmente abrangida pela Corte Interamericana, enquanto apenas dois artigos do Protocolo Adicional (direito sociais, econômicos e culturais) são passíveis de reclamação jurisdicional.

A doutrina tradicional costuma imputar a estes grupos de direitos tratamento bastante diversificado em razão de os direitos civis e políticos supostamente possuírem natureza de prestação negativa, enquanto os direitos sociais, econômicos e culturais seriam de prestação positiva. Logo, estes últimos gerariam encargos ao Estado, em especial no âmbito orçamentário, o que não aconteceria com os primeiros.

O critério a que se refere esta classificação e consequente tratamento diverso diz respeito ao conteúdo das normas que veiculam direitos fundamentais. A partir dele, as normas constitucionais podem ser classificadas como de defesa ou prestacionais, conforme proposto por Víctor Abramovich e Christian Courtis¹¹.

Para estes autores, direitos fundamentais de defesa seriam aqueles que se convencionam determinar como civis e políticos, ao passo que os direitos prestacionais seriam aqueles determinados como sociais, econômicos e culturais.

No primeiro grupo estariam abarcados os direitos civis e políticos – como a vida, a liberdade, a cidadania, etc - enquanto neste último seriam previstos direitos sociais, econômicos e culturais.

Hodiernamente, não se reputa possível subsistir tal dicotomia. A necessária prevalência dos direitos humanos, sua indivisibilidade, amparadas na premissa de que as normas devem ser interpretadas da maneira mais favorável possível à sua garantia fazem com que outra conclusão não seja a de que ambos os grupos de direitos poderão (e deverão), eventualmente, gerar despesa na sua implementação pelos Estados.

Ainda que os direitos de primeira dimensão – conforme a doutrina e a própria jurisprudência nacional e internacional costumam asseverar – exijam nada mais que uma mera abstenção por parte do Estado para que possam ser exercidos, é inegável que existe um valor econômico para que essa abstenção seja possível. É o

10 A Carta da OEA, instrumento que cria a Organização, assim como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, foram adotadas em 1948, durante a realização da IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, Colômbia.

11 COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2a ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002.

que ocorre, por exemplo, com o exercício do poder político pelo povo nas eleições.

O voto exige que não haja intervenção do Poder Público, que deve se abster para que os cidadãos se manifestem livremente. Mas, para que essa manifestação possa ocorrer, é preciso que haja um sistema integrado e bem organizado para tal. Cita-se, como exemplo a existência de urnas, pessoal preparado (servidores públicos em sentido lato), poder judiciário organizado e especializado para solucionar eventuais controvérsias relativas à matéria eleitoral ou ao pleito em si, etc.

Portanto, faz-se necessário perquirir a fundamentação dos direitos, sejam eles de defesa, sejam sociais prestacionais.

Neste diapasão, os DESCs são dotados de eficácia jurídica, ainda que veiculados de maneira precípua em normas ditas programáticas. E a eles deve-se, portanto, ser atribuída efetividade.

Em um primeiro momento no sistema interamericano, considerando o processo de (re)democratização em muitos países, os direitos civis e políticos foram os principais vetores demandados pela sociedade, muito vezes frente ao novo Estado democrático, porém com instituições de certo resquício autoritário. Esse processo é marcante durante os anos 80 e os anos 90 do século XX.

Diante de um novo cenário continental, no qual a instabilidade política tornou-se acontecimento mais incomum (apesar de ainda presente em alguns Estados), a sociedade passou a clamar pelo atendimento a outros tipos de direitos (*rectius* direitos considerados sob outros aspectos).

Como demonstrado até agora, se é verdade que o DIDH representou evolução ímpar no Direito Internacional, inclusive concedendo ao indivíduo a possibilidade de ser sujeito ativo, a construção protetiva jurisdicional ocorreu em bases individuais. A dimensão coletiva foi sumariamente esquecida, sobretudo no que concerne aos procedimentos de reclamação jurisdicional.

Não é objetivo deste trabalho adentrar direitos de terceira dimensão, que apesar da terminologia de difusos e coletivos¹², não se confunde com a titularização coletiva pretendida. De fato, é possível falar em direitos coletivos titularizados individualmente e, por outro lado, da tutela coletiva de direitos¹³.

A questão que delimita este estudo reveste-se de caráter processual frente às garantias já pacificadas no sistema interamericano de direitos humanos. Como já apontado que existe a dimensão da titularidade coletiva relativa aos direitos eminentemente civis (tutela coletiva de direitos), cujo maior exemplo é o direito à propriedade e o direito à reparação civil, sobretudo quando analisado à luz das relações peculiares das populações tradicionais e indígenas ainda existentes nas Américas, de forma geral.

Desta forma, ainda que seja verdade que a construção histórica de institutos como a propriedade tenham ocorrido com base em acepções exclusivamente individuais, é preciso lidar com a verdade inexorável de que os direitos civis também são matéria que abarca inegavelmente uma dimensão coletiva.

Este o ponto central desta análise. Abordar-se-á também a tentativa de instrumentalização concernente aos direitos sociais, considerando que seu caráter coletivo é pressuposto para a própria consecução desses direitos.

2.2 – Os instrumentos jurisdicionais do Sistema Interamericano

O arcabouço normativo e institucional do Sistema Interamericano passou a contar com um órgão responsável “por promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”¹⁴.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada em 1959, por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, no Chile. A CIDH foi formalmente instalada em 1960, quando o Conselho da Organização aprovou seu Estatuto¹⁵.

Posteriormente, com a ulterior institucionalização de órgãos para o sistema, passou-se a contar com um tribunal internacional para o tema, denominado de Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), tendo sido criada em 1969 pela Convenção Americana de Direitos Humanos e instalada apenas em 1978, em São José, na Costa Rica¹⁶.

Manual de Processo Coletivo – volume único. Rio de Janeiro: Editora Método, 2012.

14 Artigo 106, da atual Carta da OEA.

15 HANASHIRO, Olaya *Sílvia Machado Portella*. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Edusp, 2001., p. 27.

16 RODRIGUES-PINZON, Diego; MARTIN, Claudia. La pro-

12 Ver art. 81, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

13 Ver as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves, na obra

Ambos os órgãos visam garantir o respeito aos documentos que integram seu escopo de atuação, basicamente positivamente internacionais sobre Direitos Humanos.

Os principais documentos que compõem o Sistema são: a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador de 1988); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte¹⁷.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui duas competências: consultiva, que abrange todos os Estados-partes da Convenção; e contenciosa, que demanda adesão expressa por parte dos países, e a qual vai interessar para o objeto deste artigo. Hodiernamente, dos trinta e cinco Estados que compõem o Sistema da Organização dos Estados Americanos, vinte e cinco reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte.

A competência contenciosa é justamente a que possibilita ao indivíduo o acesso à Corte. No entanto, há de ressaltar-se que o acesso à jurisdição é indireto. Para alcançar o Tribunal, existe previamente uma espécie de juízo de admissibilidade e de tentativa conciliatória perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, caracterizado como órgão quase judicial.

Para efeitos comparativos, no sistema europeu, desde 1994 com o advento do Protocolo XI, o acesso passou a ser direto à Corte de Estrasburgo, abolindo-se procedimento similar ao exigido no Sistema Interamericano.

Para que se possa apresentar uma petição perante a Comissão com o intuito de alcançar à Corte, é preciso que além da violação de um dispositivo expresso dos instrumentos internacionais que ela abarca e que o Estado violador reconheça sua competência, é fundamental que ainda sejam atendidos os seguintes requisitos: que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de

direito internacional geralmente reconhecidos; que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; e que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional.¹⁸

Pode-se relativizar essas exigências quando não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos cujas violações estejam sendo alegadas; não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna; ou houver sido impedido de esgotá-los, houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.¹⁹

Vale ressaltar que não precisa ser a vítima a encaminhar a petição, mas basta que sejam representantes; desta forma, inclusive ONG's possuem a legitimidade necessária para postular perante a Comissão.

Anteriormente, com a eventual admissão da petição pela Comissão e encaminhamento à Corte, era a própria Comissão que iria atuar na etapa jurisdicional. Com a reforma do regulamento da Corte em 2010, passa a existir o acesso a essa fase judicial pelos representantes da vítima, significando expressiva aproximação da jurisdição efetiva aos sujeitos de direitos violados.

A Convenção Americana, em todo seu texto, sempre se refere como sujeitos de sua proteção "toda pessoa". O artigo 1.2 da CADH define a intenção do documento com essa expressão, dizendo que "pessoa é todo ser humano". Por uma perspectiva interpretativa literal, estaria reconhecido apenas o indivíduo como titular dos direitos albergados no texto convencional.

O objetivo do art. 1º.2 da CADH nunca foi evitar petições em nome de grupos, mas sim impedir que indivíduos sejam excluídos da proteção deste instrumento, sob a justificativa que não ostentam caráter de pessoa.²⁰

No relatório da Comissão Interamericana sobre acesso à justiça em matéria de DESC (2007), algumas questões colocadas são extremamente relevantes, inclusive importantes críticas ao atual sistema.²¹

hibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano: manual para víctimas y sus defensores. Ginebra: Organización Mundial contra a tortura, 2006, p. 30-31.

17 O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992; O Protocolo de San Salvador em 1996; a Convenção de Belém do Pará em 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte em 1994.

18 Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, art. 46.1.

19 Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, art. 46.2.

20 CHIRIBOGA, O. C. *O Direito à Identidade Cultural dos Povos Indígenas e das Minorias Nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano*. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. n° 5, ano 3, 2006, p.47.

21 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2007. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económi-*

O direito material só pode ser garantido se houver um recurso processual efetivo e disponível para reclamá-lo, frente ao seu descumprimento. Ou seja, não é possível que o reconhecimento de cada vez mais direitos venha descompassado de uma inexistência processual garantidora.

Nesse ponto, destaca-se a imperiosidade da existência recursos judiciais de natureza coletiva e ações de classe em matéria de direitos sociais, já que atualmente, há imensa dificuldade em garantir a legitimação ativa desses grupos e uma participação efetiva nos procedimentos. A reforma do regulamento da Corte em 2010, já citada, pretendeu mitigar em parte essas dificuldades.

O relatório da Comissão sobre acesso à justiça destaca como exemplo a ser usado como inspiração os recursos processuais brasileiros, que permitiriam a fiscalização das políticas públicas por diversos atores sociais, em especial grupos ou comunidades afetadas por situações estruturais que mitigam seus direitos.

Citam-se as ações de amparo coletivo do direito processual brasileiro, como ação civil pública, mandado de segurança e outras, podendo em alguns casos a própria coletividade reclamar judicialmente seus direitos, ou em outros, legitimados representando essas classes.

Aponta o relatório que essa previsão processual brasileira contribuiu em muito para o avanço nos respeitos às garantias dos titulares de direitos, não só pela maneira mandamental repressiva, mas por meio da inclusão de alguns grupos no processo de discussão de políticas públicas.

A vigência de mecanismos adequados para reclamar os direitos, sejam sociais ou civis, especialmente na sua dimensão coletiva, é tema central a ser considerada na agenda de reformas judiciais dos países membros do Sistema Interamericano e também, no próprio âmbito de proteção da Convenção Americana.

3. A DIMENSÃO COLETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

Como foi observado até então, do ponto de vista da sistematização normativa, o Sistema Interamericano carece de proteção específica da tutela coletiva. Contu-

do, umas das maneiras em que o Direito Internacional mais tem se desenvolvido nas últimas décadas ocorre por meio das decisões dos tribunais internacionais. O mesmo será percebido no presente caso.

3.1 O Direito coletivo a terra

O direito sobre a terra, mais especificamente o direito de propriedade é uma constante desde o início do mundo jurídico. A posse, maior expressão de poder sobre a terra e a propriedade, que com Napoleão Bonaparte e seu *Code Civil* adquiriu contornos quase absolutos, sempre foram motivo de celeumas entre particulares, entre entes públicos.

Ocorre que a percepção da terra não é a mesma por todos os povos que coabitam o planeta terra. Neste diapasão, é preciso deitar um olhar multiculturalista e eminentemente democrático, para conceber que, além do conceito clássico e ocidentalizado de propriedade (*rectius* direito sobre a terra) existe ainda a visão de povos que detém uma relação mais peculiar com este bem deveras valioso. Neste ínterim, cita-se as populações indígenas, tribais, além das comunidades tradicionais.

Considerando a existência de populações tradicionais e indígenas no contexto latino-americano, um tipo de demanda que passou a chegar à Corte se referia ao direito de propriedade e posse de terras ancestrais por esses povos. Nota-se que no caso, o direito material só será efetivamente protegido se o direito de propriedade puder ter uma noção coletiva. Não faria qualquer sentido o loteamento de uma terra ancestral e sua individualização para cada um dos sujeitos. Pelo contrário, para a maioria, dentro de uma cosmovisão específica, a unidade territorial é pressuposto para uma vida harmônica. E não poderia o Estado artificialmente individualizar para a satisfação de fins técnico-processuais.²²

Quando essas demandas chegaram ao Sistema Interamericano, tanto Comissão, quanto Corte, não poderiam se furtar de oferecer uma resposta efetiva à situação. O primeiro julgado emblemático proferido pela Corte Interamericana foi do caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*.

cos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 07 de setembro.

22 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2001. Sentença de 31 de agosto, Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, parágrafos 148 e 149.

A Corte analisou no caso concreto qual seria o alcance do artigo 21 (direito à propriedade privada), entendendo que, por meio de uma interpretação extensiva, devia-se compreender como abarcada a proteção a uma propriedade coletiva de uma comunidade indígena. Para que seja efetivada essa titularidade coletiva, constitui pressuposto que o bem seja tratado como bem coletivo, e não mero agregado de bens individuais.²³

Dessa forma, a Corte decidiu que ocorrera a violação do art. 21 (direito a propriedade) da Convenção Americana, reconhecendo, expressamente, que a dimensão de propriedade das comunidades indígenas diverge daquela literalmente expressa no texto da Convenção, possuindo, sobretudo, uma dimensão coletiva. Ainda assim, a Corte entendeu que ela estaria abarcada pela proteção do referido artigo. Aplicou-se uma interpretação extensiva, para maior proteção dos direitos.

Em voto separado dos Juízes Cançado Trindade, Máximo Gomes e Alirio Burelli, os magistrados asseveraram que:²⁴

“A interpretação e a aplicação dadas pela Corte ao conteúdo normativo do art. 21 da Convenção Americana no presente caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua* representam, a nosso modo de ver, uma contribuição positiva a forma de proteção comunal da propriedade que prevalece entre os membros da dita comunidade.” (tradução nossa)

No caso das *Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo v. Belize*, a Comissão Interamericana, em seu relatório de admissibilidade à Corte, concluiu que “o direito de propriedade foi reconhecido como um dos direitos que contém esse aspecto coletivo.” (tradução nossa).²⁵

Por meio da prática hermenêutica da Corte e da Comissão Interamericana, foi possível a ampliação da proteção da propriedade àqueles de titularidade coletiva, que mesmo sem expressão exata no texto convencional, não havia justificativa sob o aspecto dos direitos humanos que não fossem abarcados pela norma.

Segundo o autor Magnus Killander, em seu artigo

23 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2001. Sentença de 31 de agosto, Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, parágrafos 148 e 149.

24 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 31 de agosto de 2001, Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, Voto separado, parágrafo 15.

25 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe nº 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belize, 12 de outubro de 2004, parágrafo 113.

sobre a interpretação dos tratados regionais de direitos humanos, a interpretação tem sido feita acompanhando a evolução dos tempos e as condições atuais de vida, ou seja, considerando a Convenção Americana como um instrumento vivo.²⁶

É devido a esse esforço hermenêutico da Corte, que segundo entendemos, que a sentença reconheceu a aplicação de um direito eminentemente civil (propriedade) com uma noção social/coletiva, como já vinha sendo esboçado nos casos anteriormente citados.

Inclusive, Jack Donnelly aponta em seu texto que, a divisão dos direitos humanos corresponde a uma certa artificialidade tendo em vista que, o direito a propriedade, que seria um direito social/coletivo, sempre foi tratado como direito civil, sem maiores explicações.²⁷

O caso mais recente a ser julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direito à propriedade coletiva é o da comunidade *Xákmok Kásek v. Paraguai*.²⁸

O papel da Corte ao julgar esse caso transcendia a mera aplicação da Convenção. Valendo-se da equidade, que é um valor previsto tanto na Convenção Americana, quanto na Convenção de Viena sobre direitos dos tratados de 1969, dever-se-ia buscar a resposta correta para o caso concreto, considerando as especificidades presentes por se tratar de uma comunidade indígena e sua relação única e diferenciada com a terra.

A sentença do caso citado é de 2010. A Corte Interamericana já havia julgado casos semelhantes, especialmente no que concerne direito a propriedade ancestral por parte dos povos indígenas no contexto latino americano, o que mostra uma sequência lógica e de coerência nas decisões, o que permite a conclusão da consolidação desse entendimento pela Corte Interamericana.

3.2 Garantia judicial e tutela judicial efetiva coletiva

A Corte também desenvolveu outros mecanismos para robustecer a proteção dos direitos por uma perspectiva de titularidade coletiva, resguardando essa dimensão.

26 KILLANDER, Magnus. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. *SURRevista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n. 13, dez./2010.

27 DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2.ed. Londres: Cornell University, 2003. p. 7-52

28 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 17 de junho de 2005, Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai.

Em outro caso paradigmático, *Yakye Axa v. Paraguai*²⁹, a Corte condenou o Estado paraguaio, entre outras violações, pelo descumprimento do artigo 8º (garantias judiciais) e artigo 25º (proteção judicial).

O caso, semelhante ao *Anas Tigni v. Nicarágua*, também versava sobre o direito coletivo à propriedade ancestral da comunidade indígena Yakye Axa. Contudo, em sua sentença, o Estado também foi condenado por não prover à comunidade e seus membros recurso efetivo e eficaz para atender aos anseios da população em questão.

Nota-se que, ao se configurarem violados os artigos 8º e 25º, garantias judiciais e tutela judicial efetiva, o problema foi a ausência de mecanismos coletivos no Estado paraguaio para que os indígenas pudessem reclamar seus direitos. Ou seja, reconhece-se que há a necessidade de instrumentos processuais que possam garantir o respeito efetivo ao direito coletivo.

A corte ordenou que o Paraguai adotasse medidas internas que criassem um mecanismo judicial efetivo, como medida de satisfação e garantia de não repetição. O direito internacional, à medida que o Estado transferiu à Corte parte de sua soberania, impõe ao Paraguai a necessidade de internamente instrumentalizar mecanismos efetivos que garantam a tutela coletiva, no caso presente, de uma parcela específica da população. Ademais, não basta que haja um direito se ele não é protegido na prática. A previsão interna não pode ser mera alegoria.

3.3 A (não) individualização das vítimas para fins de reparação civil

Historicamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nas suas sentenças, quando declara a violação de direitos, mesmo esses que tem sido trabalhado ao longo desse artigo que versam sobre titularidade coletiva, o faz somente em relação aos membros da comunidade, sendo mandatória a individualização dos lesionados, e não a lesão contra as comunidades *per se*. É pressuposto, como visto nos casos *Massacres de Ituango v. Colômbia*³⁰ e *Anas Tigni v. Nicarágua*, a necessidade de nomeação expressa e individual dos eventuais beneficiários.

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 17 de junho de 2005, Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai.

30 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 01 de julho de 2006, Massacres de Ituango v. Colômbia.

Em um paralelo ao direito brasileiro, seria afirmar que, nos casos citados que versam sobre direitos de titularidade dos povos indígenas ou tradicionais, cuja dimensão é indubitavelmente coletiva, no momento da reparação civil e da própria configuração da lesão, ele seria individual homogêneo.

Essa interpretação se deve novamente ao famigerado artigo 1.2 da Convenção, que define como indivíduo o ser humano, titular de direitos e liberdades, sem menção expressa de caráter coletivo.

Esse método interpretativo pode acabar por violar outros direitos ao ignorar a própria cosmovisão desses povos, que eventualmente integrem a comunidade, e que por força da sentença judicial, sejam excluídas pela decisão da Corte.

Contudo, em um caso isolado, e dotado de peculiaridades, a Corte já decidiu de forma diferente, que, contudo, não necessariamente significa uma mudança de entendimento para casos futuros.

O caso aludido é o do *Povo Saramaka v. Suriname*³¹, que devido às especificidades do povo Saramaka, composto por mais de trinta mil pessoas dispersas na região superior do rio Suriname, do distrito Brokopondo e outras áreas do Estado, inclusive na capital, Paramaribo, dispensou-se a individualização e nomeação dos indivíduos, mas manteve-se como parte lesionada “os membros” da comunidade Saramaka, e não ela *per se*.

Ainda que a sentença, nesse aspecto, não tenha sido, pelo aspecto da dimensão coletiva, satisfatório, nas medidas de indenização, a Corte contemplou em parte essa diretriz.

No que concerne dano material, a Corte ordenou a indenização no valor de 75 mil dólares a favor do povo Saramaka pela concessão estatal para extração de madeira em suas terras.

A Corte também reconheceu um dano imaterial pelo dano ambiental e danos à propriedade, não somente no que concerne a subsistência do povo, mas também o aspecto espiritual da cosmovisão deles com a terra. Para ressarcir tal dano, a Corte ordenou que o Estado criasse um fundo em prol dos membros da comunidade e depositasse 600 mil dólares (além dos 75 mil dólares

31 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 28 de novembro de 2007, Povo Saramaka v. Suriname.

referentes ao dano material), com o intuito de financiar projetos educativos, de agricultura, entre outros.

Por mais que haja uma relutância técnico-processual na Corte em considerar às comunidades *per se*, como no caso dos Saramaka, insistindo-se na individualização e nomeação, ou no caso presente, referindo-se aos “membros da comunidade”, o que se observa é que a decisão foi de proferida de forma a atender a dimensão coletiva do direito, nesse caso, o da reparação civil.

Não foram apenas alguns membros da comunidade Saramaka que foram contemplados. Veja-se que, mesmo membros que vivem em território não necessariamente atingido pelo dano material, ainda assim são beneficiários, enquanto coletividade, das reparações. Apesar da relutância em pronunciar expressamente, a Corte Interamericana de fato reconheceu essa dimensão coletiva, ressaltando-se as peculiaridades dos Saramaka.

Um ponto que preocupa é que a fundamentação legal da criação do fundo e as indenizações coletivas ocorreram com base na equidade. Ainda que esse método de decisão judicial seja perfeitamente reconhecido no direito internacional, não se pode relegar a esse mecanismo, que deve ser utilizado subsidiariamente, com a intenção de evitar a não resolução de casos e sempre em busca da justiça, a solução para o problema.

A dimensão coletiva, por sua própria importância, merece instrumento assecuratório claro e bem definido, ou então, que com bases hermenêuticas conferindo significado mais completo ao artigo 1.2. O uso da equidade, apesar de adequado e satisfatório no caso concreto, relegaria insegurança jurídica às situações futuras.

Outro caso em que a equidade foi utilizada para justificar a concessão de reparação civil sem a individualização das vítimas foi a do caso Xákmok Kásek v. Paraguai. A Corte determinou que fosse disponibilizado aos líderes da comunidade indígena determinado valor em pecúnia para que de acordo com os costumes da comunidade colocassem a disposição de cada família que teve o dano sofrido o valor necessário.

É interessante notar que, essa decisão da Corte foi tomada com base na equidade. Porém, ela respeitou justamente a sensibilidade jurídica dos Xákmok Kásek, pois não há outro mais adequado do que a própria comunidade para mensurar o dano individual de cada membro.

Deveriam os precedentes dos casos das comunidades Saramaka e Xákmok Kásek servir como fundamen-

to a ser repetido no futuro, não apenas no que concerne direitos dos povos indígenas, mas também nos direitos que se referem à titularidade coletiva em geral.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, dois tipos diferentes de direitos foram abordados, quais sejam: os direitos civis e os direitos sociais. Tocou-se sempre na temática destes direitos a partir da ótica de sua titularidade, evidenciando-se que, além da concepção tradicional que vê a titularidade individual, existe também a noção coletiva da titularidade destes direitos.

Os direitos sociais carecem de uma maior instrumentalização jurisdicional, tanto no Sistema Interamericano, como no Sistema Europeu. Os motivos dessa restrição ocorrem em parte pela interpretação de que a implementação desses direitos teria um custo muito alto, e que seria função do Estado, por meio de políticas públicas, decidir como implementá-las, e não um tribunal internacional. Ainda assim, é inegável que os direitos sociais para serem efetivados precisam ser considerados sob seu aspecto coletivo.

Já em relação aos direitos civis, em especial, à propriedade, a Corte Interamericana já teve a oportunidade, em diversas vezes, de decidir em relação a dimensão coletiva dos mesmos, especialmente no que concerne a titularidade coletiva de povos indígenas, tribais ou tradicionais.

É inegável o avanço que a jurisprudência da Corte tem alcançado, não somente em relação às próprias decisões judiciais, mas como fonte criadora do direito internacional. Ainda há muito que pode ser evoluído, mas o caminho parece traçado.

Na atual fase do direito internacional dos direitos humanos – DIDH –, em especial em relação aos Sistemas Regionais de proteção, o direito material abarcado é notadamente avançado. No Sistema Interamericano, por exemplo, além da Convenção Americana e o Protocolo Adicional sobre direitos sociais, econômicos e culturais, existem uma série de outros tratados sobre temas específicos, seja a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), Protocolo referente à abolição da pena de morte, entre outros.

O que se identifica como carente ainda, de acordo com o próprio relatório sobre acesso a justiça, são os

instrumentos processuais que garantiriam ao cidadão a possibilidade de efetivar esses direitos. Não se pode pensar no processo, como outrora, apenas como um instrumento formal, mas sim como meio para a implementação dos direitos conquistados e normatizados.

A análise de alguns dos casos citados demonstrou, entre outras coisas, como o tema possui uma interdisciplinaridade necessária. Se a decisão do caso tivesse sido tomada apenas em bases legalistas, negando o caráter especial das comunidades indígenas, não estaria se fazendo justiça. Nesse ponto, a participação da antropologia, talvez até de maneira despropositada pela Corte, concedeu outro viés para a solução do caso.

O reconhecimento das sensibilidades jurídicas, numa verdadeira aplicação prática do *ir e vir* hermenêutico preconizado por Geertz, mostrou de que forma antropologia e direito se comunicam. Indubitavelmente, o direito internacional se mostrou instrumento que permitiu esse tipo de interpretação construtiva.

Não há efetivação do direito material sem os instrumentos processuais adequados. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é normativo e aplicável, e não apenas um conjunto de valores que nortearão o comportamento dos Estados. O que está previsto, precisa ser cumprido. E a melhor maneira para atingir esse objetivo é instrumentalizando o cidadão com os meios processuais mais efetivos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Dafne Fernandez de. **A aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais: análise da norma do artigo 5º, §1º da constituição federal de 1988**. Trabalho de conclusão de curso – Pós Graduação (manuscrito).

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Algumas reflexões sobre os Direitos Humanos e suas gerações. **Revista dos tribunais**, ano 100, vol. 908, p. 174-201, junho 2011.

BENTHAM, Jeremy. **“An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”**. Clarendon Press, Oxford, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 200 – 10ª reimp.

CHIRIBOGA, O. C. **O Direito à Identidade Cultural dos Povos Indígenas e das Minorias Nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. n° 5, ano 3, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales**. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos. OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 07 de setembro de 2007.

_____. **Informe nº 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, Belize, 12 de outubro de 2004**.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Conferência**

Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. São José da Costa Rica, 1969.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de mérito, de 17 de junho de 2005**. Série C, nº 125.

_____. **Caso Massacres de Ituango v. Colômbia. Sentença de mérito 01 de julho de 2006**. Série C, nº 148.

_____. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicarágua Sentença de mérito, reparações e custas, de 31 de agosto de 2001**. Série C, nº 79.

_____. **Caso Povo Saramaka vs. Suriname. Sentença de mérito, de 28 de novembro de 2007**. Série C, nº 172.

_____. **Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Aprovado em novembro de 2009.

COURTIS, Cristian; ABRAMOVICH, Victor. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2a ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2.ed. Londres: Cornell University, 2003.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Coord. Sven Peterke; Colab. André Ramos de Carvalho *et al.* Brasília: ESMPU, 2009.

- FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa” In *O saber local: novos ensaios de Antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro, Vozes, 1998: 249-356.
- HANASHIRO, Olaya *Sílvia Machado Portella*. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Edusp, 2001.
- KILLANDER, Magnus. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. *SURRevista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n. 13, dez/2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo – volume único.** Rio de Janeiro: Editora Método, 2012.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Princípios do Direito Internacional.** J.R. dos Santos, Rio de Janeiro, 1902.
- PIOVESAN, Flávia. *Direito Internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da constituição brasileira.* **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.** (org.) Marcelo Novelino. 4ª ed. amp. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 43-69.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** 4ª ed., rev., amp. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. **Leituras complementares de constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais.** (org.) Marcelo Novelino. 4ª ed. amp. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2010. p. 71-96.
- RODRIGUES-PINZON, Diego; MARTIN, Claudia. *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano: manual para víctimas y sus defensores.* Genebra: Organización Mundial contra a tortura, 2006
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas sobre os direitos fundamentais e os tratados internacionais em matéria de direitos humanos.*
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta; rev. téc. Ricardo Doninnelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos – Rede universitária de Direitos Humanos.* V. 1, n. 1, jan. 2004. São Paulo, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Corte Interamericana de Derechos Humanos: opinión consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América

Inter-American Court of Human Rights: advisory opinion 4/84 — the margin of appreciation arrives at the american continent

Paloma Morais Corrêa

Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América

Inter-american court of human rights: advisory opinion 4/84 – the margin of appreciation arrives at the american continent*

Paloma Morais Corrêa**

RESUMO

O Movimento Internacional dos Direitos Humanos desafia o conceito clássico de soberania estatal. Em contrapartida, os argumentos em defesa da soberania representam obstáculos aos movimentos de universalização e regionalização dos direitos humanos. Este artigo baseou-se em análise qualitativa jurisprudencial, doutrinária e documental acerca do desenvolvimento de uma doutrina de deferência na supervisão internacional de direitos humanos — a margem de apreciação. Tal teoria foi criada pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos com o objetivo de preservar a discricionariedade dos Estados na implementação de normas internacionais de direitos humanos. Na jurisprudência do Sistema Interamericano, a margem de apreciação ganhou espaço na Opinião Consultiva 4/84, que discutia mudanças constitucionais no processo de naturalização de estrangeiros na Costa Rica. Este artigo tem como objetivo analisar o único momento no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou a teoria da margem de apreciação, teoria essa que, no continente Europeu, revela-se parte integrante do raciocínio jurídico. O estudo indica que a margem de apreciação, como mecanismo de defesa da soberania estatal, foi utilizada pelo Sistema Interamericano de forma mais cautelosa em relação àquela que tem sido observada no Sistema Europeu. Criticamente, demonstrar-se-á que a utilização da doutrina da margem de apreciação nas decisões dos tribunais internacionais revela a superficialidade do comprometimento das democracias liberais com os direitos humanos.

Palavras-chave: Soberania. Direitos humanos. Margem de apreciação.

ABSTRACT

The International Human Rights Movement challenges the classical concept of state sovereignty. On the other hand, claims on sovereignty represent an obstacle to the universalisation and regionalisation of human rights. This article undertakes a qualitative analysis on jurisprudence, literature and documents concerning the development of a deference doctrine in international supervision of human rights — the margin of appreciation. This theory has been developed by the European Court of Human Rights in

* Recebido em 05/09/2013
Aprovado em 20/10/2013

** Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e London School of Economics and Political Science (2010). Foi professora no curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Pelotas. Atualmente, é Analista Técnica de Políticas Sociais no Ministério do Desenvolvimento Social e combate à Fome Email: paloma.correa@mds.gov.br.

order to preserve the state discretion on implementing international human rights norms. In the Inter-American System, the margin of appreciation appeared in the Advisory Opinion 4/84, concerning a constitutional amendment to the naturalisation procedure in Costa Rica. This article aims to analyse the sole moment where the Inter-American Court of Human Rights has applied the margin of appreciation, a theory that constitutes an integral part in European judicial reasoning. The study indicates that the margin of appreciation as a mechanism to protect state sovereignty has been adopted by the Inter-American System in a more cautious fashion than by the European System. Critically, the article will demonstrate that while applying the doctrine of the margin of appreciation in their decisions, the international tribunals uphold the superficial commitment of liberal democracies to human rights.

Keywords: Sovereignty. Human rights. Margin of appreciation.

1. INTRODUÇÃO

O direito internacional dos direitos humanos desafia a base das relações internacionais, fundada no princípio da soberania dos Estados. Em contrapartida, o princípio da soberania estatal permanece como grande obstáculo para o Movimento Internacional dos Direitos Humanos. Prova disso é que os argumentos contrários à universalização e à regionalização dos direitos humanos no mundo estão, invariavelmente, baseados na necessidade de proteção da independência e autonomia dos Estados soberanos que compõem a comunidade internacional. As chamadas doutrinas de deferência na supervisão internacional dos direitos humanos nada mais são do que mecanismos de proteção da soberania dos Estados.

Dentre as doutrinas de deferência, destaca-se a margem de apreciação desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e que prega a discricionariedade dos Estados na implementação das legislações internacionais de direitos humanos. Na Europa, a doutrina da margem de apreciação é parte integrante do raciocínio jurídico da Corte Europeia de Direitos Humanos, sendo alvo de severas críticas por parte da doutrina especializada. Conforme entendimento de Charlesworth e Chinkin, “os Estados ocidentais desenvolveram as suas próprias formas de relativismo cultural na área dos di-

reitos humanos, arguindo extensas margens de apreciação na implementação das suas obrigações, baseados em particularidades nacionais”.¹

Este estudo analisa a aplicação da doutrina da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como o desenvolvimento jurisprudencial dessa doutrina no Sistema Europeu. Com o objetivo de observar quais são os impactos observados no movimento de regionalização provenientes do emprego desse instrumento de preservação da soberania, analisou-se o parecer da Corte Interamericana na Opinião Consultiva 4/84, que trata das propostas de emenda aos dispositivos constitucionais relativos ao processo de naturalização na Costa Rica.

2. A OPINIÃO CONSULTIVA 4/84 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 1983, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recebeu do Governo da Costa Rica uma solicitação de Opinião Consultiva relativa a propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regiam a naturalização naquele país.

A solicitação costa-riquenha originou, em 19 de janeiro de 1984, a publicação da Opinião Consultiva 4/84, na qual a Corte Interamericana, pela primeira e única vez, fez referência, no seu parecer, à doutrina da margem de apreciação desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

A requisição governamental solicitava a análise de compatibilidade das propostas de emenda aos Artigos 14 e 15 da Constituição da Costa Rica com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Abaixo, apresenta-se o texto constitucional original seguido das propostas de modificação em itálico:

Artigo 14. São costa-riquenhos por naturalização:

Aqueles que adquiriram esse status em virtude de leis anteriores;

Nacionais de outros países da América Central, de boa conduta, que tenham residido ao menos um ano no país e que declarem perante o registro civil sua intenção de ser costa-riquenhos;

1 CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C. *The Boundaries of International Law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000. p. 22.

Hispânicos e ibero-americanos natos, que obtenham o certificado apropriado do registro civil, desde que tenham tido domicílio no país durante os anos anteriores ao requerimento;

Nacionais nativos de outros países da América Central, hispânicos e ibero-americanos com cinco anos de residência oficial no país e que preencham os demais requisitos da lei;

Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham tido domicílio na Costa Rica por um período mínimo de cinco anos imediatamente anteriores ao requerimento de naturalização, de acordo com os requisitos legais;

Centro-americanos, hispânicos e ibero-americanos que não sejam natos e outros estrangeiros que tenham mantido residência oficial por um período mínimo de sete anos e que preencham os demais requisitos da lei;

Mulher estrangeira que mediante casamento com um costa-riquenho perca sua nacionalidade e que indique seu desejo de se tornar costa-riquenha;

Mulher estrangeira que mediante casamento com um costa-riquenho perca sua nacionalidade ou que após dois anos de casamento com costa-riquenho e após o mesmo período de residência no país, indique seu desejo de assumir nossa nacionalidade;

Qualquer um que receba nacionalidade honorária da Assembleia Legislativa;

Artigo 15. Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência e deve comprometer-se a residir regularmente na República.

Qualquer um que requeira naturalização deve previamente demonstrar evidências de boa conduta, deve demonstrar que possui uma ocupação conhecida e ou formas de subsistência, e deve saber falar, escrever e ler em espanhol. O requerente deve submeter-se a um exame compreensivo da história do país e seus valores bem como deve, ao mesmo tempo, comprometer-se a residir dentro do território nacional regularmente e jurar respeito à ordem constitucional da República.

Para fins de naturalização, domicílio implica residência e estável e efetiva conexão com a comunidade nacional, de acordo com as regulações estabelecidas por direito.

A proposta de emenda revoga este parágrafo do dispositivo, e inclui o seguinte: Os requerimentos e procedimentos de naturalização deverão ser estabelecidos por lei.²

A análise das propostas de emenda revela que elas impõem requisitos mais rígidos para a aquisição da nacionalidade costa-riquenha por naturalização. Por isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi solicitada a comparar o texto proposto com os seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos,

2 COSTA RICA. *Constituição Política da República*, de 8 de novembro de 1949.

a fim de determinar a compatibilidade da lei nacional com o Tratado Internacional.

Artigo 17. Proteção da Família

Parágrafo 4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidade dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

Artigo 20. Direito à nacionalidade

Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.

Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.

A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la.

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.³

O Governo da Costa Rica solicitou a manifestação da Corte Interamericana no que tange à compatibilidade das emendas propostas com os supracitados dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, questionando, especificamente, se as alterações legislativas afetariam os direitos à nacionalidade e à igualdade entre os cônjuges no território costa-riquenho.

No seu parecer, a Corte Interamericana analisou os requisitos de admissibilidade em relação ao Artigo 64 parágrafo 2º e ao Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que regem sobre a competência consultiva da Corte e sobre as questões relativas à interpretação, respectivamente. No mérito, manifestou-se relativamente ao direito à nacionalidade e ao princípio da não discriminação.⁴

3. A MARGEM DE APRECIÇÃO NO SISTEMA INTERAMERICANO

Na análise do mérito, a Corte deliberou a respeito da discricionariedade dos Estados em relação à regula-

3 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969.

4 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica*, Opinião nº 4/84. Parecer de 19 de janeiro de 1984.

ção do direito à nacionalidade, fazendo, posteriormente, expressa referência à margem de apreciação quando se manifestou acerca do princípio da não discriminação, como se examinará a seguir.

Com relação ao direito à nacionalidade, além do Artigo 20 da Convenção Americana, também foram referidos os Artigos 19, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, e 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelecem respectivamente:

Toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la.⁵

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.⁶

A tarefa da Corte Interamericana era, naquele momento, analisar a compatibilidade das propostas de emenda constitucional da Costa Rica com os referidos textos legais — documentos internacionais de proteção aos direitos humanos — no tocante ao direito dos indivíduos à nacionalidade.⁷ Para tanto, em sua fundamentação, definiu nacionalidade como sendo “[...] o elo político e legal que liga uma pessoa a um determinado Estado com o qual se conecta através de laços de lealdade e fidelidade, proporcionando-lhe proteção diplomática por parte daquele Estado.”⁸ Como primeiro argumento,

5 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, abril de 1948.

6 NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 12 de dezembro de 1948.

7 Na atualidade, o Direito Internacional Público considera a nacionalidade como um direito humano fundamental, pois segundo a reflexão de Hannah Arendt, “o primeiro direito humano é o direito a ter direitos”, o que significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver em uma estrutura na qual se é julgado pelo princípio da legalidade. Ainda de acordo com Hannah Arendt, a proteção ao direito à nacionalidade trata-se de um reflexo da experiência gerada no pós-Primeira Guerra Mundial em relação aos apátridas fruto dos regimes totalitários. Por essa razão, a jurisprudência norte-americana considerou inaceitável a privação da cidadania como sanção, pois como apontou a Suprema Corte dos Estados Unidos, “[...] no mundo contemporâneo, destituir alguém de sua cidadania é tendencialmente expulsá-lo do mundo, tornando-o supérfluo e descartável, a exemplo do que fez a experiência totalitária”.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

8 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica, Opinião nº 4/84*. Parecer de 19

mencionou a doutrina clássica, que impõe a discricionariedade estatal nos assuntos relacionados à atribuição de nacionalidade aos indivíduos, mas estabeleceu um contraponto ao lembrar que, atualmente, a discricionariedade estatal está limitada por assuntos relacionados à proteção dos direitos humanos, o que obriga à relativização da jurisdição estatal em relação às legislações internacionais. A esse respeito, na Opinião Consultiva em análise, manifestou-se a Corte da seguinte forma:

Apesar do fato de ser tradicionalmente aceito que a atribuição e regulação da nacionalidade são assuntos para cada Estado decidir, desenvolvimentos contemporâneos indicam que o direito internacional impõe certos limites aos poderes estatais nessa área, e que as maneiras pelas quais os Estados regulam as questões relacionadas à nacionalidade não podem ser hoje julgadas unicamente à luz de suas jurisdições; tais poderes do Estado estão também subjugados às suas obrigações de garantir a plena proteção dos direitos humanos.⁹

Ainda na fundamentação, a Corte expressa a necessidade de conciliação desses princípios impostos pelo direito internacional aos poderes do Estado com as questões que reconhecidamente recaem sob a esfera doméstica de cada Estado, como é o caso das regras estabelecendo a nacionalidade. Nesse sentido, contrapõe:

Tendo em vista que é o Estado quem oferece a possibilidade de adquirir sua nacionalidade a pessoas que eram originalmente estrangeiros, é natural que as condições e procedimentos para sua aquisição devam ser governados primeiramente pelo direito doméstico daquele Estado. Desde que tais regras não entrem em conflito com normas superiores, é o Estado que confere a nacionalidade e quem está melhor habilitado para avaliar as condições que devam ser impostas para assegurar a existência de uma ligação efetiva entre aquele que requer a naturalização e os sistemas de valores e interesses da sociedade com a qual ele busca associar-se plenamente. Este Estado é também o mais indicado a decidir se tais condições foram satisfeitas.¹⁰

Conclusivamente, a Corte expõe que alguns problemas trazidos pelas propostas de emenda constitucional “[...] não são para serem consideradas por este Tribunal, pois recaem na categoria de assuntos reservados ao do-

de janeiro de 1984, p. 10.

9 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica, Opinião nº 4/84*. Parecer de 19 de janeiro de 1984, p. 9.

10 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica, Opinião nº 4/84*. Parecer de 19 de janeiro de 1984, p. 9.

mínio exclusivo das leis domésticas da Costa Rica”.¹¹

Na segunda parte da fundamentação, coube à Corte analisar as questões relativas à discriminação. Primeiramente, destacou que a noção de igualdade está ligada à dignidade da pessoa humana, sendo por isso inadmissível que seres humanos sejam submetidos a tratamentos diferentes que denotem a superioridade de qualquer grupo em relação aos demais. Seguindo esse raciocínio, considera ainda o fato de não ser toda e qualquer forma de diferença de tratamento que é classificada como discriminatória, pois nem toda diferença de tratamento é ofensiva à dignidade humana.

Fazendo expressa referência à Corte Europeia de Direitos Humanos, cita um caso em que este Tribunal determinou que “o tratamento discriminatório ocorre quando não possui objetivo nem justificativa razoável”.¹² A ideia é a de que não se classifiquem as diferenças de tratamento aos indivíduos como discriminatórias por parte de um Estado quando elas estiverem baseadas em diferenças substanciais fáticas e desde que exista relação de proporcionalidade entre tais diferenças e os objetivos da norma legal em questão. Os objetivos, vale lembrar, não devem ser despóticos ou contrários à dignidade humana. E foi justamente ao considerar a proporcionalidade de possíveis restrições à dignidade da família em relação ao bem-estar público que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo a referência já feita ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aplicou a teoria da margem de apreciação na Opinião Consultiva 4/84. Sob o argumento de que é compatível com a natureza e o objetivo do direito à nacionalidade o

11 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica*, Opinião nº 4/84. Parecer de 19 de janeiro de 1984, p. 9. (grifo nosso).

12 A Corte Interamericana aqui se referia ao caso relativo a certos aspectos das leis de uso da linguagem na educação da Bélgica, *Caso Linguístico Belga*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1968. Neste caso, país que falavam o idioma francês questionaram o sistema educacional belga que dividia o país em quatro regiões linguísticas. A Corte Europeia aceitou uma margem de apreciação conferida às Partes-contratantes, pois os Estados possuíam discricionariedade em relação à regulamentação do direito à educação garantido no Artigo 2º do Protocolo (P1-2). A Corte argumentou ainda que essa necessidade de discricionariedade estatal era proveniente “da natureza do próprio direito conferido”, ou seja, “do direito à educação, cuja regulação pode variar de acordo com o local e o tempo, conforme as necessidades e recursos da comunidade e dos indivíduos”. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Linguístico Belga*. Sentença de 23 de julho de 1968.

procedimento privilegiado de naturalização para aqueles que, vistos objetivamente, possuem laços históricos, culturais e espirituais muito mais estreitos com o povo da Costa Rica, como são os Centro e Ibero-Americanos e Hispânicos, a Corte afirmou que:

[...] não há dúvida que pertence ao **poder soberano** da Costa Rica decidir quais patamares devem determinar a concessão ou negativa de nacionalidade aos estrangeiros que a requerem, e estabelecer certas diferenças razoáveis baseadas em diferenças fáticas que, vistas objetivamente, reconhecem que alguns requerentes possuem maior afinidade do que outros com os valores e interesses do sistema da Costa Rica [...] e que, portanto, a Corte está plenamente convencida da **margem de apreciação** que é reservada aos Estados para estabelecer os requisitos de aquisição da nacionalidade e determinar se estes foram satisfeitos.¹³

4. EM DEBATE: A MARGEM DE APRECIÇÃO E A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reconhecido é o fato de que a ideia de Direitos Humanos, vistos como uma ordem superior com a qual todos os Estados devam estar submetidos, desafia o conceito de soberania estatal. Foi justamente na tentativa de reconciliação do debate entre soberania e direitos humanos que a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu a Teoria da Margem de Apreciação. O objetivo era estabelecer uma forma de limitação jurisdicional em que certas áreas são deixadas à discricionariedade dos Estados contratantes. A doutrina emergiu principalmente quando a Corte teve de julgar valores morais conflitantes, bem como durante estados de exceção ou emergência.¹⁴

Significa dizer que uma margem de apreciação, ou área de julgamento discricionário é permitida aos Estados quando estes julgam existir uma necessidade social e a natureza de uma resposta apropriada. A noção da “margem de apreciação” baseia-se no fato de que as autoridades nacionais estão numa posição melhor do que um tribunal internacional para julgar o que é necessário de acordo com as condições

13 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica*, Opinião nº 4/84. Parecer de 19 de Janeiro de 1984. p. 16. (grifo nosso).

14 CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p. 422-444, 2006.

locais. Em direito internacional público, ela oferece uma maneira de mediar a tensão entre a soberania estatal em relação às instituições internacionais e a necessidade de universalização dos patamares de direitos humanos.¹⁵

Trata-se de referência ao Princípio da Especialidade segundo o qual a distribuição de competências jurisdicionais deve ser realizada de acordo com a maior capacidade decisória das autoridades envolvidas. A capacidade decisória é avaliada conforme o nível de experiência com as situações do caso concreto. As autoridades nacionais, por estarem em posição mais próxima à realidade do conflito, estariam mais capacitadas a decidir. O princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional em relação à jurisdição doméstica, bem como a noção de economia judicial, reforça a aplicação da doutrina.¹⁶

Por um lado, a margem de apreciação permite um nível de desvio cultural enquanto preserva o consenso geral; por outro, revela-se um empecilho à universalização. Os defensores da Teoria, como os juízes internacionais que a aplicam, pregam que a doutrina reconcilia a diversidade política, social, cultural e econômica dos Estados-membros. Os críticos, por sua vez, descrevem-na como “[...] uma teoria legalmente imprecisa, que desvaloriza direitos e liberdades consagrados na Convenção, causando impacto no exame e na proteção judicial.”¹⁷

Entre os argumentos favoráveis à aplicação da doutrina da margem de apreciação está o da vantagem institucional, uma vez que a capacidade decisória das autoridades nacionais é superior à dos órgãos internacionais, que via de regra carecem de recursos, informações, análise de dados e acesso à perícia técnica. Com relação a esse argumento, salienta-se que, se por esse motivo entende-se que deva ser o processo decisório mantido nas mãos dos atores nacionais, por outro lado são as cortes internacionais que possuem mais capacidade para interpretar as normas de Direito Internacional, razão pela qual se explica suas funções de supervisionar as decisões nacionais.

O correto equilíbrio entre deferência e supervisão, por isso, só será atingido por meio da combinação en-

tre discricionarieidade para as autoridades nacionais e revisão pelas cortes internacionais. Outro argumento enfatizado na defesa da doutrina é o da valorização do princípio democrático. Esse pensamento reforça a ideia de que decisões importantes relacionadas a situações sociais não deveriam ser tarefa do Poder Judiciário. Assim, entende-se que, como os juízes não foram eleitos diretamente pelo povo, às sociedades deve ser conferida certa liberdade na adoção de arranjos sociais que reflitam seus desejos, valores e interesses, o que só poderia ser adquirido por meio de um processo democrático.¹⁸ Além disso, a demonstração de cautela por parte dos órgãos internacionais na atribuição de responsabilidade estatal por violação aos direitos humanos, adequada quando consideramos as consequências formais e informais advindas dessa divulgação (como sanções e retaliações no plano internacional, além do abalo à reputação do Estado), também advoga em favor da margem de apreciação.

Finalmente, a adoção da doutrina também é considerada positiva pelo fato de contribuir na cooperação entre as instituições nacionais e internacionais. Essa parceria facilitaria o processo de internalização das normas internacionais pelos atores domésticos.¹⁹ Nesse sentido, salientamos que o objetivo de um direito mundial, nas palavras de Delmas-Marty, certamente não é o de promover o desaparecimento dos Estados ou do direito nacional. Segundo a autora, “as instituições estatais permanecem indispensáveis para conter os interesses privados e organizar os direitos individuais e coletivos, como exemplifica a tragédia dos povos sem Estado para lhes representar”.²⁰

Autores contrários à aplicação da doutrina, contudo, ponderam que a margem de apreciação proporciona o desenvolvimento de um direito paralelo, criado pelos

15 FELDMAN, David. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 57.

16 BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-734, 2007.

17 CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p. 422-444, 2006. p. 422.

18 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005. Outro argumento referente a esta ideia do princípio democrático, entretanto, foi manifestada por Francesca Klug, ao afirmar que, “[...] em relação a Direitos Humanos, o papel do Judiciário é proteger as minorias da vontade da maioria, independentemente do quão impopular seja esta minoria”. KLUG, Francesca. *Values for a Godless Age: The story of the United Kingdom’s Bill of Rights*. Londres: Penguin Books, 2000, p. 184. Difícil imaginar qualquer valorização do princípio democrático capaz de contrapor tal argumento.

19 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005.

20 DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998. p. 173.

magistrados, e que a discricionabilidade conferida aos juizes na aplicação das normas internacionais dificultaria a efetividade dessas normas. Salientam, ainda, que essa prática comprometeria a imparcialidade do Judiciário em razão da possibilidade de supervalorização dos interesses do Estado em relação às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A aplicação da doutrina em relação a normas de *jus cogens*, que não admitiriam derrogação dada à sua natureza fundamental de um valor internacional a ser protegido, também tem sido alvo de muitas críticas. Outra objeção está relacionada aos custos da ambiguidade normativa gerada pelo uso da margem de apreciação, que tende a deixar os indivíduos mais vulneráveis às ações do Estado, além de afetar indiretamente a outros Estados.²¹

Delmas-Marty apresenta as técnicas jurídicas da margem de interpretação ou margem nacional de apreciação como responsáveis pela redução do universalismo e destaca como principal dificuldade a conciliação, no contexto das relações entre os indivíduos, dos ideais de igualdade e democracia em contraposição à heterogeneidade que envolve a noção de Estado soberano (diferentes em termos de quantidade de população e poder econômico, bem como em termos de respeito ao ideal democrático).

A ideia de instituições públicas mundiais confronta diretamente com o conceito de soberania, enquanto que o de sociedade civil mundial conduz ao de cidadania do mundo [...]. As noções de subsidiariedade ou de margem nacional de apreciação possuem o mérito de terem sido criadas pela prática, mas o inconveniente de possuírem origens mais políticas do que jurídicas, e de não terem sido definidas com suficiente rigor [...].²²

4.1 A técnica de utilização da doutrina no sistema europeu

Referentemente ao método utilizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em seus julgamentos, a margem de apreciação poderá ser aplicada quando da análise da proporcionalidade da medida que restringe o direito. Assim, primeiramente a Corte analisa se houve

interferência no direito. Em caso afirmativo, o próximo passo será a ponderação da legitimidade do objetivo perseguido pelo governo em questão. Em seguida, a Corte fará um exame de legalidade da restrição, quando haverá a averiguação se ela se encontra prescrita por direito. Finalmente, a Corte estabelece o exame de proporcionalidade da restrição, em que as duas principais perguntas a serem respondidas são: o objetivo legítimo poderia ter sido atingido por meio menos intrusivo? A interferência causa ao detentor do direito um prejuízo considerado suficientemente sério a ponto de superar qualquer benefício que aquela interferência venha a atingir em busca do objetivo? É nesta fase que a Corte poderá aplicar a margem de apreciação.²³

A doutrina da margem de apreciação reflete noções de subsidiariedade, revelando confiança no Artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de que os Estados contratantes comprometem-se a assegurar, dentro de suas jurisdições, os direitos e as liberdades postulados na Convenção, culminando com o exercício, por parte da Corte Europeia, de um *judicial self-restraint*. Nesse sentido, o Tribunal Internacional pode conceder uma margem de apreciação para o Estado tanto em relação a obrigações positivas, quanto negativas, mas o órgão tem se demonstrado relutante em analisar casos em que a alegação é de violação em abstrato da Convenção por parte do Direito nacional. Em vez disso, “a Corte prefere analisar se houve interferência no direito em relação a um caso particular”.²⁴

Há diferentes tipos de normas que proporcionam a aplicação da margem de apreciação: existem as que necessitam de um juízo de valor subjetivo, também chamadas de cláusulas de exceção ou de limitação. Essas normas incluem no seu texto elementos, como “necessidade”, “proporcionalidade”, “excessivamente”, “boa-fé”, “razoáveis”, que demandam escolhas políticas baseadas nas circunstâncias específicas da realidade a que se submetem no caso concreto. Por isso, são facilmente acusadas de reduzirem a segurança jurídica, pois sua aplicação depende do bom-senso do julgador. Há também as normas discricionárias, que são as que fa-

21 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005.

22 DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998, p. 176.

23 SAMUELS, Harriet. *Methodological Approaches by the Courts to the Human Rights Act 1998. Examples of the Convention's Application. Some Introductory Principles*. Faculdade de Direito da Universidade de Westminster. Londres, 7 de novembro de 2006. [aula]

24 Observa-se, aqui, a importância do efeito da decisão para o caso concreto. DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998, p. 424.

zem referência ao poder discricionário do Estado para sua aplicação. Em geral, ampla margem de apreciação é conferida aos Estados na regulamentação e implementação das normas internacionais discricionárias no interior dos seus territórios. Por fim, há as normas que preveem obrigações de resultado, de forma a proporcionar aos Estados uma margem de discricionariedade em relação aos meios empregados para atingir o fim.²⁵

O reconhecimento de uma área de apreciação em favor dos órgãos administrativos do Estado vem a ser a impossibilidade de substituição, pelo Judiciário, da decisão tomada pela administração pública ao eleger uma das várias soluções que se apresentam para o caso. Nessas situações, teria a administração pública “prerrogativas de avaliação”, conforme Hans Julius Wolf, que se justificam pelo fato de estarem os órgãos administrativos mais próximos dos problemas e por isso melhor aparelhados para resolvê-los. A decisão administrativa final, portanto, que se estabelecesse dentro dessa área de apreciação, não seria passível de modificação ou substituição por parte do controle judicial.²⁶

5. A MARGEM DE APECIAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A doutrina da margem de apreciação foi introduzida pela Corte Europeia de Direitos Humanos em vários casos, tendo sido desenvolvida pela jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional de Estrasburgo sem estar explicitamente mencionada em nenhuma parte da Convenção. Sua aplicação, contudo, ocorre juntamente com alguns dispositivos específicos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, como os Artigos 14 e 15, que declaram, respectivamente, a proibição à discrimi-

nação e a possibilidade de decretação de estado de emergência. Além desses dispositivos, a aplicação da margem de apreciação na jurisprudência europeia também pode ser observada em conjunto com as chamadas cláusulas de acomodação ou limitação, que são justamente as que permitem derrogação ao direito protegido, de acordo com as condições estabelecidas no parágrafo 2º de cada artigo.

Os principais artigos da Convenção Europeia invocados nesse sentido foram o Artigo 8º (direito à privacidade e à família); os Artigos 9º, 10 e 11 (liberdades de religião, expressão, assembleia e associação); e o Artigo 2º do 4º Protocolo, que rege a liberdade de movimento ou residência. Dentre as condições que autorizariam a interferência estatal nesses direitos do indivíduo, estariam a anterioridade, ou seja, a exigência de que a interferência fosse prescrita ou autorizada por direito; que fosse legítima, no sentido de necessária para garantir a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar econômico do país, a prevenção da desordem ou crime, a proteção da saúde e da moral ou a proteção dos direitos e liberdades alheios; e, ainda, que a dita interferência estatal fosse necessária em uma sociedade democrática. Destaca-se aqui o aspecto eminentemente político desta última condição.²⁷ A margem de apreciação pode ser entendida como efeito da interpretação das limitações que podem ser concedidas aos direitos do homem, quando tais direitos não estão bem definidos no texto legislativo internacional, ou quando admitem restrições a título temporário ou permanente.²⁸

Mireille Delmas-Marty resume o conflito imposto ao juiz supranacional na sua tarefa de interpretar e aplicar uma Convenção relativa aos direitos do homem: “[...] mais do que um mero intérprete do Tratado Internacional, àquele magistrado será dado o poder de confrontar a Convenção com a norma de direito interno, e dessa forma, influenciar e predeterminar o direito doméstico, indicando inclusive, alguns limites a serem respeitados

25 SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005.

26 Com relação a controle judicial, a doutrina e a jurisprudência brasileiras diferenciam a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e o poder discricionário. “Conceitos jurídicos indeterminados são conceitos empíricos, de valor ou normativos, que exigem do intérprete ou do aplicador da norma uma apreciação em termos valorativos. Estes estariam sujeitos a um controle jurisdicional mais amplo, que se observa tanto no aspecto formal quanto no material. Já o poder discricionário se submete a um controle judicial restrito, que se revela unicamente do ponto de vista formal, ausente o exame de mérito da medida”. SILVA, Almiro Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.179, n.80, p. 51-92, jan./jun.1990. p. 59.

27 DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine. *German Law Journal*, v.7, n.6, p. 611-624, 2006.

28 As circunstâncias que ensejariam restrição temporária aos direitos dos cidadãos seriam aquelas “[...] relacionadas à necessidade de proteger a vida da nação”; já as restrições permanentes estariam “[...] ligadas à manutenção da ordem pública, como a prevenção de infrações, a proteção da moral pública, da autoridade e imparcialidade do judiciário, o bem-estar econômico do país, etc”. DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998. p. 88.

pelo legislador nacional”.²⁹ Temos, assim, um exemplo da interferência da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos no interior dos Estados soberanos.

George Letsas identifica dois conceitos diferentes no uso da doutrina da margem de apreciação: o substancial, que contrapõe os direitos individuais ao interesse público; e o estrutural, relacionado com os limites impostos pela soberania estatal aos objetivos de universalização perseguidos por um sistema judicial internacional. O conceito substancial requer a aplicação, por parte do Tribunal Internacional, do teste de proporcionalidade referido acima para estabelecer se a autoridade nacional violou um direito individual protegido pela Convenção ou se, ao contrário, agiu dentro de sua margem de apreciação, nesse caso, não haveria violação ao direito. O conceito estrutural reforça o caráter subsidiário do tribunal internacional, invocando-o a deferir a decisão para as autoridades nacionais.³⁰

No caso *Handyside v Reino Unido*, o foco foi a discussão do que seria necessário para a proteção da moral social com relação à liberdade de expressão protegida pelo Artigo 10 da Convenção Europeia e a ação do Governo britânico em banir a publicação de um livro sob alegação de obscenidade. Dessa vez, a margem de apreciação foi introduzida pela Corte Europeia da seguinte forma:

[...] não é possível encontrar no direito doméstico dos vários Estados Contratantes uma concepção europeia uniforme de moral. A visão tomada em relação aos direitos respectivos acerca dos requerimentos morais varia de tempos em tempos, e de lugar para lugar, especialmente em nossa era, que é caracterizada por uma rápida evolução de opiniões sobre o assunto. Em razão do contato contínuo e direto que possuem com as forças dos seus países, as autoridades estatais estão, em princípio, em uma posição privilegiada em relação a um juiz internacional para deliberar acerca do sentido exato desses requerimentos, bem como acerca da necessidade das restrições ou penalidades devidas para garanti-los. Consequentemente, o parágrafo 2º do artigo 10 confere aos Estados-contratantes uma margem de apreciação.³¹

29 DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998, p. 87.

30 LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.26, n.4, p.705-732, 2006.

31 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Handyside v Reino Unido*. Sentença de 7 de dezembro, de 1976, parágrafo 48. A ausência de uma concepção uniforme de moral na Europa voltou justificar a utilização da margem de apreciação em favor do Estado no caso *Muller v Suíça*, em 1991. Novamente, o direito à liberdade de expressão foi confrontado com a noção de obscenidade.

Outro exemplo é trazido pelo caso *Otto Preminger Institute v Áustria*, em que foram postas em discussão a liberdade religiosa e a liberdade de expressão positivas nos Artigos 9º e 10 da Convenção, respectivamente. Esse caso versava sobre a proibição do filme *Visions of ecstasy* por ser considerado ofensivo à religião Católica.

Uma vez que não há como discernir consenso na Europa da significância da religião na sociedade, é impossível definir compreensivamente qual interferência no discurso religioso é permissível. Certa margem de apreciação é, portanto, a ser deixada às autoridades nacionais para que avaliem a existência e extensão da necessidade de tal interferência [...].³²

A liberdade de expressão voltou a ser sede de discussão no caso *Wingrove v Reino Unido*, que resultou de uma recusa, em 1989, do órgão britânico de classificação de filmes, em lançar o certificado de classificação do filme *Visions of ecstasy* sob a alegação de que infringiria a lei inglesa de blasfêmia. O produtor do filme argumentou que essa recusa violava os seus direitos de liberdade de expressão. Revendo o mérito do caso, a Corte afirmou:

[...] em questões passíveis de ofender convicções pessoais íntimas dentro da esfera da moral ou, especialmente da religião, o Estado contratante possui uma larga margem de apreciação para ‘regular’ a liberdade de expressão [...]. Tendo em vista a preservação do alto limiar de profanação presente na definição de ofensa por blasfêmia perante o direito inglês, bem como a margem de apreciação do Estado nessa área, as razões dadas para justificar as medidas tomadas podem ser consideradas relevantes e suficientes para os fins do §2º do artigo 10. Além disso, tendo ela própria assistido ao filme, a Corte concluiu que as decisões das autoridades nacionais não podem ser ditas arbitrárias ou excessivas.³³

Observa-se que parece haver hierarquia de direitos em relação a qual amplitude da deferência conferida por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos difere. Assim,

32 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Otto Preminger Institute v Áustria*, Sentença de 7 de dezembro de 1976, parágrafo 48.

33 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Wingrove v Reino Unido*. Sentença de 25 de Novembro de 1996, parágrafo 58. Essa passagem foi repetida no julgamento do caso *Murphy v Irlanda (2004)*, relativo à proibição de transmissão de um anúncio televisivo por parte da Comissão Irlandesa Independente de Rádio e Televisão. A Corte ratificou a alegação do governo irlandês de que a proibição destinava-se a garantir o respeito pelas doutrinas e crenças religiosas dos outros, de forma que “o objetivo perseguido pela medida era o da manutenção da ordem pública e da segurança, juntamente com a proteção dos direitos e liberdades do público em geral”. LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 26, n. 4, p.705-732, 2006. p. 726.

enquanto a liberdade de imprensa, ou o discurso político, devido à importância que possuem para as sociedades democráticas, constituem fatores que restringem a discricionariedade nacional, o elemento da moral pública ou privada permanece mantendo a margem de apreciação mais abrangente. Discursos de cunho político que ferem a liberdade democrática, por exemplo os que fazem apologia ao Holocausto, ou à ideologia racista, têm gerado a restrição da aplicação da margem de apreciação em favor da imposição de altos requerimentos de direitos humanos, como observado nos casos *Kubnen v República Federal da Alemanha*, de 1988, e *Jersild v Dinamarca*, de 1994.³⁴

Dentre os exemplos da utilização dessa Doutrina no continente europeu, surgem também os casos relacionados aos direitos dos cidadãos transexuais, em que inicialmente a Corte sustentou “[...] não haver abordagem comum na Europa”, e as decisões a esse respeito, inconsistentes, favoreceram aos Estados.³⁵ Os casos envolvendo indivíduos transexuais versam, principalmente, em torno dos Artigos 8º e 10 da Convenção (direito ao respeito à privacidade e à vida em família, e à liberdade de expressão), bem como em relação ao conflito dos direitos assegurados pelo Artigo 10 com aqueles constantes no parágrafo 2º do mesmo artigo. Esse parágrafo trata das restrições e condições ao exercício dessas liberdades em função da moralidade social e da segurança pública. Alguns desses casos são: *Rees v Reino Unido* (1986), *Cossey v Reino Unido* (1990), *B v França* (1992), *Sheffield e Horsham v Reino Unido* (1998), *Goodwin v Reino Unido* (2002). Na maior parte dos casos citados, a Corte deveria analisar a atuação dos governos nacionais referentemente à negativa de concessão ao cidadão transexual do direito a um novo registro de nascimento civil (em que constasse o novo sexo), de forma que o cidadão ficava, também, impedido de se casar com pessoas de sexo igual ao que ele possuía no momento de seu nascimento.

O Artigo 12 da Convenção Europeia garante o direito ao casamento entre homens e mulheres. A evolução do

34 Os casos *Lingens v Áustria* (1986) e *Castells v Espanha* (1992) exemplificam, respectivamente, julgamentos em que a Corte Europeia de Direitos Humanos defrontou-se com o direito à liberdade de imprensa e à liberdade de debate político. Em ambos, a margem conferida aos Estados foi restringida em favor do direito protegido pela Convenção. BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-734, 2007.

35 BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-734, 2007. p. 712.

pensamento dos juízes europeus em relação aos direitos dos cidadãos transexuais pode ser resumida da seguinte forma: em *Rees* havia a preocupação com a ausência de bases comuns entre os Estados-contratantes acerca do assunto, quatro anos mais tarde, quando do julgamento de *Cossey*, a mesma justificativa foi adotada para decidir que “[...] não havendo consenso acerca do status que possuiriam os transexuais, essa era uma área na qual os Estados gozavam de uma larga margem de apreciação”.³⁶ Oito anos depois, a Corte salientou aspectos de ordem científica, legal, moral e social no julgamento de *Sheffield e Horsham*, no qual uma decisão em favor dos requerentes foi novamente negada, mas com votação bem mais divergente daquela que se tinha observado entre os juízes no julgamento de *Rees*.

Finalmente, em 2002, a jurisprudência europeia muda radicalmente no julgamento de *Goodwin e I v Reino Unido*, quando a Corte decidiu de forma unânime em favor dos requerentes. Essa diferença de opinião foi justificada pela Corte Europeia com base nas “[...] tendências internacionais de aceitação social dos transexuais”, bem como no “[...] reconhecimento legal de uma nova identidade sexual após a operação de mudança de sexo a qual esses indivíduos submetiam-se”.³⁷

Em 2002, no julgamento de *Frette v França*, a Corte deparou-se com nova denúncia de discriminação contrária ao Artigo 14 da Convenção, mas dessa vez relativa à orientação sexual do requerente. O caso versava sobre a negativa por parte do governo francês de autorizar a adoção de uma criança por um casal homossexual. Em sua decisão, favorável ao Estado, a Corte argumentou que “[...] em áreas onde havia pouco consenso entre os Estados-membros do Conselho da Europa e que em geral o direito estava ainda em um estágio de transição, uma larga margem de apreciação deveria ser deixada às autoridades de cada Estado”.³⁸

6. O MULTICULTURALISMO E A MARGEM DE APRECIÇÃO

A unificação da proteção aos direitos humanos encontra obstáculos também nas questões referentes ao

36 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Cossey v Reino Unido*. Sentença de 27 de setembro, de 1990, parágrafo 40.

37 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Goodwin v Reino Unido*. Sentença de 11 de julho de 2002, parágrafo 74.

38 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Frette v França*. Sentença de 11 de julho, de 2002, parágrafo 36.

relativismo cultural, que “[...] questiona a validade da fonte da regra moral”, requerendo, ao mesmo tempo, que “[...] sejam as normas de direitos humanos interpretadas com sensibilidade às especificidades culturais do Estado em particular”.³⁹ O dever de respeito ao multiculturalismo vem expresso em vários documentos de proteção aos direitos humanos, como no Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos, no Artigo 15 (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou no Artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e se traduz no direito de qualquer um de fazer parte da vida cultural e no direito de os grupos minoritários gozarem sua própria cultura.

O estabelecimento de direitos humanos internacionais capazes de limitar as exceções baseadas em argumentos culturais requer o reconhecimento de valores que conectam as culturas diferentes. Nesse sentido, o alerta de que “[...] o apelo à proteção cultural pode mascarar opressão, injustiça e impotência”.⁴⁰ Quando autores, como McGoldrick, afirmam que “[...] a ideologia multicultural tem sido opressiva à luta por igualdade nas esferas de gênero, raça, etnia e sexualidade”, da mesma forma que há o entendimento de que “[...] a preocupação com cultura seja uma distração ao combate do tratamento desigual, da discriminação e da injustiça”,⁴¹ deve-se reforçar a principal ideia da universalização dos direitos humanos, qual seja: a da dignidade humana como valor comum. O assunto, entretanto, é polêmico, o que se justifica pelo fato de que “[...] direitos culturais estão frequentemente respaldados por argumentos baseados em dignidade ou autonomia”,⁴² de forma que a aplicação da margem de apreciação em casos em que há o apelo ao respeito da identidade cultural do Estado em questão ensejará debate, inevitavelmente.

No contexto da discussão acerca da legitimidade de dissolução de partidos políticos em países democráticos, a Corte Europeia de Direitos Humanos analisou dois casos envolvendo a Turquia. Nos casos do *Partido Refah* e do *Partido Comunista Unido da Turquia*, as mudanças radicais de entendimento da Corte podem ser justi-

ficadas com base nos momentos históricos nos quais os casos foram julgados, respectivamente em 2003 e 1998, revelando, assim, o relativismo temporal inerente à doutrina da margem de apreciação.⁴³

7. AS SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA E A MARGEM DE APRECIÇÃO

Da mesma forma, a doutrina da margem de apreciação é utilizada como justificadora da não intromissão da Corte Europeia em assuntos relacionados às derrogações dos direitos conferidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos em tempo de guerra ou estado de emergência, conforme previsão do Artigo 15, que pode ser traduzida como adicional e codificada margem de apreciação. A derrogação só é permissível, em qualquer caso, quando um Estado contratante vivencia situação excepcional de crise ou de emergência que afeta a população inteira e constitui ameaça à organização da vida da comunidade que compõe o país. Para fazer jus ao direito, o Estado precisa pronunciar publicamente sua intenção de invocar derrogação. Precisa demonstrar que “a emergência pública é atual ou iminente, que ameaça a vida da nação, e qualquer ação tomada deve ser proporcional, temporária e consistente com suas obrigações de Direito Internacional, bem como não pode interferir com direitos não derogáveis”.⁴⁴

No caso *Lawless (Lawless v Irlanda)*, a Corte deparou-se com a situação de determinar se a situação de emergência de fato existia. O caso dizia respeito à detenção de um cidadão sob suspeita de fazer parte do IRA (Exército Republicano Irlandês), sem que um processo tivesse sido instaurado. Tal detenção foi permitida de acordo com o Ato Irlandês de Ofensas contra o Estado de 1940, que autorizava, em seguimento a uma declaração de emergência por parte do governo, a prisão de suspeitos em envolvimento com atividades prejudiciais à paz, à ordem e à segurança do Estado. A primeira de-

39 MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, Oxford, v.5, n.1, p. 27-56, 2005. p. 7.

40 MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, Oxford, v.5, n.1, p. 27-56, 2005. p. 7.

41 MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, Oxford, v.5, n.1, p. 27-56, 2005. p. 8.

42 MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, Oxford, v.5, n.1, p. 27-56, 2005. p. 9.

43 BOYLE, Kevin. Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case. *Essex Human Rights Review*, Essex, v.1, n.1, p.1-16, julho, 2004. Disponível em: <<http://projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/>> Acesso em: 24 out. 2006.

44 Enfatiza-se, portanto, a positividade da impossibilidade de violação das normas cogentes de Direito Internacional, ainda que durante o estado de emergência. CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p.422-444, 2006. p. 436.

claração expressa a respeito da margem de apreciação no contexto de estado de emergência foi feita pela Corte Europeia no julgamento do caso *Irlanda v Reino Unido*:

Recai em primeiro lugar a cada Estado contratante, com sua responsabilidade pela “vida da nação”, determinar se esta vida está ameaçada por uma ‘emergência pública’ e, estando, o quanto longe será necessário ir na tentativa de reverter a emergência. Em razão de seu direto e contínuo contato com as necessidades do momento, as autoridades nacionais estão, a princípio, em melhor posição do que um juiz internacional para decidir tanto sobre a presença da dita emergência quanto sobre a natureza e oportunidade das derrogações necessárias para evitá-la. Nessa questão o artigo 15(1) deixa às autoridades uma larga margem de apreciação.⁴⁵

No caso *Brogan v Reino Unido*, de 1989, a Corte entendeu que o Reino Unido, ao manter suspeitos de terrorismo detidos sem supervisão judicial por extensos períodos,⁴⁶ havia violado o artigo 5º (3) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece que “aquele que for preso ou detido legalmente deve ser prontamente levado a juízo ou levado a julgamento dentro de um tempo razoável, ou aguardar julgamento em liberdade”.⁴⁷

Outro foi o julgamento da Corte em 1993, no caso *Brannigan e McBride v Reino Unido*. No curso deste episódio, os reclamantes foram presos e detidos de acordo com o Ato (de Provisões Temporárias) de Prevenção ao Terrorismo de 1984. Os reclamantes argumentaram que o extenso período de detenção não poderia estar basea-

do no que era “[...] estritamente requerido pelas exigências da situação”. Apesar disso, a Corte decidiu que os requerimentos perante o Artigo 15 haviam sido satisfeitos e, além do mais, aceitou o argumento estatal de que a detenção por extensos períodos e sem supervisão judicial era “[...] estritamente requerida pelas exigências da situação”. Para justificar a divergência entre os dois julgamentos, a Corte explicou que “[...] as dificuldades de investigar e processar o crime de terrorismo faz surgir a necessidade de um extenso período de detenção que não estaria sujeito a controle judicial [...]”.⁴⁸

Como exemplo de rara ocasião em que a Corte admitiu ter um Estado excedido a sua margem de apreciação durante situação excepcional, cita-se o caso *Aksoy v Turquia*, de 1996. Em 1990, a Turquia notificou o Conselho da Europa de sua intenção de derrogar os Artigos 5º, 6º, 8º, 10, 11 e 13. A extensão e gravidade do terrorismo na Turquia, em especial no sudeste, e o alto preparo técnico das organizações terroristas da região foram as justificativas apresentadas pelo Estado turco para a inexistência de supervisão judicial durante a custódia policial dos suspeitos. Embora reconhecendo haver emergência pública ameaçando a vida da nação, a Corte examinou se as exigências da situação ensejariam interferência nos direitos do reclamante conforme o Artigo 5º (3). A decisão foi a de que os direitos do indivíduo haviam sido violados, e que a interferência estatal no caso havia sido arbitrária.⁴⁹

Em comparação com o caso analisado anteriormente, em que o Estado em questão era a Irlanda do Norte, a Corte não esclareceu satisfatoriamente as razões que fundamentaram a aplicação diferenciada, em relação aos dois países, da margem de apreciação nos casos julgados.

O que se admite é que, em matéria de estado de emergência, a larga margem de apreciação conferida pela Corte aos Estados se traduz no fato de que a Corte jamais considerou uma derrogação injustificada baseada na alegação de que o estado de emergência não existiria. Observa-se também, nesse âmbito, que “a margem de apreciação revela-se mais ampla quando o estado de emergência é atual em comparação com a iminência

45 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Irlanda v Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro de 1978, parágrafo. 207.

46 Em 1974, o Parlamento britânico promulgou o Ato de Prevenção ao Terrorismo (provisões temporárias). Em setembro e outubro de 1984, 4 indivíduos — suspeitos de serem membros do IRA — foram presos de acordo com a seção 12 do Ato e foram levados para centros de detenção. Após terem sido interrogados pelos períodos de 4 a 6 dias, eles foram liberados sem acusação. A seção 12 do Ato autorizava a polícia a deter qualquer pessoa suspeita de terrorismo pelo prazo de 48 horas, podendo haver autorização para estender esse período em até 5 dias. Foi o que ocorreu no caso *Brogan*, de forma que as prisões prolongadas foram, de acordo com a legislação britânica, legais. As quatro pessoas que foram submetidas à prisão prolongada alegaram perante a Corte Europeia de Direitos Humanos que a Grã-Bretanha havia violado o Artigo 5º da Convenção, principalmente devido à ausência de controle judicial das prisões. Embora a Comissão tivesse opinado que apenas as detenções mais longas violavam o Artigo 5º (3), a Corte entendeu que os quatro casos importaram em violação do mencionado artigo. TANCA, Antonio. Human Rights, Terrorism and Policy Custody: The Brogan Case. *European Journal of International Law*, Florença, v.1, n.1, p.269-277, 1990.

47 CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, de 4 de novembro de 1950.

48 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Brannigan e McBride v Reino Unido*. Sentença de 26 de maio de 1993, parágrafo 51.

49 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Aksoy v Turquia*. Sentença de 18 de Dezembro de 1996.

deste”.⁵⁰ Ainda, contraditoriamente ao fato histórico de que os maiores crimes contra a humanidade ocorreram durante estados de emergência, Ronald MacDonald, ex juiz da Corte Europeia, afirmou que “[...] é nesses períodos conturbados para a vida pública que a margem de apreciação tem sido aplicada da maneira mais ampla”.⁵¹ Nesse sentido, e justificando a ideia de que o conceito estrutural da margem de apreciação deveria ser completamente abandonado, ressalta George Letsas que a fiscalização judicial em casos de derrogação conforme o Artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos deveria ser ainda maior, porque “[...] são em situações de emergência que os governos costumam utilizar medidas excessivas contra as minorias com o objetivo de satisfazer o senso de segurança da maioria”.⁵²

O mesmo argumento foi manifestado em particular no julgamento do caso inglês *A v Secretário de Estado*⁵³ pela Câmara dos Lordes. Na opinião de Lorde Rodger, a “segurança nacional pode ser utilizada como um pretexto para medidas repressivas que são, na realidade, tomadas por outras razões”, bem como nas palavras de Baronesa Hale, “[...] declarações de emergência injustificadas são uma ferramenta familiar à tirania”. O fato peculiar nesse caso não foi, contudo, a aplicação do princípio da

50 No caso *Grego* (1969), por exemplo, a Comissão Europeia de Direitos Humanos expressou seu desacordo com o governo da Grécia que argumentava a existência de um declínio regular na ordem pública. O argumento era de que tal país vinha levando a nação praticamente a um estado de anarquia, o que justificava a necessidade de medidas de derrogação para evitar que o Comunismo se consolidasse no poder. A Comissão, entretanto, entendeu que não havia ameaça à vida da nação no caso. FENWICK, Helen. *The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September?* *Modern Law Review*, Londres, v.65, n.5, p. 724-762, 2002. p. 744.

51 BAKIRCIOGLU, Onder. *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*. *German Law Journal*, v.8, n.7, p. 711-734, 2007. p. 714.

52 LETSAS, George. *Two Concepts of the Margin of Appreciation*. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.26, n.4, p.705-732, 2006. p. 730.

53 *A v Secretary of State for the Home Department (2004)*, UKHL 56, foi um dos mais importantes casos no contexto da afirmação do papel do Judiciário em relação aos direitos protegidos pelo *Human Rights Act* do Reino Unido de 1998. Nesse caso, os apelantes foram notificados e detidos conforme as seções 21 e 23 do *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*. Todos eram estrangeiros. Nenhum havia sido processado criminalmente. Os juízes ingleses deveriam então determinar “[...] se havia uma emergência pública ameaçando a vida da nação de acordo com o Artigo 15. Em caso afirmativo, se as medidas tomadas haviam excedido o que era estritamente requerido pelas exigências da situação”. AMOS, Merris. *Human Rights Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006. p. 91.

deferência⁵⁴ pela Corte de Apelação inglesa, princípio também conhecido como “margem de apreciação doméstica”, mas a posterior decisão da Câmara dos Lordes, que revogou a aplicação do princípio da deferência, apesar da tradição britânica de não intromissão do Judiciário em questões de segurança nacional. A maioria dos Lordes, contrariamente ao que havia sido decidido por unanimidade pela Corte de Apelação, entendeu que a detenção infinita de suspeitos de terrorismo internacional, sem que houvesse acusação formal ou processo instaurado, era ilegal por ser tanto interferência desproporcional ao direito à liberdade perante o Artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, quanto medida discriminatória contrária ao Artigo 14 da mesma Convenção. A conclusão enfatizada por Tomkins foi a de que “[...] mesmo no contexto de segurança nacional, o Judiciário tem a responsabilidade de assegurar que o império da lei seja respeitado”.⁵⁵

Conceder aos Estados uma margem de poderes discricionários facilita o arbítrio dos governantes, conforme os críticos europeus.⁵⁶ Pois se um organismo internacional depende, para fazer valer sua autoridade, da “[...] cooperação dos entes que o compõe e da subordinação desses às decisões de suas instituições,” segundo afirmação de Forsythe, “a doutrina da margem de apreciação formaliza as dificuldades impostas pelos Estados ao processo de uniformização dos direitos humanos internacionais”.⁵⁷ O objetivo da doutrina da margem de apreciação, em relação à proteção internacional dos direitos humanos, é “[...] traçar a linha entre o que é adequadamente um problema para cada comunidade decidir em nível local e o que é tão fundamental que exige os mesmos requerimentos para todos os países, quaisquer que sejam as variações em tradições e cultura”.⁵⁸

54 O *Human Rights Act*, de 1998, é uma legislação que objetivou incorporar a Convenção Europeia de Direitos Humanos no território da Inglaterra e País de Gales. O princípio da deferência ou área de julgamento discricionário é considerado uma margem de apreciação doméstica no Reino Unido. Por esse princípio, certas áreas são excluídas da apreciação do Poder Judiciário, que defere a decisão a ser tomada para o Legislativo ou o Executivo. AMOS, Merris. *Human Rights Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006, p. 88.

55 TOMKINS, Adam. *Readings of A v Secretary of State for the Home Department*. *Public Law*, Londres, n.2, p. 258-266, 2005, p. 263.

56 CAVANAUGH, Kathleen. *Policing the margins: rights protection and the European Court of Human Rights*. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p.422-444, 2006.

57 FORSYTHE, David. *Human Rights in International Relations*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 23.

58 CAVANAUGH, Kathleen. *Policing the margins: Rights pro-*

Contudo, se, como ensina Cançado Trindade, “o novo paradigma do Direito Internacional Público no início do século XXI não é mais estadocêntrico, situando o indivíduo na posição central”, de forma que devemos considerar “[...] o despertar de uma consciência jurídica universal para a prevalência da dignidade da pessoa humana em quaisquer circunstâncias”,⁵⁹ afirmando assim a existência de direitos humanos universais, como sustentar a defesa dos interesses do Estado por meio da criação da doutrina da margem de apreciação pelos próprios órgãos de supervisão internacional? Como entender que sejam as organizações criadas para zelar pelo processo de universalização dos direitos humanos as responsáveis pelo desenvolvimento de mecanismos que autorizam os Estados a se desvencilharem de suas obrigações internacionais? Nesse contexto, as principais questões que são apresentadas por Delmas-Marty são: como manter as pretensões relativas ao universalismo se por meio da margem de apreciação, cada Estado insiste em manter sua especificidade? Deveria a margem de apreciação ser abandonada em nome da segurança jurídica e da proteção à ideia de universalidade na qual se fundamenta a essência dos direitos do homem, ou sua manutenção é absolutamente necessária como forma de preservação da soberania nacional? A complexidade da ideia de perseguir uma segurança jurídica em matéria de direitos humanos é sugerida pela mesma autora, ao referendar uma justificativa da própria Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à necessidade de constante reexame das soluções jurídicas à luz das evoluções científicas e sociais que culminam com mudanças de pensamento e atitude da comunidade. A flexibilidade inerente à vida social, da qual emana o direito, impossibilita, assim, a completa realização da segurança jurídica.⁶⁰

Referentemente à questão da competência entre os tribunais internacionais e os Estados, cabe elucidar: os tratados internacionais já decidiram o que é aceitável ou não em matéria de direitos humanos. A observância desses tratados deve ser garantida pelos tribunais. A doutrina da

margem de apreciação serve somente para indicar que “os Estados podem realizar qualquer ato que a Corte não considere incompatível com os direitos humanos”.⁶¹ A importância dessa doutrina em Direito Internacional, repita-se, é o confronto direto entre dois princípios fundamentais, que são: o respeito à soberania estatal, e a necessidade de universalização das normas de direitos humanos.⁶² As críticas atuais à doutrina, contudo, entendem que a Corte tem falhado na sua aplicação de forma que o que tem acontecido na prática é uma demonstração de uso pernicioso da margem de apreciação, que “[...] evita a condução e o exame independente de provas com a consequente tendência de sucumbir à posição do governo nacional relevante”.⁶³

Nesse contexto, alerta Couto e Silva para os “[...] vícios relacionados com o exercício do poder discricionário”⁶⁴ que podem ser: transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder (ou desvio de finalidade), e não exercício ou exercício deficiente do poder discricionário. Para evitá-los, evidencia-se na história do Brasil uma constante ampliação da revisão judicial, que tem se observado modernamente em toda parte. Essa tendência de aumento de controle judicial está baseada no interesse público e nos reais limites do poder discricionário, que são a finalidade da lei, dos princípios e regras constitucionais, dos princípios fundamentais do direito e a proporcionalidade entre o ato e o fato que o determinou.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta breve análise da aplicação da doutrina da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como da sua formulação anterior por parte da Corte Europeia, observa-se que essa margem de discricionariedade estatal tem tido aplicação muito mais expressiva — e, portanto, problemática — no Sistema Europeu do que no Sistema Interamericano. Se na Europa as aplicações jurisprudenciais da referida dou-

tection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p. 422-444, 2006, p. 424.

59 TRINDADE, A.A. Cançado. La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI. In: TRINDADE, A.A. Cançado; RUIZ DE SANTIAGO, J. (Ed.). *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI*. 3. ed. São José da Costa Rica: ACNUR, 2004, p.67-86.

60 DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998.

61 CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p. 422-444, 2006. p. 444.

62 FELDMAN, D. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

63 CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: Rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n.4, p. 422-444, 2006. p. 437.

64 SILVA, Almiro Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.179, n.80, p. 51-92, 1990. p. 63.

trina por parte do Tribunal Regional para Proteção dos Direitos do Homem são frequentes e difundem a cada dia as críticas doutrinárias contrárias à prática, no continente americano a margem de apreciação foi concebida até agora em apenas uma Opinião Consultiva. Enquanto na Europa percebe-se um aumento do uso da doutrina como justificativa para a não interferência de tribunais internacionais nos assuntos relacionados aos valores morais e à cultura de cada Estado, na América a discricionariedade estatal foi ratificada no contexto da discussão acerca do direito à nacionalidade e à proibição de discriminação, porém de uma forma bastante específica.

Compartilha-se da ideia de que a margem de apreciação contribui para a aplicação não uniforme, subjetiva ou relativista do direito internacional, flexibilizando as fronteiras da legalidade. Ainda, a prática observada nos órgãos de supervisão da Europa revelou que a doutrina reforça a percepção das normas internacionais como sendo de caráter não obrigatório, ou *soft law*. Como consequência, trata-se de método que autoriza os Estados mais poderosos a se evadirem de suas obrigações internacionais, pois reintroduz o argumento de defesa da soberania estatal nas relações internacionais. Se a proteção à soberania por parte dos Estados já representava um obstáculo aos objetivos de universalização dos direitos humanos, a ratificação desse princípio por parte dos órgãos internacionais de supervisão não só impede a evolução do movimento de internacionalização dos direitos humanos, mas também dificulta o funcionamento dos Sistemas Regionais de proteção à pessoa.

Na Opinião Consultiva 4/84 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os próprios julgadores já demonstram uma preocupação com a disseminação do uso do poder discricionário dos Estados, quando mencionam a necessidade de aplicação restrita da margem de apreciação no tocante aos testes que devem ser aplicados para averiguar se as exigências legais para concessão da nacionalidade foram satisfeitas.

A Corte sente-se compelida a enfatizar, contudo, que na prática, e devido à larga discricionariedade com a qual testes, tais como estes requeridos pelas emendas constitucionais propostas, tendem a ser administrados, existe o risco de que esses requerimentos tornem-se veículos para julgamentos subjetivos e arbitrários, bem como instrumentos para efetuar políticas discriminatórias que podem não estar aparentes no texto legal, mas ser consequência de sua aplicação.⁶⁵

65 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HU-

Nesse sentido, as emendas à Constituição da Costa Rica propõem testes que objetivem avaliar a existência de laços reais e efetivos nos quais se possa basear o pedido de aquisição de nova nacionalidade. Entre os requerimentos, o Artigo 15 estabelece a “[...] prova da habilidade de falar, escrever e ler o idioma oficial do país, bem como um exame que comprove conhecimentos acerca da sua história e valores”. Tanto a definição de tais requerimentos como os seus modos de avaliação recaem, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “[...] *prima facie*, dentro da margem de apreciação reservada ao Estado”.⁶⁶

Em contrapartida, a adoção da margem de apreciação como justificativa de deferência para as autoridades locais no julgamento de violações aos direitos humanos durante estado de emergência, bastante comum na Europa, ainda (e felizmente) não encontrou guarida na prática Interamericana. Entende-se, por isso, que se na Europa o uso muitas vezes indiscriminado da margem de apreciação forneceu subsídios para fomentar críticas da doutrina especializada com relação aos perigos que tal prática representa para a efetivação dos direitos humanos, na América foi justamente a restrição do uso desse mecanismo por parte do Tribunal Interamericano que impediu a difusão da preocupação com a sua aplicação. Conclui-se, portanto, que a cautela demonstrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao invocar a margem de apreciação na fundamentação da Opinião Consultiva 4/84 explica o reduzido desenvolvimento dessa doutrina na jurisprudência do Sistema Interamericano.

REFERÊNCIAS

AMOS, Merris. *Human Rights Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2006.

BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-734, 2007.

MANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica, Opinião nº 4/84*. Parecer de 19 de janeiro de 1984. p. 17.

66 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica, Opinião nº 4/84*. Parecer de 19 de janeiro de 1984. p. 17.

- BOYLE, Kevin. Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case. *Essex Human Rights Review*, Essex, v. 1, n. 1, p. 1-16, jul. 2004. Disponível em: <<http://projects.essex.ac.uk/EHRR/archive/>>. Acesso em: 24 out. 2006.
- CÂMARA DOS LORDES DO REINO UNIDO 56. *A and Others v Secretary of State for the Home Department*. 2004. Sentença de 16 de dezembro.
- CAVANAUGH, Kathleen. Policing the margins: rights protection and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, Londres, n. 4, p. 422-444, 2006.
- CHARLESWORTH, H., CHINKIN, C. *The Boundaries of International Law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000.
- CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*, de 4 de novembro de 1950.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Linguístico Belga*. Sentença de 23 de julho, 1968.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Aksoy v Turquia*. Sentença de 18 de dezembro, 1996.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *B v França*. Sentença de 24 de janeiro, 1992.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Brannigan e McBride v Reino Unido*. Sentença de 26 de maio, 1993.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Brogan v Reino Unido*. Sentença de 29 de novembro, 1988.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Cossey v Reino Unido*. Sentença de 27 de setembro, 1990.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Frette v França*. Sentença de 26 de fevereiro, 2002.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Goodwin v Reino Unido*. Sentença de 11 de julho, 2002.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Handyside v Reino Unido*. Sentença de 7 de dezembro, 1976.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Irlanda v Reino Unido*. Sentença de 18 de janeiro, 1978.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Lawless v Irlanda*. Sentença de 14 de novembro, 1990.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Otto-Preminger Institute v Áustria*. Sentença de 20 de setembro, 1994.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Partido Comunista Unido da Turquia e outros v Turquia*. Sentença de 30 de janeiro, 1998.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Partido Refah (O Partido do Bem-Estar e outros v Turquia)*. Sentença de 13 de fevereiro, 2003.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Rees v Reino Unido*. Sentença de 17 de outubro, 1986.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Sheffield e Horsbam v Reino Unido*. Sentença de 30 de julho, 1998.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Wingrove v Reino Unido*. Sentença de 25 de novembro, 1996.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva sobre propostas de emendas aos dispositivos constitucionais que regem a naturalização na Costa Rica*, Opinião nº 4/84. Parecer de 19 de janeiro de 1984.
- COSTA RICA. *Constituição Política da República*, de 8 de novembro de 1949.
- DEL MORAL, Ignacio de la Rasilla. The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine. *German Law Journal*, v.7, n.6, p. 611-624, 2006.
- DELMAS-MARTY, M. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998.
- FELDMAN, David. *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- FENWICK, Helen. The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001: A Proportionate Response to 11 September? *Modern Law Review*, Londres, v.65, n.5, p. 724-762, 2002.
- KLUG, Francesca. *Values for a Godless Age: The story of the United Kingdom's Bill of Rights*. Londres: Penguin Books, 2000.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Ap-

preciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v.26, n.4, p.705-732, 2006.

MCGOLDRICK, Dominic. Multiculturalism and its Discontents. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 5, n. 1, p. 27-56, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 12 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, abril de 1948.

ORSYTHE, David. *Human Rights in International Relations*. 2.ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SAMUELS, Harriet. *Methodological Approaches by the Courts to the Human Rights Act 1998; Examples of the Convention's Application. Some Introductory Principles*. Faculdade de Direito da Universidade de Westminster, (aula). Londres, 7 de novembro de 2006.

SILVA, Almiro Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.179, n.80, p.51-92, jan./jun. 1990.

SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005.

TANCA, Antonio. Human Rights, Terrorism and Policy Custody: The Brogan Case. *European Journal of International Law*, Florença, v.1, n.1, p.269-277, 1990.

TOMKINS, Adam. Readings of A v Secretary of State for the Home Department. *Public Law*, Londres, n.2, p.258-266, 2005.

TRINDADE, A.A Cançado. La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI. In TRINDADE, A.A Cançado e RUIZ DE SANTIAGO, J. (Ed.). *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el inicio del Siglo XXI*. 3.ed. São José da Costa Rica: ACNUR, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130

The “full” liberty of expression and the human rights: the analyses of Inter-American Court of Human Rights and the trial of ADPF 130

Natália Paes Leme Machado

A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130

The “full” liberty of expression and the human rights: the analyses of Inter-American Court of Human Rights and the trial of ADPF 130*

Natália Paes Leme Machado**

RESUMO

A liberdade de expressão é um direito consagrado pela Constituição Federal Brasileira e por instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, por isso deve ser internalizado e aplicado na jurisprudência brasileira. O escopo deste artigo é fazer uma breve análise sobre o direito de expressão e a necessidade de sua consagração para proteger os direitos humanos. Em primeiro lugar, foi analisado o conceito de liberdade de expressão, suas espécies e limitações. Em seguida, a sua aplicação em instrumentos internacionais, em especial na Convenção Americana de Direitos Humanos. Destaca-se a Opinião Consultiva n. 05 e parte da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Esta análise é necessária para demonstrar como é feita a aplicação deste direito internacionalmente. Por fim, o estudo do voto do Ministro Ayres Britto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, o qual consagrou o direito à liberdade de expressão como um direito absoluto ao revogar a Lei de Imprensa de 1967. Dessa forma, conclui-se que o Brasil internalizou e aplica o direito à plena liberdade de expressão na sua jurisprudência. O uso da expressão “plena” demonstra a efetividade do instituto da imprensa, como sendo o espaço institucional que melhor disponibiliza o uso articulado do pensamento e do sentimento humano. O objetivo principal deste trabalho é demonstrar que, com esta decisão, o judiciário brasileiro aplicou corretamente o entendimento da Corte IDH e garantiu, de certa forma, que as informações recebidas pela sociedade brasileira serão totalmente livres e o direito de se manifestar é absoluto.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão. Convenção Americana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva n. 05. ADPF 130. Lei de Imprensa.

* Recebido em 10/08/2013
Aprovado em 04/11/2013

** Mestranda em Direito das Relações Internacionais no Centro Universitário de Brasília–UniCEUB. Bolsista Capes no programa mestrado-sanduiche. Pesquisadora do grupo de Pesquisa Internacionalização dos Direitos. Email : <natalia.plmachado@gmail.com>

ABSTRACT

The liberty of expression is an established right in the Brazilian Constitution and in international instruments of human rights protection, in this way, it should be internalized and applied at Brazilian jurisprudence. The

aim of this article is to do a short analysis of the right of expression and the necessity of its appliance to protect human rights. At first, was analyzed the concept of liberty of expression, its species and limitations. After, the application in international instruments, specially, in the American Convention of Human Rights specifically here stands out the Advisory Opinion n. 05 and the jurisprudence of Inter-American Court of Human Rights. These analyzes are necessary to demonstrate how the international application of this right is done. Finally, the study of the minister Ayres Britto's vote in ADPF 130, that consecrated the right of liberty of expression as an absolute right, revoking the Press Law of 1967. It is also possible to conclude that Brazil internalized and applies the right of full liberty of expression in its jurisprudence. The use of the word "full" indicates the effectiveness of press institute, being the institutional place that better evaluate and articulate the use of human's thought and feeling. The main objective of this work is to demonstrate that, with this decision, the Brazilian judiciary correctly applies the knowledge of Inter-American Court of Human Rights and guarantee, in certain way, that the received information of Brazilian society is totally free and the right to manifest is absolute.

Keywords: Liberty of expression. American Convention of Human Rights. Advisory Opinion n. 05. ADPF 130. Press Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo demonstrar a importância da plena liberdade de expressão, sua conceituação e aplicação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Brasil. Tendo como base a Convenção Americana de Direitos Humanos, parte da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a Constituição Federal de 1988 (CF de 1988) e os votos proferidos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Dessa forma, pretende-se demonstrar que o Brasil internalizou e aplica, em sua jurisprudência, os princípios consolidados de proteção aos direitos humanos emanados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Constituição de cada Estado é um produto e tem como fim a sociedade. Suas normas foram feitas para

proteger os direitos clamados pelo grupo de indivíduos que a compõe. Neste sentido, o Estado é apenas um meio que oferecerá a interlocução e a possibilidade de a sociedade usufruir desses direitos. Dentre esses valores, encontra-se a liberdade, que tem como espécie a liberdade de expressão e de imprensa. De forma geral, o Artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu inciso II, consagra a liberdade, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro ao dizer que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A liberdade de expressão, uma das espécies do direito à liberdade, é um valor também amparado pela Constituição Federal de 1988. O Artigo 5º, consagrado como o protetor dos Direitos Fundamentais, assegura a livre manifestação do pensamento, desde que não seja feita de forma anônima. Isso quer dizer que, ao se manifestar (quando uma pessoa retira o seu pensamento e o exterioriza), através da palavra, da escrita, de publicações em jornais ou internet, esta pessoa está exercendo um direito que lhe é garantido e que promove a sua dignidade. Este é o direito à expressão.

Como suporte ao direito garantido na legislação interna, esse direito encontra-se protegido, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta Convenção trata-se de um sistema jurídico de proteção aos direitos mais inerentes à dignidade humana. A Convenção é um tratado, no qual a maioria dos países americanos é signatária e se comprometeu a garantir a efetividade dos direitos humanos em toda a América.

A Convenção estabelece um rol de direitos, os quais devem ser levados em consideração por todos os países signatários. Dentre eles, em seu Artigo 13, encontra-se a liberdade de pensamento e de expressão. A Convenção garante que todos os Estados devem assegurar que toda pessoa tenha o direito à liberdade de expressão, complementado pela liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras.

Isso quer dizer que o país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos é obrigado a internalizar e efetivar normas e políticas públicas que permitam a livre liberdade de expressão, pensamento e exteriorização. É importante ressaltar que não há qualquer ponderação deste direito, a não ser questões de censura para não permitir que crianças e adolescentes assistam a programas inadequados para sua idade. Portanto, o

país que, de qualquer forma, impedir a manifestação do pensamento poderá ser responsabilizado internacionalmente por este descumprimento.

Este artigo terá como objetivo central demonstrar a aplicação do direito de liberdade de expressão na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de demonstrar a necessidade de se permitir o livre acesso à comunicação como um requisito essencial para manutenção da democracia de um Estado e, principalmente, para garantir a aplicação dos Direitos Humanos.

Para contextualizar, inicialmente, haverá a análise do que se entende pelo direito à liberdade de expressão de forma geral. A fim de ter uma base empírica para demonstrar o objetivo central, pretende-se fazer uma análise sucinta da jurisprudência da Corte IDH por meio de uma Relatoria sobre Liberdade de Expressão, uma Opinião Consultiva e algumas sentenças relacionadas ao assunto. Por fim, verificar-se-á que o Brasil internalizou legislativamente e judicialmente o direito consagrado na Convenção Americana, tendo como base o disposto na Constituição Federal de 1988 e no julgamento da ADPF 130 no Supremo Tribunal Federal (STF).

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade de expressão foi consagrada pela Constituição Federal Brasileira e considerada como um direito fundamental da pessoa humana. Pode ser conceituada como o direito de expressar o que se pensa, sem qualquer tipo de empecilho ou censura pelo Estado. Dessa forma, é obrigação do Estado ratificá-la em todas suas instâncias: legislativa, executiva e judiciária. Isso porque a sociedade internacional a considera como essencial para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Este capítulo terá como objetivos principais demonstrar a conceituação do direito à liberdade de expressão utilizada pela doutrina brasileira e estrangeira; demonstrar suas espécies como: a liberdade de pensamento, a de opinião, a de comunicação e a de manifestação de pensamento, a fim de garanti-las como um direito inerente à dignidade da pessoa humana; e, por fim, explicar rapidamente como poderia ocorrer a limitação deste direito, por meio da responsabilização do agente que atingiu o direito alheio.

Os direitos fundamentais são considerados como os direitos mais intrínsecos aos seres humanos. Para os jusnaturalistas, são aqueles direitos com os quais o homem já nasce, portanto anteriores ao Estado. Para os juspositivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei. Para os idealistas, são princípios abstratos que a realidade vai absorvendo ao longo do tempo.¹ De qualquer forma, sem observar a nomenclatura utilizada (direitos do homem, direitos humanos ou direitos fundamentais), é de conhecimento geral que estes são os direitos ligados à dignidade da pessoa humana e, portanto, precisam ser defendidos e preservados a todo custo.

Diante disso, o Estado tem a obrigação de aplicar esses direitos em seu ordenamento. Quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo, é que se reconhece que este tem primeiro direitos e depois deveres perante aquele.² Portanto, os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas sim compreendidos como a vontade de sua população. As liberdades não são criadas e não se manifestam senão, em sua maior parte, quando o povo as quer.³

A Constituição é produto e tem como fim a sociedade. Suas normas foram feitas para proteger os direitos clamados pelo grupo de indivíduos que a compõe. Neste sentido, o Estado é apenas um meio que oferecerá a interlocução e a possibilidade de a sociedade usufruir desses direitos. A Constituição Brasileira reservou um capítulo inteiro sobre os Direitos Fundamentais, primando pela garantia plena e proteção do ser humano. Dentre estes, encontra-se o direito à liberdade.

A terminologia italiana para a liberdade de expressão é mais expressiva e consiste em dizer que se trata do direito à livre manifestação do pensamento por parte do indivíduo. Este conceito tem como finalidade abranger em todas as formas possíveis a garantia da dignidade da pessoa humana,⁴ por isso a liberdade não só de se

1 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 113.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 2000. p. 107.

3 "as liberdades não nascem senão de uma vontade, elas não duram senão enquanto subsiste a vontade de as manter." BÉNOIT, Francis Paul. *Les conditions d'existence des libertés*. Paris: La documentation française, 1985. p. 21.

4 ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*. Madrid: Universidad Carlos III, 1994. p. 112.

manifestar, mas também de pensar e exteriorizar seu pensamento.

Para Montesquieu, a liberdade consistiria no direito de fazer tudo o que as leis permitissem.⁵ É considerada como liberdade de forma geral, a base de qualquer outra espécie de liberdade. Ela foi consagrada na Constituição Federal Brasileira logo no início dos Direitos e Garantias Fundamentais, quando diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Esta é considerada a liberdade vista de forma ampla, geral, podendo ser dividida em algumas espécies.

Dentre o rol de liberdades – espécies – em que há possibilidade de se conquistar, destaca-se a liberdade de manifestação do pensamento. Esta liberdade consiste na possibilidade de exteriorizar o que se pensa, podendo ser sobre ciência, religião, arte.⁶ Seria visto como a forma que o homem tem de inteirar os seus companheiros sobre o que acredita, seus conhecimentos, concepções de mundo, opiniões políticas ou religiosas.

O homem vive de pensamentos, porém não está concentrado em seu próprio espírito. Ele é um ser sociável, que necessita se comunicar para sobreviver. Se fosse possível vedar absolutamente o direito à expressão, seria necessário para isso dissolver e proibir a existência da própria sociedade.⁷ Estes argumentos demonstram a importância de se assegurar a livre manifestação do pensamento, como uma garantia intrínseca ao direito à dignidade da pessoa humana.⁸

5 MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Tradução Luiz Fernando de Abreu Rodrigues, São Paulo: Juruá, 2000.

6 DÓRIA, Sampaio. Direito Constitucional: comentários à Constituição de 1946, v. 3, n. 602 apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241.

7 PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça/ Serviço de Documentação, 1958. p. 385 apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241.

8 “se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña—y caracteriza—a los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoria Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 2/09.30 diciembre 2009. Original: español. p. 2. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20>

A dignidade da pessoa humana serve como uma proteção em todos os sentidos dos direitos do ser humano, muitas vezes sendo até mais importante que o direito à vida. Abrange, então, direitos como integridade física e psíquica, subsídios mínimos patrimoniais para viver de forma satisfatória o desenvolvimento básico do ser humano, como direito à educação, alimentação, saúde, moradia, condições fundamentais de liberdade e igualdade.

Funciona como uma fonte jurídico-positiva, uma lei-geral que abrange os direitos fundamentais e deve ser aplicada em cada caso. Por isso, o Estado tem o dever de garantir a todos seus membros um respeito igualitário, para, assim, garantir os outros direitos fundamentais. Considera-se a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.⁹

Em suma, para que se possa garantir a dignidade da pessoa humana, é necessária uma legislação coerente com a garantia da liberdade de expressão, por ser uma característica essencial do ser humano a necessidade de comunicação e exteriorização de seus pensamentos.¹⁰

Dessa forma, retornando a conceituação, liberdade de pensamento é a possibilidade que o ser humano tem de se manifestar e exteriorizar o que pensa. É exatamente esta característica que nos torna humanos, por isso, deve ser resguardada pelo ordenamento jurídico.

A doutrina chama a liberdade de opinião como primária, trata-se da liberdade que o indivíduo tem de fazer a sua escolha.¹¹ Uma de suas espécies é a liberdade de comunicação. Esta última consiste em um conjunto de direitos, formas, processos, veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação.

Da liberdade de comunicação, extrai-se o que é chamado de liberdade de manifestação do pensamento, considerada um aspecto externo da liberdade de opinião. Essa exteriorização do pensamento pode se dar

derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2013.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 60.

10 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informe No. 38/97*. Caso No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra. Perú. 16 de octubre de 1997. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Peru10.548.htm>> Acesso em: 20 ago. 2013. parágrafo 72.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 241.

entre interlocutores presentes ou ausentes, por meio de diálogo, exposição, conferências, palestras, discursos, o que interfere também com o direito de reunião e de associação (quando presentes); ou sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão, rádio (quando ausentes, de forma indeterminada).¹²

Acontece que este direito não é absoluto. A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus: a vedação ao anonimato. O manifestante tem que se identificar, assumir claramente a autoria do que foi dito. Isso porque caso ele vá além de seu objetivo e fira o direito alheio, poderá ser chamado a responder pelo seu excesso.

Muitas vezes, a manifestação do pensamento gera a possibilidade de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Entretanto, tem-se que observar, pois a resposta não pode consistir em um novo gravame, mas, tão somente, ao direito de quem se sentiu lesado com a manifestação de outrem de responder na mesma proporção, mas somente no sentido de retificação.¹³

Os limites da liberdade de expressão podem ser definidos como toda redução de algum dos elementos jurídicos que formam o seu conteúdo. Consiste na proibição da difusão de determinado discurso (restrição ao conteúdo) ou regular a forma, tempo, lugar ou meio pelo qual este conteúdo poderá ser transmitido.¹⁴ Este último é chamado de restrição neutra, pois o Estado não tem a intenção de suprimir por completo a manifestação, mas tão somente a forma como é feita. Esta restrição é justificável somente quando a liberdade de expressão possa vir a ferir outrem.

Em suma, a liberdade de informação, em geral, compreende o direito de informar e de ser informado. Este consiste no interesse crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas.¹⁵

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244.

13 Fala de Alexandre Jobim, consultor da ANJ e Associação Internacional de Radiodifusão no *painel Fórum Internacional Liberdade de Imprensa e Poder Judiciário do STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-27/especialistas-debatem-casos-corte-interamericana-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

14 Pode-se dar como exemplo a restrição ao direito de liberdade que pode ocorrer em Estado de Sítio. Ou no período de eleições, em que esse direito pode ser limitado. Entretanto, verificar-se-á, no decorrer do texto, que existem doutrinadores que consideram o direito à liberdade de expressão absoluto.

15 GRECO. Albino. *La libertá di stampa nell1 ordinamento giu-*

Diante do exposto, percebe-se que as liberdades de expressão, opinião e conhecimento devem ser garantidas para que a dignidade do ser humano seja protegida. Por isso, pode-se considerar que se trata de um direito universal, garantido pelo direito internacional por meio de tratados sobre o tema. Neste sentido, é importante estabelecer uma ligação entre o direito à liberdade de expressão e os direitos humanos no âmbito internacional, mediante uma análise sucinta da Declaração Universal sobre os Direitos do Homem. Em seguida, em âmbito regional, uma análise mais detalhada sobre o que a Convenção Americana de Direitos Humanos entende como direito à expressão e a sua aplicação na jurisprudência do Sistema Interamericano.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E IMPRENSA COMO UM DIREITO HUMANO: APLICAÇÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A liberdade de expressão tem sido reconhecida internacionalmente como um direito humano. Os primeiros tratados sobre a matéria já evidenciavam a intenção da comunidade internacional em proteger tal direito. Este reconhecimento e a aceitação dos tratados pelos países trazem uma responsabilidade internacional. Isso quer dizer que, ao assinarem um tratado ou se manifestarem sobre uma declaração, os Estados se comprometem a internalizar e efetivar dentro de sua jurisdição tais direitos.

Nesse sentido, este capítulo realizará um breve relato sobre a proteção universal do direito à liberdade de expressão, com enfoque na espécie liberdade de imprensa. Esse direito está consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em seguida, trará o relato sobre como esta proteção ocorre em âmbito regional com a análise da Convenção Americana de Direitos Humanos e sua jurisprudência.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 é o instrumento internacional mais importante para os direitos humanos. Este documento sintetiza e serve como base para a aplicação dos direitos do homem na maioria dos Estados. Neste sentido, esta Declaração não poderia deixar de proteger a liberdade de expressão. O Artigo XIX estabelece que:

rídico italiano. p. 38. apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 245.

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.¹⁶

O universalismo alcança a raiz dos direitos humanos, por meio da Declaração Universal de 1948. Ela é o fruto de uma lenta conquista realizada mediante três frases sucessivas: as apertações dos filósofos, a recepção dessas apertações nos textos positivos nacionais e o traslado da proteção ao plano internacional. Dessa forma, vai de um direito pensado a um direito realizado.

Com essa Declaração se tem alcançado um acordo universal de respeito aos valores que fundamentam os direitos inerentes ao ser humano. A partir de então, há a aplicação para o desenho concreto dos mecanismos jurídicos de proteção e garantia, que antes era incompleto.¹⁷

É importante salientar outro documento, conhecido a nível mundial, que se destaca sobre o tema. A Declaração de Chapultepec de 1994 que trata sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. No *caput* de seu único artigo destaca a importância desses direitos a fim de consagrar a liberdade, vista de modo geral:

Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação.¹⁸

Trata-se de uma carta de princípios assinada por chefes de diversos Estados, juristas e entidades ou cidadãos comuns. Sendo assim, não há qualquer obrigatoriedade dos Estados de internalizarem estas normas, pois, como o próprio nome diz, trata-se de uma Declaração. Entretanto, o compromisso foi assumido pelo Brasil quando o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso assinou a declaração em 9 de Agosto de 1996 e o ex-presidente Lula deu continuidade ao trabalho, renovando o compromisso no dia 3 de Maio de 2006.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

17 ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*. Madrid: Universidad Carlos III, 1994. p. 114. p. 2.

18 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório especial para a Liberdade de Expressão*. Declaração de Chapultepec. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/show-article.asp?artID=537&IID=4>>. Acesso em: 22 ago. 2013

Esta Declaração coloca como objetivo primordial a permanência da luta pelo direito à liberdade de expressão, por entender que é uma causa fundamental para a democracia e, inclusive, para a civilização. Mais uma vez, colocando a necessidade de se comunicar como um direito inerente ao ser humano.

A proteção aos direitos humanos também pode ocorrer em âmbito regional. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigência em 1978 e tem como função oferecer proteção internacional dos Direitos Humanos em toda a América e complementar a proteção oferecida pelo direito interno.¹⁹

É um sistema regional composto pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para que a jurisdição contenciosa da Corte ocorra, o Estado deve declarar, quando ratifica o Pacto, que reconhece tal competência.²⁰ Além desse reconhecimento, o autor da petição deve antes esgotar as instâncias internas, ou seja, o Estado tem que antes ter julgado aquele incidente, o ter tolerado e não atribuído nenhuma medida para assegurar o direito.²¹

A Convenção estabelece um rol de direitos humanos que deve ser observado pelo Estado signatário. Ao assinar o tratado, o Estado se compromete a internalizar as normas ali veiculadas e dar efetividade aos direitos consagrados. Caso o Estado não o faça, poderá ser responsabilizado internacionalmente. Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidades não governamentais (reconhecidas em um ou mais Estados-membros) podem apresentar à Comissão denúncias referentes a uma to-

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013.

20 Artigo 45° 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013

21 Artigo 46° 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os Artigos 44° ou 45° seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013

lerância do Estado-membro sobre um descumprimento dos Direitos Humanos.

Dentre estes direitos, o Pacto de San José garantiu o direito à liberdade de expressão em seu Artigo 13, que dispõe:

Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Percebe-se que o direito consagrado é o de dar a informação, ou seja, o direito de manifestar o que se pensa, por qualquer meio legítimo e idôneo, e o de receber a manifestação. Além disso, o agente que emana a informação está sujeito a responsabilidades ulteriores do manifestante, caso este ultrapasse os direitos e reputação de outras pessoas ou a proteção da segurança nacional.

A fim de estabelecer uma coerência no seu sistema, a Comissão emitiu uma relação de princípios sobre a liberdade de expressão. Neste documento, há o esclarecimento de que a liberdade tem que ser vista como um direito fundamental e não como uma concessão feita pelo Estado. Além de declarar que é um direito que deve ser protegido, a fim de proporcionar o efetivo desenvolvimento do processo democrático.

Os princípios consagram a liberdade de expressão como um direito fundamental e, portanto, inalienável, inerente a todas as pessoas e essencial à existência de uma sociedade democrática.²² Deve ser difundida para todas as pessoas, independentemente de sexo, religião, idioma, opiniões políticas, origem nacional ou social, posição econômica ou qualquer outra condição social. É exatamente este princípio que estabelece a igualdade e, portanto, assegura a liberdade.

22 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Anual da relatoria para a liberdade de expressão*. Ano 2002. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.31.htm>>. Acesso em: 09 de nov. de 2013.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) também declara a possibilidade de ter conhecimento e acesso à informação sobre sua pessoa, em qualquer base do Estado e o acesso a qualquer informação em seu poder. Ressalte-se que o Estado tem que disponibilizar meios efetivos para que a população tenha esse acesso.

O princípio de número cinco diz respeito à censura prévia ou qualquer restrição ou obstáculo que possa ser colocado sobre a informação. A Declaração estabelece que qualquer forma de limitação, fora da lei, é uma violação direta à liberdade de expressão e a outros direitos fundamentais.

No que diz respeito à liberdade de imprensa, a OEA entende que colocar o requisito de formação jornalística para que uma pessoa se expresse é ferir o direito à liberdade de expressão. Os princípios também protegem a reserva de fontes de informações que todo comunicador social tem direito. Por fim, consta no rol de princípios a determinação contra o monopólio dos meios de comunicação, pois caso contrário restringiriam a pluralidade e diversidade que asseguram o pleno exercício da democracia.²³

Nesse mesmo sentido, em 1985, a Corte, utilizando de sua função interpretativa, emanou a Opinião Consultiva nº 05, solicitada pelo governo da Costa Rica.²⁴ Esta consulta realizada pela Corte acontece por meio de requerimento de um Estado-membro que possui dúvidas sobre a aplicação da Convenção em seu ordenamento. Neste caso foi solicitada a interpretação dos Artigos 13 e 29²⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos.

23 Princípios para liberdade de expressão. OEA. *Relatório Anual da relatoria para a liberdade de expressão*. Ano 2002. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.31.htm>>. Acesso em: 09 de nov. de 2013.

24 OEA. *Opinião Consultiva n. 05/85*. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_05_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

25 “Artigo 29 – Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de quaisquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” ORGANIZAÇÃO

Nessa opinião, a Corte IDH elencou os requisitos que entende necessários para que um Estado internalize corretamente a Convenção e efetive a proteção ao direito à liberdade de expressão. Ficou esclarecido que o sujeito deste direito são todos os indivíduos americanos, sem qualquer possibilidade de limitação. Além disso, estes têm o direito de não somente expressar seu próprio pensamento, como também o direito e a liberdade de buscar, receber e difundir informações. Até porque, quando se limita o direito de se expressar de um indivíduo, está limitando o direito de toda comunidade de receber esta informação.

A Corte entende que, na sua dimensão individual, a liberdade de expressão não se esgota somente no reconhecimento do direito de falar ou escrever, mas no de divulgar estas ideias em qualquer meio apropriado, para o maior número possível de destinatários. Quando a Convenção coloca a possibilidade de se difundir por qualquer procedimento as ideias, esta subtrai que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição de possibilidades de divulgação representa, diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de expressar-se livremente.

Na dimensão social, a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de ideias e informações e para a comunicação massiva de todos. O direito de comunicar e de ser informado. Essas duas dimensões devem estar ligadas e serem protegidas simultaneamente. De nada adianta proteger a liberdade de a sociedade ser informada, se a informação está sendo difundida depois de passar pelo crivo da censura prévia ou se há um monopólio nos meios de comunicação.²⁶

São os meios de comunicação que servem para materializar o exercício da liberdade de expressão, de tal modo que suas condições de funcionamento devem se

adequar aos requerimentos desta liberdade. Para isso, são indispensáveis a pluralidade de meios, a proibição de monopólios e a garantia de proteção da liberdade e independência desses periódicos.²⁷

O abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo, apenas a previsão da responsabilidade para aquele que for além de seu direito e ferir o direito alheio. Ainda, para que esta responsabilidade possa se estabelecer validamente, segundo a Convenção, é preciso que se reúnam alguns requisitos, tais como: a existência prévia de causas de responsabilidade, a definição expressa e taxativa dessas causas pela lei, a legitimidade dos fins perseguidos ao estabelecê-las e que estas causas de responsabilidade sejam necessárias para assegurar os mencionados fins.²⁸

Por outro lado, tendo como base os princípios, a Convenção Americana e a concessão dos países, a Corte IDH é legítima para julgar demandas contra Estados que violam os direitos consagrados no Pacto San José da Costa Rica. Neste sentido, desde 2001, houve 17 casos em que a Corte se manifestou sobre violação ao direito de liberdade de expressão.²⁹

Em 2001 houve a sentença do Caso Olmedo Bustos contra o Chile. Este caso se refere à proibição da censura prévia imposta pelo Chile ao filme “La última tentación de Cristo”.³⁰ Com isso, a Corte entendeu que estava indo contra o direito à liberdade de expressão.

27 ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Opinión Consultiva n. 05/85*. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013. Parágrafo 30 – 34.

28 ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Opinión Consultiva n. 05/85*. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013. Parágrafo 39.

29 Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.; Caso Palamara Iribarne vs. Chile.; Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.; Caso Kimel vs. Argentina.; Caso Tristán Donoso vs. Panamá; Caso Ríos y otros vs. Venezuela; Caso Perozo y otros vs. Venezuela; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia; Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil; Caso Fontevecchia D’Amico vs. Argentina; Caso González Medina y Familiares Vs. República Dominicana; Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia; Caso Uzcátegui y Otros Vs. Venezuela;

30 ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013

26 “Las dos dimensiones de la libertad de expresión son igualmente importantes e interdependientes, y deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos interamericanos.” ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 2/09.30 diciembre 2009. Original: español. Pag.2. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

Esta sentença teve como consequências a reforma constitucional no Chile e o início da consolidação da jurisprudência da Corte sobre esta matéria.

No mesmo ano, houve a sentença do Caso Ivcher Bronstein contra o Peru.³¹ O caso levantava a questão da importância da liberdade de expressão para a democracia. O peticionário era acionista majoritário de um canal de televisão que transmitia fortes críticas ao governo peruano. Diante das notícias e para que a população não tivesse acesso a tais informações, o Estado coagiu o peticionário, revogando sua cidadania e retirando o seu controle acionário.

Diante da evidente afronta aos direitos humanos, o Peru foi condenado pela violação ao direito de nacionalidade, às garantias judiciais e proteção judicial, à propriedade privada e à liberdade de expressão. Como consequência, os direitos do autor foram restaurados e o Estado teve como obrigação identificar e sancionar os responsáveis.

O Caso Claude Reys y outros Vs. Chile, de 2006, tratava sobre o acesso à informação.³² O Estado chileno se negou, por meio do Comitê de Inversões Estrangeiras, a prestar informações aos peticionários sobre a ação da empresa florestal Trillium e do projeto Rio Condor. Este projeto era de um reflorestamento que chegaria até o Chile e traria prejuízos aos peticionários. Este caso teve reflexos não só na legislação chilena, por ter sido o início da difusão do direito ao acesso à informação em toda a América. Inclusive a Lei nº 12.527 de 2011 foi uma resposta legislativa brasileira a esse direito consagrado na Convenção.

Em 2008, a sentença do Caso Kimel vs. Argentina consagrou a limitação do direito à liberdade de expressão, a necessidade de responsabilização do agente infrator quando fere a honra e a reputação de outrem e os limites desta pena.³³ O jornalista Eduardo Kimel foi condenado por ter criticado um juiz em seu livro. O

juiz iniciou um processo contra Kimel, acusando-o de injúria e difamação. A Corte IDH entendeu que a pena imposta a Kimel foi desproporcional ao sofrido pelo juiz e violava o direito à liberdade de expressão.

No Brasil, o caso de destaque referente à liberdade de expressão foi o de Gomes Lund Vs. Brasil, conhecido como a Guerrilha do Araguaia.³⁴ A sentença é de novembro de 2010 e o caso se refere à detenção arbitrária, à tortura e ao desaparecimento forçado de 70 pessoas, causados pelo exército brasileiro na época da ditadura militar. Neste sentido, houve a violação ao direito de acesso à informação dos familiares das vítimas, por esse motivo o Estado brasileiro foi condenado.

Ainda sobre este caso, a Corte IDH estabeleceu que, em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não podem amparar-se em mecanismos, como o segredo de Estado, confidencialidade da informação ou razões de interesse público ou segurança nacional, a fim de não fornecerem informações necessárias às investigações. O Estado também não pode fornecer como resposta que determinado documento que a vítima está solicitando não existe. Caso isso ocorra, o Estado tem que fundamentar, de forma satisfatória, que disponibilizou todos os esforços para encontrar a informação, mas que de fato ela não existe, demonstrando a sua boa-fé.

Percebe-se que a Corte vem construindo uma jurisprudência ampla e abrangente de todas as formas de liberdade de expressão, considerando-a como a pedra angular para a existência da sociedade democrática. Conclui-se, então, que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre.³⁵

Nesse sentido, verifica-se que o Sistema Interamericano aplica o direito à liberdade de expressão e exige que os Estados internalizem essas determinações, sob pena de serem responsabilizados internacionalmente pelo descumprimento do tratado. Dessa forma, é importante agora analisar qual a resposta do Estado brasileiro diante da consolidação americana de um direito tão importante à população e à democracia.

31 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013

32 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Claude Reys y Otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf> Acesso em: 18 ago. 2013.

33 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_ing.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013

34 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Gomes Lund Vs. Brasil*. Sentença de. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

35 RAMIREZ, Sergio Garcia. GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos*. 2007. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/.../libertad_expresion3.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

4. A APLICAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, o qual, por meio da sua proteção constitucional, garante a exigibilidade dos direitos fundamentais. O Artigo 5º é conhecido como um dos mais importantes artigos da Constituição e tece considerações importantes sobre a proteção dos direitos mais inerentes aos seres humanos. Dentre esses direitos encontra-se o direito à liberdade de expressão.

O Artigo 5º, inciso IV, determina que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Dessa forma, fica claro que a Constituição Federal está de acordo com os parâmetros internacionais e internalizou em sua legislação o direito à liberdade de expressão. Entretanto, somente o ato de fazer uma lei não é suficiente para garantir o direito. O importante é efetivar o mandamento jurídico e consagrá-lo para todos seus cidadãos. Portanto, a internalização não pode ser somente legislativa, também acontecer no executivo e no judiciário.³⁶

O presente capítulo tem como escopo demonstrar que o Brasil internalizou as determinações feitas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, quando seu judiciário decidiu pela revogação total da Lei de Imprensa promulgada em 1967, o que ocorreu no julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal. Este julgamento demonstrou que a jurisprudência brasileira efetivou o direito à liberdade de imprensa, requisito importante para preservação da liberdade de expressão.

Sendo assim, apresentar-se-á de forma sucinta como a legislação brasileira assegura o direito de expressão, principalmente, no que tange à liberdade de imprensa. Em seguida, um breve relato sobre a jurisprudência consolidada, a partir do julgamento da ADPF 130.

Iniciando a análise da Constituição, a fim de complementar o Artigo 5º, IV, há o inciso V que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Isso quer dizer que se o agente que manifesta o seu pensamento extrapolar o seu direito e atingir o direito alheio, desde que comprovado que não se tratava da verdade, o agente deverá ser responsabilizado.

No que tange ao direito de liberdade de imprensa, o Artigo 5º, inciso XIV, assegura a todos o direito à informação, garantindo o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional. Em continuação, há um capítulo inteiro destinado à comunicação social.

O Artigo 220 assegura a não interferência do Estado na manifestação do pensamento, criação, expressão e informação. Ainda completa:

§ 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 5º – Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º – A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Os requisitos básicos para a plena liberdade de expressão foram garantidos pela Carta Magna brasileira. Acontece que até 2001 havia a Lei de Imprensa de 1967, que regulava de forma geral a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Esta lei continha diversos dispositivos que iam contra a liberdade de imprensa.

Como exemplo, o Artigo 1º, § 2º da Lei 5.250, estabelecia que:

É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. § 2º – O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

Sendo assim, até então, era claro que mesmo tendo todas as proteções e garantias aos direitos fundamentais dados pela CF de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro ainda possuía leis que permitiam a censura, indo contra a liberdade de expressão e de imprensa. Tendo por conta essas considerações, houve o ajuizamento da ADPF 130 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), com o fim de suspender a vigência da lei, diante da afronta e não receptividade da lei pela Constituição Brasileira.³⁷

36 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direito humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

37 A arguição de descumprimento de preceito fundamental é

Portanto, a ADPF 130 teve como finalidade suspender a vigência da expressão “[...] a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem [...]”, contida na parte inicial do § 2º do Artigo 1º e do § 2º do Artigo 2º; da íntegra dos Artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65; da expressão “[...] e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa [...]”, constante da parte; dos §§ 3º e 6º do Artigo 57; dos §§ 1º e 2º do Artigo 60; da íntegra dos Artigos 61, 62, 63 e 64; dos Artigos 20, 21, 22 e 23 final do Artigo 56; e dos Artigos 51 e 52, todos da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa).

De forma geral, alega-se que os dispositivos elencados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e que outros carecem de interpretação compatível com a Carta. O objetivo do partido era demonstrar que havia ideias “defasadas” na legislação vigente que não eram compatíveis com a Carta Magna de 1988 e que poderiam servir de justificativa para a prática de atos lesivos aos preceitos fundamentais da CF de 1988, citados no: Artigo 5º, incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV⁴⁸, e Artigos 220 a 223⁴⁹ (liberdade de expressão e de imprensa).

O resultado final da ADPF foi para a sua total procedência, declarando que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, portanto não estava mais em vigência. O STF entendeu que não interessava a forma pela qual o direito velho foi formado, o controle de constitucionalidade não passa pela forma de produção, o exame de confronto se faz de compatibilidade material ou vertical. Neste caso, a in-

ação autônoma de controle de constitucionalidade, prevista no Artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Uma das suas finalidades é para o controle da legislação infraconstitucional pré-constitucional, pois esta seria incabível no controle abstrato. Diante da redação vaga da Constituição de 1988 quanto ao seu âmbito e às suas hipóteses de cabimento, a ADPF apresentou-se como um instituto sem operatividade prática até a regulamentação por meio da Lei nº 9.882/99. ADPF é concebida como ação autônoma de controle de constitucionalidade, será proposta, diretamente, perante o Supremo Tribunal Federal, para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, bem como “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Alexandre de Moraes identifica duas modalidades de ADPF, que seria *preventiva* quando dirigida a evitar danos a “princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal”, e *repressiva* quando intentasse reparar aqueles princípios, direitos e garantias lesados por ação/omissão dos poderes públicos. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 265.

compatibilidade foi em bloco, a lei inteira. Apesar da decisão final, o mais importante foi a sua fundamentação, pois foi a formadora de uma jurisprudência consolidada sobre a garantia da liberdade de imprensa, principalmente o voto do Ministro Ayres Britto.

O voto se inicia deixando claro que ADPF 130 tinha como finalidade verificar se o regime constitucional da imprensa brasileira guarda conformidade com o fundamental e insubstituível papel que ela desempenha enquanto plexo de “atividades” e também com o somatório dos órgãos ou “meios de comunicação social”. Ou seja, fez a ligação entre o direito à liberdade de expressão e de imprensa e a consolidação da democracia.

A imprensa é atividade, uma diferenciada forma de agir e do fazer humano, mas, como é capaz de ser difundida, é considerada uma instituição-ideia, a mais rematada expressão do jornalismo. Tendo como principais objetivos comunicar transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de fatos acontecidos no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, direcionado ao maior número de pessoas possível, sendo uma instância de comunicação de massa.

Dessa forma, fica evidente que a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade,³⁸ ou seja, é elemento consolidador da democracia de um país.³⁹ Essa democracia evidencia-se com o pluralismo que a CF impôs aos meios de comunicação social, isso porque eles não podem ser direta ou indiretamente objeto de monopólio ou oligopólio.⁴⁰

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 130-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

39 “Os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto deste regime político.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 104.

40 “Pluralismo, enfim, que a nossa Constituição prestigia em duas explícitas oportunidades: no seu preâmbulo e no inciso V do Art. 1º. Aqui, pluralismo político; ali, pluralismo cultural ou social genérico.”

Destaca-se então que para que esse instituto seja consagrado, os meios de comunicação social devem ser totalmente livres. Ou a imprensa “[...] é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica”.⁴¹ A única exceção feita, a esta total liberdade, são em eventuais períodos de estado de sítio, mas que somente podem ocorrer na forma da lei e não de qualquer forma arbitrária.⁴² Sendo assim, a imprensa passa a manter com a democracia uma relação de mútua dependência, pois é o que vai alimentar o ideal da população para fazer um governo da coletividade, aquele que vem de baixo para cima e não o contrário.⁴³

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 130-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em: 18 ago. 2013. P. 29.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 130-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em: 18 ago. 2013. P. 32.

42 Art. 139, III. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no Art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; encontrar artigo do estado de sítio. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

43 “A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do Art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do Art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado ‘poder social da imprensa?’” (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) No mesmo sentido: ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 130-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

Após uma rápida análise dos dispositivos constitucionais que asseguram o direito à liberdade de expressão, o voto evidencia o Artigo 220 e diz se tratar do dispositivo que radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, nestes termos justifica:

[...] porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição.⁴⁴

Nesse sentido, o uso da expressão “plena” demonstra a efetividade do instituto da imprensa, como sendo o espaço institucional que melhor disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humano. Fica claro que a Constituição Federal Brasileira vedou qualquer restrição à manifestação do pensamento, da criação, expressão e informação. Entretanto, ao fazer uma interpretação conjunta com outros artigos, percebe-se que este direito pode ser limitado.

O exercício de tais liberdades não implica em irresponsabilidade. A decisão assegura que, em primeiro lugar, é importante o gozo dos “sobredireitos” de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação. Nesta última consta o direito a preservar o sigilo da fonte. Após essa análise preliminar é que se poderá cobrar do informante um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios.

Verifica-se, neste ponto da decisão, que não existe conflito de normas, e tão somente a necessidade de garantir de forma plena e completa o direito à liberdade de expressão e imprensa. Assim, somente *a posteriori* que se verificaria se algum outro direito foi violado. Ora, se não for deste modo, a liberdade de imprensa poderia ser limitada por um tipo de censura prévia.

Nesse sentido, verifica-se que este direito deve ser garantido na sua plenitude. Ora, a única forma de garanti-lo é colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Isso porque o direito alheio estará garantido pelo direito de resposta, reparação pecuniária, persecução penal, quando cabíveis.⁴⁵

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 130-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de

Essa plenitude fica ainda mais evidenciada ao observar o Artigo 220, §1º da CF de 1988. Isso porque o comando constitucional estabelece que nenhuma lei poderá “[...] constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”. Completado pelo § 3º do mesmo artigo que coloca a proibição de qualquer tipo de censura política, ideológica ou artística.

Dessa forma, o voto é claro ao estabelecer que as possíveis limitações e restrições encontram-se inseridas no próprio texto constitucional, portanto, dessa forma, o legislador ordinário estaria impossibilitado a criação de novos dispositivos com o intuito de regulá-la. Como conclusão, o voto demonstrou a total procedência da ação, verificando que a lei deveria ser revogada por inteiro, por não ter sido recepcionada pela Constituição Federal.

A ADPF 130 teve seis votos de procedência total da ação, três votos com procedência parcial e um voto pela improcedência da ação. É importante salientar que o voto do Ministro Marco Aurélio, o único que votou pela improcedência, baseou-se no sentido de que a ADPF não teria qualquer sentido, pois entende que a imprensa é livre e que os dispositivos que não foram recebidos pela Constituição de 1988 já foram afastados pelos tribunais, em uma espécie de autorregularão, sendo desnecessária a análise. Note-se que até o voto contra está a favor da liberdade de expressão. E entende, por fim, que a Lei n. 5250 não deve ser retirada por possuir preceitos que protegem a atividade jornalística e os cidadãos.⁴⁶

A decisão foi transitada em julgada, ficando um vácuo no ordenamento jurídico, por não possuir mais uma lei que regulasse a atividade de imprensa. Entretanto, é este o ponto de aplicação dos direitos fundamentais, a lei ora revogada expressava-se contrária à Constituição Federal e aos parâmetros americanos de proteção à liberdade de expressão, pois continha fortes manifestações a favor da censura. Por mais que haja um vazio nesta proteção, a atividade da imprensa está bem amparada pela Constituição Federal de 1988.

O entendimento não homogêneo do Tribunal não descaracteriza a proteção e aplicação do determinado pelo Sistema Interamericano no ordenamento brasileiro. Isso porque o voto vencedor da decisão é o que estabelece a base para a consolidação da jurisprudência.

Inclusive, destaca-se que o presente voto serviu de precedente judicial para outros julgamentos de relevância nacional, como o Recurso Extraordinário n. 511.961/SP – Caso Diploma de Jornalista;⁴⁷ a Reclamação 428/DF – Caso Fernando Sarney X Estadão;⁴⁸ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451/DF – Caso ADI do Humor.⁴⁹

Portanto, destaca-se que o Brasil, no que tange à liberdade de imprensa e à liberdade de se dizer o que se pensa, está cumprindo este direito conforme o parâmetro internacional. No caso da Guerrilha do Araguaia, as determinações da Corte ainda não foram cumpridas totalmente, mas percebe-se o esforço do país e, principalmente, a sua boa-fé para resolver as pendências e continuar com a proteção plena e efetiva do direito à liberdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão é um direito consagrado pela Constituição Federal Brasileira e considerada como um direito fundamental. Pode ser conceituada como o direito de se manifestar, exteriorizar o seu pensamen-

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário. RE n. 511.961-SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=605643>. Acesso em: 18 ago. 2013.

48 A Reclamação 9428 utiliza como argumentação a ADPF 130, quando cita sua ementa, ressaltando que se mostra impossível a verificação de violação a direitos de personalidade *a priori*, sem que se conheçam as características da informação por divulgar. A Reclamação foi julgada extinta sem resolução do mérito pois entendeu que este não teria sido o debate da ADPF.

49 “[...] A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 4451/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284451%2E%2E+OU+4451%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b75n5j7>. Acesso em: 18 ago. 2013.

Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 130-DF. Relator: Ministro Ayres Britto, p. 45-47.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n. 130-DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>. Acesso em: 18 ago. 2013. p. 136.

to, por qualquer meio escolhido. Constitui-se no direito de informar e ser informado como uma característica essencial ao desenvolvimento humano. Assegurar este direito é garantir a aplicação da dignidade. Portanto, é obrigação do Estado ratificá-lo em todas suas instâncias: legislativa, executiva e judiciária.

Além de ser protegida pela Constituição Brasileira, está presente, também, em instrumentos internacionais importantes, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas principalmente garantida pelo Pacto São José da Costa Rica.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos protege o direito à liberdade de expressão no Artigo 13 da Convenção, porém, mais importante que isso, possui uma jurisprudência consolidada sobre o tema, com mais de vinte casos, opinião consultiva e emissão de princípios que demonstram a sua preocupação com este instituto caracterizador da democracia no continente.

O Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, o qual, por meio da sua proteção constitucional, garante a exigibilidade dos direitos fundamentais. Verifica-se que a Constituição Federal Brasileira garante o acesso ao direito à liberdade, mas somente a proteção legislativa não leva à efetividade. É importante uma consolidação da jurisprudência como garantia de aplicação do direito, proteção judicial, e aplicação de políticas públicas e não interferência do poder executivo.

Com o julgamento da ADPF 130, o Brasil demonstrou que se interessa pelo tema e propôs uma mudança na forma de pensar a liberdade de expressão. O Ministro Relator do voto, Ayres Brito, se manifestou afirmando que a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa são direitos absolutos. No sentido de que, em primeiro lugar, garante-se o direito de personalidade de manifestar o que se pensa para depois verificar se houve alguma extrapolação deste direito.

De nada adianta proteger a liberdade de a sociedade ser informada, se a informação está sendo difundida depois de passar pelo crivo da censura prévia ou se há um monopólio nos meios de comunicação.

Nos termos do Sistema Interamericano, o Estado brasileiro demonstrou estar de acordo com os princípios emanados e com o entendimento da Corte, no sentido de proteger o direito à liberdade de se manifestar em todos seus aspectos. Considerando-a, portanto, plena.

Sendo assim, o uso da expressão “plena” demonstra a efetividade do instituto da imprensa, como sendo o espaço institucional que melhor disponibiliza para o uso articulado do pensamento e do sentimento humano. Com o julgamento da ADPF 130 houve a revogação da Lei de Imprensa, que não foi recepcionada pela Constituição Federal por possuir claras manifestações a favor da censura.

Com essa revogação, o judiciário brasileiro aplicou corretamente o entendimento da Corte IDH e garantiu para a sociedade brasileira que as informações recebidas serão totalmente livres e o direito de se manifestar é absoluto.

REFERÊNCIAS

BÉNOIT, Francis Paul. *Les conditions d'existence des libertés*. Paris: La documentation française, 1985.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. *Lei n. 9882 de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 17 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n. 130-DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=130&classe=ADPF>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 4451/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284451%2EENUME%2E+OU+4451%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/b75n5j7>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário. *RE n. 511.961-SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=605643>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão Reclamação 9428-DF*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612474>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

GUERRERO, Luis Alberto Huerta. Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Revista PUCP Pensamiento Constitucional – Revistas PUCP*, Peru, ano 14, n. 14, p. 326. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0CEMQFjAD&url=http%3A%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fpensamientoconstitucional%2Farticle%2Fdownload%2F3051%2F2898&ei=GgIVUr3QKoWWjAKDjYAI&usq=AFQjCNGFHlcRAfgCqphHXQ_o8gAJVd6OzA&sig2=klcXL0CB0aMvDLqJNNPvLA>. Acesso em: 18 ago. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *A hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. Tradução Luiz Fernando de Abreu Rodrigues, São Paulo: Juruá, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. Garantia Suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_ing.pdf>. acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.. *Caso Claude Reys y Otros Vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>. acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Gomes Lund Vs. Brasil*. Sentença de. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf> Acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.. *Caso Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Opinión Consultiva n. 05/85*. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos). Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatoria especial para a Liberdade de Expressão*. Declaração de Chapultepec. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=537&IID=4>. Acesso em: 22 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.. *Relatoria Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.CIDH/RELE/INF. 2/09.30 diciembre 2009. Original: español. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/Marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Último acesso em: 22 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório Anual da relatoria para a liberdade de expressão*. Ano 2002. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.31.htm>>. Acesso em: 09 nov. 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Informe No. 38/97*. Caso No. 10.548. Hugo Bustíos Saavedra. Perú. 16 de octubre de 1997. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Peru10.548.htm>>. Último acesso em: 20 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em: 18 ago. 2013.

PAINEL Fórum Internacional Liberdade de Imprensa e Poder Judiciário do STF. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-27/especialistas-debater-casos-corte-interamericana-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

RAMIREZ, Sergio Garcia. GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos*. Primeira edição, 2007. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/.../libertad_expresion3.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

RAMOS. André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direito humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión*. Madrid: Universidad Carlos III, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A proteção do meio ambiente
no Sistema Interamericano de
Direitos Humanos a partir do
direito à educação**

**Protecting the environment
in the Inter-American Human
Rights System from the right to
education**

Augusto César Leite de Resende

A proteção do meio ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do direito à educação

Protecting the environment in the Inter-American Human Rights System from the right to education*

Augusto César Leite de Resende**

RESUMO

O artigo 11 do Protocolo de San Salvador consagra o direito humano ao meio ambiente sadio. No entanto, as agressões ambientais não se sujeitam ao sistema de petições individuais disciplinado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por consequência, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ocorre que o consumo consciente é um importante instrumento de preservação da natureza, mas que exige mudança de comportamento dos consumidores que não se importam com os impactos negativos que a sua decisão de consumo pode provocar no meio ambiente. Por isso, faz-se necessária a consecução do direito à educação de modo a proporcionar a disseminação de nova mentalidade e conscientização da utilização racional dos recursos naturais. Nesse contexto, o presente artigo científico tem por finalidade apresentar, a partir de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis no sentido da possibilidade da proteção da natureza perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos com base no direito à educação, para concluir, ao final, que a execução do direito à educação, sem que contemple a conscientização socioambiental das pessoas, poderá ensejar a responsabilização do Brasil, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação do retromencionado direito social. A importância deste trabalho está no fato de propiciar o debate acadêmico acerca da possibilidade do uso da solução judicial nos casos de degradações ambientais, proporcionando, assim, maior efetividade ao direito humano, ao meio ambiente sadio, ainda que por via reflexa ou indireta, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Palavras-chave: Meio ambiente. Consumo consciente. Educação. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT

Article 11 of the Protocol of San Salvador enshrines the human right to a healthy environment. However, environmental aggressions are not subject to the system of individual petitions governed by the American Convention on Human Rights and, consequently, to the contentious jurisdiction of the

* Recebido em 18/07/2013

Aprovado em 20/10/2013

** Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional da FANESE. Promotor de Justiça em Sergipe. Email: augusto@mp.se.gov.br

Inter-American Court of Human Rights. It happens that conscious consumer is an important tool for nature conservation, but that requires a change in consumer behavior that do not care about the negative impact that their consumption decision can cause the environment. Therefore, it is necessary to achieve the right to education to provide the spread of a new mentality and awareness of rational use of natural resources. In this context, this paper research aims to present, from a deductive, doctrinal and legislative research, arguments favorable towards the possibility of protection of nature on the Inter-American Court of Human Rights from the right to education. To conclude, in the end, the implementation of the right to education without covering the environmental awareness of people may risk the accountability of Brazil, on the Inter-American Court of Human Rights for violating the retro mentioned social right. The importance of this paper lies in the fact of providing academic debate about the possibility of the use of adjudication in cases of environmental degradation, thereby providing greater effectiveness to the human right to a healthy environment, even if by reflex pathway or indirectly, under Inter-American Human Rights System.

Keywords: Environment. Conscious consumption, Education, Inter-American Human Rights system,

1. INTRODUÇÃO

As atuais formas de produção de bens e os hábitos de consumo vêm acarretando impactos negativos no meio ambiente e na sociedade, razão pela qual urge mudanças de comportamento dos consumidores como mecanismo de promoção do desenvolvimento sustentável e de proteção do meio ambiente.

Dá a imprescindibilidade do consumo consciente, pois promove o desenvolvimento sustentável por meio do estímulo à produção de bens e serviços com menor impacto negativo ao meio ambiente e com observância dos direitos humanos, em especial, dos trabalhadores.

Entretanto, o consumo consciente só promoverá o desenvolvimento sustentável se houver a execução de políticas públicas de educação que cientifique às pessoas sobre os impactos negativos e positivos que suas decisões de consumo poderão provocar na sociedade e no meio ambiente e, dessa maneira, nortear corretamente suas escolhas.

Dessa maneira, por intermédio do consumo consciente, a proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável dependem de uma atuação positiva do Estado, dentre outras, na tarefa de contemplar, nas propostas pedagógicas das unidades de ensino, diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

Nesse contexto, o art. 13 do Protocolo de San Salvador aduz que toda pessoa tem direito à educação, que deverá ser implementada de modo a fortalecer os direitos humanos e a democracia, e a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana — o que demanda necessariamente que essa educação promova a consciência socioambiental da pessoa humana.

Desse modo, o presente artigo científico tem por finalidade apresentar, a partir de pesquisas doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis no sentido da possibilidade da proteção do meio ambiente, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sempre que houver a execução do direito à educação sem que contemple a conscientização socioambiental das pessoas, uma vez que tal omissão poderá ensejar a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil por violação do direito social à educação previsto no art. 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No que pese todos os Estados-partes do Protocolo San Salvador serem obrigados a cumprir de boa-fé as disposições convencionais do referido ato normativo internacional, sob pena de responsabilização, por uma questão de recorte metodológico, o presente trabalho se limitará ao exemplo brasileiro.

Primeiramente, abordar-se-á o conceito de desenvolvimento sustentável. Após, discutir-se-á o conceito de consumo consciente, a sua relação com desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente e a necessidade de educação para que os consumidores possam adotar comportamentos éticos e solidários de consumo.

Em seguida, analisar-se-ão os aspectos gerais do sistema interamericano de direitos humanos, seus principais documentos normativos e órgãos incumbidos da proteção e da promoção dos direitos humanos nas Américas. E, por fim, serão abordadas as questões envolvendo o direito à educação no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos e o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na implementação dos direitos sociais no Brasil.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Os atuais ritmos de desenvolvimento econômico, produção e consumo estão esgotando as reservas naturais e colocando em xeque a existência da vida no planeta, de modo que urge que seja solucionada a contradição existente entre crescimento econômico e preservação da natureza, razão pela qual se faz necessária a compatibilização do desenvolvimento com a proteção da natureza, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável como instrumento de garantia, não somente da vida biológica, mas da vida com dignidade e com qualidade para as presentes e futuras gerações.

A modernidade, que Anthony Giddens conceitua como o “[...] estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”,¹ substituiu as sociedades primitivas, cujas formas de produção eram baseadas na agricultura, pela sociedade moderna, de onde o capitalismo e a industrialização são duas de suas dimensões.

A industrialização e os avanços científicos e tecnológicos ocorridos após a Segunda Guerra Mundial transformaram a sociedade ocidental moderna em uma sociedade de consumo. A sociedade moderna se caracteriza por ser um grupo social em estágio avançado de desenvolvimento industrial, com grande circulação e consumo de bens e serviços oferecidos graças a uma produção intensiva, pois o homem contemporâneo tem a necessidade ilimitada de adquirir e usar inúmeros bens e serviços.²

Na sociedade de consumo, os produtos não são fabricados em função do seu respectivo valor de uso ou utilidade, mas em função de seu perecimento calculado, da sua morte,³ ou seja, os bens e serviços inseridos no mercado de consumo têm vida curta e sua morte é programada. É a chamada “obsolescência programada”, estratégia utilizada por empresas para diminuir o ciclo de vida dos produtos, objetivando a sua substituição por novos bens e serviços, fazendo, com isso, aumentar os lucros por meio das vendas constantes e intensas de seus produtos.

1 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 11.

2 FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010. p. 14.

3 BOUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 44.

“Os mercados de consumo se concentram na desvalorização imediata de suas antigas ofertas, a fim de limpar a área da demanda pública para que novas ofertas a preencham”⁴ por meio da inserção no mercado de novos bens e serviços, produzindo, destarte, carências e desejos nas pessoas, pois os indivíduos passam a ser julgados por aquilo que consomem, vestem ou calçam; pelos locais que frequentam; e, pelos bens materiais que possuem e mostram aos outros membros da sociedade.

Nesse contexto, os indivíduos são incentivados pelos diversos veículos de publicidade a consumirem desenfreadamente, a adquirirem produtos não essenciais e desnecessários e, nesse caso, a “[...] publicidade realiza o prodígio de um orçamento considerável gasto com o único fim, não de acrescentar, mas de *tirar o valor* de uso dos objectos, de diminuir o seu valor/tempo, sujeitando-se ao valor/moda e à renovação acelerada”,⁵ já que incute na mente das pessoas que os seus produtos se tornaram defasados, induzindo-as, assim, a adquirirem novos produtos.

A sobrevivência da sociedade de consumo depende da criação de desejos e carências por novas mercadorias. É preciso, pois, embutir na consciência dos homens a necessidade de adquirir novos bens e serviços, a fim de que o produto, ao ser inserido no mercado, seja ao máximo consumido e, em seguida, substituído por outra mercadoria. Segundo Fátima Portilho:

A Sociedade de Consumo não tem sido eficiente em prover, mesmo para os incluídos, uma vida boa e digna. A felicidade e a quantidade de vida têm sido cada vez mais associadas, reduzidas e dependentes da quantidade de consumo, provocando um ciclo de supertrabalho para manter um superconsumo ostentatório, que reduz o tempo dedicado ao lazer e às demais atividades e relações sociais. [...] o cidadão é reduzido à esfera do consumo, sendo cobrado por uma espécie de “obrigação moral e cívica de consumir”.⁶

O processo de desenvolvimento econômico e o avanço industrial, em especial após a segunda metade do século XX, intensificaram os impactos negativos da interferência do ser humano no meio ambiente, uma vez que é a natureza quem fornece a matéria-prima dos produtos inseridos no mercado de consumo. Aliás, Anthony Giddens ressalta que “[...] o capitalismo e o

4 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.128.

5 BOUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 45.

6 PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 21-22.

industrialismo criaram um mundo num sentido mais negativo e ameaçador, um mundo no qual há mudanças ecológicas reais ou potenciais de um tipo daninho que afeta a todos no planeta”.⁷

Zygmunt Bauman afirma que “[...] o consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos”,⁸ ou seja, o consumo é uma necessidade vital do ser humano, consumimos para viver.

Por outro lado, o consumismo, conceituado, como a “[...] expansão de um conjunto de valores hedonistas que estimula o indivíduo, ou a sociedade, a buscar satisfação e felicidade através da aquisição e exibição pública de uma grande quantidade de bens e serviços”,⁹ é um dos principais problemas da sociedade moderna porque os atuais padrões de consumo e de estilos de vida estão nas bases da crise ambiental da atualidade.

Atualmente, os indivíduos passam a consumir com os olhos e as emoções voltados apenas para eles mesmos, em um ato extremamente individualista e egoísta, sem se preocupar com as consequências socioambientais de suas decisões de consumo. Vive-se uma cultura de consumismo.

Segundo Fritjof Capra, “[...] a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe”.¹⁰ Enfim, as nossas atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual se deve reduzir ao máximo o impacto das atividades humanas na natureza.

A relação do homem com a natureza é denominada por Marx de metabolismo. Tal interação se dá por meio do trabalho e o trabalho real, por sua vez, é a apropriação da natureza para a satisfação das necessidades humanas, a atividade pela qual o metabolismo entre o

homem e a natureza é mediado.¹¹ O ser humano passou da submissão à natureza para a dominação da natureza, provocando uma falha metabólica na interação entre o homem e a natureza porque a apropriação da natureza pelo homem é superior à capacidade de resiliência, de regeneração, da natureza, exigindo-se, dessa forma, nos dias atuais, uma relação harmônica entre o ser humano e o meio ambiente.

Aliás, Karl Marx já demonstrava no século XIX preocupação com a mudança de postura do homem com a natureza, quando no volume 1 do *Capital* desenvolveu uma crítica da exploração capitalista do solo, ao ressaltar que a agricultura capitalista de larga escala perturbava a relação metabólica entre o homem e a terra, afetando demasiadamente a fertilidade do solo e, conseqüentemente, o ser humano.¹²

Nas sociedades primitivas, o homem estava perfeitamente integrado à natureza e à vida da Terra. Entretanto, a partir do século XVII, operou-se uma disjunção entre o ser humano e a natureza, apoiada no pensamento de que o homem é o único ser do planeta a possuir alma da qual os animais e plantas seriam desprovidos, motivo pelo qual o homem se tornou dominador e mestre da natureza. A partir daí, o desenvolvimento econômico-industrial, tecnológico e científico passou a dominar a natureza na qual tudo o que é vivo e não humano pode ser escravizado, manipulado e destruído.¹³

O desenvolvimento industrial, tecnológico e científico ensinou, a partir da segunda metade do século XX, a transformação da sociedade industrial clássica, apoiada na contraposição entre natureza e ser humano, em uma sociedade de risco porque as atividades humanas produzem riscos à vida de plantas, animais e seres humanos, que já não são mais limitados social e geograficamente. Tais riscos são globalizantes, fazendo surgirem ameaças globais e independente de classes.¹⁴

Edgar Morin salienta que a crise ecológica é produto de um processo de três faces, quais sejam: a globalização, a ocidentalização e o desenvolvimento, que degrada a biosfera de forma irreversível, no âmbito local e global,

7 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 71.

8 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria... Op. Cit.* p. 37.

9 PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 25.

10 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 157.

11 FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 222.

12 FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 219.

13 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 98.

14 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010. p. 16.

colocando em risco a existência da humanidade e da vida no planeta, haja vista a multiplicação dos danos ambientais, com poluições do solo, do ar, dos rios, oceanos, lagos, lençóis freáticos, desflorestamento em grandes proporções, acidentes nucleares e o aquecimento global.¹⁵

Os riscos produzidos pela sociedade industrial até a primeira metade do século XX eram concretos e sensorialmente perceptíveis, enquanto que os riscos da sociedade pós-moderna da atualidade são globais, incertos e imprevisíveis, podendo levar à autodestruição do planeta. Nessa linha, Ulrich Beck reconhece que os riscos podem ser concretos, isto é, visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano, ou abstratos, que têm como característica a invisibilidade e a imprevisibilidade da racionalidade humana.¹⁶

O problema ambiental da modernidade ensejou na mudança de percepção da relação do homem com a natureza a partir dos anos de 1970, com o surgimento dos movimentos verdes, como o conservacionista, o preservacionista, o antropocentrismo alargado, a ecologia profunda e o ecossocialismo ou ecomarxismo, que ultrapassaram a concepção até então dominante do antropocentrismo utilitarista, ajudando a discutir mundialmente o problema do crescimento econômico ilimitado inerente ao capitalismo, cujo ponto máximo ou divisor de águas foi a Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o meio ambiente.

“As vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade”.¹⁷ Por isso, deve-se reconhecer que “[...] somos filhos da Terra, filhos da Vida, filhos do Cosmo” e que o “pequeno planeta perdido denominado Terra é o nosso lar — *home, Heimat*; que ele é nossa mãe, nossa Terra-Pátria”, enfim “devemos nos sentir solidários com este planeta, cuja vida condiciona a nossa”.¹⁸ A propósito, Stephan Harding aduz:

Precisamos sentir que cada passo nosso é dado não sobre a Terra, mas *nela*; que caminhamos, falamos e

vivemos toda a nossa vida dentro de um grande ser planetário que está continuamente nos alimentando fisicamente com seu prodigioso manto de verde e sua exuberante atmosfera em torvelinho, um ser que acalma nossa psique com sua linguagem sutil de vento e chuva, com a investida de pássaros selvagens e com a majestade de suas montanhas. [...] Precisamos desenvolver uma consciência de que Gaia realmente está viva, não em algum sentido metafórico, mas de fato, efetivamente, palpavelmente, possibilitando que você reconheça na alegria do sol nos grandes desfolhados das árvores de inverno não apenas a sua própria alegria, a alegria do cosmos inteiro festejando, com puro assombro, que tamanha beleza pudesse ter se desdobrado dele, como folha nova britando na primavera para a plenitude do ser. Deixe Gaia levá-lo – se permita ser de novo, mas uma vez, *ganho por Gaia*.¹⁹

Nessa mesma linha, Fritjof Capra aduz a necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, da forma de pensar e dos nossos valores, a fim de se reconhecer uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes.²⁰ A interdependência e a interconexão entre seres humanos e natureza são flagrantes, porque não há possibilidade de se separar o homem da natureza, pelo simples fato de que é a natureza que fornece a vida aos seres humanos.

Os atuais ritmos de desenvolvimento econômico, produção e consumo estão esgotando as reservas naturais e colocando em xeque a existência da vida no planeta, de modo que urge uma solução para a contradição existente entre crescimento econômico e preservação da natureza, uma vez que o capitalismo busca sempre o crescimento ilimitado e despreza os limites da natureza, sacrificando o chamado capital natural.

Sendo assim, é mister a compatibilização do desenvolvimento com a proteção da natureza, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável, como instrumento de garantia não somente da vida biológica, mas da vida com dignidade e qualidade para as presentes e futuras gerações.²¹

Segundo Enrique Leff:

Na percepção desta crise ecológica foi sendo configurado um conceito de ambiente com uma nova

15 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 101.

16 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010. p. 27.

17 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

18 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

19 HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Culturix, 2008. p. 280-281.

20 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 25-26.

21 DALY, Herman E. Economics in a full world. *Scientific American*, EUA, v. 293, n. 3, set. 2005. p. 100.

visão do desenvolvimento humano, que reintegra os valores e potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo negados pela racionalidade mecanicista, simplificadora, unidimensional e fragmentadora que conduziu o processo de modernização.²²

O sentido de desenvolvimento vai além do conceito puramente econômico, visto que pressupõe uma aproximação centrada nos direitos humanos, e que onde se deve ter sempre em mente a paz, a economia, o meio ambiente, a justiça e a democracia.²³

Assim, a concepção de desenvolvimento deve estar intimamente jungida à concretização da dignidade da pessoa humana e à defesa do meio ambiente, de forma que o desenvolvimento deve ser perseguido sem provocar danos ao meio ambiente ou, ao menos, com o mínimo de impactos negativos na natureza, promovendo, assim, o desenvolvimento sustentável.

A expressão “desenvolvimento sustentável” foi publicamente utilizada pela primeira vez em 1979 no Simpósio das Nações Unidas sobre as Inter-relações entre Recursos, Ambiente e Desenvolvimento. Contudo, é o Relatório *Brundtland*, denominado Nosso Futuro Comum, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, que faz uma das definições mais conhecidas sobre desenvolvimento sustentável. Diz o Relatório *Brundtland* que desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, oferecendo uma perspectiva diferenciada da questão ambiental e do desenvolvimento.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 1992, valorizou o direito ao desenvolvimento em harmonia com a proteção do meio ambiente. De fato, o princípio 4 da referida Declaração estabelece que “[...] a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” e, em seu princípio 25, ressalta que o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis. Sendo assim, não se pode falar em desenvolvimento que

não seja sustentável porque “[...] a proteção do meio ambiente passou a ser nos documentos internacionais limite interno que molda e qualifica o direito ao desenvolvimento”.²⁴

Verifica-se, assim, que o desenvolvimento sustentável procura conciliar o progresso econômico com o meio ambiente, de modo que as atividades humanas, em especial as de produção e consumo, sejam executadas dentro da capacidade de resiliência da natureza, objetivando garantir a perenidade dos recursos naturais e evitar que a fruição do necessário à satisfação das necessidades da presente geração impeça as futuras gerações de terem as suas próprias necessidades satisfeitas em decorrência da degradação ambiental.

Ignacy Sachs leciona que o desenvolvimento sustentável se sustenta sobre três pilares ou dimensões, quais sejam: social, econômico e ambiental, *verbis*:

[...] trabalho atualmente com a ideia do desenvolvimento socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado. Ou seja, um tripé formado por três dimensões básicas da sociedade. Aprofundemos um pouco esses conceitos. Por que socialmente incluyente? Porque os objetivos do desenvolvimento são sempre éticos e sociais. É disso que se trata. Como promover o progresso social? Com base num postulado ético de solidariedade com a nossa geração, uma solidariedade sincrônica com a nossa geração. E temos que fazê-lo respeitando as condicionalidades ecológicas, as condicionalidades ambientais, a partir de um outro conceito ético: o conceito ético da solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Por outro lado, para que as coisas aconteçam, é preciso que sejam economicamente viáveis. A viabilidade econômica é uma condição necessária, porém certamente não suficiente para o desenvolvimento. O econômico não é um objetivo em si, é apenas o instrumental com o qual avançar a caminho do desenvolvimento incluyente e sustentável.²⁵

A sustentabilidade econômica impõe eficiência social na alocação e gestão de recursos públicos; a sustentabilidade social exige um processo de desenvolvimento que promova a justiça redistributiva e a maximização da eficácia dos direitos humanos sociais e, por fim, a sustentabilidade ambiental pugna pela implementação de uma justiça ambiental intergeracional, preocupando-se

22 LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 17.

23 RISTER, Carla Abrantkski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007. p. 56.

24 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Comércio internacional e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65-66.

25 SACHS, Ignacy. Primeiras Intervenções. In: NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do; VIANA, João Nildo. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007. p. 22-23.

com os impactos negativos das atividades humanas no meio ambiente, de modo que o desenvolvimento deve permitir às gerações futuras o acesso a um meio ambiente sadio e necessário à qualidade de vida.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (RIO +20), realizada na cidade do Rio de Janeiro, em junho de 2012, reconheceu que é imprescindível a integração e a realização dos pilares econômico, social e ambiental para a concretização do desenvolvimento sustentável. Com efeito, o item 3 do documento final denominado “O Futuro que Queremos”, aprovado pela Resolução nº 66/288 da Assembleia Geral da Nações Unidas, afirma que “[...] es necesario incorporar aún más el desarrollo sostenible en todos los niveles, integrando sus aspectos económicos, sociales y ambientales y reconociendo los vínculos que existen entre ellos, con el fin de lograr el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones”.

Com base nessas premissas, pode-se concluir que o desenvolvimento sustentável é um processo contínuo e automático de transformação concomitantemente social, político e econômico que promove, além do avanço econômico, a realização da dignidade da pessoa humana, mediante o aumento da qualidade de vida das pessoas e do bem-estar da população, e protege o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Por fim, o desenvolvimento sustentável se caracteriza como legítimo direito humano, motivo pelo qual obriga ética e juridicamente o Estado e os particulares a promoverem a sustentabilidade econômica, social e ambiental.²⁶

3. CONSUMO CONSCIENTE

A concretização dos pilares econômico, social e ambiental do desenvolvimento sustentável exige, dentre outras ações, a adoção de práticas de consumo consciente porque, dentre outros benefícios, forçará fornecedores e produtores de bens e serviços a incluírem em seus processos produtivos boas práticas de sustentabilidade ambiental, social e econômica.

O consumo afeta o meio ambiente porque é a natureza quem fornece as matérias-primas para a produ-

ção de bens e serviços e pode ainda impactar negativamente os direitos humanos, pois muitos fornecedores se utilizam do trabalho escravo ou infantil, ou violam os direitos trabalhistas com a intenção de maximizar a produção e reduzir despesas com pessoal e, consequentemente, aumentar os seus lucros.

O capítulo 4 da Agenda 21, assinada durante a ECO/92, no Rio de Janeiro, revela que “[...] as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados”. E mais, “[...] motivo de séria preocupação, tais padrões de consumo e produção provocam o agravamento da pobreza e dos desequilíbrios”.

Contudo, o ato de consumir tanto pode contribuir para a destruição do meio ambiente e o desrespeito aos direitos humanos, como pode estimular a produção de bens e serviços com menor impacto negativo ao meio ambiente e com observância das leis trabalhistas e o respeito aos direitos humanos.²⁷ Se os riscos socioambientais decorrentes das formas atuais de produção e consumo são incertos e imprevisíveis, é mister que as pessoas adotem urgentemente práticas de consumo consciente, pois, conforme aduz Antônio Carlos Efig, “[...] a própria preservação do planeta depende desta nova conduta”.²⁸

Elias Fajardo ressalta que existem três variações de consumo: o consumo alienado, em que o consumidor não se preocupa com a qualidade e a procedência dos produtos, mas apenas com a quantidade consumida; o consumo crítico, em que a pessoa procura qualidade, evita os excessos e considera o direito de escolha fundamental; e, finalmente, o consumo consciente em que o consumidor antes de comprar indaga de onde vem o produto, quem o produziu e em que condições e se foram respeitados o meio ambiente e os direitos dos trabalhadores e, a partir das respostas, norteia a sua decisão de consumo.²⁹

O consumidor, ao tomar consciência de que a sua escolha no ato de comprar pode maximizar os impactos so-

26 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 51.

27 FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010. p. 22.

28 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126.

29 FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010. p. 21.

cioambientais positivos e minimizar os negativos, poderá contribuir decisivamente com seu poder de consumo para construir um mundo melhor. O consumidor consciente não é individualista, não pensa apenas em sua satisfação econômica pessoal; ele também se preocupa com os impactos socioambientais que a produção, a distribuição e consumo de bens e serviços provocam na sociedade e, por isso, escolhe produtos cuja produção obedece a critérios sociais e ambientais. Isso é consumo consciente.

Os consumidores conscientes do impacto do seu consumo no meio ambiente e na sociedade só irão escolher fornecedores que possuam programas de responsabilidade socioambiental, obrigando as demais a adotarem comportamentos socioambientais corretos para sobreviverem no mercado.

O processo de tomada de consciência dos consumidores quanto aos impactos socioambientais do consumo pressiona as empresas culturalmente atentas a adotarem práticas de sustentabilidade social e ambiental, uma vez que menosprezar essa tendência de conscientização de seus clientes pode ser um erro irreparável ou muito custoso para a empresa.³⁰

Nesse contexto, o consumo consciente é um dos meios de se promover o desenvolvimento sustentável, em especial a sustentabilidade ambiental. Aliás, Antônio Carlos Efiging é claro ao estabelecer, *in verbis*:

O conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente. Este reflete a necessidade de os consumidores (de produtos e serviços) passarem a ser agentes de “controle crítico” do desenvolvimento sustentável, e isto só pode ser possível desapegando-se dos conceitos individualistas a respeito do que se consome, do que se utiliza, porque isto tem influência direta em todos os cidadãos e no próprio meio ambiente.³¹

A concretização dos pilares econômico, social e ambiental do desenvolvimento sustentável exige, dentre outras ações, a adoção de práticas de consumo consciente porque, dentre outros benefícios, forçará fornecedores e produtores de bens e serviços a incluírem em seus processos produtivos boas práticas de sustentabilidade ambiental, social e econômica.

Ocorre que, o consumo consciente, para que promova a dimensão ambiental do desenvolvimento sus-

tentável, exige mudança de comportamento dos consumidores alienados e críticos e, para tanto, fazem-se necessárias a informação e a educação, para que os consumidores tenham ciência dos impactos negativos e positivos que a sua decisão de consumo pode provocar na sociedade e no meio ambiente e dessa maneira nortear corretamente as suas escolhas.

O consumo faz parte do estilo de vida das pessoas, do relacionamento entre elas e promove a integração dos indivíduos nos grupos sociais, o que dificulta a mudança nos padrões de consumo, fazendo-se necessária, portanto, a execução de programas e de ações de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente. Com efeito, a adoção em larga escala e duradoura de práticas de consumo consciente depende da conscientização e da mudança de postura do consumidor, que somente ocorrerá se houver um processo educacional nesse sentido que seja bem planejado e de execução continuada.

A educação para o consumo consciente proporcionará a disseminação de uma nova mentalidade e conscientização da utilização racional dos recursos naturais e de proteção dos direitos humanos, a partir da qual os consumidores adotarão uma postura responsável, ética e solidária em seus atos de consumo. De fato, a preservação do meio ambiente e o respeito aos direitos humanos dependem de uma consciência socioambiental das pessoas, e a formação dessa consciência depende da educação.

O Capítulo 36 da Agenda 21 enfatiza que a educação é fundamental para promover o desenvolvimento sustentável, o consumo consciente e para melhorar a capacidade das pessoas em entender os problemas do meio ambiente e do desenvolvimento. Nesse diapasão, a Organização das Nações Unidas instituiu, em dezembro de 2002, por meio da Resolução nº 57/254, a Década Internacional da Educação para o Desenvolvimento Sustentável para o período de 2005-2014, cujo objetivo principal é integrar os princípios, os valores e as práticas inerentes ao desenvolvimento sustentável, em todos os aspectos da educação e da aprendizagem, com o intuito de fomentar mudanças de comportamento que permitam criar uma sociedade sustentável e mais justa para todos.

É por meio da educação que se incentivarão mudanças de comportamento, inclusive de consumo, que virão a gerar um futuro mais sustentável em termos de inte-

30 SOUZA, Marcos Gouvêa de. *Metaconsumidor: a sustentabilidade na visão do consumidor*. São Paulo: GS&MD, 2010. p. 38-39.

31 EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 125.

gridade ambiental, da viabilidade econômica e de uma sociedade justa para as gerações presentes e futuras porque a educação constitui instrumento de emancipação e progresso do ser humano. É um processo de formação exercido pelos mais velhos sobre os mais jovens, preparando o ser humano para viver em sociedade.

Émile Durkheim ensina que a educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para a vida social e tem como objetivo suscitar e desenvolver na criança certo número de estados físicos, intelectuais e morais exigidos tanto pelo conjunto da sociedade política, quanto pelo meio específico ao qual ela está destinada em particular.³²

A educação formal básica tem por finalidade, nesse contexto, proporcionar o pleno e integral desenvolvimento da pessoa humana, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade e o seu preparo para o exercício da cidadania – que só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal incute nos alunos valores sociais, democráticos e ambientais. Enfim, é por meio da educação que se formam indivíduos impregnados de valores sociais, ambientais e éticos que devem permear a vida em sociedade.

Contudo, para que a educação contribua efetivamente para a adoção de condutas socioambientais sustentáveis, como o consumo consciente, é mister que as propostas pedagógicas das unidades de ensino básico, públicas e privadas, contemplem diretrizes de educação voltadas ao desenvolvimento sustentável e ao consumo consciente. A elaboração de propostas pedagógicas de estabelecimentos de ensino que promovam o consumo consciente é de fundamental importância para a transformação comportamental da sociedade brasileira rumo ao desenvolvimento sustentável e à proteção da natureza, pois a fase escolar é marcada por intensos processos de desenvolvimento psíquico e de grande capacidade cognitiva do aluno.

A concretização da dimensão ecológica do desenvolvimento sustentável e, por consequência, a proteção do meio ambiente, dependem, portanto, de uma atuação positiva do Estado consistente, dentre outras atividades, na tarefa de inserir nas propostas pedagógicas de seus estabelecimentos de ensino básico diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

No tocante à rede privada de ensino, cumpre destacar que as unidades particulares de ensino somente poderão iniciar suas atividades didático-pedagógicas após autorização para o seu funcionamento pelo poder público, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº. 9.304/96). Assim, caberá ao Estado, por ocasião da autorização e do credenciamento das instituições de ensino infantil, fundamental e médio, avaliar se as propostas pedagógicas das respectivas unidades contemplam diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente, vez que elas também devem contemplar nas suas propostas pedagógicas diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

4. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A proteção internacional dos direitos humanos está estruturada em dois tipos de sistemas de proteção, quais sejam: o global e os regionais. O sistema global foi institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram estruturados por organizações continentais, em especial a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana, ao longo da segunda metade do século XX. Os três principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são o interamericano, o europeu e o africano, apesar de haver, ainda que de forma incipiente, a formação de um sistema árabe-islâmico de proteção dos direitos humanos, todos com o propósito de promover a proteção e valorização dos direitos humanos.

O sistema interamericano de direitos humanos é regido por dois subsistemas: o sistema vinculado à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens, e o sistema vinculado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.³³

32 DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 53-54.

33 O presente trabalho irá se ocupar exclusivamente com o sistema vinculado à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Protocolo de San Salvador.

O sistema interamericano começou a ser formado em abril de 1948 com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), o que propiciou a criação, em 1959, de um órgão de proteção e de promoção dos direitos humanos nas Américas, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em 1969, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Atualmente, apenas 23 países se sujeitam à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a saber: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.³⁴

Com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, criou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na capital da Costa Rica. A primeira reunião ocorreu no dia 29 de junho de 1979 na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), localizada na cidade de Washington.

4.1 Convenção americana sobre direitos humanos e o protocolo de San Salvador

O principal instrumento do sistema interamericano de direitos humanos é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, em que os Estados-partes se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Segundo o preâmbulo do mencionado instrumento normativo, a proteção internacional dos direitos humanos nas Américas é coadjuvante ou complementar da

que oferece o direito interno dos Estados americanos, de modo que cabe ao Estado, primeiramente, promover e proteger, em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso o Estado não se desincumba plenamente desse ônus, caberá aos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção Americana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagrou os chamados direitos civis e políticos, reservando apenas um único artigo aos direitos sociais, econômicos e culturais, ao ressaltar, em seu art. 26, que os Estados-partes se comprometem a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados, ou seja, o Pacto de San José da Costa Rica não reconhece de forma específica qualquer direito social, econômico ou cultural.

Em 1988, elaborou-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominada de “Protocolo de San Salvador”, sendo que o Brasil somente aderiu ao referido protocolo em 1996.

O Protocolo de San Salvador traz amplo rol de direitos sociais, econômicos e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, os direitos sindicais, o direito à previdência social, o direito à saúde, o direito ao meio ambiente sadio, o direito à alimentação, o direito à educação, o direito aos benefícios da cultura, o direito à constituição e proteção da família, o direito das crianças, o direito dos idosos e o direito dos portadores de necessidades especiais.

Logo em seu art. 1º, o Protocolo de San Salvador estabelece o princípio da progressividade dos direitos sociais ao aduzir que os Estados-partes, no referido protocolo, comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais nele reconhecidos.

34 Trinidad & Tobago denunciou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 26.5.1998 e a Venezuela denunciou a referida Convenção Americana em 1.9.2012.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, constatada a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, consagrados no Protocolo de San Salvador por Estado- parte do Protocolo, pode a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborar relatório sobre a situação dos chamados direitos sociais e econômicos, com posterior encaminhamento à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), para decisão política.³⁵

As violações dos direitos sociais, econômicos e culturais reconhecidos no Protocolo de San Salvador não se submetem ao sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por consequência, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo os direitos relativos à liberdade sindical, à livre associação sindical e ao direito à educação, conforme art. 19.6 do Protocolo de San Salvador.

4.2 Comissão interamericana de direitos humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1959, por meio da Resolução VIII da V Reunião de Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em Santiago, Chile, composto por sete membros independentes, que devem ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, eleitos pela Assembleia Geral, para um mandato de quatro anos, com início em 1º de janeiro do ano seguinte ao da eleição. Ademais, os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos atuam de forma pessoal e não representam nenhum país em particular.³⁶

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos representa todos os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA) e tem como principal função promover a observância e a defesa dos direitos humanos, especialmente as atribuições de estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América. Dentre as atribuições da Comissão se destaca a função *quase judicial* de analisar as denúncias ou queixas de violações de direitos humanos consagrados no Pacto de

San José da Costa Rica por um Estado-parte da Convenção Americana. Com efeito, o art. 44 da referida Convenção permite a comunicação de violações de direitos humanos à Comissão, por meio de petições, por qualquer Estado-parte da Convenção Americana, por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

4.3 Corte interamericana de direitos humanos

Com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1978, criou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na capital da Costa Rica.

Enquanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atua como órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão jurisdicional autônomo apenas da Convenção Americana e não da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Ademais, não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade na composição da referida Corte.³⁷

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência consultiva, relativa à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, e competência jurisdicional, de caráter contencioso, para julgamentos de casos de violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana e de violações dos direitos à liberdade sindical, à livre associação sindical e à educação assegurados no Protocolo de San Salvador.

35 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 302.

36 Arts. 34 e 37 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

37 Art. 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos se submete à chamada cláusula facultativa, pois tal competência da Corte somente engloba aqueles Estados-partes da Convenção Americana que reconheceram expressamente a sua jurisdição contenciosa, nos termos do art. 62 do Pacto de San José da Costa Rica.³⁸

No que toca à competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não há a necessidade de prévio reconhecimento de tal competência porque os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), ainda que não sejam partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, poderão consultar a Corte Interamericana sobre a interpretação o Pacto de San José da Costa Rica ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.³⁹

Flávia Piovesan é clara ao aduzir que “[...] qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.⁴⁰

Vale destacar ainda que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá exercer, a pedido de um Estado-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), o controle de convencionalidade da legislação doméstica do respectivo Estado em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros instrumentos normativos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, conforme o disposto no art. 64.2 do Pacto de San José da Costa Rica.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício da competência contenciosa, proferirá sentenças definitivas e inapeláveis,⁴¹ e, em caso de procedên-

cia, determinará ao Estado condenado que assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados e determinará também, se for o caso, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação de direitos humanos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Márcia Nina Bernardes leciona que o conceito de reparação em direito internacional é mais amplo do que no direito interno porque além da obrigação de indenização econômica às vítimas e familiares das vítimas, as sentenças condenatórias internacionais incluem as reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e as chamadas “medidas de não repetição”, que podem envolver alterações de políticas públicas, de legislação interna e de jurisprudência pacificada até mesmo da Corte Suprema de um país.⁴² Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode condenar o Estado demandado a obrigações de pagar, não fazer e fazer, inclusive a implementação de políticas públicas.

No caso *Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”)*, a Costa Rica foi demandada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos porque a Suprema Corte daquele Estado declarou a inconstitucionalidade do Decreto Executivo nº 24029-S, que disciplinava a técnica da fertilização *in vitro* no país, que na prática proibiu a fecundação *in vitro* na Costa Rica, razão pela qual algumas pessoas foram forçadas a interromper o tratamento médico que haviam iniciado e outras se viram obrigadas a viajar para outros países para poder realizá-lo.

Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade internacional da Costa Rica por violação do direito à vida privada e familiar, do direito à integridade pessoal, do direito à saúde sexual, do direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e tecnológico e do princípio da não discriminação, consagrados nos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2 combinado ainda com o art. 1.1, todos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em desfa-

declaração (pedido de interpretação), previsto no art. 67 do Pacto de San José da Costa Rica.

42 BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR — Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, dez. 2011. p. 148.

38 O Brasil somente aderiu à competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, ainda assim com uma cláusula temporal, no sentido de que somente poderão ser submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos aqueles casos de violações de direitos humanos ocorridos a partir da data do aceite do Brasil à competência contenciosa da Corte.

39 Art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

40 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 267.

41 O único recurso cabível contra sentenças de exceções preliminares, mérito ou reparações e custas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma espécie de embargos de

vor de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriester Rojas Carranza.

Na sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a Costa Rica a pagar U\$ 20.000,00 (vinte mil dólares), a título de danos morais, a cada uma das vítimas e a pagar U\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), a título de danos materiais, àquelas pessoas que tiveram que viajar para o exterior para ter acesso à técnica da fertilização *in vitro*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou ainda a Costa Rica às seguintes obrigações de fazer:

- a) adotar, com a maior brevidade possível, as medidas necessárias para tornar sem efeito a proibição da fertilização *in vitro* e para que as pessoas que desejem fazer uso da mencionada técnica de reprodução assistida não encontrem empecilhos ao exercício dos direitos vulnerados no caso; b) regular, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da fertilização *in vitro* no país, devendo estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições e profissionais que desenvolvam esse tipo de reprodução assistida; c) incluir em seu sistema público de saúde a técnica da fertilização *in vitro*; d) oferecer tratamento psicológico gratuito, durante 04 (quatro) anos, às vítimas do caso julgado; e e) implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação dirigidos a magistrados e servidores públicos de todo o Poder Judiciário costarriquenho.⁴³

No caso *Guerrilha do Araguaia*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Federativa do Brasil a promover a responsabilidade criminal dos agentes perpetradores de crimes contra a humanidade, a implementar programas ou cursos permanentes e obrigatórios de capacitação e formação em direitos humanos dirigidos aos membros das Forças Armadas e a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas.⁴⁴

Como se vê, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ampla margem de atuação em sua competência jurisdicional contenciosa porque, repita-se, pode condenar o Estado demandado às obrigações de fazer, não fazer e pagar que se fizerem necessárias para garantir a plena reparação dos danos decorrentes de violações dos direitos relativos à liberdade sindical, à livre associação sindical e à educação reconhecidos no Protocolo de San Salvador e de direitos humanos civis e políticos reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica.

As reparações não são mais limitadas ao pagamento de indenizações, mas, por exemplo, a ordenar aos Estados demandados que adotem leis que lhes permitam o devido cumprimento das obrigações internacionais, que alterem ou revoguem leis internas que sejam incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou ainda que anulem ou executem uma decisão judicial proferida por um órgão jurisdicional doméstico.⁴⁵

Os Estados-partes da Convenção Americana são obrigados a cumprir as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as sentenças poderão ser executada no Brasil pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado, conforme art. 68 do Pacto de San José da Costa Rica.

Com efeito, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos têm, por força do art. 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, efeito imediato e força vinculante entre as partes da ação de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, devendo ser cumprida *sponte propria* pelo Estado réu.

5. RESPONSABILIDADE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO CONSCIENTE

Os direitos sociais, econômicos e culturais são reconhecidos por Constituições de diversos Estados, mas também por diversos tratados internacionais de direitos humanos, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de

43 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica, Sentença de 28 de novembro de 2012, Série C, N.º 257.

44 Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes

Lund y Otros (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, N.º 219.

45 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

San Salvador, que vinculam juridicamente os Estados-partes, gerando deveres a esses Estados.

Os tratados de direitos humanos, ainda que sociais, econômicos e culturais, são normas jurídicas e, como tal, dotados de imperatividade. Não se tratam de meros documentos políticos ou morais, de um simples convite aos Estados a empreender políticas públicas que deem efetividade a tais direitos humanos. Ao analisar o caráter obrigatório e vinculante dos direitos sociais, econômicos e culturais, Flávia Piovesan leciona:

Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A ideia de não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos direitos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.⁴⁶

O artigo 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) consagra o direito a um meio ambiente sadio, ao dispor que “[...] toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos” e que “os Estados-partes promoverão a proteção preservação e melhoramento do meio ambiente”.

As violações dos direitos sociais, econômicos e culturais relacionados no Protocolo de San Salvador não se sujeitam, porém, ao sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, por consequência, não se submetem à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo os direitos relativos à liberdade sindical, à livre associação sindical e à educação, conforme art. 19.6 do Protocolo de San Salvador.

Contudo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos podem abordar, com fulcro na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a questão da proteção ao meio ambiente de forma reflexa ou indireta em casos relativos a violações ao direito à vida ou de outros direitos civis, políticos e sociais afirmados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Protocolo San Salvador. A propósito, esta é a lição de André de Carvalho Ramos:

46 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

Tanto o sistema universal quanto o regional (europeu e interamericano, em especial) possuem exemplos de interpretação ampliada dos direitos civis e políticos, com o intuito de extrair direitos sociais ou ainda deveres de prestação e realização de políticas públicas.

A proteção do direito ao meio ambiente sadio poderá, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, ocorrer de forma indireta a partir do direito social à educação. Com efeito, o consumo consciente é boa prática que depende de uma atuação positiva do Estado consistente em um *facere*, isto é, da implementação de ações concretas de educação, formal e informal, que incentivem a mudança de comportamento dos consumidores e a promoção do consumo consciente em larga escala, ações estas dentre as quais se destaca a inserção nas propostas pedagógicas das unidades de ensino diretrizes de educação voltadas ao consumo consciente.

Segundo Alexandre Coutinho Pagliarini, “[...] as normas definidoras de Direitos Humanos, sejam elas Constitucionais ou Internacionais, elas são portadoras da marca das *jus cogens* (normas imperativas e de aplicabilidade imediata)”⁴⁷ e o art. 13.1 do Protocolo de San Salvador impõe aos Estados-partes do mencionado documento internacional o dever de assegurar a todos o direito à educação.

Por sua vez, o art. 13.2 do aludido Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos assevera que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e ainda deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. E mais, que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

Assimilando os dispositivos do Protocolo de San Salvador acima mencionados, percebe-se que os Estados-partes, inclusive o Brasil, são obrigados a assegurar o direito à educação de modo a fortalecer os direitos

47 PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 30.

humanos e a democracia e a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o que demanda necessariamente que essa educação promova a consciência socioambiental dos indivíduos, sob pena de violação do art. 13.2 do Protocolo de San Salvador.

A República Federativa do Brasil está obrigada, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a implementar políticas públicas educacionais voltadas ao consumo consciente, nos termos do citado art. 13.2 do Protocolo de San Salvador, o que contribui decisivamente para a concretização do direito humano ao meio ambiente sadio e, por conseguinte, à efetivação da dimensão ecológica do desenvolvimento sustentável.

A educação voltada para o consumo consciente é necessária para a preservação do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo que a omissão estatal de tal dever, por certo, não se justifica, e caracteriza nítida violação ao art. 13 do Protocolo de San Salvador, o que enseja a responsabilização do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode condenar a República Federativa do Brasil a reparar as consequências da omissão configuradora de violação do direito humano à educação, mediante a imposição da obrigação de executar políticas públicas educacionais que promovam a conscientização socioambiental da pessoa humana, notadamente aquelas voltadas ao consumo consciente, já que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, dentre os quais o direito ao meio ambiente sadio, bem como deve capacitar todas as pessoas para participarem efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista e conseguir subsistência digna.

Ademais, as sentenças prolatadas pela aludida Corte devem ser, por força do art. 68 da Convenção Americana, espontânea, imediata e integralmente cumpridas pela República Federativa do Brasil. Para cumprir as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil deve assegurar a implementação, no âmbito doméstico, das determinações exaradas pela Corte porque as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculam todos os agentes, órgãos e entidades do Estado.

A obrigação de cumprir as sentenças proferidas pela mencionada Corte Interamericana corresponde a um

princípio básico de direito internacional público, qual seja, o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé e, como dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por motivos de ordem interna, deixar de cumprir o tratado e as sentenças internacionais.

As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser imediatas e integralmente cumpridas pela República Federativa do Brasil. Se assim não ocorrer, além de nova responsabilização internacional, o inadimplemento poderá ensejar o ajuizamento de ação judicial de execução, perante o Poder Judiciário brasileiro, com o objetivo precípua de garantir o cumprimento total da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo científico foi apresentar, a partir de uma pesquisa doutrinária e legislativa, argumentos favoráveis no sentido de que o direito humano ao meio ambiente sadio pode ser promovido e protegido, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, indiretamente, isto é, por meio do direito social à educação, notadamente da educação para o consumo consciente.

A concretização do direito humano ao meio ambiente sadio, um dos pilares do desenvolvimento sustentável, depende, em larga medida, de práticas de consumo consciente porque, dentre outros benefícios, forçará fornecedores e produtores de bens e serviços a incluírem em seus processos produtivos boas práticas de sustentabilidade ambiental, social e econômico.

O consumo consciente exige, contudo, uma mudança de comportamento dos consumidores. Os consumidores conscientes devem nortear as suas decisões de consumo a partir dos impactos negativos e positivos que o seu ato de comprar e usar pode provocar na sociedade e no meio ambiente, mas para isso são necessárias informação e, principalmente, educação, o que depende da atuação positiva do Estado consistente, dentre outras atividades, na tarefa de inserir nas propostas pedagógicas das unidades de ensino diretrizes de educação destinadas a fomentar o consumo consciente.

Por sua vez, verificou-se que o art. 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra que toda pessoa tem direito à educação, que deverá obrigatoriamente orientar-se no sentido de fortalecer os direitos humanos, inclusive, o direito ao meio ambiente sadio, e favorecer o pleno desenvolvimento da personalidade humana, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz, o que demanda, necessariamente, que essa educação promova a consciência socioambiental das pessoas, sob pena de violação do art. 13.2 do Protocolo de San Salvador.

A educação voltada para o consumo consciente é necessária para a preservação do meio ambiente e o respeito aos direitos humanos, de modo que a omissão estatal de tal dever, por certo, não se justifica, e caracteriza nítida violação ao art. 13.2 do Protocolo de San Salvador, ensejando a responsabilização do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De fato, a execução do direito à educação sem que contemple a conscientização socioambiental das pessoas poderá ensejar a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação do direito social à educação previsto no art. 13 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, podendo o referido Tribunal internacional condenar a República Federativa do Brasil a reparar as consequências da omissão configuradora de violação do direito humano à educação, mediante a imposição de obrigação de implementar políticas públicas educacionais voltadas ao consumo consciente, promovendo-se, destarte, a proteção do meio ambiente por meio da educação.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do Amaral. *Comércio internacional e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano

de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, p. 135-156, dez. 2011.

BOUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

CAPRA, Fritoj. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005.

CAPRA, Fritoj. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

DALY, Herman E. Economics in a full world. *Scientific American*, EUA, v. 293, n. 3, set. 2005.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Petrópolis: Vozes, 2011.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2011.

FAJARDO, Elias. *Consumo consciente, comércio justo: conhecimento e cidadania como fatores econômicos*. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2010.

FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Culturix, 2008.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlic Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Década da educação das Nações Unidas para um desenvolvimento sustentável, 2005-2014: documento final do esquema internacional de implementação*. Brasília: UNESCO, 2005.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional e internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTILHO, Fátima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RISTER, Carla Abrantkski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. São Paulo: Renovar, 2007.
- SACHS, Ignacy. *Dilemas e desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- SOUZA, Marcos Gouvêa de. *Metaconsumidor: a sustentabilidade na visão do consumidor*. São Paulo: GS&MD, 2010.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Parameters and procedures
of the Inter-American System
of Human Rights in children's
rights violation lawsuits**

**Parâmetros e procedimentos
do Sistema Interamericano de
Direitos Humanos em processos
de violações de direitos da
criança**

Maria Guiomar da Cunha Frota

Pedro Alves Barbosa Neto

Parameters and procedures of the Inter-American System of Human Rights in children's rights violation lawsuits

Parâmetros e procedimentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em processos de violações de direitos da criança*

Maria Guiomar da Cunha Frota**

Pedro Alves Barbosa Neto***

ABSTRACT

The parameters and procedures adopted by the Commission and the Inter-American Court of Human Rights concerning child rights violations processes are the main subject of this work. While inter-regional scale provides effective punishment to rights violations committed by the State take place, this system has structural limitations to judge all violations demands. Therefore, these are the investigated questions: 1) What are the parameters and the procedures adopted by the Commission and the Court to select and solve the demands of child rights violations? 2) What are the repercussions of the court decisions related to the processes of child rights violations in the State where these violations occur? The methodology systematizes the guiding parameters of the Inter-American system in human rights violations cases included five variables: a) status of the country in the Inter-American system; b) receipt and referral of complaints by the Commission; c) referral of complaints from the Commission to the Court; d) cases judged in the Court by authorship; e) cases judged in the Court in relation to rights violated. To understanding specifically the court procedures in child rights violations we made a comparative analyze of all child rights violations cases judged by the Court between 1993 and 2004. In order to better understand the lawsuits involving children that are judged by the court, the case Walter Bulacio, which took place in Argentina, was selected for analysis.

Key Words: Inter-American Human Rights System. Children rights. Implementation of Human Rights.

RESUMO

Os parâmetros e os procedimentos adotados pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito de processos de violações dos direitos da criança são o tema principal deste trabalho. Enquanto no âmbito regional inter-regional, o sistema proporciona efetiva punição

* Recebido em 14/10/2013

Aprovado em 06/11/2013

** A autora é Doutora em Sociologia pelo IUPERJ (Sociedade Brasileira de Instrução - 2004) e professora da Universidade Federal de Minas Gerais / Escola de Ciência da Informação. Email: frotaguiomar@yahoo.com.br.

*** O autor é Doutor em Ciência da Informação pela Escola de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais. Email: pedrocorone@hotmail.com

para violações de direitos cometidas pelos Estados, este sistema tem limitações estruturais para julgar todas as violações informadas. Portanto, estas são as questões investigadas: 1) Quais são os parâmetros e os procedimentos adotados pela Comissão e pelo Corte para selecionar e resolver as demandas de violações dos direitos das crianças? 2) Quais são as repercussões das decisões judiciais relacionadas aos processos de violações dos direitos da criança no Estado onde ocorrem essas violações? A metodologia sistematiza os parâmetros norteadores do Sistema Interamericano em violações dos direitos humanos dos casos incluídos cinco variáveis: a) de status do país no sistema Interamericano; b) recebimento e encaminhamento de denúncias pela Comissão; c) encaminhamento de reclamações da Comissão para a Corte; d) casos julgados na Corte por autoria, e) casos julgados na Corte em relação aos direitos violados. Para compreender, especificamente, os procedimentos judiciais em violações dos direitos das crianças, fez-se uma análise comparativa de todas os casos julgados pela Corte acerca de violações dos direitos da criança entre 1993 e 2004. A fim de entender melhor os processos que envolvem crianças que são julgados pela Corte, o caso Walter Bulacio, ocorrido na Argentina, foi selecionado para análise.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Implementação dos Direitos Humanos.

1. INTRODUCTION

The Inter-American system of human rights is made up of four main legal documents: the Charter of the Organization of American States, the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), the American Convention on Human Rights (1969) and the Protocol of San Salvador. There are also two institutions that evaluate violations of these treaties: the Inter-American Commission on Human Rights (1969) and the Inter-American Court of Human Rights (1979).

The commission and the court also have jurisdiction to act in cases relating to children's rights violations provided for in the Inter-American Convention (article

19)¹ and in other international treaties ratified by the American States, such as the Convention on the Rights of the Child (1989).

As such, this article focuses on the analysis of children's rights violation lawsuits in the scope of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. The issues investigated are as follows:

- 1) What are the guiding parameters and the procedures adopted by the Commission and the Court when accepting human rights violation claims, and more specifically, children's rights violations?
- 2) What are the repercussions of these decisions in relation to the lawsuits judged by the Court within the scope of the state in which the violation took place?

The initial hypothesis is that if, on the one hand, it is on the regional scale that one may find effective legal mechanisms to hold States responsible for the rights violations committed and thus offer compensation to victims, on the other, regional institutions have limitations in effectively accepting and answering all claims received.

The empirical research is carried out on two levels. On the first level, the reports and statistics of the Inter-American Court are analyzed with the objective of identifying the general parameters that define the commission's and court's acceptance of claims of human rights violations. On the second level, accepted cases of children's rights violations in the scope of the Inter-American system between 1993 and 2004 are compared with the aim of identifying the specific procedures adopted and the repercussions of decisions in the scope of the states.

In the first part of the article, the literature that grounds the Inter-American human rights system is analyzed, highlighting its potential and limits in the consummation of human rights in the region. In the second part, variables are defined to analyze the probable parameters that mark out the acceptance of cases in the scope of the Inter-American system. In the third part, a qualitative analysis of the procedures adopted by the Inter-American system in cases of children's rights violations is presented.

1 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*. 1969. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr>> Access in: 01 jul. 2012.

2. THE INTER-AMERICAN SYSTEM: THEORETICAL FOUNDATIONS

The literature on human rights is quite ample so, in this article, we highlighted the themes that are considered central to an analysis of the Inter-American system of human rights, those being:

a) The importance of regional systems as collective mechanisms for the consummation of human rights and the international accountability of the States in rights violation cases;

b) The limits and potential of procedures and forms of decision making in the scope of international human rights regimes;

c) The structural and procedural limitations of the Inter-American system.

The Inter-American system of human rights is structured in two levels. The Inter-American Commission on Human Rights has jurisdiction regarding States belonging to the Organization of American States and, the Inter-American Court of Human Rights deals with States that ratified the Inter-American Convention on Human Rights and that formally recognize its authority. Of the 35 OAS member countries, 25 ratified the Convention and 21 of these recognize the jurisdiction of the Court.²

André Ramos (2012)³ views as a fundamental aspect of the Inter-American Convention the capacity to generate State international responsibility when it argues, in its first article, that the State must “ensure respect for the human rights recognized and safeguard the use of these rights by every person under its jurisdiction”. Besides this, the convention also reinforces this responsibility in affirming, in its second article, that the State must introduce the internal measures needed to comply with the Convention.

The State’s international responsibility is evaluated by the Commission and the Court. Complaints of human rights violations provided for in the international human

treaties are first presented to the Inter-American Commission on Human Rights for evaluation of admissibility. When the case is accepted, the Commission gathers the parties together (plaintiffs and defendants) with the aim of reaching a friendly solution. When a solution does not materialize, the case may be reported to the General Assembly of the OAS or referred to the Inter-American Court, when it concerns complaints taking place in the States that recognize its authority. The Court can therefore adopt distinct procedures: indicate provisional measures to remedy or minimize effects of violations or, in the light of a litigious case, undertake the trial process (reaching a verdict on the merits, compensation, costs and follow up of compliance with decisions).

The Inter-American system is characterized by procedures that allow for decision making on the part of the international bodies - the Court and the Commission. In this regard, it differs positively from the general system of the UN’s human rights bodies that are not endowed with interpretative and deliberative powers (of the enforcement type). According to the analysis model prepared by Donnelly⁴, the international human rights regimes may be characterized by the different procedures adopted combined with the “degrees” of national sovereignty transference to the international authorities. The typology proposed by Donnelly includes four forms of human rights regimes: 1) Declaratory regime (only the norms are international, the decision making process is exclusively national); 2) Promotional Regime (in which the international organizations act in the promotion, assistance and exchange of information); 3) Implementation regimes (international organizations act in the exchange of information, policy coordination and in monitoring) and 4) Enforcement Regimes (the international organizations adopt strong forms of monitoring and make decisions).

The Inter-American system of human rights, with Donnelly’s typology as reference, may be characterized as an “enforcement regime”, as far as its main institutions, the Commission and the Court, are endowed with interpretative and decision making legal resources. It is worth remembering that this decision making power is only established through the formal recognition of the power of these international institutions by the American States.

2 FOR MORE ON THE INTER-AMERICAN SYSTEM. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>>. Access in: 14 jul. 2013.

3 RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 424.

4 DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. *International Organization*, Toronto, v. 40, n. 03, p. 599-642, 01 jun. 1986.

The Inter-American system, however, is not exclusively characterized by its potential. Cavallaro and Brewer⁵, in an investigation that focuses on litigation in the scope of the commission and the court, identify and analyze the limits of this system. The authors start from the observation that the increase in the number of countries under the jurisdiction of regional human rights courts, as well as the increase in the number of cases of violations received, could produce a mistaken “overvaluation of the courts’ degree of success in protecting individuals in relation to rights violations” For the authors, an analysis of current domestic impact of international decisions reveals a gap between what constitutes a sentence and what is accepted by the State, as we can see below:

[...] in states where the respect for human rights is not rooted, the courts will have little success in having their decisions implemented, especially when the decisions involve significant political and financial commitment or situations of endemic human rights violations.⁶

Mindful of this, the authors prepare a model indicating key aspects to be considered so that litigation initiated in a regional environment positively affects domestic (national) human rights practices. In this way, in order to maximize their effectiveness, the regional courts should:

Not direct themselves exclusively to governments, but should also consider the work of social movements, non-governmental, human rights activist and national organizations.

Prioritize individual emblematic cases in terms of persistence or structural problems relating to human rights in the country, as a manner of stimulating broad (overall) changes in relevant problems.⁷ Maintain its impartiality in the judgment of cases, but consider the political context of the region in which they act in the sense of adopting procedures and jurisprudence that collaborate in the advance of human rights.

To verify the arguments proposed, Cavallaro and Brewer investigated the work of the commission and the Inter-American court, based on the analysis of a court report (2007) that includes data from 1988 to 2007. The authors found that although the number of cases of violations received by the commission did increase significantly in the period analyzed, going from 1,300 petitions, in 2004, to 1,456, in 2007, the fraction of resolved cases is very small given that of the 1,456 petitions received in 2007, only 65 were admitted and, of these, 40 were referred to the court. In the scope of the court, the authors also found an increase in the cases with final decision, which went from 01 to 04, in the first decade of operation, to 10 to 14, but this number is also limited when the number of cases sent to the Court by the Commission is considered. The increase in the number of cases with final decision was the result of a reform, carried out in 2001, which had the principal objective of reducing the time spent on each case. As such, measures were adopted such as reducing the number of hearings and witnesses per case. This type of measure, in the view of Cavallaro and Brewer, can compromise the quality of the lawsuit thereby lessening the impact of decisions in the scope of the States in which the violation took place, seeing as, with the reduction in time, the possibility for internal publicity and the mobilization of movements around the cases becomes restricted and, with the reduction of witnesses, the quality of the lawsuit can be compromised in terms of producing evidence that could potentially be used in the reopening of internal processes to determine the responsibility of agents from the State reported for violation.

With a view to updating the data and interpretations relating to the possibilities and limits of activity of the Inter-American system, in item 2 of this work, data from the 2009 Court report are analyzed. It is intended to systematize the guiding parameters of this activity.

3. GUIDING PARAMETERS OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM IN CASES OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

Human rights no longer need to be substantiated, but rather consummated. This is the starting assumption, from Norberto Bobbio⁸, which justifies and inspires the analysis of guiding parameters for the acceptan-

5 CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Reevaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008. p. 769

6 CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Reevaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008. p.770.

7 CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Reevaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008. p.771

8 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ce and initiation of lawsuits for human rights violations in the Commission and the Inter-American Court.

The first working hypothesis is that the parameters that mark out and define which cases are accepted by the Commission and referred to the court can be understood considering the following variables and categories:

See **Table 1** - Variables used in empirical analysis

3.1 Status of the country in the Inter-American system

In relation to the country's status in the Inter-American system (variable 1) it was noted that all 35 of the continent's countries are members of the Organization of American States, thereby recognizing the work of the Inter-American Commission on Human Rights. (See Table 1)

The 25 Member-States that ratified the American Convention are: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Ecuador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Surinam, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. Those that did not ratify it were Antigua and Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, Cuba, United States of America, Guyana, Santa Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, and Saint Kitts and Nevis. The State of Trinidad and Tobago withdrew from the Convention on May 26, 1998, with effect from May 25, 1999, under the terms of art.78 of the Convention, whereby its obligation with respect to Convention continues in relation to violations committed by the State prior to the withdrawal coming into effect. (See Table1)

Currently, of the 25 States that ratified the Convention, 21 recognize the jurisdiction of the Inter-American Court. As such, only Dominica, Grenada, Barbados, and Jamaica do not recognize the Court's jurisdiction, even having ratified the Pact of San José in Costa Rica. (See Table 2).

3.2 Acceptance and referral of complaints by the Inter-American Commission

The admissibility criteria adopted by the Commission for a case to be accepted are agreed in articles 44, 45, 46 and 47 of the ICHR, which are summarized below:

Exhaustion of all internal legal resources, that is, in a national scope;

Six months passed after final case decision at the highest national;

The case must not have been referred to any other international body;

Must contain the identifying data of the author;

Refer to human rights violations.

Once the case complies with the technical criteria, the commission may decide to accept the complaint against a State, or not. Analyzing the data contained in the 2009 Commission report, it was noted that of the 1,431 complaints presented to the Commission just 122 complaints (8.5%) were accepted, data, which are similar to those, found for 2007, analyzed by Cavallaro and Brewer.⁹

There are no systematized data available to verify if all the unaccepted complaints (91.5%) were refused exclusively for not fulfilling the technical criteria for admissibility or for reasons of another nature. Therefore, it was decided to verify what the relation was between the volume of complaint acceptance by the Court (variable 2) and the status of the country in the Inter-American system (variable 1).

See **Table 2** - Status of the Country vs Complaints

All of the six countries with the higher number of complaints referred (more than 100) are countries that ratified the Convention and that recognize the Court's obligatory power. In the subsequent scale, countries that had between 10 and 99 complaints, all except one ratified the Convention and recognized the Court's jurisdiction. Among the twelve countries with the lowest number of complaints referred (less than 10), three did not ratify; the rest (nine countries) ratified and recognized the Court's jurisdiction. The eight remaining countries, which did receive any complaint, did not ratify the Convention, with the exception of one that did so while not recognizing the Court's obligatory jurisdiction. Therefore, as would be expected, it was noted that the fact that a country not only ratifies the Convention, but also ratifies and recognizes the Court's jurisdiction is a fundamental factor in motivating the referral of complaints.

⁹ CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Reevaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008.

Regarding the acceptance of complaints by the commission, it is noted that it is proportionally very low in relation to the number of complaints sent, given that, of the 1,431 complaints sent, only 122 were accepted.

It was also found that there is no exact correlation between the number of complaints sent and those accepted. Three of the four countries with the highest number of complaints sent (Colombia, Peru and Argentina) obtained the largest number of complaints accepted.

However, this proportion is also not exact, seeing as Argentina, for example, when compared to the four countries, is the one that showed the least number of complaints sent, but it is the second in terms of complaints accepted. Still on this line, Peru is the country that obtained the largest number of complaints accepted (forty and six complaints), but occupies third place in terms of complaints presented. The explanations for the data found are still limited, in a similar manner to that noted for the total of countries. In the correlation analysis by country, it was also noted that the volume of complaints accepted is very low in relation to those presented.

3.3 Complaints presented to the commission and accepted by the Inter-American Court

See Table 3 - Cases accepted by the Commission vs Cases presented to the Court

On analyzing the data relative to cases accepted by the Commission and presented to the Court, it is noted that only 10% of the cases accepted by the commission annually are sent to the court. The cases may not be sent for diverse reasons: 1) A conciliatory solution between the parties, victims and States, is reached in the Commission scope. It's important emphasize that in these cases the Commission has a quasi-judicial role. 2) They may have been evaluated as cases that do not require judgment, but rather measures of another order (e.g. petitions, provisional remedy). Besides this, it is worth noting that other numbers show themselves to be relevant for an accurate analysis of the possibilities such as, for example, open-ended petitions and the number of shelved cases.

3.4 Type of authorship in cases judged by the Inter-American Court

Analysis of data provided by the variable "type of authorship" aims to see if there is some trend regarding

acceptance by the Inter-American Court of lawsuits originating from a certain sector of society. Analysis was divided in three segments of lawsuit authors (plaintiffs): 1) Organization: non-governmental organizations or coalitions of these organizations are characterized as the plaintiffs, or representatives of the victims, presenting the case to the Inter-American Commission; 2) Individuals: when authorship is limited to a person or a group of people, even if advised by lawyers, in the act of lawsuit presentation; in these cases, the individuals are the representatives; 3) Mixed: mixed authorship is when the lawsuit is initiated by individuals and later a non-governmental organization takes over the representation role in the capacity of two or more representatives on the case file.

On analyzing the data of cases presented to the Inter-American Court of Human Rights referring to the years between 2004 and 2009, it is noted that, of the 79 cases that were judged, 41 (51%) were brought by non-governmental organizations; 28 cases (35.44%) had individuals as official representatives of the victims and 10 cases (12.61%) had mixed authorship. It is worth noting that of the 41 cases presented by Organizations, 23 (56.09%) had the Center for Justice and International Law- CEJIL as principal or integrated author.

The data found reveal a significant trend on the part of the Court in relation to the nature of the cases judged – that of the priority acceptance of cases submitted by non-governmental organizations. This data tallies with the central argument of Cavallaro and Brewer. The authors argue that the international courts frequently do not singly obtain full compliance with their decisions on the part of the state held responsible for violation. The advances in relation to this compliance with decisions, and in a broader sense in relation to the protection of human rights in the states, are generally achieved through

social movements, human rights activists, members of the media, members of government with progressive views on human rights, and of other players that carry out long term campaigns in defense or support of political/policy improvements in a certain area.¹⁰

The authors therefore contend that the supranational courts have more probability of being effective

10 CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Reevaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008.

when their procedures and jurisprudence are relevant long term for those players who could join forces to advance human rights.

The practice of CEJIL is, therefore, revealing of this phenomenon, as far as this organization's principal and most noteworthy activity is the defense of victims through the Inter-American system. The Center is financed by regional protection bodies and works with the submission and follow up of cases on the level of international law and in the decision-making bodies of the Organization of American States. The Center adopts as its principal strategy of human rights protection and defense the cooperation between violation victims and the national and international human rights defenders and/or organizations.

By means of this strategy, CEJIL aims to prepare the case in a more effective manner and, apart from this, mobilize the largest number of people possible in the follow up of decision enforcement. The cases that are accepted by CEJIL are characterized as paradigmatic cases, that is, they have recognized potential for institutional change and may prevent the perpetuation of standards of abuse and systematic human rights violations in the states. As such, CEJIL and other non-governmental organizations play a fundamental role in the whole process developed by the Inter-American System of Human Rights, fomenting part of the structure needed to implement decisions determined by the Court, thereby widening their power of enforcement.

3.5 The cases judged by the Inter-American Court and Violated Human Rights

The guiding instrument in decisions made through the Inter-American system is the Inter-American Convention on Human Rights. In this sense, at the time of the recorded litigation, the Inter-American Court report presents the case based on the Inter-American Convention articles that were allegedly violated by the accused State. This study presents data relating to violations of guarantees and human rights, on the part of the American States, cited in the court cases from the years 2004 to 2009.

It was thus noted that of the 82 articles contained in the Inter-American Convention, 17 were cited in lawsuits judged by the Court in the aforementioned period. In Table 4 below, the articles that received more than 10 violation complaints are detailed.

See Table 4 - Recurrence of rights violation

As can be seen, article 25, which ensures "Judicial Protection", heads the list as the article with the highest number of violations by the countries tied to the Convention in the time period analyzed¹¹. Subsequently, article 8 of the Convention, that of "Judicial Guarantee", which grants every person the right to due legal process¹², follows with 58 complaints.

These data reveal a preoccupation of the Inter-American System with the legal capacity of the State, after all, it considers as relevant the Inter-American Court judgment of cases related to the denial of access and the validation of the previously established right (in the state scope), that is, denial of Judicial Guarantee. Along the same line, the recurrence of cases involving Judicial Protection rights violation indicates that there is a trend on the part of the Court to intervene in lawsuits where there is a prominent violation of legal-technical procedures occurring within the judiciary systems of each State. Therefore, what is evidenced here is the insufficiency of State internal judicial capacities.

In 48 lawsuits, complaints are against States for violating article 5, which guarantees the right to personal integrity. The cases linked to the disrespect of guarantees established by this article are often connected to situations of torture, mistreatment or any other inhumane and degrading treatment on the part of agents of the States or through their omission.¹³

The right to life, guaranteed by article 4, was mentioned in 36 lawsuits having been allegedly violated by

11 The Convention establishes in this article that. Every person has the right to a simple and quick appeal or any other full appeal, before the authorized judges or courts, which protects them against acts that violate their fundamental rights recognized by the Constitution, the law or this Convention, even when that violation is committed by people who are acting in the capacity of their official functions. INTERAMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Article 25, 1969.

12 In accordance with article 8 of the Convention, every person must be heard, with the due guarantees and within a reasonable time period, by an authorized, independent and impartial judge or court, established by law, in the investigation of any criminal accusation brought against them, or in the determination of their rights and obligations of a civil, labor, fiscal or any other nature. INTERAMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Article 8, 1969.

13 Besides this, there are cases where article 5 is mentioned due to the incompatibility of procedures exercised by the State Public Authority party to the Convention with what is set out in subparagraphs 1, 2, 3, 4, 5 and 6 of the referenced article.

some State. This article is mostly related to events where there were extreme situations of human rights violations, given that, in 84% of the lawsuits that complained of article 4 violations, the victim or victims were killed. In the same manner, article 7, which guarantees personal liberty was cited 36 times for alleged violations. This article, for the most part, deals with episodes of arbitrary deprivation of liberty, arrests and forced disappearances. It is worth noting that this article, in many cases, was mentioned in connection with violations of article 8, after all, due legal process in cases of arbitrary deprivation of liberty was undeniably not respected. Article 13, which concerns the guarantee of freedom of thought and expression, was cited in 11 litigious suits.

Finally, article 19, which establishes the specific rights of children was mentioned ten times in lawsuits alleging the violation was committed in the scope of the states. The violating countries¹⁴ did not therefore respect the provisions of article 19 which establishes that every child has the right to the protection measures that their condition as minor requires, on the part of their family, society and the State. In three cases, the assaults were not strictly directed at children, but rather at entire communities in which children figured among the victims. The practice of the Court seems evident in so far as the protection of children's rights, especially when judges' votes and the special characteristics of the sentences given in these cases are accessed. The next session of this paper concerns itself exclusively with the specific procedures of the Inter-American System with regard to children's rights violation lawsuits.

4. INTER-AMERICAN SYSTEM PROCEDURES IN CHILDREN'S RIGHTS VIOLATION LAWSUITS

In relation to children's rights, since it began, the court has accepted eleven specific cases (from 1993 to 2008),¹⁵

14 Guatemala (Caso Molina Theissen- 2004); Peru (Hermanos Gómez Paquiyaury-2004); Guatemala (Caso Carpio Nicolle y otros-2004); El Salvador (Caso las Hermanas Serrano Cruz- 2004); Dominican Republic (Caso las Niñas Yean y Bosico-2005); Colombia (Masacre de Mapiripan-2005); Colombia (Masacre de Pueblo Bello-2006); Colombia (Caso Masacre de Ituango-2006); Paraguay (Caso Varcas Areco- 2006); Mexico (Caso González- 2009).

15 Apart from the seven specific cases, there is mention in other court records of the violation of Children's Rights (article 19), contained in the Inter-American Convention, as follows: Caso Massacre Pueblo Bello vs Colombia, 2006; Caso Massacre de Ituango vs

whereby two cases produced the deliberation of provisional remedies and nine resulted in judgments (litigious cases), as summarized in the Table below. The Court also prepared a consultative opinion relative to the rights of the child in the scope of the Inter-American system.

See Table 5 - Children's Rights Violation Lawsuits

In the nine litigious cases judged, the court determined that, apart from the measures aimed exclusively at the victims and their families (such as compensation), other measures with wider public meaning and political repercussions in the scope of the States should be undertaken. These agreed measures determined the publication of the cases in newspapers and official journals, the holding of public reparatory acts and of awareness courses for government agents, as well the introduction of administrative and legal changes to the laws of the countries in which the violations took place to adequate them to the Inter-American Convention.

In relation to compliance with court decisions, based on the analysis of sentence monitoring, it is noted that the States tend to follow through measures such as the payment of compensation to victims and/or family members and measures relating to publicizing the case or preserving the victims' memory. However, the States, for the most part, have not complied with measures relating to the reopening of cases to investigate responsibility and punish agents of the State for violations committed against children.

In order to better understand the lawsuits involving children that are judged by the court, the case Walter Bulacio¹⁶, which took place in Argentina, was selected for analysis.

The documents analyzed are the judgments of merit, reparation and supervision of sentence compliance, and the analysis categories considered are as follows: a) the witness as proof; b) the type of reparation measures determined and their meaning in the scope of the states and c) compliance with Court sentences by the States.

4.1 The "Bulacio versus Argentina" Case

Walter David Bulacio was arrested and killed by Argentine federal police in April, 1991 after a mass detention operation called "razzia". The 17 year old was a high

Colômbia, 2006 and Caso Gonzáles and others vs Mexico, 2009.

16 This case was already analyzed in another article presented in congress in 2011, but its analysis was modified and put forward with other analytical purposes in this article.

school student and worked on a golf course. His detention was not informed to the judiciary branch and his family were only told a few days before he died while interned in a hospital. Still in 1991, judicial proceedings were opened which remained unconcluded ten years later. Walter Bulacio's family, through their representatives, referred the case to the Inter-American Commission on Human Rights where it was transferred to the Court. The Court accepted the case considering that the following articles of the Convention were violated: Right to Life (article 4), Right to Personal Integrity (article 5), Right to Personal Freedom (artigo7), Rights of the Child (article 19), Judicial Guarantees (article 8), Judicial Protection (article 25) and Obligation to Respect Rights (article 1). In 2003, the Court held a hearing to deliver the "Judgment on Reparations and Merits" and, in 2008, the last section on "Supervision of Sentence" took place.

During the public audience, held in 2003, the State of Argentina recognized its international responsibility for the violations that had occurred, and procedures for the establishment of reparation proceedings for the damages caused to the victim and his family were undertaken.

As proof, copies of the internal judicial proceedings and two expert statements were included, one requested by the Commission and family members, and another by the Argentine State. As witness and expert evidence, the testimony of the victim's mother, Graciela Rosa Scavone; of a person from a mental health group that supports families that suffered torture during the dictatorship (Graciela M. Guilis) and from a director in the "Public Defender's Study and Investigation Institute of Buenos Aires" (Sofia Tiscornia) were included in the lawsuit. The analysis of these witnesses allows us to establish some significant relations between memory and reparation.

In her testimony, Walter's mother describes her son and the manner in which she became aware of the facts, as shown below:

At the time of the events, Walter David Bulacio was 17 years old and was finishing high school. He was a good student and planned to study law and specialize in diplomacy. He also worked part-time as a caddie at a golf course. His income depended on what his clients gave him; however, "it could be up to 20 pesos" daily, which he used, in part, to support his family.¹⁷

17 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fundo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 21

That Saturday she noticed that Walter David had not spent the night at home. The witness did her household chores. About 3:00 or 4:00 p.m. a boy came and said that Walter David had been arrested and they should go look for him. She went to her husband at work and from there they went to the police station, where they were told that Walter David was somewhere else. Finally, they found him at 11:00 p. m. or 12:00 p.m. on that same day, hospitalized.¹⁸

In relation to the consequences of the death for the family, Walter's mother says in her testimony that:

After her brother's death, Lorena Beatriz Bulacio, his sister, had many health problems. She suffered severe depression, then suffered bulimia and had to be hospitalized several times to save her life. She is currently 26 years old and is a young woman who "never goes outside her house."

Victor David Bulacio, Walter's father, was hardworking and contributed to the family financially. When the events took place, he went crazy and his life fell apart: he began to be absent from work, until his employers fired him, for which reason he did temporary jobs; he began to take drugs and left the household. He would not see his daughter Lorena Beatriz, because he said that it caused him great pain to see her and the witness, and that "he could not bear it."¹⁹

Regarding the stance of the State during the internal proceedings, Walter's mother highlights the attempt by the authorities to transform her son from a victim into a delinquent and ends her testimony with an appeal to justice:

The response of the State, over all these years, was to "question the morality of the family." They questioned what type of people the members of the family were and what type of person Walter David was: a criminal, a homosexual, a drug addict. She suffered these accusations regarding Walter David by a State attorney during a hearing at a courtroom.

She regrets very much having had to come before the Court, as she would have preferred if things had been resolved in her country. She asked the Court, insofar as possible, to do something so that what happened to her son would not happen to any other youth. All she wants is "justice, nothing more."²⁰

18 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fundo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 22

19 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fundo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 23

20 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fundo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 24

The second testimony was given by Graciela M. Giulis, psychologist, member of a mental health group that follows cases relating to the effects of torture during the dictatorship. Graciela cared for the family members after Walter's death and in her testimony she points out the severe consequences for the family: "At the time of the facts, Walter's family had a traditional structure. His death caused a disruption which established "a *before and after* in the form of this family's existence."²¹

Graciela goes on to highlight that the situation of the family members worsened especially after the investigations were interrupted and there was no sentence issued:

Since 1996, due to obstruction of the investigation into what happened and the lack of a judgment, all indicators and signs shown by the members of the household grew dramatically and their pathologies worsened. Furthermore, the loss of their jobs was due to "the subjective conditions they were undergoing and [...] the burden this meant to their existence."²²

With respect to Lorena Beatriz Bulacio, Walter David Bulacio's sister, the expert witness pointed out that she was 14 at the time her brother died. The next year, Lorena Beatriz suffered a serious pattern of bulimia that persisted throughout almost all her adolescence; beginning in 1996, at age 19, she attempted suicide twice and was hospitalized for extended periods in neuropsychiatric centers. During the interviews with Lorena Beatriz, she stated that what kept her alive was for her "mother not to lose another child," and at the same time she was afraid that someone might die, and therefore she preferred to die.²³

The third witness was Sofia Tiscornia, director of the "Instituto de Estudios e Investigaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires" (Public Defender's Study and Investigation Institute of Buenos Aires). In her testimony, Sofia does not refer specifically to Walter's case, but denounces the severity of the "razzios" and points out how young people are the principal victims of this practice:

21 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*. Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 24

22 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 24

23 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 25

The usual practice for detention of individuals by the police in Argentina, especially in the city of Buenos Aires, is the so-called "razzias", "detentions to verify criminal 25 records," which then became "detentions to verify identity," as well as "detentions based on police edicts on misdemeanors or police codes on minor offenses." [...] In these police procedures there are several aspects of concern, including the fact that judicial control is usually belated or even non-existent. In the case of detentions to verify identities, the police generally submit to the judge, belatedly, a list of persons detained, stating as causes for detention: "loitering," "wandering aimlessly," "window watching;" [...]²⁴

An important point in the testimony of Sofia Tiscornia is that the case of Walter's death had become emblematic for young Argentines. This argument is made as a form of highlighting the need of the Court to adopt reparation measures to "maintain and expand" the memory of the event:

The Bulacio Case has been "emblematic and [...] paradigmatic" in Argentina, primarily because Walter David Bulacio, who was detained at a rock concert, was part of the younger generation of the democratic 90s and this caused "a type of strong identification effect." Given what happened to Walter David Bulacio, most Argentine youths "felt that their image was reflected in [him]," as "what happened to Walter [David] Bulacio [...] could have happened to any [Argentine] youth [of his age]." Furthermore, a social movement of youths who are now thirty years old followed this case actively, which shows its generational continuity, expressed through student demonstrations, videos, movies, publications, and lectures.

As regards measures of reparation, she stated that it is important to maintain and expand remembrance of this case, which in any case already exists among a part of the population.²⁵

The third testimony allows for an interpretation of Walter's killing that transcends the individual plane. The case is presented in a paradigmatic manner and in its public dimension, highlighting the 'razzias' as an arbitrary and violent police practice aimed at young people in particular.

The three witnesses had an important weight in defining the reparations established by the Court. In the reparations judgment, the Court determined that the State should:

24 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 25

25 INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012. p. 27

1) compensate the family for material and moral damages, totaling U\$ 124,000.00 and U\$ 210,000.00 respectively and pay the legal costs;

2) complete the investigations and punish those responsible;

3) publish the court's decisions in the official national gazette and;

4) bring about amendments to Argentine legislation relating to minors so as to adequate them to the principles contained in the Inter-American Convention.

It is worth noting that, according to the supervision sentences of the Walter Bulacio case, almost all the reparation measures were complied with by the Argentine state, such as compensation and measures relating to the preservation of the victim's memory. However, a fundamental measure was not fulfilled, the accountability and internal judgment of the perpetrators of this killing. It must be highlighted that this is a recurring practice among the States, as research results and other surveys relative to the Inter-American system show.²⁶

5. FINAL CONSIDERATIONS

The analysis of parameters that characterize the work of the Commission and Inter-American Court allow us to prove the initial hypothesis proposed.

The Inter-American system of human rights may be considered effective in being endowed with legal norms and institutions of an interpretative and deliberative-enforcement type (according to the typology prepared)²⁷. However, when you analyze the procedures and mode of operation adopted by the commission and Inter-American court, by means of the complaints of human rights violations, the limitations of the system become apparent.

There is a notable insufficiency of structural capacity on the part of the Inter-American System in the face of the volume of violation complaints received. The commission accepted around 8.5% of the complaints it received in 2009 and, of these, a reduced number were

sent to the court. The court itself, even though it has increased its capacity, after the 2001 reform, still accepts a quite restricted number of lawsuits.

The 2001 reform consisted in an attempt to broaden the court's activity but it could come to compromise the quality of the proceedings. Some measures adopted such as reducing the number of hearings and witnesses per case can compromise the quality of the lawsuit thereby lessening the impact of decisions in the scope of the States in which the violation took place, seeing as, with the reduction in time, the possibility for internal publicity and the mobilization of movements around the cases becomes restricted. With the reduction of witnesses, the quality of the lawsuit can be compromised in terms of producing evidence that could potentially be used in the reopening of internal processes to determine the responsibility of agents from the State reported for violation

Through this ascertainment of the limits, we sought, over the course of this article, to understand the parameters that guide the work of the Commission and the Court. The cases accepted and judged by the Court in the period from 2004 to 2009 show a similar pattern:

The majority of litigious cases came from non-governmental organizations, many of which specialize in the promotion of human rights. This may mean, on the one hand, that the expertise of organizations results in better structured complaints that therefore have more chances of being accepted; on the other hand, it could mean that the Court tends to accept cases that, due to the support of organizations, obtain greater visibility and pressure on public opinion in the country. As indicated by Cavallaro and Brewer, the support and pressure of organizations can also contribute to the State complying with the court's determinations.

The violations of rights most cited and recognized by the court, in lawsuits judged – and that therefore resulted in the assignment of international responsibility on the part of the accused State – are those that refer directly to internal judicial proceedings, that is, the right to judicial guarantee and judicial protection. This fact denotes that there is probably a Court preoccupation in emphasizing to the States the importance of compliance and the validity of an internal legal structure that acts in conformity with the legal standards agreed in the Inter-American Convention, founded principally with respect to due legal process.

26 For example, the research made by James Cavallaro and Stephanie Brewer published in 2008.

27 DONELLY, Jack. *International human rights: a regime analysis*. *International Organization*, Toronto, v. 40, n. 03, p.599-642, 01 jun. 1986.

The parameters defined therefore reveal that the Court considers, beyond technical criteria, the possibility that its legal decisions are effectively accepted by the States and that, as such, it is fundamental to have the support of specialized non-governmental organizations and internal pressures.

In lawsuits for violations of children's rights, these same parameters were identified. It was noted, for example, that there was a preference for accepting cases sent by organizations and/or mixed and of adopting reparation measures with repercussions of a public nature and not just individual. A specific conclusion, resulting from the qualitative analysis of the Walter Bulacio case, that is, the importance of witnesses as proof, was noted. The testimonies of the victims' families had been disregarded and even excluded from judicial processes held in the Argentine State. The judgments that took place in the Court were where the witnesses were rehabilitated, later achieving the status of proof.

This fact indicates that the Court should cautiously evaluate measures reducing the number of witnesses (adopted through the 2011 reform), since this could come to compromise the reopening and effective judgment of guilty parties in the internal scope of the States.

Finally, it needs to be stressed that, despite its limitations, the Inter-American System is potentially more effective than the UN's international system, in terms of protecting human rights and children. Therefore, from a prescriptive perspective, it is up to the Commission, the Court and the regional human rights defense organizations to work in a cohesive manner to intensify forms of pressure capable of, on the one hand, improving the structural conditions essential to the widening and effective working of the Inter-American system and, on the other hand, amplifying the degree of compliance with their decisions on the part of the States.

BIBLIOGRAPHY

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie E. Re-evaluating Regional human rights Litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 102, p. 768-827, quarterly, 2008.

DONELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. *International Organization*, Toronto, v. 40, n. 03, p.599-642, 01 jun. 1986.

INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009*. Available in: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3b.09.sp.htm>>. Access in: 03 nov. 2013.

INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *The rights of the child in the Inter-american human rights system*. Available in: <<http://www.cidh.org/countryrep/infancia2eng/Infancia2.2.eng.htm>>. Access in: 05 jun. 2011.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*. Sentencia de fondo e reparações. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Caso Bulacio versus Argentina*: Sentencia de supervisão. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Access in: 01 jul. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*, 1969. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr>> Access in: 01 jul. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração americana dos direitos e deveres do homem*, 1948. Available in: <<http://www.corteidh.or.cr>> Access in: 01 jul. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TABLES

Table 1 - Variables used in empirical analysis

Variable 1: Status of country in the Inter-American system (by country)			
a) OAS Member	b) Ratified the Inter-American Convention (therefore recognizes the commission)	c) Ratified and Recognized the Inter-American Court as obligatory jurisdiction	d) Ratified and Does Not Recognize the Inter-American Court as obligatory jurisdiction
Variable 2: Receipt and referral of complaints by the Commission			
a) complaints received by the commission (by country)		b) complaints accepted by the commission (by country)	
Variable 3: Referral of complaints from the Commission to the Court			
complaints accepted by the Commission (per year)		complaints accepted by the Court (per year)	
Variable 4: Cases Judged in the Court by authorship (by cases)			
a) Individual	b) Mixed		c) Collective
Variable 5: Cases Judged by the Court in relation to rights violated (by cases)			
Violated Articles			

Source: Table prepared by the authors.

Table 2 - Status of the Country vs Complaints

Country	Status of the country in the Inter-American system	Complaints sent	Complaints accepted (Absolute and percentage)	
Colombia	RCOJ*	237	13	5,40%
Mexico	RCOJ	232	5	2,15%
Peru	RCOJ	201	46	22,80%
Argentina	RCOJ	159	28	17%
Chile	RCOJ	107	2	1,86%
Costa Rica	RCOJ	106	2	1,88%
Brazil	RCOJ	83	2	2,40%
United States	NRA**	77	2	2,59%
Ecuador	RCOJ	37	5	13,10%
Venezuela	RCOJ	31	2	6,45%
Guatemala	RCOJ	30	2	6,66%
Panama	RCOJ	26	1	3,84%
Bolivia	RCOJ	24	2	8,33%
Honduras	RCOJ	19	3	15,78%
El Salvador	RCOJ	9	2	22,22%
Paraguay	RCOJ	8	0	0%
Nicaragua	RCOJ	7	0	0%
Dominican Rep.	RCOJ	7	1	14,28%
Uruguay	RCOJ	7	0	0%
Haiti	RCOJ	6	1	16,66%
Canada	NRA	4	0	0%
Cuba	NRA	3	0	0%
Jamaica	RCOJ	3	0	0%

Guyana	NRA	2	0	0%
Suriname	RCOJ	2	1	50%
Trinidad and Tobago	RCOJ	2	2	100%
Antigua and Barbuda	NRA	0	0	0%
Bahamas	NRA	0	0	0%
Barbados	NRA	0	0	0%
Belize	NRA	0	0	0%
Dominica	NRCOJ ***	0	0	0%
Grenada	NRA	0	0	0%
Saint Kitts and Neves	NRA	0	0	0%
Saint Vincent and the Grenadines	NRA	0	0	0%
Santa Lucia	NRA	0	0	0
Total of Countries: 35		1431	122	

Source: Data relative to complaints corresponding to the year 2009.

* RCOJ- the country ratified and recognizes the court's obligatory jurisdiction;

** NRA- the country did not ratify the convention;

*** NRCOJ- the country ratified but does not recognize the court's obligatory jurisdiction.

Table 3 - Cases accepted by the Commission vs Cases presented to the Court

Year	Commission Accepted Cases	Year	Cases presented to the Court
2004	160	2005	10
2005	150	2006	14
2006	147	2007	14
2007	126	2008	9
2008	118	2009	11

Source: Table prepared by authors

*There is no systematized data after 2009¹.

1 ALL DATA ANALYZED ARE EXTRACTED FROM ANNUAL. Inter-American Commission Of Human Rights Report. Available In: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3b.09.sp.htm>>. Access in: 03 nov. 2013

Table 4- Recurrence of rights violation

Article	Definition	Quantity of Complaints
Article 25	Judicial Protection	61 complaints
Article 8	Judicial Guarantees	58 complaints
Article 5	Right to Personal Integrity	48 complaints
Article 7	Right to Personal Freedom	36 complaints
Article 4	Right to Life	36 complaints
Article 13	Freedom of Thought and Expression	11 complaints
Article 19	Right of the Child	10 complaints

Source: Table prepared by authors based on case records. See www.corteidh.or.cr for more

Table 5 - Children’s Rights Violation Lawsuits

Cases accepted by the Court	Court Decisions/Rulings on States held responsible
1- Gonzalo Xavier and Matias A. R. Tolosa <i>versus</i> Argentina (1993-1994) – illegal appropriation and registry of two children with false identities in the name of third parties, during the military dictatorship.	M.P. – determines that the State must adopt the measures necessary to return the children to their biological families.
2- Adolescents deprived of their liberty in FEBEM of Tatuapé in São Paulo- Brazil (2005) - complaints of mistreatment and torture of adolescents interned in FEBEM, as well as the death of adolescents having occurred even after the Inter-American Commission had recommended a precautionary measure to attempt to safeguard the lives of internees.	M.P. – determines that the State must a) reduce unit overcrowding; b) confiscate the weapons in the adolescents’ possession, c) separate the internees according to the severity of their crimes, d) provide medical care and guarantee the right of internees to humane treatment, e) periodic supervision by the State with the participation of representatives.
3- Street children <i>versus</i> Guatemala- (1999 - 2008) assassination of five young people, three of whom were minors. The complaint also indicated that four of these young people had been kidnapped and tortured by the police. Inter-American Convention violated articles: 1; 4; 5; 7; 8; 25 and of the “Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture” – articles 1,6 and 8.	C.C- The State must: a) bear the costs of the lawsuit; b) compensate the families of the victims for material and moral damages; c) reopen the internal process of investigation to punish the authors; d) adopt measures to avoid new violations occurring and e) ensure the memory of the victims and the violations is recorded.
4- Bulacio <i>versus</i> Argentina (1999-2008) – imprisonment, torture and killing of a 17 year old by the Argentine police, whereby ten years after the fact the domestic suit has not been concluded Inter-American Convention violated articles: 4; 5; 8; 7; 19; 25.	C.C- The State must: a) complete investigations and punish the guilty; b) publish court decisions in national newspapers; c) compensate the families of victims and pay the legal costs. Judgment of Merit (2003). Judgment of sentence compliance follow-up (2004).
5 – Molina Theissen <i>versus</i> Guatemala (1998-2004) – kidnapping of 14 year old by the army in 1981, which also happened to other children at the time. Inter-American Convention violated articles: 4; 5; 7; 8; 19; 25.	1C.C [1] – The State must: a) compensate the families of the victims for material and moral damages; b) investigate the facts and judge those responsible; c) look for the victim’s remains; d) publish the sentence; e) hold a public act of recognition; f) bear the legal costs; g) other legislative measures. Reparation and costs judgment (2004).

<p>6- Irmãos Gómes Paquiyauri <i>versus</i> Peru (1993-2004) – kidnapping and extra-judicial execution of two brothers in 1991 by agents of the national police. Rights violated: 4; 5; 7; 19; 25.</p>	<p>C.C- The State must: a) compensate the families of the victims for material and moral damages; b) investigate the facts and judge those responsible; c) publish the sentence, d) hold a public act of recognition.</p>
<p>7- Institute of Re-education for Minors Paraguay (1996-2001)- as a result of three fires that occurred in the internment institute (in 2000 and 2001) 10 adolescents died and 38 had severe injuries and intoxication. After the fires, the adolescents were transferred to adult prisons. The lawsuit also covers the previous period (1996 -2000) including several complaints of rights violations of all the internees: mistreatment, violence, abuses and inhumane conditions. These complaints had already been forwarded to the Commission before the fires and they had determined the closure of the unit. Inter-American Convention violated articles: 4; 5; 7; 8; 19. CRC rights and rights from other treaties are also mentioned.</p>	<p>C.C- The State must: a) pay damages to all internees from 1996-2001, to fire victims, internees transferred due to closing and the families of the victims in the case of internees who were killed; b) publish the sentence, c) hold a public act declaring responsibility; d) assume the psychological treatment of all ex-internees; protect victims and witnesses in the lawsuit; e) pay the legal costs. Reparation judgment (2004); Judgments of sentence compliance supervision: 2006; 2007 and 2008.</p>
<p>8- Hermanas S. Cruz <i>versus</i> El Salvador (2004). Kidnapping and forced disappearance of two sisters, in 1998, by members of the Salvadorian army. Inter-American Convention violated articles: 8.1 and 25.</p>	<p>C.C- The State must: a) compensate the families of the victims for material and moral damages; b) investigate the facts and judge those responsible; c) publish the sentence, d) hold a public act of recognition; e) create a commission to investigate the disappearance of children; e) pay the legal costs. Judgment and reparation on merits (2005).</p>
<p>9- Ninas Yean and Bosico <i>versus</i> the Dominican Republic. (2005) The State denied birth registration to the children of a Dominican mother and Haitian father, and so both of them were unable to enjoy other rights. One of them went one year without being able to attend school due to the lack of registration. Inter-American Convention violated articles: 1.1, 3,5, 18,19, 20, 24.</p>	<p>C.C- The State must: a) compensate the family for moral damages; b) adopt all legal and administrative measures to regulate the procedure for granting nationality through late declaration of birth, in internal law; c) publish the sentence, d) hold a public act recognizing responsibility; e) pay legal costs. Judgment on merits (2005). Interpretation on preliminary merit and reparation exceptions (2006), Supervision of sentence compliance (2007).</p>
<p>10- Servellon Garcia <i>versus</i> Honduras (2006). Detention in degrading conditions of two adolescents along with adults and their execution by police agents in 1995. Inter-American Convention violated articles: 4, 5, 7, 8 and 25.</p>	<p>C.C- The State must: a) adopt all the necessary measures to identify, judge and punish the material and immaterial authors responsible for the violations; b) create a database on the execution of children with information on the authors, among others; c) publish the sentence; d) hold a public act recognizing responsibility; d) carry out a public authority training program on special protection and international norms relating to young people; e) hold an awareness campaign in Honduran society in relation to the full protection of the child; f) compensate the families of the victims for material and moral damages; g) pay legal costs. Judgment and reparation on merits (2006) Supervision of sentence compliance (2008).</p>

<p>11-Vargas Areco <i>versus</i> Paraguay, (2006) a 15 year old who was completing military service did not return on time from leave to visit his family. His penalty was to be imprisoned in December 1989. On attempting to flee the prison he was shot by a sub-official and his body was found 100 meters from the military camp. Inter-American Convention violated articles: 4, 5, 7, 8, 19 and 25.</p>	<p>C.C- a) adopt all the necessary measures to identify, judge and punish the authors responsible for the violations; b) publish the sentence; c) hold a public act recognizing responsibility; d) hold training courses on human rights for the armed forces; e) adequate legislation on recruitment of minors into the armed forces in conformity with international legislation; f) compensate families of victims for material and moral damages g) pay legal costs. Judgment and reparation on merits (2006).</p>
--	--

Source: Table prepared by the authors²

² This work incorporates the findings included in papers already published in two congresses: II ISA Forum and SBS Congress. To see more information go: Available In: <http://www.automacaodeeventos.com.br/sigeventos/sbs2013/admin/pro_lista_programa.asp?strConsultar=S&eveId=1>. Access in: 15 jul. 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Poverty as a violation of human rights: the case of street children in Guatemala and Brazil

Pobreza como violação aos direitos humanos: o caso das crianças de rua na Guatemala e no Brasil

Paloma Morais Correa

Poverty as a violation of human rights: the case of street children in Guatemala and Brazil

Pobreza como violação aos direitos humanos: o caso das crianças de rua na Guatemala e no Brasil*

Paloma Morais Correa**

The greatest misfortune of extreme poverty is that for your entire existence you are like someone already dead.
Father Wresinski, 1989.

ABSTRACT

Although human rights are officially regarded by the United Nations as indivisible, interrelated and interdependent, it is largely recognised the gap concerning mechanisms for adjudication between civil and political rights compared to economic, social and cultural ones. The very existence of an individual right not to be poor is still controversial within both – domestic and global societies. Consequently, the responsibility for providing individuals with rights such as food, water, shelter and education, although doubtless related to human dignity, have been constantly denied by states and by the international community. By analysing two cases of extrajudicial execution of street children in the American continent, this paper aims to address the debate of poverty as a violation of human rights considered as an option for judicial enforcement of economic, social and cultural rights. This article undertakes a qualitative analysis on jurisprudence, as well as literature and documents concerning the adjudication of such rights by the Inter-American Court. While taking an integrated approach to human rights, the links between poverty and vulnerability to other sorts of violations, such as urban violence, will be demonstrated. This paper will suggest that the adoption of the new Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) shall act as a supervisory mechanism to guaranteeing international implementation of social justice.

Keywords: Poverty. Human rights. Street children. Violence.

RESUMO

Embora os direitos humanos sejam oficialmente reconhecidos pela Organização das Nações Unidas como indivisíveis, inter-relacionados e interdependentes, é visível a distância existente entre os mecanismos de responsabilização dos direitos civis e políticos em comparação com os dos direitos econômicos, sociais e culturais. A própria existência de um direito individual

* Recebido em 13/09/2013
Aprovado em 10/07/2013

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008), com intercâmbio de um semestre na Universidade de Westminster, Londres (2006). Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e Mestre em Direitos Humanos pela London School of Economics and Political Science (2010). Advogada. Foi professora no curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Pelotas. Atualmente, é Analista Técnica de Políticas Sociais no Ministério do Desenvolvimento Social e combate à Fome. Email: palomamcorrea@hotmail.com

a não ser pobre ainda é controversa no interior das sociedades domésticas e na sociedade global. Consequentemente, a responsabilidade de prover os indivíduos com os direitos à alimentação, água, moradia e educação, embora inegavelmente relacionados à dignidade humana, têm sido constantemente negados tanto pelos estados quanto pela comunidade internacional. Através da análise de dois casos de execução extrajudicial de crianças de rua no continente Americano, este artigo considera o debate que classifica a pobreza como uma violação aos direitos humanos como uma opção para garantir a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais. O estudo realiza uma análise qualitativa doutrinária, jurisprudencial e documental acerca das decisões da Corte Interamericana que responsabilizam os estados pela garantia desses direitos. Adotando um enfoque integrado de direitos humanos, os elos entre pobreza e vulnerabilidade a outras formas de violações, tais como a violência urbana, serão demonstrados. O artigo sugere que a adoção do novo Protocolo para o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) atuará como um mecanismo de supervisão internacional na garantia da justiça social.

Palavras-chave: Pobreza. Direitos humanos. Crianças de rua. Violência.

1. INTRODUCTION

In 1992, the United Nations (UN) declared October the 17th the International Day for the Eradication of Poverty¹, and the halving of poverty by 2015 was agreed by 149 countries to be the central objective of the UN Millennium Goals.² From a human rights perspective, the suffering of people living on extreme poverty due to a lack of basic human needs such as food, water, housing and education violates the dignity of the person. However, the International Law of Human Rights does not offer to the economic, social and cultural rights the same sort of supervisory mechanisms of enforcement as to civil and political rights. In fact, the classification of poverty as a human rights violation is still largely debated. As a result, human miseries related to poverty

1 See: www.atd-uk.org/internationalday.htm

2 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches. *Oxford Development Studies*, 31:3, 243, 2003.

tend to be seen as less important than violations of civil and political rights, such as torture, unlawful arrest or the cease of individual freedoms.

The adoption of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) establishing an individual complaints procedure upon the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) might be seen as an attempt to approximate the two Covenants in terms of their mechanisms of adjudication. Nevertheless, the adoption of the protocol raised controversies among groups who advocate the unsuitableness of a petition procedure to claim social justice. By analysing two Inter-American case laws of extrajudicial execution of street children, this paper aims to address the subject of poverty as a violation of human rights and the advantages that the New Protocol might bring to this issue. Focusing on the reality of street children in countries such as Guatemala and Brazil, I aim to demonstrate how poverty leaves people vulnerable to violence, and therefore, to support the fundamental importance of enforcing economic, social and cultural rights as a tool to combating both – poverty and urban violence.

This paper briefly outlines different definitions of poverty according to the literature and some of the UN documents that express concern with the issue, as well as the responsibility of states in relation to poverty. Based on Reports from the Inter-American System of Human Rights and from Amnesty International, it draws on case studies on the situation of street children in Guatemala and Brazil, to argue that poverty leads to a vulnerability to other sorts of violations, such as police abuse. I will then consider the judicial enforcement of economic, social and cultural (ESC) rights and conclude by suggesting that the New Protocol to the ICESCR might advance the debate of poverty as a violation of human rights and therefore facilitate the implementation of social justice.

2. POVERTY AS A WAY OF LOOKING AT IT:

There is no single definition of poverty, since the term can be understood according to different interpretations on what constitutes a good life for individuals and a good society to live in. Laderchi and other authors suggest four different approaches to poverty,

which are: the monetary approach, the capabilities approach, social exclusion and participatory approach.³ The monetary approach is the most commonly used, in both national and international spheres. It identifies poverty according to levels of consumption and income, calculated based on market prices, taking a poverty line as its basis. The monetary approach measures welfare as 'the total consumption enjoyed', defining poverty as 'a shortfall below some minimum level of resources, which is termed the poverty line.'⁴

A second approach to poverty is the capability one, pioneered by Sen, to whom development could be defined as a 'process of expanding the real freedoms that people enjoy', and extreme poverty as an economic obstacle to freedom.⁵ Since the exercise of freedoms, according to Sen, was a necessary condition to 'lead the kind of lives we have reason to value', material goods represent a vehicle to facilitate the achievement of freedom.⁶ By emphasising the outcomes characterising the 'realization of human potential', the capabilities approach rejects utilitarianism as the measure of welfare, and considers the 'differences individuals face in transforming resources into valuable achievements', which explains why, according to this approach, monetary resources are a non-reliable source to indicate capability outcomes.⁷

Departing from the monetary and capabilities individualistic views of poverty, the social exclusion approach offers a socially constructed definition to it, taking into consideration social processes of marginalisation and deprivation. According to the social exclusion approach, there are 'structural characteristics of a population which are empirically correlated with multiple deprivations'.⁸ Socially excluded are, for example,

the handicapped, drug users, delinquents and the aged.

The innovation brought by the participatory approach is that it 'takes into account the views of poor people themselves.' Chambers, who initiated this method, focused on asking poor people about the meaning and the magnitude of their reality of poverty.⁹ This study empirically concluded that different approaches to poverty require different policies in order to eradicate it. While the monetary approach would focus on the generation of financial incomes as the main policy to eradicate poverty, the capabilities approach would emphasise the social provision and allocation of goods, as well as giving importance to non-material values, such as political and cultural life. Redistributive and structural policies aiming at eliminating discrimination would get priority according to the social exclusion approach, whereas the empowerment of the poor to become the agent of his or her own rights would be the target to eliminate poverty for participatory policy-makers.¹⁰ The study revealed significant differences on the identification of poor people according to the four different approaches. These differences observed in the policy requirements to fight poverty, as well as the discrepancies on identifying who is and who is not poor in a certain society corroborates the final claim of Laderchi and others, that 'clearer and more transparent definitions of poverty are an essential prerequisite of any development policy that puts poverty reduction at its centre.'¹¹

2.1 The United Nations view of poverty:

Although assuming that there is no universally accepted definition of poverty, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) endorses a multi-dimensional concept of poverty to define it as 'a complex state of material and non-material depriva-

3 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches. **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003.

4 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 248.

5 SEN, Amartya. *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, at 3.

6 SEN, Amartya. *Development as Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1999, at 14.

7 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 253.

8 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition

of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 259.

9 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 260.

10 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 263-264.

11 LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches, **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003, at 269.

tions that leads the individual to exclusion.¹² The term poverty is not explicitly written in the ICESCR, but the eradication of poverty is closely related to rights such as ‘the right to work, to have an adequate standard of living, housing, food, health and education’, all of which are the Covenant’s main concern.¹³

The UN Millennium Development Goals 2008 includes among the consequences of poverty the exposure to violence, and stresses the view that ‘human rights violations are both a cause and a consequence of poverty’.¹⁴

Poverty results from disempowerment and exclusion. Poverty is not simply a lack of material goods and opportunities such as employment, ownership of productive assets and savings. It is also the lack of physical and social goods, such as health, physical integrity, freedom from fear and violence, social belonging, cultural identity, organizational capacity, the ability to exert political influence, and the ability to live in respect and dignity.¹⁵

In its statement on poverty, the CESCR visualised poverty as a ‘denial of human rights’.¹⁶ Academic studies in the area of development, however, lead to the acceptance, nowadays, of poverty as a violation of human rights¹⁷, and Campbell identifies that the violation might not be related to the causation of harm itself, but in ‘the failure to act so as to enable those who are in extreme poverty to escape from that condition.’¹⁸ In this sense, Upendra Baxi reflects on the existence of a dignity common to bearers of human rights, which allows them to be and remain human. Following the author’s reasoning, the right to be and remain human is the very meaning of the concept of development, and in relation to the phenomenon of poverty, ‘total and continuing destitution and impoverishment exposes

people to a loss of their humanity.’¹⁹ A question proposed by Baxi contributes to the understanding of poverty as a violation of human rights - rather than a denial - as suggested by the CESCR. According to Baxi, the ‘violation of the impoverished to remain human’ must be classified as violence for the same reason that the ‘violation of some people’s rights is called violence’.²⁰

The issues of poverty and development are not new in the United Nations agenda. The text of the Declaration of Cocoyoc, presented by two bodies of the UN in Mexico in 1974, assumed that ‘more people were hungry, sick, shelterless and illiterate that day than when the UN was first set up.’²¹ The document also admitted that ‘the failure of a world society to provide “a safe and happy life” for all was not caused by any lack of physical resources, but by economic and social maldistribution and misuse.’²² The first concern expressed in the Declaration was to redefine the purpose of development, which should focus on the development of human beings rather than of any material goods.²³ As a result, the Declaration of Cocoyoc recognised that human beings have basic needs, such as food, shelter, clothing, health, education, and that economic growth should firstly focus on the improvement of such conditions for the poorest sections of the global society. In addition, the text of the Declaration emphasised the non-material aspects of development, such as the right to professional self-realisation.²⁴

In 1987, the UN adopted the Limburg Principles on the implementation of the ICESCR, to consider the nature and scope of States parties’ obligations regarding the Covenant and to issue interpretative principles in relation to the provisions stated in Parts II and III of the Covenant. The violations of ESC rights, the reporting

12 CESCR. *Statement on Poverty and the ICESCR*. 25th sess., at 1, U.N. Doc. E/C.12/2001/10, 2001.

13 CESCR. *Statement on Poverty and the ICESCR*. 25th sess., at 1, U.N. Doc. E/C.12/2001/10, 2001.

14 UNHCHR. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach*, 2008, at 7.

15 UNHCHR. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach*, 2008, at 7.

16 UNHCHR. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach*, 2008, at 1.

17 The ATD Fourth World, a NGO founded in 1957 by Father Wresinski, has based its work on the view that extreme poverty is a violation of human rights. See: <http://www.atd-uk.org/>, last visited Aug. 9, 2010.

18 STEINER, Henry, ALSTON, Philip and GODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2008, at 3.

19 BAXI, Upendra. From human rights to the right to be human: some heresies. *Ind. Int’l. Q.*, 1986, at 187.

20 BAXI, Upendra. From human rights to the right to be human: some heresies. *Ind. Int’l. Q.*, 1986, at 197.

21 The Cocoyoc Declaration, *International Organization*, vol. 29, n. 3, 893. *International Responses to Technology*, University of Wisconsin Press, summer 1975, available at <http://websie.eclac.cl/mmp/doc/Cocoyocdeclaration1974.pdf>.

22 The Cocoyoc Declaration, *International Organization*, vol. 29, n. 3, 893. *International Responses to Technology*, University of Wisconsin Press, summer 1975, at 894.

23 The Cocoyoc Declaration, *International Organization*, vol. 29, n. 3, 893. *International Responses to Technology*, University of Wisconsin Press, summer 1975, at 896.

24 The Cocoyoc Declaration, *International Organization*, vol. 29, n. 3, 893. *International Responses to Technology*, University of Wisconsin Press, summer 1975, at, at 896-897.

procedure and the international cooperation under Part IV of the Covenant, as well as the role of the Committee were also object of concern for the drafters of the Limburg Principles.²⁵

The Maastricht Guidelines on violations of economic, social and cultural rights, adopted by the UN in celebration of the tenth anniversary of the Limburg Principles, examined once again the States obligations in the light of the ICESCR. It reinforced the view that 'it is no longer taken for granted that the realization of ESC rights depends significantly on action by the State, although, as a matter of International Law, the State remains ultimately responsible for guaranteeing the realization of these rights.'²⁶ Stressing the nature of the obligations to respect, protect and fulfil, and in accordance to the General Comment No.3 of the CESCR, the Maastricht guidelines further acknowledges that 'a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, violating the Covenant.'²⁷ In addition, and clearly encouraging the adoption of an Optional Protocol to the ICESCR, the UN document states that 'victims of violations of ESC rights should have access to judicial or other appropriate remedies at both national and international levels.'²⁸

3. THE VULNERABILITY OF STREET CHILDREN - THE CASES OF GUATEMALA AND BRAZIL:

Brazil and Guatemala ratified the United Nations Convention on the Rights of the Child in 1990.²⁹ In the same year, Amnesty International published a Special Report on Guatemala concerning the issue of extrajudicial

executions and human rights violations against street children.³⁰ In August 1990, the Amnesty International Newsletter reported that, according to Guatemalan sources, there were 5000 children, aged five to eighteen, living on the streets of Guatemala City. Even more disturbing were reports of human rights abuses carried out against such children by Guatemala City police, such as threats, beatings, torture and extrajudicial executions.³¹ A month later, in September 1990, Amnesty International denounced several cases of torture and extrajudicial executions of children and adolescents who lived in the streets of Brazil. Similar to the Guatemalan case, the perpetrators were police officers, acting in groups known as 'death squads'.³² According to the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) Report, issued in 1997, it was estimated that 30 000 children lived daily on the streets of Rio de Janeiro, 1000 of whom also slept on the streets. In São Paulo, it was believed that 20 000 children spent their days on the streets.³³ These children depend on activities such as begging, theft, prostitution and informal street trading to survive. An Inter-Non-governmental Organisation (NGO) Program on Street Children and Street Youth proposed a definition for the term of street children, and according to it, 'a street child or street youth is any minor for whom the street (in the widest sense of the word including unoccupied dwellings, waste land etc) has become his or her habitual abode, and who is without adequate protection.'³⁴

Street living children have often been abandoned, are orphans, or have been sent away from home. There are also those who have run away from domestic violence, and that go to the streets looking for what are a child immediate needs anywhere in the world: food, shelter and company.³⁵ Although there are several different reasons for a child to make the streets of big cities

25 Limburg Principles on the Implementation of the ICESCR. *Human Rights Quarterly*, 9, 1987, at 122-135.

26 CESCR. *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. 24th Sess., U.N. Doc. E/C.12/2000/13, 2010, at 16.

27 CESCR. *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. 24th Sess., U.N. Doc. E/C.12/2000/13, 2010, at 18.

28 CESCR. *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. 24th Sess., U.N. Doc. E/C.12/2000/13, 2010, at 22.

29 Available at: <http://Treaties.un.org/Pages/ViewDetails>, last visited July 26, 2010.

30 Amnesty Int'l. *Guatemala: extrajudicial executions and human rights violations against street children*. London: International Secretariat, July 1990.

31 Amnesty Int'l Newsletter. *Guatemala: children abused by police*, Vol. XX, N. 8, Aug. 1990.

32 Amnesty Int'l Newsletter. *Brazil: Child victims of killing and cruelty*, Vol. XX, N. 9, Sep. 1990.

33 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*. Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010.

34 Amnesty Int'l Campaign Journal UK. *On the streets*, Issue 94, (March/April 1999), at 5.

35 Amnesty Int'l Campaign Journal UK. *On the streets*, Issue 94, (March/April 1999), at 6.

his or her home, there is a background feature which is, according to Amnesty International research, common to all of them: ‘family stress and breakdown through poverty, armed conflict, natural disaster or disease’.³⁶ In the cases of Latin American countries such as Guatemala and Brazil nowadays, poverty can be regarded as the common pattern among street children. According to Amnesty International, street children are ‘especially vulnerable to abuse of their rights’, firstly because they have little access to basic rights such as health care, education and leisure, and secondly, because ‘their poverty brings them into the path of the law’.³⁷ Therefore, the reality of children who are forced to live on the streets is of vulnerability to human rights abuses such as arbitrary arrest and ill-treatment.

Police violence against street children is often related to a context of ill public security, where increasing crime rates scare society in general. As a result, it is observed a public support for violent police action in order to control crime.³⁸ It is such context that gives origin to the so called ‘death squads’, which are groups comprised of off-duty police officers whose task is to kill people that society considers undesirable, such as street children.³⁹ In reference to the case of Brazil, Amnesty International pointed out that ‘the mere fact of being on the streets, ill-clothed and ill-fed, makes such children suspected criminals in the eyes of many civil and military police officers, and therefore vulnerable to arbitrary treatment.’⁴⁰

Although it did not mention specifically the case of street children, the Amnesty International Report 2010 expressed concern with the continuous cases of police violence in both Brazil and Guatemala. In relation to Brazil, the newest Report issued by Amnesty International revealed that ‘(...) law enforcement officers continued to use excessive force and to carry out extrajudicial executions and torture with impunity (...) numerous law enforcement officials were charged with involvement in organized crime and death squads.’⁴¹ Referring

to Guatemala, Amnesty International cited the report of the UN Special *Rapporteur* on extrajudicial, summary of arbitrary executions to affirm the ‘persistence of executions of gang members of criminal suspects’. The same report denounced that ‘local organizations had found evidence of the continued involvement (...) of members of the police force in these killings’.⁴² For the last years, Human Rights Watch has also investigated Brazilian and Guatemalan cases of police violence.⁴³

3.1 Guatemala - the I/A court H.R. “Street Children” case:

The *Villagran-Morales et al. v Guatemala* case was submitted to the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R) by the Inter-American Commission on Human Rights following a petition received in September 1994. The case concerned the kidnapping, torture and murder of four youths who were known in the region as they used to live in the streets of an area called ‘Las Casetas’, in Guatemala City. The victims were aged 15-20 and were reportedly forced into a truck by four armed gunned men on the afternoon of 15 June 1990. Their bodies were later found showing signs of torture and gunshot wounds. A few days later, a 17-year-old adolescent was shot dead in the same place. According to the Inter-American Commission, the aforementioned place was ‘recognised as an area with a high delinquency and crime rate’⁴⁴, and witnesses have appointed that the murderers were members of the Fifth National Police Corps. In the domestic proceedings held in the Guatemalan Courts, the accused were acquitted for lack of evidences.

According to the petition submitted by the Commission, it was for the Inter-American Court to evaluate on the violation of articles one, four, five, seven, eight, 19 and 25 of the American Convention by the state of Guatemala. By these articles, the American Convention

36 Amnesty Int’l Campaign Journal UK. *On the streets*, Issue 94, (March/April 1999), at 5.

37 Amnesty Int’l Campaign Journal UK. *On the streets*, Issue 94, (March/April 1999), at 6.

38 Amnesty Int’l. *Guatemala: extrajudicial executions and human rights violations against street children*. London: International Secretariat, July 1990, at 1.

39 Amnesty Int’l Campaign Journal UK. *On the streets*. Issue 94, (March/April 1999), at 6.

40 Amnesty Int’l Newsletter. *Brazil: Child victims of killing and cruelty*. Vol. XX, N. 9 (Sep. 1990), at 3.

41 Amnesty Int’l Report 2010. Available at [http://therereport.am](http://therereport.amnesty.org)

[nesty.org](http://therereport.amnesty.org), last visited Aug. 3, 2010.

42 Amnesty Int’l Report 2010. Available at <http://therereport.amnesty.org>, last visited Aug. 3, 2010, at 155.

43 See: Human Rights Watch. *Brazil: Curb Police Violence in Rio, São Paulo: extrajudicial killings undermine public security*. Dec. 8, 2009, available at www.hrw.org/americas/brazil, last visited Aug. 3, 2010. Human Rights Watch. *Universal Periodic Review of Guatemala: Police abuses*, May 4, 2008, available at www.hrw.org/americas/guatemala, last visited Aug. 3, 2010.

44 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*. Preliminary Objections. Series C N. 32, 4 (Sep. 11, 1997), available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_32_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009.

codifies the states obligation to respect rights, offering protection on the rights to life, humane treatment, personal liberty, fair trial, the rights of the child and the right to judicial protection. Concerning the impunity that followed the investigation of the case, the Commission supported the view that ‘justice has been denied in the pertinent domestic procedures’.⁴⁵ Therefore, the Inter-American Court should decide upon ‘the failure of the State mechanisms to deal (appropriately) with human rights violations to the American Convention, and afford the victims’ families access to justice’.⁴⁶

In the procedures that followed before the Inter-American Court, documentary and testimonial evidences were presented. According to the mother of one of the victims, her son ‘used to consume drugs and alcohol and had been arrested on several occasions for vagrancy on the streets’.⁴⁷ During the trial, one of the witnesses, who used to be a street child, declared that she was afraid of the police because they used to threaten street children, often saying that ‘as they were good for nothing, they would be better dead’.⁴⁸ In reference to an Amnesty International Report on street children in Guatemala, published in 1990, the Court stated as proven the fact that:

In Guatemala, at the time the events occurred, there was a common pattern of illegal acts perpetrated by State security agents against “street children”; this practice included threats, arrests, cruel, inhuman and degrading treatment and homicides as a measure to counter juvenile delinquency and vagrancy.⁴⁹

When submitting the case to the Court, the Inter-American Commission stressed, in its final arguments,

the *ius cogens* nature of the right to life, maintaining that it required not only negative obligations from the state, but also the taking of positive measures to protect and preserve the right to life. The Commission then concluded that, in this particular case, the state of Guatemala had violated two aspects of the right to life. Furthermore, the impunity frequently afforded by the state agents who were responsible for these violations ‘allowed and encouraged’ this kind of violence against street children, consequently increasing their vulnerability.⁵⁰

In reference to the violation to the right to life, the Inter-American Court stated that: ‘the fundamental right to life includes, not only the right of every human being not to be deprived of his life arbitrarily, but also the right that he will not be prevented from having access to the conditions that guarantee a dignified existence’.⁵¹ Considering the violation to the right to humane treatment, the Court supported the view that the circumstances surrounding the deaths caused extreme ‘anxiety and suffering’, not only for the victims themselves, who had been objects of physical and psychological abuse, but also for their families, who had been left without information on what had actually happened.⁵² Regarding the violation to the rights of the child, the Court reported ‘the pattern of violence against street children in Guatemala at the time the facts occurred’, which lead to ‘a situation of abandonment and social exclusion’ which were contrary to the rights of the child.⁵³ Regarding the state obligations in relation to the rights of the child, the Inter-American Commission affirmed that:

It arose from the vulnerability of children and their incapacity to personally ensure the respect of their rights. It also declared that while the consequent protection responsibilities correspond to the family in principle, State measures are necessary in the case of at risk children. According to the Commission,

45 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Preliminary Objections. Series C N. 32, 4, Sep. 11, 1997, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_32_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 6.

46 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Preliminary Objections. Series C N. 32, 4, Sep. 11, 1997, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_32_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 2.

47 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010.

48 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 16.

49 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 25.

50 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 36.

51 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 37.

52 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010), at 38.

53 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran – Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010), at 44-45.

this special State obligation encompasses the protection of a wide range of social, economic, civil and political interests of the child.⁵⁴

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 the “full and 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 it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs. Second, they violate their physical, mental and moral integrity and even their lives.⁵⁵

Eventually, the Court also decided that the state of Guatemala had violated the rights to personal liberty, judicial protection and fair trial, as well as the obligation to prevent and punish torture.⁵⁶

The kidnapping and extrajudicial execution of these street children were fully denounced by the 1990 Amnesty International report on Guatemala, as well as several other cases of human rights violations committed by police against street children in this country. Amnesty International also noted the failures on the investigations of the crimes, observing that the police report of the finding of the bodies of the victims did not mention the ‘clear marks of torture (...) which were visible in the police photographs taken of them after death.’⁵⁷ This demonstrates a pattern of impunity, which is also observed in cases such as these, and Amnesty International contended that ‘failure by the authorities to identify the perpetrators and bring them to justice could serve to encourage further such abuses.’⁵⁸

54 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 45.

55 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 46.

56 I/A Court H.R. “Case of the Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July. 21, 2010, at 59.

57 Amnesty Int’l. *Guatemala: extrajudicial executions and human rights violations against street children*. London: International Secretariat, July 1990, at 24.

58 Amnesty Int’l. *Guatemala: extrajudicial executions and human rights violations against street children*. London: International Secretariat, July 1990, at 1.

3.2 The concurring opinion of judges Cançado Trindade and Abreu Burelli:

In this judgment of the Inter-American Court of Human Rights, judges Cançado Trindade and Abreu Burelli delivered a concurring opinion where they firstly visualised the situation exemplified by the case, ‘that of the suffering of the children in the streets, which affects a particularly vulnerable sector of the population of the countries of Latin America’.⁵⁹ Then the judges went further to reinstate the Court’s argument, while affirming:

The duty of the State to take positive measures is stressed precisely in relation to the protection of life of vulnerable and defenceless persons, in situation of risk, such as the children in the streets. The arbitrary deprivation of life is not limited, thus, to the illicit act of homicide; it extends itself likewise to the deprivation of the right to live with dignity.⁶⁰

Therefore, apart from basing the judgment in the conviction of the police agents of the State, stress is given to the fact that Guatemala had failed even before the murders. When stressing that ‘there are distinct ways to deprive a person arbitrarily of life’, the Inter-American judges interpreted the right to life as encompassing not only civil and political rights, but also economic, social and cultural rights, hence reaffirming the ‘interrelation and indivisibility of all human rights’.⁶¹ In relation to the case of street children in Latin America, therefore, it must be emphasised that ‘the right to existence comprises conditions of life with dignity, security and integrity of the human person’.⁶² The sad conclusion expressed in this judgment was that these rights had been constan-

59 I/A Court H.R. Case of the “Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009.

60 I/A Court H.R. Case of the “Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 1-2.

61 I/A Court H.R. Case of the “Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 2.

62 I/A Court H.R. Case of the “Street Children” *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 2.

tly denied to street children, and that this situation of exclusion and vulnerability could be observed for much time before their tragic deaths.

In the present *Villagran Morales versus Guatemala* case (...), there is the aggravating circumstance that the life of the children was already devoid of any meaning; that is, the victimized children were already deprived of creating and developing a project of life and even to seek out a meaning for their own existence (...). A person who in his childhood lives, as in so many countries of Latin America, in the humiliation of misery, without even the minimum condition of creating his project of life, experiences a state of suffering which amounts to a spiritual death; the physical death which follows to this latter, in such circumstances, is the culmination of the total destruction of the human being.⁶³

The judges went on to refer to the state of abandonment commonly faced not only by street children, but also by the members of their families, who are generally excluded from any social investment.⁶⁴

The decision of the Inter-American Court in the street children case strongly supports the view that the evolution of the International Law of Human Rights approximates considerations of juridical and moral order. According to the concurring opinion highlighted above, moral claims belong to 'an order of superior values which are the substratum of legal norms'.⁶⁵ This interpretation leads to reflexions on the 'meaning of the existence and of the destiny of each human being'⁶⁶ to the centre of the juridical debate on human rights. Hence, concepts of happiness and love achieve a paramount importance as the necessary conditions to the fully de-

velopment of every human being that the International Law of Human Rights cannot take for granted.

3.3 Brazil - the "Candelária Church" case:

In the biggest cities of Brazil, there are many places that are commonly used by street children as shelters. The large path located in front of Candelária Church, in the centre of Rio de Janeiro, was one of such places. On 23 July 1993, at the very early morning, two vehicles approximated Candelária Church, and gunned men opened fire against the children who were still asleep. Four of the children were killed instantly, many more were wounded and some of them died later on.⁶⁷ This fact is internationally known as 'Candelária massacre', and according to the Council on Hemispheric Affairs (COHA), 'it became a symbol for children's rights, not only in Brazil, but throughout the world, especially where injustice and neglect leave abandoned children to fend for themselves.'⁶⁸

By 1997, after gross international campaign from Human Rights Organisations such as Amnesty International and United Nations Children's Fund (UNICEF), nine men were brought to justice linked to the shootings, most of whom were police officers. Three officers were found guilty of participating in the atrocity, two were acquitted together with one civilian, two officers were released without being charged, and one was shot dead before going on trial.⁶⁹ The tragic event can be remembered nowadays by anyone who passes through the sidewalk in front of the church in Rio de Janeiro, where an outline of eight infant bodies was painted on the floor in memory of the victims.

This massacre gave rise to a further investigation on death squadrons in Brazil. According to the 1997 Inter-American Report, the death or extermination squads were firstly established around 1950. Composed by police officers who were off-duty or who had been expe-

63 I/A Court H.R. Case of the "Street Children" *Villagran - Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 3.

64 I/A Court H.R. Case of the "Street Children" *Villagran - Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 3.

65 I/A Court H.R. Case of the "Street Children" *Villagran - Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 3.

66 I/A Court H.R. Case of the "Street Children" *Villagran - Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009, at 3.

67 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*, Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010.

68 The Council on Hemispheric Affairs (COHA). *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*. COHA's Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

69 The Council on Hemispheric Affairs (COHA). *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*, COHA's Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

lled from the force due to their criminal activity, or by members of criminal organisations involved in illicit activities, commonly drug trafficking, the main duty of death squads is to guarantee the safety of persons living and working in a particular area. The main reason for what these officers join such groups, is the desire to increase their means of income. The Report also affirmed that in some cases, links between these criminals and local politicians have been investigated and proved as a method used to obtain votes and intimidate opponents. It was recorded that, between the years of 1991 and 1993, a number of thirty-one community leaders were executed by death squads in Rio de Janeiro. These squads usually operate with impunity, because police authorities and part of the public support their activities as a way to ‘compensate for the inefficiency of the Judiciary in combating violence’.⁷⁰ As pointed out by Leonardo Chusán, research associate for the Council on Hemispheric Affairs,

The combination of off-duty officers in search of extra income and wealthy citizens willing to pay to have their lifestyles and investments protected ultimately produces the emergence and acceptability of death squads.

The impunity in the Brazilian legal system, specifically as it affects the police force, encourages the constant violation of street children’s human rights. Death squads remain in existence because of the disenchantment with the proper functioning of the legal system.⁷¹

The same report concludes that ‘street children became the targets of these death squads because shopkeepers and wealthy citizens view them as threats to the public safety and commerce’.⁷² Statistics shown that during the year of 1992, 424 children were victims of homicide in Rio de Janeiro and that another 229 were victims of homicide during the first six months of 1993.⁷³ Victims of poverty, street children and adolescents are consid-

ered a threat to society. ‘At times they make deals with the police or with organized crime and are executed extrajudicially when these deals fail’.⁷⁴ Apparently, a failure on a drug-trade between victims and perpetrators was behind the motivation for the Candelária massacre.

The main causes of violence against street children and adolescents highlighted by the Inter-American Commission Report were: ‘the dramatic socioeconomic conditions in the peripheral areas of the large urban centres’, associated to ‘the limited role of schools in combating violence’ and the lack of assistance offered to minors who have committed crimes, which makes it difficult to rescue children and youths from the world of crime.⁷⁵ Moreover, the Report stressed the lack of adequate public security in peripheral areas, which foments the rise of death squads; the special military jurisdiction to which military officers are submitted once they commit a common crime, which collaborates to the impunity of death squads; and the poor police training, which ‘often confuses violence with force’.⁷⁶

At the time of the event in Candelária, an artist used to do social work with street children in that region. Nowadays, Ms. Yvonne Bezerra de Mello runs a non-governmental organisation in Rio de Janeiro whose main activity is to assist poor children.⁷⁷ In 1997, Ms. Bezerra de Mello was interviewed and talked about her experience working with street children in Rio. According to her, street children have the same profile in relation to family relationships: ‘they have never met their fathers and they hate their mothers, because mothers

74 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter III: Police violence and impunity*, §40, Sep. 29, 1997, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%203.htm>, last visited July 8, 2010.

75 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*, §20, Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010.

76 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*, §20, Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010. Referring to the special military jurisdiction afforded by military officers in Brazil, Leonardo Chusán observed: ‘This system has been set up so that when military police officers are tried for alleged crimes, they normally are taken before special military courts rather than civilian panels. Military courts are notoriously known to be much more lenient on the part of their officers than civilian courts.’ The Council on Hemispheric Affairs (COHA). *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*. COHA’s Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

77 See: www.projetouere.org.br.

70 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter III: Police violence and impunity*, Sep. 29, 1997, available at <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%203.htm>, last visited July 8, 2010.

71 The Council on Hemispheric Affairs (COHA). *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*, COHA’s Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

72 The Council on Hemispheric Affairs (COHA). *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*, COHA’s Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

73 IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*, Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010.

remind them of suffering and torture'.⁷⁸ The social activist goes on to explain that 'usually, when a child runs away from home, it happens in a moment when he or she achieved the limit of supporting hunger and bad-treatment'.⁷⁹ Although affirming that, 'once on the streets, boys and girls tend to behave alike on their fight for survival', Ms. Bezerra de Mello observes a gender difference concerning the reason why children go to the streets. According to her experience, 'girls run away from sexual abuse committed against them by their family members. There are also cases of girls who have been sent away from home once they got pregnant'.⁸⁰

In relation to the characteristics of communities from where these children originally come, there is also a common pattern, according to Ms. Bezerra de Mello, which is violence. These are 'extremely violent communities, totally dominated by drug-trafficking, where there are barbaric deaths everyday; no silence, since shouting is constant; poor levels of comprehension and almost no love.' Once on the streets, children become addicted to glue, because it alleviates the hunger, and often they move on to other drugs as well. Considering the fact that addiction treatments are tremendously expensive, it is unlikely that any of these children will ever get rid of drugs. Still according to Ms. Bezerra de Mello, the vast majority of street children have AIDS, and due to their state of poverty and abandon, they have no access to health services.⁸¹

Ms. Bezerra de Mello stressed the major role played by international organisations and media in bringing the Candelária's perpetrators to justice.⁸² She also revealed

that an average of 10% of street children will ever leave the streets, and admitted that the ones who remain on the streets will either die or be arrested. Finally, she emphasised the context of social injustice in Brazil, 'a country where rich and poor face accountability differently', and concluded on the reality of street children in Brazil:

The lives of street children and youths are very sad. There are no dreams or perspectives. There are no objectives, morals or codes of conduct. There is promiscuity all around. What are left are hunger, violence and hate. Hate from everyone who look at them wishing them to die, but who are incapable of doing anything to help improving their existences.⁸³

More than ten years have elapsed since this interview. The reality of street children in Brazil, however, has not changed. There is also another important point raised by Ms. Bezerra de Mello supporting the view that poverty goes beyond the question of income. The interview indicated that there are many more poor children than street children in Brazil. The fact is that not every child living in extreme poverty leaves home to live on the streets of big cities. A child runs away from home when she or he achieved a limit of suffering which is broader than only a lack of money. To comprehend the reality of street children in countries such as Brazil and Guatemala, the issue of poverty must be analysed through different perspectives. According to Baxi, poverty must be understood not only in relation to material human needs, but also in relation to non-material human needs. Human needs encompass material, psychological and political needs.⁸⁴ In homes where family relations are evolved in a context of deprivation and violence, children rarely have food, clothes and clean water, but they have absolutely no idea of what is protection and love.

78 BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997, available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.

79 BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997, available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.

80 BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997, available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.

81 BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997, available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.

82 Concerning the inefficiency of the judicial system in Brazil, Human Rights Watch acknowledged a 'notable example of the failure of Brazilian authorities to protect witnesses of police violence in the case of Wagner dos Santos.' The boy was a street child who survived the Candelária massacre. He became a key witness to the

criminal process, but was shot again by police officers while living under the protection of the state in the 'witness safe house'. Surviving to this second attack, he had to be assisted by Amnesty International to fly to another country in order to remain protected until the date of Candelária case trial. Human Rights Watch Report *Police Brutality in Urban Brazil* (1997) at §32 and 33, available at www.hrw.org/legacy/reports/1997/brazil/, last visited July 8, 2010.

83 BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997, available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.

84 BAXI, Upendra. From human rights to the right to be human: some heresies. *Ind. Int'l. Q.*, 1986.

4. DOES SOCIAL JUSTICE GO TO COURT?

At the beginning of this decade, Mary Robinson, former United Nations High Commissioner for Human Rights, emphasised the need to advance economic, social and cultural rights by facing the challenge of ‘empowering the poor’.⁸⁵ In relation to this task, and particularly referring to the Organisation Human Rights Watch, Robinson emphasised that the International Human Rights Movement would have to move beyond its traditional focus on civil and political rights to increase its commitment with economic, social and cultural rights.⁸⁶

In the last year of the decade, Amnesty International seems to respond to Robinson’s claim. In the introduction to its 2010 Report, and after considering that ‘across the globe, poverty is widening the justice gap, millions are denied health, food and housing (...)’, Amnesty International concludes that ‘massive abuse of economic, social and cultural rights is still a human rights crisis, and it too must be forced with legal commitments, not paper promises’. In relation to the legal adjudication of ESC rights, the NGO suggests that ‘the law has two faces: it can punish, but it can also protect.’⁸⁷ Part of the speech of Claudio Cordone, Amnesty International Interim Secretary General, was also focused on economic, social and cultural rights:

Justice is not only about the right not to be tortured, or to be free to express ones views without fearing reprisal; justice is also being able to go to school, to have access to clean water, and to obtain a decent health care. To reduce poverty, to ensure access to education, and proper maternal care are some of the Millennium Development Goals; these are about people’s human rights, and they must be enforced by law.⁸⁸

The foundation for establishing economic, social and cultural rights as judicially enforceable rights relies on the principle of human dignity, as Gauri and Brinks point out:

A life that achieves a full promise of human dignity requires, among other things, an escape

from premature death, the resources to withstand debilitating disease, the ability to read and write, and, in general, opportunities and freedoms unavailable in the midst of extreme poverty and deprivations.⁸⁹

Taking into consideration the reality of poverty and examining the development of social action litigation in India, Baxi observed that ‘in a context like India’s one may not take rights seriously if one is unable to take suffering seriously.’⁹⁰ The author explains that ‘social action litigation proceedings are writ proceedings for the enforcement of the fundamental rights (...) and that they compel judges and lawyers increasingly to take human suffering seriously.’⁹¹ Social action litigation was justified by Justice Bhagwati, from India’s Supreme Court with the affirmation that ‘the newly emergent social and economic rights require new kind of enforcement’,⁹² and Baxi reinforced this idea by highlighting that ‘it is really the poor, starved (...) millions who need the court’s protection for securing for themselves the enjoyment of human rights’.⁹³

In this context, Brazil shares with India not only the reality of poverty which affects part of the population, but also the crescent development of social action litigation, as Hoffmann and Bentes observed after researching the enforcement of economic and social rights by the Brazilian Judiciary. The scholars concluded that, ‘citizens have found in courts formal remedies to the inefficiencies of the health and education systems, and they have started using these remedies at a breathtaking rate’.⁹⁴ Baxi supports the view that, in India, social ac-

85 ROBINSON, Mary. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward, **Human Rights Quarterly**: 26, 872, 2004.

86 ROBINSON, Mary. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward, **Human Rights Quarterly**: 26, 872, 2004, at 869.

87 Amnesty Int’l Report (2010). Available at <http://therereport.amnesty.org>, last visited Aug. 3, 2010.

88 Amnesty Int’l Report (2010). Available at <http://therereport.amnesty.org>, last visited Aug. 3, 2010.

89 GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights. In: GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. (Eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, at 1.

90 BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, at 399.

91 BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, at 399.

92 BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, at 398.

93 BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, at 391.

94 HOFFMANN, F., and BENTES, F. Accountability for social and economic rights in Brazil. In: GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. (Eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, at 141.

tion litigation is a remedy to fight injustice and tyranny, because it compels ‘a major institution of governance to take people’s miseries seriously.’⁹⁵ The same approach can be taken in countries such as Brazil and Guatemala, where a background of deprivation and violence against the poor has dominated human rights concerns for so long.

Although assuming the justiciability of economic, social and cultural rights, some authors do not agree that claiming rights in Courts is the only or the best way of enforcement. Peter Uvin, for example, stressed that ‘the impact of human rights in the behaviour of states was never exclusively a matter of judicial enforcement (...) since it has taken place through a variety of mechanisms.’⁹⁶ On the other hand, considering realities where political institutions cannot guarantee social justice, Uvin seems to justify the supranational enforcement of social justice in developing countries by recalling the principles of the rule of law and accountability. According to Uvin, ‘accountability is precisely what distinguishes charity from claims (...) if claims exist, methods for holding those who violate claims accountable must exist as well.’⁹⁷ Therefore, in countries where political institutions uphold social injustices, the rule of law must be guaranteed by external agencies – notwithstanding being juridical or not.

In countries where the rule of law does not exist, where corruption and clientelism prevails, and where human rights are regularly violated both in high politics and low politics, it may be that only outside agencies can create, at least temporarily, the mechanisms required for the rule of law to emerge.⁹⁸

Social justice considers the principle of ‘freedom from want’ in the context of human rights.⁹⁹ The argument that particular situations can justify rights related

to social justice being claimed in courts is repeated by Gauri and Brinks, who define social and economic rights as ‘claims to change the rules that govern the production and distribution of basic economic and social goods’.¹⁰⁰ The authors defend the judicial enforcement of such rights, which represents the transformation of individual wishes into legal demands, if there are obstacles to prevent the adoption of policies able to guarantee the enjoyment of such rights. According to the scholars, ‘political blockages, monitoring deficits and incomplete commitments’¹⁰¹ can be regarded as obstacles to the enforcement of social and economic rights, which could therefore justify the role of courts on supervising their application and distribution among the population.

4.1 Taking an integrated approach to human rights:

What could be observed in the judgement of the Inter-American Court in the case of street children executed in Guatemala, and especially in the concurring opinion expressed by judges Trindade and Burelli in the same case, was an example of what has been called an ‘integrated approach to human rights’.¹⁰² Following the decisions of the European Court of Human Rights, this approach is based on the idea that the enjoyment of social rights is a necessary condition to the protection of civil and political rights.¹⁰³ Maintaining a ‘holistic human rights conception’, the integrated approach understands that social rights are as important as civil and political rights, and that the violation of the former may give rise to a breach of the latter. As a result, ‘strong judicial

95 BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, at 415.

96 UVIN, Peter. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, at 134.

97 UVIN, Peter. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, at 131.

98 UVIN, Peter. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004, at 160.

99 The common Preamble to the two International Covenants emphasises the need to guaranteeing peoples’ freedom from want, which can only be achieved by the enjoyment of economic, social and cultural rights. *International Covenant on Civil and Political Rights and First Optional Protocol (ICCPR) and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., U.N.Doc. A/RES/2200 A, Dec. 16, 1966.

100 GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights. In: GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. (Eds.) *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, at 13.

101 GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights. In: GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. (Eds.) *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, at 13.

102 MANTOUVALOU, Virginia. Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, *European Law Review*: 30(4), 573-585, 2005.

103 MANTOUVALOU, Virginia. Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, *European Law Review*: 30(4), 573-585, 2005.

protection of civil rights will be of little relevance to individuals who live in extreme poverty'.¹⁰⁴ This approach represents a method of interpretation of human rights instruments that allows a 'permeability of norms', in the words of Craig Scott.¹⁰⁵ Aiming to give effect to the doctrine of interdependence of human rights, this technique of interpretation means 'the openness of a treaty dealing with one category of human rights to having its norms used as vehicles for the direct or indirect protection of norms of another treaty dealing with a different category of human rights'.¹⁰⁶ As a consequence, failures on the implementation of social rights can be assessed through petition procedures of civil and political rights. This alternative method of adjudication demonstrates that, despite being theoretically considered equally fundamental for the individual, the two categories of rights have different kinds of monitoring machinery in International Human Rights Law.¹⁰⁷

The integrated approach to human rights has also been applied in the United Kingdom (UK). The UK Joint Committee on Human Rights expressed concern with the ICESCR on its Twenty-first Report of Session 2003-04. The UK Joint Committee acknowledged that 'the UK has accepted international treaty obligations to protect economic and social rights under the ICESCR, the European Social Charter and the Conventions of the International Labour Organisation'.¹⁰⁸ The UK Joint Committee also pointed out that, although the ICESCR has not been incorporated into domestic legislation, as had the European Convention through the Human Ri-

ghts Act, the UK has an internationally binding obligation to comply with the terms of the Covenant. Reaffirming the view that 'no clear line of demarcation can be drawn between the substance of rights classified as civil and political, and those classified as economic, social and cultural', the UK Joint Committee observed that 'some measure of protection for economic and social rights is afforded by the primarily civil and political rights guaranteed under the Human Rights Act'.¹⁰⁹

The UK Joint Committee mentioned as examples of an integrated approach that facilitates the adjudication of economic and social rights in the UK, the right to be free from inhuman and degrading treatment, which is codified in the European Convention and encompasses the ICESCR right to an adequate standard of living, as well as the rights to privacy, personal autonomy and physical integrity, which are enshrined in the European Convention and can therefore be recalled as a way to protect the right to health and to agency related to healthcare, according to the ICESCR. Furthermore, the UK Joint Committee observed that protection of property and access to education, which can be regarded as social rights, are guaranteed by the first protocol to the European Convention, and hence have been incorporated into UK law by the Human Rights Act.¹¹⁰ Therefore, economic social and cultural rights in the UK are protected primarily through legislation, but there is also a chance to bring the matter to the concern of domestic courts in connection with one of the rights protected under the Human Rights Act.

4.2 The optional protocol to the ICESCR:

The Second World Conference on Human Rights, held in Vienna in 1993, was the forum chosen by the CESCR to discuss the creation of an individual-complaints mechanism to the ICESCR.¹¹¹ As a reflection

104 MANTOUVALOU, Virginia. Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, *European Law Review*: 30(4), 573-585, 2005, at 574.

105 SCOTT, Craig. The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights. *Osgoode Hall L.J.*, 27, 771, 1989.

106 SCOTT, Craig. The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights. *Osgoode Hall L.J.*, 27, 771, 1989, at 771. According to the UN official policy for human rights, and consistent with the view adopted by the World Conference on Human Rights in 1993, in Vienna, all human rights are indivisible, interdependent and interrelated. UNHCHR. *What are human rights?* Available at: www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx, last visited May 14, 2010.

107 MANTOUVALOU, Virginia. Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, *European Law Review*: 30(4), 573-585, 2005, at 573.

108 *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Joint Committee on Human Rights 21st Report of Sess. 2003-2004, Nov. 2, 2004, available at: www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/183/18305.htm, last visited July 8, 2010.

109 *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Joint Committee on Human Rights 21st Report of Sess. 2003-2004, Nov. 2, 2004, available at: www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/183/18305.htm, last visited July 8, 2010, at 11.

110 *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Joint Committee on Human Rights 21st Report of Sess. 2003-2004, Nov. 2, 2004, available at: www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/183/18305.htm, last visited July 8, 2010, at 11-12.

111 DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water,

of the historical differences between the two sets of rights since the Cold war, what was noticed during the debates was that States which had been part of the Soviet bloc insisted that States were bound to guarantee economic, social and cultural rights to its citizens, while western delegations maintained that judicial implementation of these rights 'was both inappropriate and impracticable.'¹¹² Among the delegations favouring the adoption of a new protocol, the need to empower economic and social rights adjudication as a way to reaffirm their equal status in relation to civil and political rights was the main argument raised. By contrast, the claim that the rights enshrined in the ICESCR were vague and therefore unenforceable by law, as well as difficulties related to the allocation of resources and national disparities in economic development, were the major problems that would prevent the adoption of an optional protocol to the ICESCR, according to the delegations opposing it.¹¹³

Scholars who do not agree with the creation of an individual complaints procedure for the ICESCR tend to focus on the differences between the two sets of rights, arguing that such differences explain the fact that economic, social and cultural rights cannot have the same kind of supervisory mechanism as civil and political rights. Dennis and Stewart, for example, do not believe that 'a legally binding adjudicative mechanism would lead to a greater compliance by states with the ICESCR obligations'.¹¹⁴ By stressing the practical difficulties related to time and resources required to implement economic, social and cultural rights, the authors defend that, when it comes to the promotion of the ICESCR in their territories, states should enjoy a

margin of appreciation, which is an area of discretion allowed to states often justified on the need to respect their sovereignty.¹¹⁵ On the other hand, part of the doctrine sees the lack of a judicial remedy for a violation of economic, social and cultural rights, as one of the principal weaknesses in the International Human Rights Regime.¹¹⁶ Alston strongly supports the view that the development of an international jurisprudence will help to clarify the ICESCR provisions related to the rights of education, health care, food and housing, by such way facilitating the application of the Covenant by domestic courts. According to Alston, there are advantages of a complaints procedure that make it more adequate than a reporting one, such as the fact that it creates public awareness on social justice issues by both, generating media attention and increasing the political concern of governments. Moreover, the focus on a particular case might persuade governments to guarantee the availability of local remedies to enforce economic and social rights.¹¹⁷

On 10 December 2008, the UN General Assembly (GA) unanimously adopted an Optional Protocol to the ICESCR, which was opened for signature in 2009. The protocol provides the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) competence to receive and consider individual communications. Article 2 of the Protocol states that 'communications may be submitted

Housing and Health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515, 2004.

112 DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515, 2004, at 479.

113 DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515, 2004, at 472-473.

114 DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515, 2004, at 466.

115 DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? *American Journal of International Law*, 98, 462-515, 2004, at 467. Explaining the use of the doctrine of the margin of appreciation in the international supervision of human rights, see CORRÊA, P.M., *The Sovereignty of States in the Inter-American System for the Protection of Human Rights* [A Soberania dos Estados no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. 122p. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Porto Alegre: UFRGS, 2010, available at <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/26912>].

116 ALSTON, Philip. No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant. In ASBJORN Eide & JAN Helgesen (Eds.) *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years Since the Four Freedoms Address: Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Oslo: Norwegian University Press, 1991, at 79-100.

117 ALSTON, Philip. No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant. In ASBJORN Eide & JAN Helgesen (Eds.) *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years Since the Four Freedoms Address: Essays in Honour of Torkel Opsahl*, Oslo: Norwegian University Press, 1991, 79-100, at 92.

by or on behalf of individuals or groups claiming to be the victims of a violation of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by the State Party.¹¹⁸ Article 6(2) allows six months to the State Party to submit to the CESCR written explanations on the matter and the remedy provided, while article 8(3) asserts that on the examination of communications, the CESCR might consult documentations elaborated from other bodies, including regional human rights systems. Article 9 regulates on the recommendations made by the CESCR as well as on the information on measures taken by the State Party, and article 11 highlights the procedures following information of grave or systematic violations by a State Party of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant. Article 13 asserts that States parties must guarantee that protective measures are afforded to individuals who exercise the right to communication in the light of the Protocol, whereas the possibility of international assistance and cooperation to implement the Covenant rights is stated in article 14. The State obligation to disseminate information about the Covenant, its Protocol and the recommendations made by the CESCR is codified in article 16.¹¹⁹

The Optional Protocol to the ICESCR entered into force on 5 May 2013, with 43 signatures and 10 ratifications. Guatemala signed the Protocol on 24 September 2009, and Brazil has not signed it yet.¹²⁰

4.3 The chain of poverty and violence:

From a sociological point of view, the human capacity to love derives particularly from the relationship between mother and child.¹²¹ Not surprisingly, specialists indicate the links between the family background of street children and their own inability to feel compassion. In the words of Turner,

Young children who are brought up in violent and traumatic circumstances will themselves be unable to recognize the plight of others, and hence their capacity for sympathy will be obscured and weakened (...).

118 *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. G.A.Res. 63.117, U.N.GAOR, 63rd Sess. U.N.Doc. A/RES/63/117, Dec. 10, 2008.

119 *Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. G.A.Res. 63.117, U.N.GAOR, 63rd Sess. U.N.Doc. A/RES/63/117, Dec. 10, 2008.

120 United Nations Treaty Collection Database. Available at <http://treaties.un.org>, last visited Sept. 4, 2013.

121 FROMM, Erich. *The Art of Loving*. London: Thorsons, 1957.

The entry of young children and teenagers into civil conflict and crime is a function of the structural impetus behind new wars – namely, high unemployment and the exclusion of uneducated and unskilled young people from the peace economy. Marginalized youth groups are not subject to the discipline of work, nor do they have any access to the world of consumption. They cannot form stable relationships that might result in normal family life, work and reproduction. In this sense, they are not citizens but underclass or surplus population.¹²²

Regarding the Candelária massacre, not all of the children who were sleeping in front of the church were killed that night. Some of them survived. In 2000, in an event immortalized in the cinema by the film ‘Bus 174’, an armed young man had hostage a bus in Rio de Janeiro, threatening to shoot the passengers who remained as hostages for many hours. The police killed one of the hostages by mistake, as well as the hijacker. The perpetrator of the kidnapping was Sandro do Nascimento, one of the children who had survived the Candelária massacre in 1993. The film not only describes the background of violence and abandonment common in the lives of street children, but also reports the fact that the suffering of such children is ignored and they are often stigmatised by society as undesirable criminals. Becoming ‘invisible kids’, in the words of the documentary, these children are ‘starved of social existence and of recognition’, and the violence generated by them must be understood as ‘a cry for help’.¹²³ The inevitable relationship between deprivation and crime is thus demonstrated. So is the correlation between the rights protected by the two International Covenants of rights. According to the documentary, the phenomenon of ‘social invisibility represents our incapacity to deal with dramas such as social exclusion’.¹²⁴

Awareness of social problems does not necessarily lead to action on it.¹²⁵ In the same way, the recognition of economic, social and cultural rights as fundamental human rights that must be provided by the State to every human being does not necessarily lead to compliance

122 TURNER, Bryant. *Vulnerability and Human Rights: essays on human rights*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006, at 40-42.

123 *Bus 174* (film): Brazil (2002), produced by Zazen Produções and written by José Padilha, language: Portuguese: 150 min.

124 *Bus 174* (film): Brazil (2002), produced by Zazen Produções and written by José Padilha, language: Portuguese: 150 min.

125 COHEN, Stanley, and SEU, Bruna. Knowing enough not to feel too much: emotional thinking about human rights appeals. In BRADLEY, M.P., PETRO, P. *Truth Claims: Representation and Human Rights*. London: Rutgers University Press, 2008, 187-204.

with the ICESCR. Nor will an individual complaints procedure upon the CESCR automatically change the miseries of millions of children who live in the streets of Brazil or Guatemala. However, in the field of human rights, where consensus and improvement are so difficult to achieve, the Optional Protocol to the ICESCR should be understood as an international attempt to discuss and enforce social justice, which shall not be disregarded.

5. CONCLUSION

This study has sought to explore the relation between poverty and violence by examining the debates of poverty as a violation of human rights and the possibilities of enforcement of economic, social and cultural rights. Based on a multi-dimensional definition of poverty, the indivisibility and interrelation of human rights has been exemplified through the case of street children in Guatemala and Brazil. Children who live on the streets lack all basic rights necessary to live in dignity as a human being. As a result, they not only tend to develop a violent behaviour against the society that excludes them, but they also become extremely vulnerable to violence committed by police authorities.

Social exclusion happens when society insists on denying the existence of real (but unpleasant) facts. Street children and their world of poverty and violence are realities that people tend to either ignore - pretending that they do not exist - or to exterminate, as it has been exemplified in the action of death squadrons. In short, to live without the right to exist is the very tragedy of street children. The enforcement of economic, social and cultural rights arises as a possibility to promote protection and empowerment to these little ones, providing them with opportunities to fight for themselves in the future – because is solely in the future that they are supposed to do so.

As it has been demonstrated by the two cases of extrajudicial execution of street children analysed, social justice must be promoted in order to guarantee protection of civil and political rights. Consequently, the rights set forth in the ICESCR must achieve a better level of compliance by States, which demands the development of international mechanisms of supervision and enforcement. By discussing the integrated approach to human rights and paying particular attention to the su-

ffering of poor and abandoned children, I agree with Philip Alston and others to support the view that the Optional Protocol to the ICESCR must be welcomed by the international community as a valuable attempt to fight poverty and enhance supranational mechanisms of state accountability.

REFERENCES

- ALSTON, Philip. No Right to Complain About Being Poor: The Need for an Optional Protocol to the Economic Rights Covenant. In ASBJORN Eide & JAN Helgesen (Eds.) *The Future of Human Rights Protection in a Changing World: Fifty Years Since the Four Freedoms Address: Essays in Honour of Torkel Opsahl*. Oslo: Norwegian University Press, 1991, 79-100.
- Amnesty Int'l Campaign Journal UK. *On the streets*, Issue 94, March/April 1999.
- Amnesty Int'l Newsletter. *Brazil: Child victims of killing and cruelty*, Vol. XX, N. 9, Sep. 1990.
- Amnesty Int'l Newsletter. *Guatemala: children abused by police*, Vol. XX, N. 8, Aug. 1990.
- Amnesty Int'l Report 2010. Available at <http://therereport.amnesty.org>, last visited Aug. 3, 2010.
- Amnesty Int'l. *Guatemala: extrajudicial executions and human rights violations against street children*. London: International Secretariat, July 1990.
- BAXI, Upendra. Taking Suffering Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India. In: BAXI, Upendra. *Law and Poverty*. Bombay: Tripathi, 1988, 399.
- BAXI, Upendra. From human rights to the right to be human: some heresies. *Ind. Int'l. Q.*, 187, 1986.
- BEZERRA DE MELLO, Yvonne. Interviewed by Joaquim Pinto and Nuno Leonel, Sep. 3, 1997 available at www.youtube.com/watch?v=N8X2rNh90bw, [original in Portuguese, translated by the author], last visited Aug. 1, 2010.
- Bus 174* (film): Brazil (2002), produced by Zazen Produções and written by José Padilha, language: Portuguese: 150 min.
- CESCR. *Statement on Poverty and the ICESCR*. 25th sess., at 1, U.N. Doc. E/C.12/2001/10, 2001.

- CESCR. *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*. 24th Sess., U.N. Doc. E/C.12/2000/13, 2010.
- COHEN, Stanley. Seu, Bruna. Knowing enough not to feel too much: emotional thinking about human rights appeals. In BRADLEY, M.P., PETRO, P. *Truth Claims: Representation and Human Rights*. London: Rutgers University Press, 2008, 187-204.
- DENNIS, M. J and STEWART, D. P. Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health? **American Journal of International Law**, 98, 462-515, 2004.
- FROMM, Erich. *The Art of Loving*. London: Thorsons, 1957.
- GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights. In: GAURI, Varun and BRINKS, Daniel. M. (Eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Human Rights Watch. *Brazil: Curb Police Violence in Rio, São Paulo: extrajudicial killings undermine public security*, (Dec. 8, 2009), available at www.hrw.org/americas/brazil, last visited Aug. 3, 2010.
- Human Rights Watch. *Universal Periodic Review of Guatemala: Police abuses*, May 4, 2008, available at www.hrw.org/americas/guatemala, last visited Aug. 3, 2010.
- I/A Court H.R. "Case of the Street Children" *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Preliminary Objections. Series C N. 32, 4, Sep. 11, 1997, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/series_32_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009.
- I/A Court H.R. "Case of the Street Children" *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Merits, Series C N.63, 13 (Nov. 19, 1999) available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_ing.pdf, last visited July 21, 2010.
- I/A Court H.R. Case of the "Street Children" *Villagran –Morales and others v Guatemala*, Concurring Opinion of Judges Cançado Trindade and Abreu Burelli, Series C N. 63, 1, Nov. 19, 1999, available at www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_ing.doc, last visited Nov. 14, 2009.
- IACHR. *Report on the situation of Human Rights in Brazil. Chapter V: Violence against minors*, Sep. 29, 1997, available at: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/brazil-eng/chaper%205%20.htm>, last visited July 8, 2010.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Joint Committee on Human Rights 21st Report of Sess. 2003-2004, Nov. 2, 2004, available at: www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtrights/183/18305.htm, last visited July 8, 2010.
- LADERCHI, Caterina Ruggeri, SAITH, Ruhi and STEWART, Frances. Does it Matter that we do not Agree on the Definition of Poverty? A Comparison of Four Approaches. **Oxford Development Studies**, 31:3, 243, 2003.
- Limburg Principles on the Implementation of the ICE-SCR. **Human Rights Quarterly**, 9, 122-135, 1987.
- MANTOUVALOU, Virginia. Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania, **European Law Review**: 30(4), 573-585, 2005.
- Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. G.A.Res. 63.117, U.N.GAOR, 63rd Sess., U.N.Doc. A/RES/63/117, Dec. 10, 2008.
- ROBINSON, Mary. Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward. **Human Rights Quarterly**: 26, 872, 2004.
- SCOTT, Craig. The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights. **Osgoode Hall L.J.**, 27, 771, 1989.
- SEN, Amartya. *Development as Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- STEINER, Henry, ALSTON, Philip and GODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- The Cocoyoc Declaration. **International Organization**. Vol. 29, n. 3, 893. International Responses to Technology, University of Wisconsin Press, summer 1975, available at <http://websie.eclac.cl/mmp/doc/Cocoyocdeclaration1974.pdf>.
- The Council on Hemispheric Affairs (COHA), *16 Years After Candelária Massacre Impunity and Death Squads Still Roam Brazil Streets*, COHA's Research Associate Leonardo Faria Chusán, July 24, 2009, available at www.coha.org, last visited July 8, 2010.

- TURNER, Bryant. *Vulnerability and Human Rights: essays on human rights*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006.
- UNHCHR. *Claiming the Millenium Development Goals: A Human Rights Approach*, 2008.
- UNHCHR. *What are human rights?* Available at: www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx, last visited May 14, 2010.
- United Nations Treaty Collection Database. Available at <http://treaties.un.org>, last visited Sept. 4, 2013.
- UVIN, Peter. *Human Rights and Development*. Bloomfield: Kumarian Press, Inc., 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A Lei n. 11.340/06 e suas
repercussões no contrato
individual de trabalho**

**The 11.340/06 Act and its
implications for the individual
labor contract**

Humberto Lima de Lucena Filho

Waldeny Pereira Filho

A lei n. 11.340/06 e suas repercussões no contrato individual de trabalho

The 11.340/06 act and its implications for the individual labor contract*

Humberto Lima de Lucena Filho**

Waldeny Pereira Filho***

RESUMO

A Lei n. 11.340/06 que assegura à vítima de violência doméstica e familiar a manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses está incompleta. Pretende-se demonstrar a ineficácia social desta norma na seara trabalhista e fornecer os meios para a sua efetividade. Para tanto, apresentar-se-á o processo de integração das normas jurídicas como elemento de concretização dos fins desejados pelo legislador. A pesquisa empregará o método lógico-dedutivo, com levantamento bibliográfico da doutrina, legislação e jurisprudência. Conclui-se que o dispositivo solicita regulamentação para a efetividade do direito, embora a sentença normativa assegure o benefício, mas restrinja a concessão ao universo feminino.

Palavras-chave: Lei n. 11.340/06. Contrato de Trabalho. Afastamento.

ABSTRACT

The 11.340/06 Act, that ensures the maintenance of employment for six months to victims of domestic violence, is incomplete. The current paper intends to demonstrate the ineffectiveness of this social norm in labor law and provide the means for its effectiveness. To do so, it will be presented the process of integration of legal rules as part of achieving the desired ends by the legislature. The research will employ the logical-deductive method, with bibliographic doctrine, legislation and jurisprudence. It concludes that the device requests regulations for the effectiveness of law, although the normative sentence ensures the benefit, but restrict the granting to the feminine.

Keywords: 11.340/06 Act. Labor Contract. Leaving.

* Recebido em 15/06/2013
Aprovado em 20/10/2013

** O primeiro autor é doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB) e Professor do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN).

*** O segundo é acadêmico desta mesma instituição. Emails: betolucena@yahoo.com.br e thalan@ig.com.br.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.340/06, de forma genérica, estabeleceu uma pluralidade de direitos para as mulheres, criando uma estrutura de regras de prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, em decorrência da regulamentação do preceito constitucional do § 8º do Art. 226, da Constituição Federal. O dispositivo referido assegura a assistência à família na pessoa

de cada um dos que a integram, instituindo providências para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O regulamento em exame possui natureza híbrida, por instituir dispositivos de natureza penal e processual, com repercussões jurídicas para o contrato individual do trabalho, uma vez que o preceito do inciso II, do § 2º, do Art. 9º, da Lei n. 11.340/06 estabelece que o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

No momento em que a lei não disciplina a concessão do benefício, origina-se um conflito no campo jurídico, porque o enunciado é omissivo quanto aos efeitos patrimoniais decorrentes desse afastamento judicial, seja de caráter pecuniário ou previdenciário. Contudo, diante dessa limitação instituída pelo legislador ordinário, que se expressou por meio de conceitos jurídicos indeterminados, percebe-se que existe uma lacuna na lei, necessitando, para tanto, da aplicação do processo de integração das normas jurídicas. Nesse critério, a temática tem relevância no contexto jurídico e social, à medida que se propõe apontar os caminhos alternativos para corrigir essa supressão.

Nessa perspectiva, a exposição da cláusula selecionada terá por objeto a efetividade do direito adquirido, o qual se mostra, na conjuntura atual, genérica e distante da realidade do seu tempo, fundado na justiça social e na dignidade da pessoa humana. A violência doméstica e familiar deve ser compreendida como um problema de saúde pública e, neste aspecto, necessita de uma proposição aceitável para desfazer as dúvidas e sanar as incoerências apresentadas na norma, com a possibilidade de aplicação de um entendimento racional para o desenvolvimento de políticas públicas.

A partir dessa reflexão, nota-se que o preceito necessita de regulamentação legislativa para adequar os ditames da lei às necessidades reais de proteção aos direitos sociais da obreira. Com a omissão literal, cria-se um vício material, haja vista o dispositivo não estabelecer qualquer menção que assegure a justa remuneração do afastamento temporário, nem tampouco acrescer, para todos os efeitos, a contagem de tempo de serviço e a incidência pecuniária na projeção do pagamento do 13º salário e seus reflexos majorados ao depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e da contribuição previdenciária.

À luz dessa premissa, constata-se que existe um problema desprovido de solução jurídica operante, visto que não se sabe a quem incidirão os encargos dessa remuneração e suas repercussões previdenciárias, haja vista a Lei não tutelar os direitos assegurados à trabalhadora, por evidente ausência de efetividade na seara trabalhista, em virtude de regulamentação dos seus dispositivos. Seguramente, os fins almejados pelo legislador ordinário não satisfazem as necessidades sociais das mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar, ou seja, a Lei não se harmoniza com os fins sociais a que se destina.

Em vista disso, a implementação das medidas protetoras estimula o debate, além de contribuir para inovar o Direito. Na seara do Direito do Trabalho, a aplicação da Lei n. 11.340/06 não produz a efetividade desejada, possibilitando alcançar um leque amplo de discussões. Essa convicção é oportuna, em decorrência da pequena incidência de demanda na prestação jurisdicional das Varas do Trabalho. Nada obstante, o polêmico relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Progresso das Mulheres no Mundo exalta a Lei Maria da Penha como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres.¹

Em termos jurisprudenciais, a interpretação do dispositivo pelos colegiados dos Tribunais Regionais do Trabalho do estado de São Paulo vem produzindo efetividade relativa entre as partes da relação contratual, sob o manto do princípio da interpretação mais benéfica ao trabalhador. Eventualmente, seus julgados asseguram o direito e concedem o afastamento da mulher, vítima de violência doméstica e familiar. Porém, restringem a concessão do benefício ao universo do gênero feminino, visto que suas decisões abrangem apenas a coletividade daquela categoria laboral, representada no dissídio coletivo, tendo em vista a eficácia vinculante da sentença normativa da Justiça do Trabalho.

A doutrina laboral é divergente, encontra-se em desarmonia com a interpretação do referido afastamento judicial, não existe consenso doutrinário, pois a matéria é estranha à seara trabalhista. No momento, duas correntes defendem suas teses: uma, de forma majoritária, intercede pela possibilidade de ser aplicado o instituto da suspensão;

1 FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (UNIFEM). *Relatório do Progresso das Mulheres do Mundo 2008/2009*. Disponível em: < <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf> />. Acesso em: 11 jan. 2013.

a outra, o da interrupção do contrato de trabalho. Ambas, separadamente, possuem natureza jurídica peculiar, ocasionando implicações patrimoniais distintas, tanto para a obreira quanto para o empregador, o que provoca controvérsias para os envolvidos na relação trabalhista.

A pesquisa se socorre do método lógico-dedutivo, o qual permitirá distinguir um panorama das contradições perceptíveis do texto da lei. Para isso, recorre-se ao levantamento bibliográfico da literatura jurídica, além das decisões jurisprudenciais, e, de forma repetitiva, concentra-se na análise sistêmica comparativa, entre a literalidade dos enunciados das regras de assistência à mulher, insculpidas no inciso II, do § 2º, do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06, com os princípios constitucionais e trabalhistas de proteção ao labor.

Para alcançar os resultados pretendidos, o estudo concatena-se na seguinte ordem: inicialmente, desenvolve-se uma exposição abreviada da lei e suas repercussões trabalhistas. Em seguida, concentra-se a atenção na problemática proposta na pesquisa, aplicando-se o processo de integração das normas jurídicas, com a indicação das soluções sustentáveis, na perspectiva da efetividade do Direito. Nesse linear, parte-se da premissa de um raciocínio interpretativo, para se buscar o real alcance e conteúdo inscrito na norma jurídica. Por último, aprecia-se a efetividade do dispositivo proferido na sentença normativa da Justiça do Trabalho, fechando o trabalho com as ponderações finais.

2. LEI N. 11.340/06: HISTÓRICO E FUNDAMENTOS

É preciso reconhecer os notórios méritos do ativismo social, representado pelos movimentos sociais feministas, sob liderança de Maria da Penha Maia Fernandes, no sentido de prover politicamente a promulgação da Lei n. 11.340/06. Por outro lado, outros fatores igualmente relevantes sucederam no panorama internacional, os quais colaboraram de forma decisiva para a implementação da lei Maria da Penha, que impôs ao Poder Público levar à prática uma série de políticas de prevenção e ações de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir de então, a ação estatal ostenta uma nova configuração, tendo o Estado um novo papel de garantidor dos direitos das mulheres. Essa violência se traduz em uma violação aos direitos humanos, podendo ocorrer no âmbito da unidade doméstica, abran-

gendo pessoas até mesmo esporadicamente agregadas.²

Certamente, o aperfeiçoamento legislativo ganhou repercussão no âmbito interno, após a publicação do Relatório n. 45/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em abril de 2001, quando o Estado brasileiro se viu compelido, perante a Comunidade Internacional, a intensificar um processo de reforma, proferido por meio das recomendações desse organismo internacional. Naquela ocasião, a CIDH aceitou a denúncia contra a República Federativa do Brasil, por violar os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em decorrência da dilação injustificada e tramitação negligente, praticadas durante os procedimentos de julgamento e punição do crime perpetrado contra a farmacêutica Maria da Penha.

O fundamento da condenação baseou-se em fatos que constituem violação do Estado brasileiro aos Direitos Humanos. Pela primeira vez um caso de violência doméstica levou à condenação de um país no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, com profundas repercussões internas no âmbito econômico, político e jurídico. Ao lado da criação de normas, também gerou uma indenização pela omissão do estado membro, em face da violação dos direitos sofridos.³

Em verdade, a problemática acerca da violência contra a mulher tem sido reconhecida por entidades ligadas aos direitos humanos e organismos internacionais, como, por exemplo, a Organização Mundial da Saúde e Organização Pan-Americana da Saúde, como problema de saúde pública.⁴ No aspecto internacional, essa Lei representa uma grande conquista para as mulheres brasileiras pela coexistência de dois aspectos formais: ela incorporou um avanço legislativo internacional e encampa o critério mais relevante para o direito, que foi a concretização do principal instrumento legal de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil. Em 2008, a Organização das Nações Unidas considerou a Lei como uma das três melhores legislações do mundo na área da violência contra a mulher.⁵

2 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 922.

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.339.

4 OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. Atendimento às mulheres vítimas de violência sexual: um estudo qualitativo. *Revista Saúde Pública*, vol.39, n.3, p.376-382, 2005, p.377. Disponível em: <<http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 29 dez. 2012.

5 FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (UNIFEM). *Relatório do Progresso das Mul-*

Mesmo com o inquestionável reconhecimento da ONU da eficácia social da norma para o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres, subsistem outros posicionamentos mais prudentes. A efetivação da Lei n. 11.340/2006 e a correta aplicação dos seus dispositivos estão incompletas, carecem da atuação conjunta entre as diversas áreas dos três poderes, o executivo, legislativo e judiciário, para que venham a concretizar a efetividade social da norma.⁶ Nessa perspectiva, o que interessa aqui é compreender as razões, registrar as divergências e, conseqüentemente, apontar soluções para a resolução do problema controverso, conforme exposição infra.

3. REPERCUSSÕES TRABALHISTAS DA LEI N. 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006

Na seara do Direito do Trabalho, a ideia central do tema em discussão tem conexão com a assistência à mulher trabalhadora, tendo em vista não ser possível a aplicação imediata dos dispositivos da Lei de quaisquer dos benefícios pecuniários ou previdenciários, até agora não plenamente reconhecidos, por falta de previsão legislativa. As proposições apresentadas sugerem a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e também da proteção do princípio da manutenção da continuidade da relação de emprego. Esses axiomas norteiam toda a relação laboral, ambos os postulados estão implicitamente presentes na literalidade dos preceitos do § 2º e inciso II, ambos do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06.⁷

De acordo com os enunciados, percebe-se que a vontade do legislador ordinário é de resguardar o caráter protetor das obreiras, garantindo o direito ao afastamento

judicial e a manutenção do vínculo trabalhista. Entretanto, não está consignado qualquer tipo de assistência que permita à mulher suportar as despesas pessoais e garantir o sustento da família. Essa omissão literal, além de admitir interpretações divergentes do operador do direito, também transmite incertezas para os envolvidos na relação trabalhista. As normas acima mencionadas mostram que as características do Art. 9º são normas de Assistência Social, por conseguinte, necessitam de regulamentação pelo Poder Público.⁸

Nesse sentido, convém apontar que há uma discrepância em relação à finalidade instituída na norma jurídica e à literalidade da cláusula em comento, ante a inexistência de regulamentação. Vale dizer, existe um impedimento legal para que a mulher exerça com segurança e de plano o exercício dos seus direitos tutelados, pela inércia legislativa, provimento condicionado à iniciativa do Poder Público, muito embora “o silêncio da lei não tem necessária força normativa excludente, por ser próprio ao sistema jurídico e à ordem constitucional a integração das normas jurídicas”.⁹

Com rigor técnico, considerando os fins sociais a que a lei se destina, conclui-se que os dispositivos, ora em vista, foram redigidos de forma ambígua, porque não têm aplicação imediata, por ausência da regulamentação. Assim, o exercício do direito para as mulheres está comprometido e condicionado ao processo de integração do direito para produzir efetividade da norma ao caso concreto. Embora a Lei seja excelente em outros termos, peca na proteção trabalhista que tentou introduzir. A partir disso, percebe-se que o dispositivo nada introduziu no Direito do Trabalho.¹⁰

No tocante aos efeitos jurídicos para o contrato individual de trabalho, pela apreciação do enunciado no preceito, chega-se à conclusão de que a ausência de obrigação patronal no período de afastamento traz a lume o instituto da suspensão do contrato de trabalho. Esse possui natureza jurídica diversa do instituto da interrupção do contrato de trabalho. Ambos acarretam repercussões patrimoniais, sociais e previdenciários diferentes para os envolvidos na relação jurídica contratual, conforme se demonstrará.

heres do Mundo 2008/2009. Disponível em: < <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf> />. Acesso em: 11 jan. 2013.

6 OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. *Lei Maria da Penha*: mulheres ganharam direito e proteção. Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, em comemoração aos seis anos da Lei Maria da Penha. 2012, p.7-8. Disponível em: > <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2012/lei-maria-da-penha-edicao-2012>. >. Acesso em: 30 dez. 2012.

7 Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica.

II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.363.

9 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1097.

10 VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2009, p.280.

Os artigos 471 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/43) enumeram algumas possibilidades de aplicação do instituto da suspensão e interrupção do contrato de trabalho, das quais, todavia, não consta o afastamento da mulher em decorrência de violência doméstica e familiar. Por razões óbvias se questiona: qual o instituto adequado para se buscar no caso concreto a tutela assistencial da mulher em situação de violência doméstica e familiar? É certo que o critério adotado pela lei traz uma hipótese contravertida de afastamento judicial, com forte tendência ao enquadramento do instituto da interrupção do contrato de trabalho.

No entanto, não é unânime a doutrina quanto a essa possibilidade. Desse modo, como a lei não determinou o pagamento dos salários do período, configura-se hipótese de suspensão do contrato de trabalho o disposto no Art. 9º § 2º, II da Lei n. 11.340/06.¹¹ Portanto, o raciocínio levado a efeito não é hipótese de interrupção, pois não determina o pagamento de salários ou qualquer outra vantagem para o trabalhador. Conclui-se que não haverá o compromisso de pagar salários, logo, esse afastamento judicial da obreira caracteriza-se como período de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.¹²

Em uma interpretação moderna, pautada no bem comum e na justiça social, com vista à obtenção dos resultados desejados pelo legislador ordinário, esse afastamento do trabalho assegurado pelo Art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006, à trabalhadora ameaçada no plano doméstico ou de sua família somente cumpre seus objetivos fundamentais caso seja enquadrado como interrupção da prestação de serviços, ao invés de mera suspensão contratual, garantindo a percepção dos direitos trabalhistas à empregada sob tutela pública e social.¹³

Como se observa, os preceitos pesquisados não apresentam uma distinção precisa dos institutos jurídicos a serem aplicados ao caso concreto, controversia que ainda suscita reflexão da melhor doutrina. A complexidade do tema na ordem jurídica abre outras possibilidades de soluções e, por coerente, é importante registrar as diferenças e semelhanças existentes entre os

referidos preceitos legais, em razão das consequências jurídicas para os envolvidos na relação trabalhista, visto que a ambiguidade cria uma relação de incerteza e submissão para os litigantes.

A diversidade nitidamente apresentada entre os dois institutos específicos do Direito do Trabalho poderia suscitar insegurança jurídica. Talvez porque a nossa lei apresenta dupla terminologia, suspensão e interrupção, sem caráter substancial porque diz respeito unicamente aos efeitos e não ao conceito, estes dois institutos oferecem um pressuposto comum; paralisação do trabalho, sendo diferentes os efeitos que a paralisação produzirá, de maneira especial quanto aos salários. Portanto, haverá interrupção quando devidos os salários e suspensão quando não devidos.¹⁴

A propósito, a solução das contradições existentes na legislação prescreve o aprimoramento do dispositivo, por meio da regulamentação legislativa, na perspectiva do melhor interesse para os envolvidos na relação laboral, hipótese que resolverá o problema em definitivo, possibilitando, de plano, o legítimo e efetivo exercício do direito para as mulheres. Diante dessa situação contraditória, surgem aqui razões basilares que maculam a própria finalidade da lei que é a de assegurar a manutenção cautelar do vínculo trabalhista.

Nesses termos, o primado da regulamentação proporcionará segurança jurídica para as vítimas de violência doméstica e familiar, pondo fim àquele estado de incerteza, criando um parâmetro inequívoco no texto normativo, em conformidade com o que determina inciso II, do Art. 5º, da Constituição Federal. Partindo dessa premissa, a relevância do tema prescreve ao legislador previdenciário que formalize, com presteza e urgência, o aperfeiçoamento da Lei n. 8.213/91 de maneira a conferir pronta efetividade aos objetivos tutelares da Lei n. 11.340/06 no campo do Direito do Trabalho.¹⁵

A partir dessas considerações, pode deduzir-se que a regulamentação da Lei n. 11.340/06 suscita uma reflexão com padrões técnicos e jurídicos, que demanda tempo e vontade política do Poder Público. A questão é contestável, no entanto, cabe à doutrina empregar sua perspicácia no sentido de encontrar as soluções alterna-

11 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p.1018.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.364.

13 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1097.

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1109.

15 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.1097.

tivas diante do caso concreto, na perspectiva da prestação jurisdicional para a concretude do direito adquirido. Isto ocorrerá quando a obreira buscar socorro na lei, que parece ter feito o mínimo no aspecto trabalhista, carecendo de regulamentação extensiva de seus efeitos, de modo a garantir a eficácia que se pretende.¹⁶

Partindo desse raciocínio, observar-se-á que a situação atual apresenta-se, sob vários aspectos, vulnerável à trabalhadora na sua condição de vítima de violência doméstica e familiar, seja pela má interpretação, aplicação, ou, até, pela inobservância da própria Lei em comentário, o que, indiretamente, afronta a Constituição da República. Em vista disso, sugere-se a intervenção do Poder Público para inovar o Direito, consubstanciada na implementação de políticas públicas. Isso porque a lei é imperativa, uma vez que contém uma intenção jurídico-normativo vinculante que deve ser buscada para sua realização.¹⁷

Embora seja a mulher merecedora de proteção especial do Estado, sobretudo consubstanciado na estrutura orgânica da República, por meio da secretaria de políticas exclusivas para o universo feminino. Nem por isso, a Lei n. 11.340/06 assegura efetividade desse direito. Neste particular, os direitos assegurados à mulher devem ser a grande preocupação das autoridades públicas e dos particulares para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Decerto, a promoção de políticas públicas específicas para o público feminino é um instrumento de mudança cultural preponderante para a materialização da igualdade substantiva.¹⁸

Ante o aparente conflito de interpretação do preceito em epígrafe, a jurisprudência trabalhista foi chamada a se manifestar. Paradoxalmente, a problemática na concepção de Delgado¹⁹ carece de experimentação jurídica e processual, o que impede o tema de produzir debate com minúcia na jurisprudência trabalhista. O

motivo alegado é a pouca incidência de casos sedimentados na Justiça do Trabalho. Em que pese à divergência sobredita do dispositivo, não se tem conhecimento de quaisquer decisões monocráticas que estabelecessem relação com o tema específico. A despeito de tais considerações, em um primeiro momento, cria-se um universo de possibilidades de prováveis soluções para aplicar à demanda, segundo as circunstâncias e critérios a serem apreciados na sequência.

4. ASSISTÊNCIA À MULHER SOB A PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA

As proposições explanadas expressam a complexidade do problema carente de solução jurídica. Enquanto não há lei regulando a concessão do afastamento judicial, como o juiz deve resolver o problema submetido a sua apreciação? A solução da questão exige a análise das lacunas das normas jurídicas e de técnicas de integração do sistema normativo para saná-las. Considerando que a ausência de lei não autoriza o magistrado a eximir-se de julgar a demanda, em razão do que dispõe o Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657). Havendo lacuna, o juiz deve decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Nessas circunstâncias, é importante registrar que existem outros dispositivos instituídos pelo legislador que autorizam o intérprete a aplicar o processo hermenêutico para o preenchimento das lacunas existentes no sistema jurídico. Por exemplo, a norma do Art. 126 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869) que impede o magistrado de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Assim, no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as regras legais. No entanto, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

De igual forma, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452) instituiu em seu Art. 8º²⁰ a faculdade de o intérprete poder aplicar o processo de integração das normas jurídicas para suprir as lacunas na

16 CÂMARA, Eduardo. *Lei Maria da Penha*. Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba. (ESMAT 13). 2007, p.01. Disponível em: < <http://www.esmat13.com.br/publicacao.php?idpublicacao=332&categ=3>. >. Acesso em: 10 jan. 2013.

17 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.63-64.

18 LUCENA FILHO, Humberto de. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*. n. 38, Vol. 21. p.130-151. Recife, 2011, p.150.

19 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr. 2012, p.1095.

20 As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

lei. Isto é, diante do caso concreto, sobrevivendo a lacuna a ser colmatada por via de integração, o operador do direito poderá socorrer-se da jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais de direito. Portanto, a falta de lei não obsta o magistrado de decidir o caso submetido a sua apreciação, podendo empregar o método da autointegração ou heterointegração da lei, visando alcançar a completude da norma.

Essa ordem de ideia demonstra que esse método tem o propósito de colmatar os vazios normativos, primando pela busca de soluções razoáveis e justas. A autointegração é um método alternativo que consiste na integração da norma empregando como parâmetro o mesmo ordenamento jurídico. Diferente da heterointegração, que se funda na integração operada por meio de recurso a ordenamentos diversos, fontes diversas daquela dominante, como, por exemplo, a Lei.²¹

Diante desse cenário, o estudo será apreciado à luz da principiologia do direito e, apesar de o Artigo 8º da CLT não formalizá-la, da doutrina laboral. A construção do processo hermenêutico de integração das normas jurídicas possibilitará, a priori, elaborar uma teoria apropriada para elucidar as obscuridades e promover a efetividade do direito insculpido no preceito normativo. Ou seja, a efetiva autonomia dos doutrinadores auxilia o magistrado, proporcionando adaptações para o dinamismo do Direito do Trabalho. Por essas razões, inclui-se a doutrina como processo de integração do Direito do Trabalho, embora o citado artigo não faça remissão doutrinária como meio adequado para suprir as lacunas na lei.²²

Partindo dessa reflexão, para essa segunda alternativa de solução do tema em análise, é necessário valer-se de técnicas para suprir as insuficiências da norma, eficazes para sanar com as obscuridades do dispositivo. Para isso, recorre-se aos princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e aos princípios peculiares ao Direito do Trabalho, além da doutrina pátria. Mas, sobretudo, fazendo uma referência constitucional, porque o juiz do trabalho, além de especializado é um juiz constitucional. Portanto, os magistrados não devem decidir as questões trabalhistas com base unicamente no conjunto de normas infraconstitucionais.²³

Dessa forma, apesar de o texto normativo do inciso II, do § 2º, do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06, fazer alusão ao instituto da suspensão do contrato de trabalho, com o período de afastamento da obreira por até seis meses, este entendimento deve-se desdobrar na possibilidade de ser aplicado ao caso concreto, o instituto da interrupção do contrato de trabalho. Essa conversão baseia-se em duplo fundamento. O primeiro, em razão do caráter alimentar instituído ao salário; e o segundo, pela sua essencialidade para a subsistência socioeconômica da mulher na manutenção da família.

O segundo está no campo da razão. Não seria razoável admitir que uma trabalhadora, após sofrer lesão na sua integridade física ou psicológica, seja afastada do seu local de trabalho por determinação judicial, estando inserida em cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal, permaneça em total desamparo da assistência do Poder Público durante esse período. Nesse caso, como a lei é obscura, cabe ao operador do direito fazer a integração da norma com a finalidade de suprir as lacunas da lei, ou seja, resolver o problema da ausência de norma jurídica, regulando essa situação específica, visto que a integração concretiza o princípio da completude do ordenamento jurídico.²⁴

Na realidade, a análise da solução da lide prescreve uma evolução das premissas para materializar uma composição de juízos que sejam apropriados a construir um entendimento a partir do texto constitucional. A intenção é refutar quaisquer interpretações que sejam contrárias aos valores sociais do trabalho, fundamentados no respeito à dignidade humana. Acima de tudo, oferecendo uma resposta satisfatória à vítima de violência doméstica e familiar, quando recorrer à Justiça do Trabalho em busca dos seus direitos.

Por essas razões, a Lei Maria da Penha não pode ser interpretada isoladamente, mas em conjunto pelo sistema normativo, tendo como ápice a Constituição Federal. Ressalte-se que as técnicas de interpretação devem ser aplicadas sistematicamente ao caso concreto, para que se descubra e aplique o melhor significado e alcance da norma jurídica. Portanto, na prestação jurisdicional, havendo a ocorrência de uma lacuna normativa, abre-se a possibilidade de o operador ter de invocar um princípio geral do direito para encontrar uma solução não apresentada de modo expresse na literalidade da lei.²⁵

21 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1997, p.146-147.

22 BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.161-162.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.124.

24 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.77.

25 MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São

Além do mais, as técnicas de integração normativa, em cujo fundamento será a interpretação mais benéfica ao trabalhador, constroem a norma específica a ser aplicada ao caso concreto, brotando os efeitos desejados naquela prestação jurisdicional. Para tanto, o jurista deve empregar a teoria geral do direito e dela extrair, por meio do processo de integração da norma, os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e os princípios peculiares ao Direito do Trabalho.²⁶ Essa conjuntura faz com que a aplicação dos princípios do direito produza uma norma jurídica resultante dessa interpretação, diante da ausência de disposição legal, tal como se apresentará.

5. INTEGRANDO A NORMA JURÍDICA

Para que se compreenda o sentido e alcance do multicitado inciso II, do § 2º, do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06, recomenda-se examinar o aspecto subjetivo da vítima de violência doméstica e familiar, na dinâmica do sistema normativo de regras e princípios, que extrapolam a extensão da legislação trabalhista. A lacuna normativa na seara laboral limita o exercício dos direitos às mulheres, condicionando-os à prévia prestação jurisdicional para alcançar os fins almejados pelo legislador derivado. O verdadeiro sentido da norma é o de proteger e assegurar, dentre outros direitos, a concessão do afastamento judicial, com a percepção do salário, um direito social fundamental à sobrevivência do trabalhador.

Nesse contexto, compete ao intérprete fazer o uso da estrutura social da Lei n. 11.340/06, em cumprimento ao disposto no Artigo 4º,²⁷ que fixa regras sobre a prática interpretativa dos seus dispositivos, impondo as condições hermenêuticas para o aplicador do direito solucionar o caso concreto. Em termos práticos, cabe à doutrina e à jurisprudência fornecerem subsídios para a solução da lide, já que o legislador introduziu um mecanismo de defesa processual, por reconhecer certas características inerentes às mulheres, que as tornam dignas de assistência específica, resguardados nos fins sociais da Lei, cuja intenção é, substancialmente, promover a efetividade dos direitos tutelados.

À luz desse enunciado, reputa-se importante analisar a concepção sociológica do salário, na dinâmica das regras de proteção, instituídas no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, introduz o Art. 377 da Consolidação das Leis do Trabalho um amparo público e social ao salário das mulheres, segundo o qual fica assegurado o princípio da integralidade salarial. Essa proteção do trabalho das mulheres constitui norma de ordem pública.

Pelo visto no disposto, a lei protege grupos sociais diferentes e considera o salário indisponível, já que instituiu uma proteção especial na legislação trabalhista, não se justificando sua redução, salvo a exceção indicada no inciso VI, do Art. 7º, da Constituição Federal, quando constituído em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Em outras palavras, o caráter alimentar do salário confere-lhe atributo de bem jurídico fundamental, logo, necessita de proteção especial do ordenamento jurídico. Destarte, o não pagamento de salário acarreta problemas imediatos também na esfera socioeconômica do empregado.²⁸

É conveniente observar, entretanto, que o texto normativo impôs um limite à autonomia da vontade das partes, ao tutelar uma garantia de renda mínima para as laboriosas, tudo em decorrência do interesse social que ostenta o salário. Por esse fundamento, conclui-se que “a ordem jurídica reconhece no salário um caráter essencialmente alimentar, deferindo, em consequência, à parcela o mais notável universo de proteções que pode formular em contraponto com outros direitos e créditos existentes”.²⁹

O primeiro raciocínio que se vislumbra é o de que o salário ostenta uma dimensão de direito fundamental. Na verdade, fica patente essa consagração pelo elemento essencial que a fração representa, quando expressamente consente ao empregado alcançar o bem-estar e a justiça social. O salário corresponde a uma renda mínima essencial para que, em uma sociedade justa, as pessoas desamparadas tenham um mínimo necessário de ingressos que permitam fazer frente aos gastos indispensáveis para a sua manutenção e da família.³⁰

Paulo: Saraiva, 2011, p.70.

26 BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.172.

27 Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

28 BARACAT, Eduardo Milléo. *Tutela Penal do Direito ao Salário*. 2007, p.01. Disponível em: < http://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/doutra/239/29a?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0 >. Acesso em: 4 jan. 2013.

29 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.735.

30 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.122.

Em nosso arcabouço jurídico-constitucional, a relevância do salário recebeu uma proteção assecuratória do constituinte originário. Em um contexto geral, intercala-se dentre um conjunto genérico e amplo de normas de direitos fundamentais, que impõe ao Estado um dever de custódia para a garantia da lisura dos direitos mínimos existenciais do trabalhador (Art. 7º CF/88). Desse modo, o comando constitucional prescreve como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais: a) inciso VI, a irredutibilidade do salário; b) inciso VII, garantia de salário, nunca inferior ao mínimo; c) inciso X, proteção do salário na forma da lei d) e, por último, inciso XXXI, vedação de qualquer discriminação no tocante a salário.

Esse abrigo constitucional reservado ao salário do trabalhador constitui uma das variadas espécies do gênero normas de direitos sociais, alcançando *status* de direito fundamental, em decorrência da melhoria das condições de vida dos trabalhadores. A doutrina de Bonavides³¹ classifica essas normas como sendo direitos fundamentais de segunda geração, que exigem do Estado determinadas prestações materiais. Os fundamentos desses direitos desdobram-se no respeito à dignidade da pessoa humana, como valor supremo do estado democrático de direito e também nos valores sociais do trabalho, ambos os postulados instituídos, respectivamente, nos incisos III e IV do Artigo 1º, da Constituição da República.

Nesses termos, na ausência de norma jurídica para concretizar os direitos fundamentais organizados no comando constitucional, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. O próprio Art. 5º, § 1º, da CF/88 autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os magistrados, até mesmo contra a lei, podem dar aplicação aos direitos fundamentais, se esta não se conformar ao sentido constitucional daqueles.³²

Em verdade, a expressão que emana do texto constitucional relativo aos direitos sociais é muito ampla e comporta mais de um significado. Alguns autores defi-

nem os direitos sociais como sendo direitos fundamentais do homem, que estão distribuídos dentro de um conjunto de normas de direitos assentados no Art. 6º da Constituição Federal. Para Barcellos,³³ os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que deve ser prestigiado. Só por meio das políticas públicas, o Estado poderá concretizar os fins previstos na Constituição, no que diz respeito a esses direitos desprovidos de ações para sua promoção.

Apesar de constar fora do catálogo dos direitos fundamentais, mas ainda no plano do Direito do Trabalho, registra-se que há outras espécies do gênero normas de direitos fundamentais do homem, em cujo dispositivo disciplina a ordem social, as quais têm fundamento na prioridade ao trabalho, com a finalidade de proporcionar o bem-estar e a justiça social. Trata-se de um conjunto de preceitos diversos que versam sobre seguridade social, previdência social e assistência social, conforme enuncia o Art. 193 e seguintes da Constituição Federal. Por isso, o termo direitos sociais se justifica porque seu objetivo é a melhoria da vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social.³⁴

A extensão conceitual dos direitos sociais é reconhecida pela doutrina constitucional como sendo normas de caráter cogente, passível de observação obrigatória, essencialmente no âmbito dos direitos da pessoa humana, sendo aplicada em todos os ramos do direito, inclusive no direito individual do trabalho. Esses direitos sociais englobam o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado, à seguridade social, como um direito que toda pessoa possui de ter um nível de vida adequado para si próprio e sua família.³⁵

Por essa exposição doutrinária, não há dúvidas de que os direitos humanos propagam uma intensidade de valores normativos inquestionáveis. Logo, para a concretude dos direitos fundamentais pela via interpretativa, é razoável que o núcleo do problema em discussão parta da premissa de que o salário da obreira exalta a

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.564.

32 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 328.

33 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. n.15 — janeiro / fevereiro / março de 2007 — Salvador — Bahia — Brasil. 2007, p.10-11. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2013.

34 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.57.

35 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.66.

hierarquia de norma de direito fundamental do homem. Não apenas pelo caráter alimentar do salário, pelo desempenho socioeconômico que a parcela cumpre, sob a ótica do trabalhador. Como também porque o salário atende a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família.³⁶

Por concretude, entender-se-á a propriedade pela qual um ordenamento jurídico prescreve uma norma adequada a regular qualquer caso concreto. Desse modo, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar na legislação uma norma capaz de regular qualquer caso submetido a sua apreciação.³⁷ A primazia dessa disposição simboliza a confiança que a vítima de violência doméstica e familiar encontrará para o resguardo dos seus direitos no Poder Judiciário, quando o magistrado reconhecer a eficácia da força normativa dos princípios.

5.1 Interpretando e integrando os princípios

A partir dessas ponderações, infere-se que a diversidade dos princípios propicia a construção de uma norma jurídica para a integração do direito. Isso permite a imediata solução da controvérsia, com a completa eficácia à manutenção da condição socioeconômica da mulher. Assim, a melhor forma de interpretação do inciso II, do § 2º, do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06 é aplicar o instituto da interrupção do contrato de trabalho, primando pela busca da justa remuneração do afastamento judicial. Para tanto, faz-se necessário invocar o princípio do *in dubio pro operario*, de forma que, na interpretação de uma norma jurídica que pode ser entendida de diversos modos, deve-se interpretá-la em favor do empregado para o amplo alcance e eficácia social da norma.³⁸

Embora esse princípio encontre limitação na lei e seja vedada a sua aplicação em relação à produção das provas, a doutrina recomenda que, em caso de dúvida sobre o alcance de uma lei, o intérprete observe a intenção do legislador e os interesses dos trabalhadores. Assim, a concepção doutrinária do princípio *in dubio pro operario* aconselha ao intérprete que ao escolher, dentre duas ou mais interpretações viáveis, dê preferência à

mais favorável ao trabalhador, desde que não afronte a nítida manifestação do legislador, nem trate de matéria de natureza probatória.³⁹

É certo que o fundamento de validade para a aplicação deste princípio está na própria Constituição Federal, no caput do Art. 7º, cuja redação comporta múltiplas hipóteses, em razão do sentido amplo da norma, porém apropriado para melhoria das condições humanas do trabalhador. A evidência desse direito constata-se na efetiva proteção instituída no inciso II, do § 2º, do Artigo 9º, da Lei n. 11.340/06, que impõe ao juiz o dever de assegurar à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Pela exegese do dispositivo, chega-se à conclusão que é o juiz, investido de jurisdição como órgão do Estado, quem garantirá, diante da situação fática, o direito ao afastamento. Isso, quando for necessário para preservar a integridade física e psicológica da trabalhadora. Trata-se, por conseguinte, de garantir um direito fundamental da obreira tutelado pelo Estado. A inobservância dessa regra poderá acarretar graves consequências de ordem moral e patrimonial. É por esse raciocínio que alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornar-se-ão merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Em razão disso, evidentemente, a dignidade da pessoa humana ocupará uma posição de destaque no exercício dos direitos e deveres que se exteriorizam nas relações de trabalho e aplicam-se em várias situações, principalmente, para evitar tratamento degradante do trabalhador, tendo em vista o seu caráter axiológico. Nesses termos, a Justiça do Trabalho deverá promover a dignidade do ser humano, impedindo o cometimento de abusos em todos os sentidos.⁴¹

Com base nesse axioma, destaca-se a posição de vanguarda de Piovesan,⁴² ao atribuir uma concepção

36 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.685.

37 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. Ed. Brasília, DF: UnB, 1997, p.114.

38 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.101.

39 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.67.

40 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.330.

41 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.191-193.

42 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59.

sociológica normativista dos dispositivos constitucionais. Para ela, essas normas são realmente jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. Logo, a nenhuma norma constitucional pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser, em decorrência dos princípios da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma. Deste modo, a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, sobretudo quando se tratar de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com esse entendimento, é possível indicar que os encargos legais desse afastamento judicial reincidam sobre o Poder Público, conforme se extrai da interpretação literal do dispositivo expresso no *caput* do Art. 9º, da Lei n. 11.340/06.⁴³ É fato inconteste que, para assegurar à mulher vítima de violência doméstica e familiar todos os direitos relativos à previdência e à assistência social, necessariamente, há que se invocar o princípio da universalidade do atendimento insculpido do Art. 194, § único, I da CF/88.⁴⁴

É fundamental esclarecer, entretanto, que há remissão do princípio da universalidade do atendimento inserido no Art. 4º, inciso II da Lei n. 8.213/91,⁴⁵ com repercussões para o Direito Previdenciário, em decorrência do seu caráter assistencial destinado aos necessitados. Nesse passo, todos devem estar cobertos pela proteção social. Essa universalidade da cobertura significa que a proteção deve abranger todos os riscos sociais, devendo o benefício ser instituído com este objetivo. Esta universalidade é objetiva, refere-se ao objeto da relação jurídica previdenciária, que é a prestação de benefícios e serviços.⁴⁶

43 Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

44 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

45 Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

I – universalidade de participação nos planos previdenciários;

46 KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.48.

Na realidade, para conferir efetividade aos dispositivos do Art. 9º, § 2º, II da Lei n. 11.340/06, é imperativo que o Poder Judiciário reconheça o direito e declare o benefício. Isso é razoável por vários motivos, especialmente pela própria condição de subordinação econômica da obreira, diante do caso concreto. É desproporcional e manifesto o desequilíbrio social e financeiro da laboriosa, demonstrado no apanhado histórico que envolve as vítimas de violência doméstica e familiar, o que prescreve a tutela jurisdicional do Estado. Nesse caso específico, a invocação do princípio da universalidade do atendimento socorre qualquer pessoa que necessite de proteção social patrocinada pelo Estado. Desse modo, independentemente de contribuição, toda a sociedade deve ser protegida, sem nenhuma parcela excluída,⁴⁷

Assenta-se que há uma congruência doutrinária acerca dos encargos legais desse afastamento judicial. O ônus consiste na prestação da assistência social como dever do Estado e direito de todo cidadão que dela necessitar. Essa premissa leva em consideração a solidariedade expressa no § 2º, do Art. 1º da Lei n. 11.340/06, que impõe à família, à sociedade e ao Poder Público criarem as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos das mulheres. Todavia, essas condições estão limitadas ao princípio da legalidade, inserto no inciso II, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Para diminuir a intensidade da problemática, os colegiados dos tribunais trabalhistas do estado de São Paulo, tanto o da 2ª, quanto o da 15ª região, interpretam a norma em comento e constroem uma valoração entre os fins almejados pelo legislador e a necessidade da medida protetora para a mulher. Após o consenso na ação de dissídio coletivo, os magistrados homologam as cláusulas propostas e proferem a sentença normativa. Na prática, é a essência evolutiva do processo de transformação do Direito diante da ausência de norma, expressada na preponderância do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A título ilustrativo, registra-se o primeiro acórdão concedendo os benefícios inerentes ao afastamento judicial. Trata-se da sentença normativa prolatada pelo colegiado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas/SP, decorrente do julgamento do Dissídio Coletivo de Natureza Econômica e Jurídica, Acór-

47 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.71.

dão n. 000242/2008-PADC⁴⁸ com vigência a partir de 1º de agosto de 2007. Essa convenção coletiva de trabalho regulamentou provisoriamente a norma, criando as condições necessárias para a satisfação do direito adquirido, decorridos dez meses e nove dias após a entrada em vigor da Lei n. 11.340/06.

De igual modo, transcreve-se o mais recente, dentre outras decisões do colegiado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que prolatou a sentença normativa, concedendo não somente o direito ao afastamento judicial expresso no dispositivo legal, como também ampliou o direito à estabilidade no emprego por um ano, a contar do retorno da obreira ao trabalho, tendo em vista a força vinculante do mútuo consenso celebrado entre as partes, conforme se extrai da literalidade do Acórdão n. SDC – 00175/2011-5.⁴⁹

Percebe-se, portanto, que as características do direito estabelecido nas negociações coletivas de trabalho são dinâmicas e transitórias, peculiaridades que acarretam expectativa de direito e incertezas para as mulheres. Todavia, é manifesto que o comando imperativo da norma convencionada na seara laboral foi fundamental para suprimir as divergências da Lei. Pensando melhor, a sentença normativa promoveu a relativa desigualdade social ao instituir um regramento temporário para os contratos de trabalho com força de lei. O acordo homologado na Justiça do Trabalho reconheceu a necessidade de aplicar o instituto da interrupção do contrato de tra-

balho, estendendo o prazo que era de seis meses, para um ano de estabilidade temporária.

Pode-se constatar, entretanto, que nessas duas hipóteses restritas de dissídio coletivo, há uma coerência da jurisprudência dos tribunais regionais do trabalho de São Paulo, pela reiterada aplicação literal da Lei Maria da Penha. Em ambos os acórdãos, a sentença normativa assegurou a eficácia social da norma, nos termos do Artigo 9º, parágrafo 2º, incisos I e II. Nesses julgados, preponderaram os interesses assistenciais das mulheres diante da omissão legislativa.

Em verdade, o tema violência doméstica e familiar não encontra resguardo unânime na jurisprudência trabalhista. Os acórdãos firmados nos dissídios coletivos de trabalho divergem. O conflito decorre em razão do entendimento majoritário dos magistrados firmados no sentido de que essa matéria depende de negociação coletiva de trabalho, harmonizando-se com o posicionamento adotado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que impõe a exigência de acordo mútuo para a concessão do afastamento judicial.

Em tese, a exigência de negociação coletiva entre as partes, como requisito para a concessão do afastamento judicial, limita os direitos das mulheres e coloca em dúvida a efetividade da norma na seara laboral. A razão para isso está no poder de negociar concentrado na cúpula piramidal, representada pela categoria econômica, que sobrepõe seus interesses em detrimento dos interesses da categoria profissional. A extensão desse entendimento pode ser conferida na sentença normativa do Acórdão n. 2009000143⁵⁰ que concedeu dez dias de licença não remunerada, além de limitar a concessão do afastamento uma vez por ano.

Para dirimir a divergência jurisprudencial, em duas únicas oportunidades, o TST foi chamado a se manifestar, ambas, por ocasião do julgamento do dissídio coletivo sob a relatoria do ministro Maurício Godinho Delgado. Uma, em fase de recurso ordinário (RO-2028000-19.2008.5.02.0000), sendo negado o provi-

48 Cláusula 22ª: Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar – A mulher que estiver incluída no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual ou municipal, em decorrência de situação de violência doméstica e familiar, terá assegurada a manutenção do vínculo trabalhista na forma de interrupção do contrato de trabalho, por até seis meses, nos termos do Artigo 9º, parágrafo 2º, incisos I e II da Lei 11.340 de 07/08/2006. (TRT, 15ª Região, Dissídio Coletivo, Processo 0235900-77.2007.5.15.0000, Decisão 000242/2008-PADC DC, Rel. Des. Gerson Lacerda Pistori, publicado em 19/09/2008).

49 (07) Cláusula 59 – Estabilidade e Assistência à Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar: a empregada que estiver incluída no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual ou municipal, em decorrência de situação de violência doméstica e familiar, será assegurado a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário, o afastamento do local de trabalho, na forma de interrupção do contrato, por até seis meses e estabilidade no emprego por um ano, a contar do seu retorno ao trabalho, sem prejuízo dos demais direitos consagrados no Artigo 9º, parágrafo 2º, incisos I e II da Lei 11.340 de 07/08/2006. (TRT, 2ª Região, Dissídio Coletivo, Processo n.: 10479002720105020000, Acórdão n. SDC - 00175/2011-5. Turma: SDC, Rel: Francisco Ferreira Jorge Neto, Julgado em 19/10/2011, DJ 24/11/2011).

50 Cláusula – 66 – Violência doméstica: respeitadas as condições legais vigentes, a empresa oferecerá à sua empregada em situação de violência doméstica e familiar comprovada, dez dias de licença não remunerada. A concessão dessa licença limitar-se-á a uma única vez por ano e sua duração não prejudicará o direito de férias e 13º salário. (TRT, 2ª Região, Dissídio Coletivo, Proc. n. 20405005420075020000 (20405200700002008), Acórdão n. 2009000143, Des.(a) Vânia Paranhos, Data da publicação: 04-03-2009.).

mento da cláusula n. 57.⁵¹ A outra, na sua competência originária, suscitada pela Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Correios e Telégrafos e Similares. O relator entendeu que não estavam ao alcance do poder normativo as reivindicações, conquistas que só poderiam ser alcançadas por meio de negociação coletiva. Por essas razões, negou provimento, dentre outras, à cláusula de número 43⁵² apresentada pela suscitada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema ainda gera controvérsias entre magistrados e doutrinadores. Decerto, na seara trabalhista, a aplicação dos dispositivos da Lei Maria da Penha é conflitante com a política pública de proteção à família, requerida no § 8º do Art. 226 da Constituição Federal de 1988. Em vista disso, o caráter eminentemente social dos direitos assegurados à mulher deve ser a grande preocupação das autoridades públicas para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, é unívoco o raciocínio doutrinário no sentido de que a regulamentação legislativa do dispositivo resolverá o problema em definitivo e permitirá o exercício mais amplo do direito, além de contemplar os interesses da categoria econômica e profissional. Portanto, para eliminar o estado de incerteza, é fundamental a intervenção do Poder Público no sentido de

implementar uma nova lei regulamentadora, dentro dos parâmetros inequívocos de exigibilidade no texto normativo, tendo em vista o comando vinculante que deve ser observado por toda a sociedade.

Neste particular, a situação atual apresenta-se, sob o primado da segurança jurídica, cada vez mais ameaçadora e tormentosa para a trabalhadora, consequência do crescente número de casos de violência doméstica praticada contra as mulheres. Essa fragilidade exige providências legislativas urgentes do Poder Público. Nesse sentido, o legislador derivado, como genuíno representante dos anseios sociais, deve acompanhar as novas tendências e atender de pronto às necessidades das laboriosas. Por coerente, o nosso ordenamento jurídico conserva os seus fundamentos na primazia do princípio da legalidade. Ou seja, a norma representa a segurança da execução coercitiva pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, incumbe ao Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático de direito, proteger a parte mais necessitada da relação laboral, dando uma resposta satisfatória ao jurisdicionado trabalhista. Nesses termos, mesmo que a lei seja precária, é juridicamente irrelevante, visto que o próprio direito é um sistema dinâmico, aberto e autônomo. Por conseguinte, não deve o magistrado permanecer inerte, ainda mais quando se trata de direitos fundamentais da trabalhadora submetida à tutela jurisdicional da estrutura do Estado. Essa concretude da norma substancia os objetivos implícitos na letra da lei. Acresce a isso o fato de ser a regulamentação substancialmente constitucional, supremacia incontestada da vontade presumida do legislador ordinário, que transporta uma força preponderante dentro do ordenamento jurídico.

Por esse raciocínio jurídico, é possível vislumbrar a eficácia interpretativa da norma em seu sentido amplo, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da supremacia do estado democrático de direito e também dos valores sociais do trabalho, eficazes para a resolução de problemas reais de ineficácia social da norma jurídica. Nesse caso, como os direitos fundamentais integram um núcleo normativo protegido no sistema jurídico, a regra é que os magistrados devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação.

Em regra, a realidade fática das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar as torna merecedoras dessa proteção assistencial do Estado. Essa vinculação decorre do preceito normativo do Art. 9º da multicitada lei, a qual prioriza a nítida política de seguridade social,

51 Cláusula 57 – Garantias à empregada em situação de violência doméstica e familiar. A empresa, respeitadas as condições legais vigentes, deverá oferecer à sua empregada, em situação de violência doméstica e familiar, 30 dias de licença remunerada, ficando acordado com a empresa compensação posterior, sem prejuízo das férias. (TST – Proc. n. RO – 2028000-19.2008.5.02.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Data de julgamento: 13/06/2011, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 01/07/2011).

52 Cláusula – 43 – Do combate, atendimento e garantias à mulher vítima de violência doméstica.

A ECT manterá equipe multidisciplinar formada por médico, psicólogo, assistente social e advogado para o atendimento à empregada vítima de violência doméstica, assim definida pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), com acompanhamento do movimento sindical.

[...]

§3º Mediante laudo médico emitido por especialista credenciado que ateste a necessidade de afastamento do trabalho, a ECT garantirá a suspensão do contrato de trabalho com manutenção integral da remuneração e demais vantagens para a empregada em situação de violência doméstica por até seis meses. (TST. Dissídio Coletivo, Proc. n. TST-DC-6535-37.2011.5.00.0000. Jul. 11/10/2011, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Publicação: DEJT 17/10/2011).

em respeito à dignidade da pessoa humana. O comando normativo impôs ao Poder Público e à sociedade a observância dos direitos fundamentais. Com base nisso, é compromisso da Justiça do Trabalho promover a dignidade do ser humano, impedindo a sua violação em todos os sentidos para alcançar a igualdade substantiva e evitar o tratamento degradante do trabalhador.

Esses axiomas obrigam o Estado a assumir o ônus decorrente da prestação da assistência social à trabalhadora durante o afastamento judicial. A razão para isso está na origem histórica do salário que confere dignidade ao trabalhador. Além do que o caráter alimentar do salário constitui atributo de bem jurídico fundamental, que suscita proteção especial do ordenamento jurídico. Por esse fundamento, a Lei de Assistência Social poderá determinar o pagamento do salário da empregada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Do contrário, inevitavelmente, podemos penalizar as trabalhadoras duas vezes, uma decorrente da lesão sofrida, a outra, pela ausência de uma renda mínima essencial à sua subsistência e da família.

Ocorre que é incumbência do operador do direito priorizar o critério da norma mais favorável à trabalhadora, notadamente a mais vulnerável na relação de emprego. Desse modo, é imperioso enquadrar o afastamento judicial do trabalho da empregada, vítima de violência doméstica e familiar no rol do instituto da interrupção do contrato de trabalho, ao invés de mera suspensão contratual, com a garantia de percepção dos direitos trabalhistas. Esse procedimento comina pronta efetividade aos objetivos instituídos pelo legislador na Lei Maria da Penha.

Em termos práticos, a investigação indica que a interpretação dos dispositivos da Lei Maria da Penha, nas ações de dissídios coletivos da Justiça do Trabalho, apresenta resultados estritamente paliativos. Não somente pelo vetor condicionante, que impede o acordo coletivo de sobrepor ou contrariar a própria lei em análise, como também pela limitação da extensão dos benefícios ao gênero feminino. Como se sabe, o exercício do poder normativo cria deveres e obrigações para as partes, logo, os efeitos da sentença normativa têm força de lei. No entanto, os benefícios instituídos no acordo coletivo ficam confinados a uma única e determinada categoria profissional, circunscrita dentro do universo social.

Portanto, é necessária a atuação dos movimentos sociais para fazer valer os seus direitos, ante a realidade preexistente que compromete as vítimas de violência doméstica e familiar. Em sentido amplo, a eficácia social

dessa norma está condicionada a uma série de atitudes do Poder Público. Notadamente, subsistem limitações jurídicas ao pleno exercício dos direitos institucionalizados na lei. Por isso que se exige o agir concentrado dos três Poderes da República, no sentido de programar uma atuação mais intensa de promoção de políticas públicas específicas para o público feminino.

No contexto geral, a realidade tem demonstrado que essas condições impostas pelo legislador derivado não satisfazem as necessidades das trabalhadoras, no que se refere à assistência necessária que permita à mulher suportar as despesas pessoais e garantir o sustento da família. Por essas razões, é imprescindível à inovação do direito, para incorporar as condições plenas de efetividade e concretude dos dispositivos da Lei Maria da Penha, possibilitando assegurar de plano o exercício dos direitos fundamentais das trabalhadoras, para que possam desfrutar de uma existência mínima, digna e indispensável.

REFERÊNCIAS

- BARACAT, Eduardo Milléo. *Tutela Penal do Direito ao Salário*. Disponível em: <http://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/doutra/239/29a?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 4 jan. 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico* n.15 — janeiro / fevereiro / março de 2007 — Salvador — Bahia — Brasil. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. ed. 8. São Paulo: LTr, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (15. Região) Campinas. *Dissídio Coletivo de Natureza Econômica e Jurídica*. Processo n.: 2359-2007-000-15-00-4. Decisão n. 000242/2008-PADC. Rel. Des. Gerson Lacerda Pistori. Disponível em: > http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=852405 > Acesso em: 9 mar. 2013.

- _____. _____. (2. Região) – São Paulo. *Dissídio Coletivo*, Processo n.: 00104792720105020000. Acórdão n.: SDC - 00175/2011-5. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/>>. Acesso em: 29 dez. 2012.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Dissídio Coletivo, n. 6535-37.2011.5.00.0000. Brasília, DF, 11 de outubro de 2011, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Publicação: DEJT 17/10/2011. Disponível em: ????. Acesso em: ????
- CÂMARA, Eduardo. Lei Maria da Penha. *Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba*. (ESMAT 13). Disponível em: <<http://www.esmat13.com.br/publicacao.php?idpublicacao=332&categ=3>>. Acesso em: 10 jan. 2013.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. ed. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito de Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr. 2012.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (UNIFEM). *Relatório do Progresso das Mulheres do Mundo 2008/2009*. Disponível em: < <http://www.unifem.org.br/sites/700/710/00000395.pdf> />. Acesso em: 11 jan. 2013.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Disponível em: <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultanificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=DC - 6535-37.2011.5.00.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADXEAAF&dataPublicacao=17/10/2011&query=violencia and domestica and familiar](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultanificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=DC-6535-37.2011.5.00.0000&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAADXEAAF&dataPublicacao=17/10/2011&query=violencia+and+domestica+and+familiar)>. Acesso em: 14 jan. 2013.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de Direito Previdenciário*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- LUCENA FILHO, Humberto de. Relações de gênero, trabalho e não-discriminação: uma abordagem da concretização do princípio da igualdade substantiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*. n. 38, Vol. 21. p.130 – 151. Recife, 2011.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- _____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. Atendimento às mulheres vítimas de violência sexual: um estudo qualitativo. *Revista Saúde Pública*, jun 2005, vol.39, n.3, p.376-382. > Disponível em: <http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>>. Acesso em: 29 dez. 2012.
- _____. Lei Maria da Penha: mulheres ganharam direito e proteção. *Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres*, em comemoração aos seis anos da Lei Maria a Penha. Disponível em: > <http://www.sepm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2012/lei-maria-da-penha-edicao-2012>. >. Acesso em: 30 dez. 2012.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório Anual 2000, Relatório nº 54/01*. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 2001. Disponível em: < <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> >. Acesso em: 20 jan. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2009.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Orientação sexual e
discriminação no
ambiente laboral**

Glucia Fernanda Oliveira Martins
Batalha

VOLUME 10 • N. 2 • 2013
PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA
INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN PERSON

Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral

Glaucia Fernanda Oliveira Martins Batalha**

RESUMO

Apesar das grandes transformações no âmbito da economia e de todos os avanços na tecnologia, o Brasil ainda continua a ser um país de contrastes e que possui uma cultura social e política de tradição autoritária e conservadora. É o que se observa diante do enfrentamento da problemática da discriminação em torno das minorias sexuais. Ainda que os direitos fundamentais estejam explícitos na Carta Magna Nacional, grupos vulneráveis como estes continuam à margem da sociedade, não são facilmente visualizados no Estado Nacional, Estado este efetivamente laico e democrático, e que garante materialmente tais direitos. Garantir a homossexuais o direito de expressar sua orientação sexual em qualquer situação, mormente no ambiente de trabalho, nada mais é do que aplicar os princípios fundamentais presentes na Carta Magna, bem como tornar efetivos os enunciados previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste trabalho, optou-se por limitar o objeto de estudo à questão da discriminação por orientação sexual nas relações de trabalho, restringindo ainda esta temática, exclusivamente sobre a discriminação, envolvendo apenas homossexuais, ou seja, gays e lésbicas.

Palavras-chave: Discriminação. Homossexuais. Orientação Sexual. Relações de trabalho. Grupos vulneráveis.

ABSTRACT

Notwithstanding the major transformations in world economy and all advances in technology, Brazil is still a country marked by contrasts, bearing an authoritarian and conservative tradition. This can be clearly observed in the struggle to reduce discrimination against sexual minorities. Even with the fundamental rights written explicitly in the National Constitution, those vulnerable groups still find themselves marginalised, for it is hardly possible to visualize in the Brazilian State, true laicism and democratic order able to promptly guarantee those rights. Ensuring that homosexuals have the right to express their sexual orientation in any given situation, mainly in the work environment, is nothing more than to abide by the fundamental principles written in the constitution as well as following the principles declared in the Universal Declaration of Human Rights. The present work will narrow its scope to the study of the discrimination against sexual orientation in the work environment, further restricting its analysis on the discrimination against homosexuals only, namely, gays and lesbians.

Keywords: Discrimination. Homosexuals. Sexual orientation. Work relations. Vulnerable groups.

* Recebido em 18/07/2013
Aprovado em 24/07/2013

** Artigo apresentado à “CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: Novos Olhares sobre a Proteção Internacional da Pessoa Humana”, pela mestre em Direito pela UFPA- Universidade Federal do Pará e docente de Direito das Faculdades CEST- Faculdade Santa Terezinha e FACAM- Faculdade do Maranhão.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do mercado de trabalho, o preconceito é uma realidade manifesta, uma vez que a homossexualidade não é vista com bons olhos pelas empresas. O ambiente de trabalho, sem dúvida, é uma área ainda eivada de preconceitos, com posicionamentos conservadores bastante arraigados, sobretudo no que se refere à orientação sexual e à identidade de gênero.

Quem nunca ouviu falar que um amigo teve uma promoção negada por ser assumidamente *gay*? Ou de uma amiga que não foi admitida em uma empresa por ter feições e traços masculinizados? Que um colega de trabalho é motivo de “chacota” e sente-se discriminado pela maioria dos funcionários por ser homossexual? Quem, em algum momento da vida, não ficou frente a frente com a marginalização que sofrem os homossexuais devido à diferença de orientação sexual?

Essas não são suposições imaginárias e/ou situações fictícias, pelo contrário, são dados e situações reais vivenciadas frequentemente. Embora poucos homossexuais tenham coragem de denunciar e sejam quase inexistentes os dados nacionais que dimensionem o tamanho do preconceito, é sabido que a discriminação existe e tende a aumentar se nada for feito.

O tema deste trabalho surgiu em razão da homossexualidade representar, para os tomadores de serviços, um impasse na contratação e na manutenção de homossexuais no emprego. Isso torna a revelação de sua sexualidade um obstáculo na caminhada em busca da realização econômica, social, psicológica e na conquista de uma existência digna. Essa realidade deve ser mudada.

Nesses termos, o presente trabalho visa analisar a questão da discriminação de homossexuais no mercado de trabalho, pois a inserção formal nos textos constitucionais do princípio da igualdade, da dignidade e da liberdade, bem como a proibição de condutas discriminatórias não bastam para que homossexuais sejam preteridos em um emprego.

O objetivo deste trabalho é tratar do tema discriminação por orientação sexual¹ no mercado de trabalho.

1 Tem-se por escopo demonstrar que a discriminação por orientação sexual, motivada pelo preconceito de aceitar tal diferença e pela falta de observância ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, relega à marginalidade pessoas homossexuais, pois elas só podem ser aceitas nas relações sociais e trabalhistas se esconderem sua própria sexualidade.

2. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL: UMA REALIDADE

Nos dias de hoje, apesar de o legislador constituinte assegurar a igualdade e trazer no bojo da Constituição a proibição de qualquer tipo de discriminação, trabalhadores homossexuais² deixam de ser contratados, são despedidos ou têm sua carreira profissional afetada por causa de sua orientação sexual.

Acredita-se que a discriminação operada contra homossexuais no mercado de trabalho, deve-se à arraigada mentalidade heterossexista³ e homofóbica⁴ dos tomadores de serviços, uma vez que não há dados que comprovem que a homossexualidade tenha influência na produtividade e na capacidade profissional.

A homossexualidade, por si só, é vista, por muitos, como um misto de pecado-doença-crime, despertando rejeições de intensidades variadas em diferenciados segmentos sociais; o que faz dos homossexuais um dos agrupamentos mais atingidos pelas complexas lógicas de intolerância, preconceito⁵ e discriminação.⁶

A discriminação no curso da relação de emprego é mais voraz quando diz respeito a homossexuais. Os atentados contra a dignidade da pessoa humana são profundos no caso da questão homossexual. O estereótipo⁷ de perversão ou de doença isola homossexuais da

2 O homossexual é a pessoa que se sente atraída, sexual, afetiva e emocionalmente por pessoas do mesmo sexo.

3 O heterossexismo é um termo mais abrangente do que a homofobia, sendo que esta é resultante do heterossexismo. O que diferencia o heterossexismo da homofobia é que aquele negligencia ou omite a homossexualidade, enquanto que a homofobia nada mais é do que um medo irracional ou ódio em relação a gays e lésbicas.

4 Trata-se a homofobia, de uma opressão intencional e premeditada que inclui preconceito, discriminação, desprezo, abuso verbal, atos de violência, ódio generalizado, entres outras espécies de represália dispensadas ao comportamento homossexual.

Ademais, ao mesmo tempo em que tais sentimentos causam medo e repugnância ao dito comportamento, também propiciam uma vida eivada de privações, renúncias e sacrifícios, por receio de ser homossexual, ou de que os outros pensem que se é.

5 O preconceito trata-se de uma indisposição, um julgamento prévio, negativo.

6 MELLO, Luiz. **Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil**. Cadernos Pagu n° 24 Campinas Jan./June 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010>. Acesso: 20 de fev. de 2010.

7 É utilizado para designar características negativas, comportamentos ou rótulos depreciativos, inferir imperfeições que marcam o indivíduo causando vergonha e desaprovação, levando à discriminação social.

sociedade, obrigando-os, muitas vezes, ao silêncio e ao constrangimento diante de pilhérias que são comuns em nossa sociedade.⁸

A relação empregatícia é um campo fértil para a propagação de práticas discriminatórias do ponto de vista geral. A discriminação em razão da homossexualidade é tão presente no mercado de trabalho, que pode vir a restringir a área de atuação profissional do homossexual que expõe e/ou declara sua orientação sexual. É o que aponta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao tratar da discriminação ao homossexual no trabalho: “Parece-nos que a sociedade ocidental admite a presença do homossexual em algumas áreas e outras não. Claramente é assim no mundo da “alta costura” de um lado e, de outro, no campo militar.”⁹

No âmbito do esporte, o futebol tem sido uma atividade profissional “proibida” para esse grupo. Em 2007, os meios de comunicação trouxeram à tona um dos principais tabus das “arenas da bola”, qual seja a possibilidade de o jogador de futebol assumir sua orientação sexual. É o que se verifica na reportagem intitulada de “*Ele não usa sapatilhas, mas chuteiras*”, de “O Liberal”:

Quem convive de perto com o mundo do futebol sabe: assumir que é gay pode fazer ruir a carreira, acabar as boas relações com a torcida, imprensa e companheiros. Por isso, o volante Richarlyson agiu rápido quando, num programa de TV, o diretor administrativo do Palmeiras, José Cyrillo Júnior, insinuou que o jogador do São Paulo era gay. Richarlyson, 24 anos, decidiu entrar com uma queixa-crime contra Cyrillo. E o juiz Manoel Maximiliano Junqueira Filho recusou a queixa alegando que futebol não é lugar de gays.¹⁰

A sentença do Juiz de Direito Manoel Maximiliano, além de criticar a presença da homossexualidade nos gramados brasileiros, também evidenciou discriminação ilegítima contra esse grupo vulnerável. Observe-se a reportagem “*Telma, eu não sou gay*”, de “O Liberal”:

São numerosos e rumorosos os casos de homossexualidade no futebol, inclusive na Seleção Brasileira, mas duas semanas atrás uma sentença judicial causou espanto: o juiz Manoel Maximiliano se recusou a apreciar um pedido de liminar porque o requerente, o volante Richarlyson, do São Paulo, seria homossexual. Para o juiz, “era

melhor que abandonasse os gramados”, escreveu na sentença, e mais: “futebol é jogo viril, varonil, não homossexual”; e ainda: “homossexualismo é um situação incomum do mundo moderno que precisa ser rebatida”; e, para abrilhantar a magistratal sentença do magistrado: “Não poderia sonhar vivenciar um homossexual no futebol”.¹¹

Sylvia Maria Mendonça do Amaral, quando discorre sobre o “caso Richarlyson”, deixa claro o preconceito e discriminação de que são alvo os homossexuais:

Não podemos negar, infelizmente, que a homofobia está presente em nosso país. Os atos homofóbicos partem de todos os lados, de todas as maneiras, de uma palavra vulgar a assassinatos. Mas o que podemos dizer quando a discriminação parte de um Juiz de Direito que está a serviço da Justiça?

Um caso de homofobia envolvendo o jogador do São Paulo Futebol Clube, Richarlyson, virou manchete dos principais veículos de comunicação do país. O juiz da 9ª Vara Criminal de São Paulo, Manoel Maximiliano Junqueira Filho, mandou arquivar o processo movido pelo jogador contra um dirigente do Palmeiras que, em um programa de televisão, insinuou que o atleta era homossexual. Em seu despacho, entre inúmeras declarações homofóbicas, o juiz afirmou que “não poderia jamais sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol”.

O “caso Richarlyson” demonstra o grau de homofobia que assola nosso país. Mas o jogador tem demonstrado sua coragem e partiu para lutar pelos direitos constitucionalmente garantidos não só a ele como a todos nós, cidadãos, que são: honra, dignidade, igualdade e privacidade. Richarlyson poderia ter agido de três formas diferentes nesta situação: ter se recolhido e não levar a história adiante, agir por ele mesmo ou, e aí é que está o seu brilhantismo, lutar por todos nós.

Conhecedor das regras de civilidade, respeito e justiça, o jogador está agindo contra o preconceito e discriminação de um diretor de clube de futebol e de um Juiz de Direito, a quem recorreu para clamar por justiça. Ocorre que esse que deveria ser o seu defensor não só indeferiu seu pedido e o repeliu como proferiu sentença ainda mais preconceituosa e homofóbica do que as ofensas praticadas por seu primeiro agressor.¹²

Também é válido chamar a atenção para a polêmica decisão do prefeito de Campo Grande/MS, Nelson Trad. Filho, que afastou de uma escola pública duas

8 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença:** as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 114-115.

9 Opus cit. p.115.

10 COELHO, Edson. **Ele não usa sapatilhas, mas chuteiras.** Jornal O Liberal-Belém, 26.08.2007.

11 COELHO, Edson. **Telma, eu não sou gay.** **Jornal O Liberal-Belém**, 26.08.2007.

12 AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Caso Richarlyson e a homofobia.** **Revista Jurista**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2972>. Acesso: 27 ago. 2007.

professoras porque descobriu que elas mantinham uma relação homoafetiva.¹³ É o que foi veiculado em rede nacional:

Duas professoras de Campo Grande foram afastadas da escola pública onde trabalhavam porque se apaixonaram uma pela outra. Uma decisão polêmica e que, para muitos, tem nome: discriminação.¹⁴

Ainda sobre tal questão, vejamos:

O caso das duas professoras de Campo Grande, Carmem Silvia Geraldo (52 anos) e Noyr Rondora Marques (38), que foram demitidas da escola onde lecionavam, Escola Professora Onira Rosa dos Santos, ao que tudo indica por serem companheiras, continua rendendo notícia.

Corajosas, as professoras denunciaram o caso à imprensa (deram entrevista ao Fantástico) e decidiram exigir indenização da Prefeitura da cidade pelo ato discriminatório.¹⁵

Entretanto, não é só no universo do futebol ou no âmbito escolar que revelar a homossexualidade significa arruinar a carreira profissional. Infelizmente, a maioria dos empregadores é extremamente heterossexista, e, conseqüentemente, preconceituosa, de modo que existem diversos casos relatados por ONG's¹⁶ que lutam contra o preconceito no ambiente de trabalho, como bem se percebe em artigos que trazem à tona a discriminação tão presente nesse segmento da vida do homossexual:

Vários são os casos relatados por ONGs, Grupos de defesa das minorias ou Associações de defesa dos direitos dos homossexuais, de empresas que criam situações de extremo desconforto no profissional que expressa sua preferência sexual. Existem casos relatados pela ONG Nuances - Grupo pela livre Expressão Sexual - baseado no Estado do Rio

Grande do Sul, em que empresas multinacionais tomam ciência da discriminação - e até incentivam - seus funcionários a discriminarem o colega. Por estes motivos vários processos judiciais foram iniciados pelas ONGs que trabalham em defesa dos direitos dos homossexuais, tendo acontecido até de juízes de primeira e segunda instância proferirem sentenças favoráveis aos discriminados sexualmente. Algumas ONGs conseguiram a ajuda valiosa do Ministério Público do Trabalho que em alguns casos apresenta denúncia contra as empresas que discriminam ou aceitam atos de discriminação por parte de seus funcionários contra colegas homossexuais.

Neste sentido, trabalho iniciado pela Coordenadoria Nacional de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho - uma Divisão do Ministério Público do Trabalho - criada em 2002 para estabelecer ações efetivas nas diversas procuradorias regionais do trabalho - concluiu que o grande problema da discriminação hoje é a falta de provas, pois a legislação já ampara as pessoas que são discriminadas, desde que haja a denúncia, e o MPT age como aliado das pessoas discriminadas, inclusive sexualmente.¹⁷

Corroborando com tal assertiva o artigo da revista da ANAMATRA,¹⁸ atinente ao auxílio de ONG's na luta contra a discriminação:

Hoje, as ONGs são imprescindíveis no encaminhamento das denúncias, pois encorajam as pessoas a denunciarem e apresentam a elas o caminho para o reconhecimento dos seus direitos. Esse é o importante papel desempenhado pelo Núcleo de Lésbicas da ONG brasileira Estruturação. O grupo se reúne semanalmente com mulheres e, nesses dias, algumas mulheres relatam momentos positivos e negativos vivenciados por elas, inclusive no trabalho. Um dos casos relatados é, por exemplo, o de uma mulher que foi alertada por seu chefe que nem fora do ambiente de trabalho ela poderia expor publicamente a relação que mantém, para não afetar a imagem da empresa.

Até a roupa, que pode sugerir a orientação sexual, é comentada por chefes, e pedidos atípicos, como a obrigatoriedade de usar brincos, são apresentados para desmotivar a profissional e estimular a sua demissão. "Como as decisões da Justiça variam, é um risco a pessoa entrar com a ação. Então, sugerimos esse caminho, mas trabalhamos o fortalecimento da autoestima e trocas de experiências para que ela busque outras alternativas de solução do problema", diz a coordenadora do núcleo de Lésbicas da Estruturação, Kelly Kotlinski.¹⁹

13 O direito de família pós-moderno, diante das profundas modificações sofridas ao longo do tempo, denomina a relação homossexual como "homoafetiva" porque o que a carrega é o afeto. Vide: DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

14 GLOBO, Rede. **Professoras discriminadas**. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/Fantastico/0,AA1662347-4005-755999-0-18112007,00.html>>. Acesso: 20 nov. 2007.

15 UM OUTRO OLHAR, REDE. **Professoras discriminadas em Campo Grande**. Disponível em: <http://www.umoutroolhar.com.br/em_movimento.htm#Professoras_discriminadas_em_Campo_Grande>. Acesso: 25 nov. 2007.

16 Organizações não governamentais, associações independentes dos poderes políticos, que agem de maneira benevolente, principalmente no campo dos direitos humanos, no âmbito de uma ajuda de emergência ou duradoura em favor do desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/glossario.html>> Acesso: 20 nov. 2007.

17 BLÁBLÁBLÁ, Jornal. **O Mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://jornalblablabla.blogspot.com/2007/05/o-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso: 10 jun. 2007.

18 Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

19 ANAMATRA. Os iguais de forma diferente: quando a dis-

Nesse compasso, apesar de todo o auxílio das ONGs do Ministério Público do Trabalho²⁰, de algumas vozes de juristas e de uma pequena parcela da sociedade, a percepção lógica mostra que as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo continuam sendo condenadas, repugnadas.

Não se pode admitir que, em pleno século XXI, o Estado Democrático de Direito concebido por uma Constituição Federal que traz em seu bojo direitos e garantias fundamentais – que versam acerca do direito à igualdade, da dignidade humana, da liberdade, da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da cidadania e dos valores sociais do trabalho, e que traga, como um dos pilares de sustentação da ordem econômica nacional, a valorização do trabalho, com a finalidade de propiciar existência digna e distribuir justiça social, por meio da redução das desigualdades sociais – haja com negligência em torno da discriminação sofrida por homossexuais, quer seja no mercado de trabalho, quer seja em toda a sociedade pátria.

É por demais necessária a implementação de mecanismos que garantam a homossexuais a estabilidade no emprego e a proteção contra despedidas arbitrárias, pois a inserção formal nos textos constitucionais do princípio da igualdade, da dignidade e da liberdade, bem como a proibição de condutas discriminatórias não bastam para que homossexuais sejam preteridos em um emprego.

Dentre os mecanismos de proteção a homossexuais no mercado de trabalho, levam-se em conta os ensinamentos do Ronald Dworkin, pois se entende que as políticas de ações afirmativas são um grande trunfo para o reconhecimento da igualdade material e formal desses sujeitos marginalizados.²¹

Busca-se fazer referência a algumas normas de combate à discriminação e medidas de ações afirmativas voltadas para esse grupo vulnerável.

criminação no trabalho atinge os homossexuais. Disponível em: <http://anamatra.org.br/publ/periodicos/rev_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=230>. Acesso: 17 ago. 2007.

20 O Ministério Público do Trabalho (MPT) é um dos ramos do Ministério Público da União, que também compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tem como chefe o Procurador-Geral do Trabalho, eleito em lista triplíce e nomeado pelo Procurador-Geral da República. Compõem o MPT a Procuradoria-Geral, com sede em Brasília/DF, 24 Procuradorias do Trabalho em municípios. Disponível em: < <http://www.mpt.gov.br/> > Acesso: 20 nov. 2007.

21 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

3. MECANISMOS E NORMAS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Objetiva-se neste ponto discorrer, ainda que brevemente, a respeito dos mecanismos e modelos de combate às práticas discriminatórias – mais especificamente a ação afirmativa – bem como tratar de normas que vedam as práticas discriminatórias referentes à orientação sexual na relação de emprego.

Quanto aos textos normativos que protegem contra a discriminação, é de se observar a existência de normas nacionais e internacionais que têm por intuito combater qualquer forma de discriminação, inclusive discriminação por orientação sexual.

3.1 Modelos de combate à discriminação por orientação sexual: ação afirmativa

Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho, o combate às práticas discriminatórias pode ocorrer de diversas formas, quer pela adoção de normas que proíbam e reprimam a discriminação, quer pela adoção de medidas que garantam a ascensão de integrantes de determinados grupos, que são denominadas ações afirmativas.²²

Brito Filho identifica dois modelos: o repressor e a ação afirmativa.²³ Denomina de modelo repressor o modelo que cuida da edição de normas que vedam as práticas impondo sanções de natureza criminal, civil e trabalhista no modelo mais antigo.²⁴

Para o autor, esse modelo caracteriza-se por ser estático, pois, apesar de reprimir condutas discriminatórias, dificilmente possibilita, para pessoas e grupos discriminados, a inserção na sociedade, já que atua com o objetivo de preservar apenas a igualdade formal.²⁵

Logo, cabe ao modelo da ação afirmativa criar oportunidades para que os grupos vulneráveis e seus integrantes possam sair da sua condição marginalizada e excluída na sociedade.

Note-se que ao se estabelecer uma diferenciação entre o modelo repressor e as medidas de ação afirmativa,

22 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.p.51-52.

23 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.p. 96.

24 Idem Ibidem, 52.

25 Idem Ibidem, 52.

percebe-se que o ponto de diferença entre eles é a postura ativa. Tendo em vista que, na ação afirmativa, assume-se a postura de adotar medidas que visem garantir a inclusão na coletividade de pessoas e grupos discriminados, diferentemente do modelo repressor que tem por objeto tornar ilícitos atos e condutas discriminatórias.²⁶

Joaquim B. Barbosa Gomes define a ação afirmativa ou discriminação positiva, como políticas ou mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido, qual seja o da efetiva igualdade de oportunidades inerentes a todos os seres humanos.²⁷

De acordo com Gabi Wucher, as ações afirmativas ou medidas de discriminação positiva têm por escopo “[...] assegurar a pessoas pertencentes a grupos particularmente desfavorecidos uma posição idêntica à dos outros membros da sociedade, proporcionando assim uma igualdade no exercício de direitos”.²⁸

O modelo da ação afirmativa consolidou-se na década de 1960, nos Estados Unidos, na Executive Order n. 10.965, de 6 de março de 1963, de iniciativa do Presidente Democrata John F. Kennedy, passando, a partir de então, a denominar qualquer iniciativa tendente à promoção da integração, do desenvolvimento e do bem-estar das minorias.²⁹

No Brasil, as ações afirmativas possuem guarida na Lei maior, visto que é princípio fundamental do texto constitucional a promoção do bem geral. Pode-se dizer, portanto, que as ações afirmativas são instrumentos ou medidas para aferir eficácia ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que é o de promover a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV CF/88).

No entanto, é clarividente a dissintonia entre o texto constitucional e a realidade nacional. O Brasil se encontra

tra longe do ideal na garantia e valorização dos grupos e pessoas vulneráveis.

Tomando por base o até aqui delineado, pode-se afirmar que as ações afirmativas são mecanismos de cunho distributivo, não devendo ser vistas como “escolas” ou “clientelismo”, mas como elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Ou melhor, o propósito da ação afirmativa é o de redistribuir, de forma mais justa e igualitária, os recursos existentes e os meios para sua obtenção.³⁰

Levando em consideração as lições de Dworkin, verifica-se que o autor se vale da igualdade para realizar a construção de seu ideário de justiça.³¹

Sobre as ações afirmativas, é de se extrair dos ensinamentos do autor o princípio genuíno de que ninguém deve sofrer por ser membro de um grupo considerado menos digno de respeito, tratando-se tal medida das mais eficazes para assegurar a justiça.

Logo, em uma sociedade em que não é violado o direito constitucional dos indivíduos de serem tratados como iguais, é possível vislumbrar o ideal de justiça pregado por Dworkin.³²

Considera Dworkin a discriminação compensatória um grande aliado na luta para se resguardar e respeitar o direito à igualdade e realizar a justiça a todos os membros de uma comunidade, mormente aqueles vulneráveis ao preconceito e à discriminação, tais como negros, indígenas, homossexuais, mulheres, pessoas com deficiência.³³

Nestes termos, pode-se extrair dos ensinamentos de Dworkin a concepção de que a ação afirmativa pressupõe condutas positivas do Estado, que tem por escopo compensar diferenças, corrigir distorções, reduzir o preconceito, efetivar a igualdade de oportunidades e respeito àqueles indivíduos ou grupos vulneráveis.

Para Dworkin, essas medidas teriam caráter definitivo, até que a igualdade entre as pessoas e grupos vulneráveis fosse alcançada. Sendo assim, a ação afirmativa vislumbra a possibilidade de tornar a sociedade mais

26 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 97.

27 GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 41.

28 WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 54.

29 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 185.

30 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004. p. 101.

31 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

32 Idem. *Ibidem*. [s.p]

33 Idem. *Ibidem*. [s.p]

justa, mas não possui o condão de reparar injustiças historicamente sofridas.

Nas questões atinentes à homossexualidade, observa-se que, para que as ações afirmativas venham a ser utilizadas como critério para se alcançar a igualdade, é mister que elas tenham como ponto de partida políticas de conscientização e de educação acerca da orientação sexual, de modo a demonstrar que a homossexualidade não se trata de uma patologia e nem de uma opção consciente, mas de um jeito de ser, o que provavelmente reduziria o sentimento preconceituoso e arraigado da mentalidade popular.

A partir dessa conscientização, caminhar-se-ia para um segundo momento, que seria o de criar medidas efetivas objetivando a inserção social dos homossexuais, garantindo-lhes direitos e oportunidades – inclusive no mercado de trabalho – uma vez que a simples inserção formal nos textos constitucionais da proibição de condutas discriminatórias e do princípio da igualdade, não basta para que homossexuais sejam tratados com o mesmo respeito e consideração que os heterossexuais.

Ao tratar do assunto, Vera Lúcia Carlos afirma que, a partir da implementação no Brasil do Programa Nacional de Direitos Humanos, deu-se início a uma ampla discussão sobre a oportunidade de se estabelecer ações afirmativas ou políticas antidiscriminatórias em favor de grupos vulneráveis como, negros, idosos, portadores de deficiência e de HIV, homossexuais.³⁴

No que concerne às políticas de ação afirmativa em matéria de orientação sexual, ainda que sejam escassas, o governo nacional vem avançando nesse aspecto.

Um desses avanços é o Programa de Cooperação Técnica do Ministério do Trabalho e Emprego para implementação da Convenção da nº 111 OIT. Esse programa teve início em 1995 e trouxe avanços importantes. Atualmente, diversas Delegacias Regionais do Trabalho já dispõem de um núcleo específico de Promoção da Igualdade de Oportunidades e Combate à Discriminação.

Em se tratando especificamente de orientação sexual, no ano de 2004, foi desenvolvido o “Programa Brasil Sem Homofobia” que é o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual.³⁵

O Programa Brasil Sem Homofobia foi lançado a partir de uma série de discussões entre o Governo Federal e a sociedade civil organizada, com o intuito de promover a cidadania e os direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT),³⁶ por meio da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas e transfóbicas.

Esse Programa tem como princípios: a inclusão da perspectiva da não discriminação por orientação sexual; a promoção dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais nas políticas públicas e estratégias governamentais; a produção de conhecimento para subsidiar a elaboração e a introdução de políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual; a reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais são um compromisso do Estado e de a toda sociedade brasileira.³⁷ O Programa também é constituído de diferentes ações voltadas para:

- a) apoio a projetos de fortalecimento de instituições públicas e não governamentais que atuam na promoção da cidadania LGBT e/ou no combate à homofobia;
- b) capacitação em Direitos Humanos para profissionais e representantes do movimento LGBT que atuam na defesa de direitos humanos;
- c) disseminação de informações sobre direitos, de promoção da autoestima LGBT; incentivo à denúncia de violações dos direitos humanos da população LGTB;
- d) capacitação e disseminação de informação a gestores das diversas esferas governamentais na temática de direitos humanos da população LGBT;
- e) atuar na troca de experiências de sucesso em matéria de políticas públicas em vários países do mundo, com foco nas relações do Mercosul.

O Programa Brasil Sem Homofobia busca o reconhecimento e a reparação da cidadania da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, que,

nação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

³⁶ O termo atual oficialmente usado para a diversidade no Brasil é LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). A alteração do termo GLTB em favor de LGBT foi aprovada na 1ª Conferência Nacional GLBT realizada em Brasília no período de 5 e 8 de junho de 2008. A mudança de nomenclatura foi realizada a fim de valorizar as lésbicas no contexto da diversidade sexual e também de aproximar o termo brasileiro com o termo predominante em várias outras culturas.

³⁷ Idem. Ibidem. p. 11-12

³⁴ CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.p.33-34.

³⁵ CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia**: programa de combate à violência e à discrimi-

inegavelmente, representam uma parcela relevante da sociedade brasileira e sofrem com o preconceito e com a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, além de outros como, raça, etnia, gênero, idade, deficiências, credo religioso ou opinião política.

Relativamente ao tema central deste artigo, o Programa “Brasil Sem Homofobia” visa garantir, por intermédio de uma política de acesso e de promoção da não discriminação por orientação sexual, a inclusão de homossexuais no mercado de trabalho.

Para encerrar, é importante destacar que tais medidas de combate à discriminação são de extrema relevância para que homossexuais possam competir no mercado de trabalho, mormente quando essas medidas referem-se à capacitação de homossexuais, pois sem medidas que promovam essa capacitação, homossexuais continuarão fadados a fazer parte do mercado informal de trabalho, a ocupar empregos que exigem menores qualificações ou mesmo acabarão por serem excluídos do mercado formal de trabalho.

Inserir homossexuais no mercado de trabalho é fundamental para garantir concretamente a dignidade desse grupo vulnerável, visto que todo cidadão, independentemente da orientação sexual, tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem na competição por algum benefício público, simplesmente porque o grupo ao qual pertence é objeto de preconceito, discriminação ou desprezo.

3.2 Normas de combate à discriminação por orientação sexual

Como já mencionado, inexistente no Brasil legislação específica contra discriminação por orientação sexual,³⁸ quer no âmbito geral, quer no âmbito do direito do trabalho.

No entanto, essa omissão legislativa não pode ser vista como uma permissão da legislação para a prática de condutas discriminatórias por tomadores de serviço, visto que tanto o direito pátrio como o internacional vedam qualquer forma de discriminação infundada no meio ambiente de trabalho.

A proibição à discriminação por orientação sexual no mercado de trabalho é prevista implicitamente na

38 Ressalta-se que neste ponto a análise da legislação interna será feita a partir do texto constitucional e leis federais, tendo em vista que em algumas legislações municipais e estaduais, tal como a Constituição do Estado do Pará (EC 20/2003), já preveem regras específicas em relação à discriminação por orientação sexual.

Carta Magna Nacional, tendo em vista que a ordem constitucional brasileira elege a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho entre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV).

Além disso, a Constituição impõe como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Essa disposição, por si só, pode ser tida como pressuposto constitucional pelo qual o Estado proíbe qualquer ato tendente a permitir qualquer forma de discriminação.

Não só isso. A determinação prevista no art. 3º, IV do texto constitucional impõe ao Estado que ele reúna esforços na busca de uma sociedade mais igualitária, com a eliminação de todas as formas de desigualdade.³⁹

Pontua-se que essa repressão contra a prática de atos discriminatórios pelo Poder Constituinte Originário também é clarividente no texto do art. 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais e que declara a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em matéria trabalhista, o texto constitucional do art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, é taxativo no sentido de proibir qualquer tipo de conduta discriminatória e que importe em distinção de qualquer natureza.

Observe-se que não é só na Constituição Federal que a discriminação por orientação é vedada no direito nacional. A Lei 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, também proíbe outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

O art. 1º da referida lei determina:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Em um primeiro momento, pode-se imaginar que o artigo deixa de fora práticas discriminatórias decorrentes da orientação sexual. Todavia, tal omissão não exclui a aplicação da Lei 9.029/95 nas hipóteses de discrimina-

39 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.p. 62.

ção em razão da orientação sexual no mercado de trabalho, tendo em vista que a aplicação e a interpretação de tal Lei deve ser feita a partir do texto constitucional, que veda qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV). Logo, entende-se que a discriminação em razão da orientação sexual do trabalhador também se encontra albergada pelas regras contidas na Lei 9.029/95.

No que diz respeito ao direito internacional, aponta-se a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como documento de grande relevância em matéria de discriminação. Referida Convenção foi promulgada em 1958 e com vigência a partir de 15 de junho de 1960, visando regular de forma genérica a discriminação, vedando-a em todas as suas formas e por qualquer razão.

Note-se que, em 26 de novembro de 1965, o Brasil ratificou a Convenção 111 da OIT e sua promulgação deu-se, em 1968, por meio da edição do Decreto nº 62150/68. Dispõe o art. 1º da Convenção 111 da OIT:

1. Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins desta Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego.

A partir dessa disposição, pode-se frisar que Estado nacional, ainda que não tenha uma legislação específica para discriminação por orientação sexual, proíbe amplamente toda e qualquer forma de discriminação que impossibilite, restrinja ou inviabilize o acesso ao mercado de trabalho. Logo, com a ratificação pelo Brasil da Convenção 111 da OIT, o homossexual pode se valer dessa legislação protetiva contra condutas discriminatórias de empregados e colegas no âmbito do direito do trabalho.

Observa-se ainda que o texto da Convenção, mais

precisamente no art. 5º, preceitua a possibilidade de cada País-membro valer-se da ação afirmativa como mecanismo para definir políticas que tenham como objetivo favorecer a determinados grupos a fim de lhes garantir inclusão social. *In verbis*:

1. Não são consideradas discriminatórias medidas especiais de proteção ou de assistência providas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho.

2. Todo País-membro pode, mediante consulta a organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, definir, como não discriminatórias, outras medidas especiais destinadas a atender a necessidades particulares de pessoas que, por motivo de sexo, idade, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural, necessitem de proteção ou assistência especial.

Ainda no plano do direito internacional, não se pode olvidar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.⁴⁰

Assim como a Convenção 111 da OIT, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 2º, item 2, veda qualquer tipo de prática discriminatória:

Art. 2º – (...)

2. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Em sendo assim, repete-se ainda que não haja uma legislação específica, tanto no plano do direito interno quanto no plano internacional, os homossexuais possuem acervo legislativo de que podem se valer, não só no âmbito laboral, mas também em qualquer âmbito em que venham sofrer violações de direitos em razão de qualquer prática discriminatória.

40 O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais teve o objetivo de tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, determinando a responsabilização internacional dos Estados-partes pela violação dos direitos enumerados. O Pacto inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à educação, o direito das crianças de não serem exploradas e o direito à participação na vida cultural da comunidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise desenvolvida, pretende-se apresentar alguns pontos que permitam reflexão em torno do tema discriminação a homossexuais no ambiente laboral.

Verificou-se, a partir do estudo aqui realizado, que ainda que o Estado e a sociedade brasileira tenham evoluído em matéria de combate à discriminação, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, e com ratificação da legislação internacional, muito ainda precisa ser feito no que tange à discriminação aos homossexuais.

A problemática referente à discriminação vivida por homossexuais no ambiente e mercado de trabalho confirma tal entendimento e faz reconhecer que, apesar da proteção constitucional e legal contra condutas discriminatórias, muitos tomadores de serviços não contratam homossexuais e outros acabam por se desfazer/discriminar o funcionário a partir do momento que ficam sabendo que sua orientação sexual é diferente da maioria.

No âmbito do mercado de trabalho, a discriminação é uma realidade vivida por muitos *gays* e lésbicas. A orientação sexual diferente da maioria não é vista com bons olhos pelas empresas. O estereótipo de doentes ou desviados ainda permanece encravado na sociedade e apenas reforça e estimula o tratamento discriminatório. A mentalidade heterossexista intrínseca que domina a sociedade parte da “normalidade” heterossexual para definir pessoas e grupos que se encontram excluídos dela, como no caso dos homossexuais.

Não há justificativa suficiente para aceitar que, em pleno século XXI, o ser humano sofra discriminação em razão de suas diferenças. Com efeito, as identidades pessoais devem ser respeitadas. Às pessoas devem ser atribuídos os valores e consideradas as diversidades componentes da natureza humana.

Indubitavelmente, o reconhecimento da pluralidade inerente à condição humana é pressuposto para o respeito e proteção a projetos de vida distintos daqueles tidos como padrão pela maioria da sociedade.

É certo que a definição histórica de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, deve ser entendida como uma maneira de promover a igualdade daquelas pessoas e grupos vulneráveis em razão do preconceito encravado na cultura dominante de uma sociedade.

Para isso, entende-se que apenas o uso de medidas repressivas contra atos discriminatórios revela-se insuficiente para mudar o quadro de exclusão a que estão sujeitos os homossexuais.

Considera-se a ação afirmativa a forma jurídica que deve ser utilizada para se superar a exclusão e a diminuição de grupos discriminados e para lhes garantir que suas características sejam preservadas por meio da sua inserção no seio social.

Ressalta-se que a ação afirmativa não tem a pretensão de eliminar as diferenças, mas buscar mecanismos para impulsionar a integração das pessoas e grupos discriminados.

Todavia, no campo da homossexualidade, reconhece-se a dificuldade de se implementar ações afirmativas que efetivamente garantam a igualdade a esses sujeitos discriminados.

Dentre os fatores que ajudam a dificultar as políticas afirmativas no plano da homossexualidade, podem-se enumerar dois principais, quais sejam: os poucos números de denúncias em torno da discriminação e o medo do homossexual assumir claramente diante de todos os segmentos da sociedade sua verdadeira orientação sexual.

As ações afirmativas são tanto mais efetivas, quanto mais expostos estiverem as violações aos direitos do grupo defendido; quanto mais evidente for a posição de não dominância que se ocupa no Estado em que se vive. Foi o que ocorreu com mulheres e negros.

Para surtirem efeitos nas questões ligadas à homossexualidade, em um primeiro momento, as ações afirmativas deveriam estar voltadas a uma política de educação e conscientização que visem à produção de conhecimento sobre orientação sexual como forma de extinguir, ou minimamente reduzir a barreira de preconceito contra homossexuais na mentalidade popular.

Tal política de caráter informativo serviria de base, para que, num segundo momento, fossem criadas medidas efetivas para a inserção e a integração social de homossexuais que, ainda hoje, encontram-se numa situação de exclusão e marginalidade no que diz respeito a uma série de direitos e de oportunidades garantidas apenas aos heterossexuais ou aqueles homossexuais que escondem sua verdadeira orientação sexual, por medo de sofrer discriminação da sociedade.

Sem sombra de dúvidas, vencer a barreira do preconceito em torno do tema da homossexualidade não é uma tarefa fácil. Vencer o preconceito é uma luta árdua.⁴¹

Mas nem tudo está perdido. Homossexuais possuem a seu favor a Carta Magna Nacional, a Lei 9029/95 e os tratados e convenções de que o Brasil faz parte.

É dever do Estado Democrático de Direito assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, dogma que se assenta nos princípios da liberdade e da igualdade.

A proibição de discriminação em virtude de orientação sexual, engendrada pelo princípio isonômico, ordena que o preconceito, desrespeito e intolerância não prevaleçam sobre o direito fundamental de igualdade, alicerce indispensável para o convívio social que respeita a dignidade de cada ser humano.⁴²

Além disso, como diz José Claudio Brito Filho, tem-se hoje entidades estatais como, o Ministério Público, a Justiça do Trabalho e o Ministério do Trabalho e do Emprego, todas engajadas na busca das melhorias das condições de trabalho.⁴³

Tem-se, ainda, além da sociedade civil organizada, o movimento LGBT muito mais atuante na defesa dos direitos homossexuais, o que já contribui para minorar a questão da discriminação por orientação sexual.

Mas não é o bastante. É imprescindível que o Estado mediante uma ação informativa desmistifique estereótipos negativos em relação aos homossexuais.

É necessário que o Estado e a sociedade conscientizem-se de que a problemática da discriminação por orientação sexual urge políticas públicas que garantam ao homossexual além do respeito e da inserção na sociedade, uma vida digna e livre do medo de expor a todos sua identidade sexual.

Por derradeiro, espera-se ter contribuído com a abordagem do tema para o avanço das discussões envolvendo as discriminações motivadas pela orientação sexual.

E mais, espera-se que este trabalho sirva com um impulso para que outros estudiosos desbravem a discriminação sofrida pelos homossexuais, pois se julga que esse problema precisa ser mais enfrentado e discutido no meio acadêmico.

REFERÊNCIAS

ABLGT/Projeto Aliadas. **Entenda a lei**. Disponível em: <<http://www.naohomofobia.com.br/lei/index.php>>. Acesso: 10 mar. 2009.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. Caso Richarlyson e a homofobia. **Revista Jurista**, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2972>. Acesso: 27 ago. 2007.

ANAMATRA. **Os iguais de forma diferente**: quando a discriminação no trabalho atinge os homossexuais. Disponível em: <http://anamatra.org.br/publ/periodicos/rev_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=230>. Acesso: 17 jun. 2007.

ANJOS, Gabriele dos. Identidade sexual e identidade de gênero: subversões e permanências. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 2, n° 4, jul/dez 2000, p.274-305.

ASSIS, Reinaldo Mendes de. União entre homossexuais: aspectos gerais e patrimoniais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2432>>. Acesso: 08 set. 2005.

BLÁBLÁBLÁ, Jornal. **O mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://jornalblablaba.blogspot.com/2007/05/o-mercado-de-trabalho.html>>. Acesso: 10 jun. 2007.

BLUMENFELD, Warren J. Blumenfeld. **Definições para trabalho**. Disponível em: <<http://homofobia.com.sapo.pt/trabalho.html>>. Acesso em: 13 out. 2005.

BORBOREMA NETO, Ruy Telles. **Sexualidade e gênero e direitos humanos**: um estudo de caso Eulina. Universidade Federal do Pará, 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais**: aspectos jurídicos. São Paulo: RT, 2002.

Brasil, gênero e raça. **Todos unidos pela igualdade de oportunidade**: teoria e prática. Brasília: Ministério do Trabalho, 1997.

41 SPENGLER, Fabiana Marion. União **Homoafetiva**: o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2003.p. 214.

42 RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte - americano. São Paulo: RT, 2002.p.178.

43 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.p.126.

- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direitos humanos, cidadania, trabalho**. Belém, 2004.
- _____. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno**. São Paulo: LTr, 2004.
- CARLOS, Vera Lúcia. **Discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Método, 2004.
- CARTLEDGE, Paul. **História ilustrada da Grécia antiga**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- CAMPBELL, Ullisses. **Deputados querem que SUS pague sessão de análise para quem quer deixar de ser gay**. Disponível em: <<http://www.abraceh.org.br/v2/index/index.php>>. Acesso: 05 maio 2009.
- CARRARA, Sérgio. **Educação, diferença, diversidade e desigualdade**. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/scarrara.pdf>>. Acesso: 24 fev. 2010.
- _____. **Só os viris e discretos serão amados?**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=330&sid=89&tpl=view_BR_0125>. Acesso: 24 fev. 2010.
- CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. A Igreja Católica e os homossexuais: a gota d'água. **Revista Jurídica del Peru**, nº 49, pg. 249 – 270, Lima (Peru): Editora Normas Legales, agosto de 2003.
- _____. Homoafetividade e direito: o oposto do que eu disse antes. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6500>>. Acesso em: 13 set. 2005
- _____. **União homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. Disponível: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4902>>. Acesso: 15 fev. 2005.
- COELHO, Edson. Ele não usa sapatilhas, mas chuteiras. **Jornal O Liberal-Belém**, 26.08.2007a.
- _____. Telma, eu não sou gay. **Jornal O Liberal-Belém**, 26.08.2007b.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. São Paulo: Editora LTr.
- CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- CORREIA, Jadson Dias. União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1151/95). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 1, n. 10, abr. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=554>>. Acesso: 08 set. 2005.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DEL PRIORI, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Homoafetividade: o que diz a justiça**. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Amor não tem sexo**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dcivil0045.htm>>. Acesso: 21 out. 2005.
- _____. **Uma questão de justiça**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/>>. Acesso: 05 ago. 2007.
- _____. **Preconceito: crime contra a cidadania**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/site/>>. Acesso: 05 ago. 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FACCHINI, Regina. **“Sopa de Letrinhas”? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90: um estudo a partir da cidade de São Paulo**. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Departamento de Antropologia do IFCH, UNICAMP, Campinas, SP, 2002.
- FALCÃO, Luciene Campos. **Adoção de crianças por homossexuais: crenças e formas de preconceito**. Universidade Católica de Goiás, 2004.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- FERREIRA, Cilene Marques. **Os estigmas na vida cotidiana dos portadores de necessidades especiais**. Unama, 2006.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. **Uniões homossexuais: efeitos jurídicos**. São Paulo: Editora Método. 2004.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva.
- GLOBO, Rede. **Professoras discriminadas**. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/Fantastico/0,AA1662347-4005-755999-0-18112007,00.html>>. Acesso: 20 nov. 2007.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988.
- GUGEL, Maria Aparecida. **Discriminação do homossexual nas relações de trabalho**. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/pgtgc/publicacao/engine.wsp?tmp.area=219&tmp.texto=1080>>. Acesso: 17 dez. 2008.
- KOTLINSKI, Kelly; CEZÁRIO, Joelma Cezário; NAVARRO, Melissa. **Legislação e jurisprudência LGBTTT: lésbicas – gays – bissexuais – travestis – transexuais – transgêneros**. **Anis**: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Associação Lésbica Feminista de Brasília Coturno de Vênus. Brasília: LetrasLivres, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MAZZAROLO, Isidoro. **Homossexualidade e sexualidade na Bíblia: alguns tópicos pra o debate**. Disponível em: <<http://www.itf.org.br/index.php?pg=conteudo&revistaid=4&fasciculoid=18&sumarioid=132>>. Acesso: 14 out. 2005.
- MELLO, Luiz. **Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil**. **Cadernos Pagu nº 24** Campinas Jan./June 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000100010>. Acesso: 20 fev. 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUSSBAUMER, Gisele Marchiori. **Cultura e identidade gay: a diferença do múltiplo**. INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Campo Grande – MS.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação sexual e discriminação no emprego**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2049>>. Acesso em: 08 ago. 2008.
- PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- PIOVESAN, Flávia & RIOS, Roger Raupp. **A Discriminação por gênero e por orientação sexual**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol24/artigo05.pdf>>. Acesso: 04 ago. 2007.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo & VIANA, Frederico Machado. **Preconceito contra a homossexualidade: a hierarquia da invisibilidade**. São Paulo: Cortez, 2008.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano**. São Paulo: RT, 2002.
- _____. **Os iguais de forma diferente: quando a discriminação no trabalho atinge os homossexuais**. Disponível em: <http://anamatra.org.br/publ/periodicos/rev_anamatra/rev_template_int.cfm?cod_mat=230> Acesso: 17 jun. 2007.
- _____. **A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_149/r149-23.pdf>. Acesso: 04 ago. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Adriana Nunan do Nascimento. **Homossexualidade e discriminação:** o preconceito sexual internalizado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros.

SPENGLER, Fabiana Marion. **União homoafetiva:** o fim do preconceito. Santa Cruz do Sul: Editora EDUNISC. 2003.

Um Outro Olhar, Rede. **Professoras discriminadas em Campo Grande.** Disponível em: <http://www.umoutroolhar.com.br/em_movimento.htm#Professoras_discriminadas_em_Campo_Grande>. Acesso: 25 nov. 2007.

VELOSO, Zeno. Um amor ainda à margem da lei. **Jornal O Liberal - Belém**, 30.03.2003.

VERDON, Jean. Ser homossexual não é tabu. **Revista História Viva**, São Paulo-SP, ano I, nº 5, p.44, março 2004.

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. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* 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 *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª 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 descritivo 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), apresentação 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.uni-cueb.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 Prisma: Direito, Políticas Públicas e Mundialização passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Artigo Especial

O fundamento do direito internacional

Alfred Verdross

Proteção Internacional dos Direitos Humanos

Indigenous rights movement: is the same needed to prevent continued human rights violations of the mentally ill

Liesel LeCates

O discurso das drogas construído pelo direito internacional

Camila Soares Lippi

O estado democrático de direito LAICO e a “neutralidade” ante a intolerância religiosa

Antonio Baptista Gonçalves

Um direito sem estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global

Anderson Vichinkeski Teixeira e Rafael Köche

Direito Humanitário

The U.N. Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and North Korea: How North Korea is Violating these Rules with its Operation of the Yodok Concentration Camp

Tom Theodore Papain

U.S. Institutionalized Torture with Impunity: Examining Rape and Sexual Abuse in Custody Through the ICTY Jurisprudence

Allison Rogne

Abduction, Torture, Interrogation: An Argument Against Extraordinary Rendition

Kaitlyn E. Tucker

United States and European Union approaches to the death penalty: America should consider a new perspective

Katie R Hill

Tudo de novo no front: MONUSCO, uma nova era nas peacekeeping operations?

Priscila Fett

A administração de territórios ocupados: indeterminação das normas de direito internacional humanitário?

João Henrique Ribeiro Roriz, Fabia Fernandes Carvalho Veçoso e Lucas da Silva Taschetto

The (in)applicability of the statute of refugees to environmentally displaced persons¹⁹⁷

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Lucas de Melo Prado

Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A contribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o acesso à justiça qualitativo

Márcio Antônio de Oliveira Filho, Ana Caroline Portes de Oliveira, Jéssica Galvão Chaves e Warlen Soares Teodoro

A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil

Augusto César Leite de Resende

A efetividade do ativismo jurídico transnacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir de casos contra o Brasil

Renata Mantovani de Lima e Lucélia de Sena Alves

O Processo e o Direito Coletivo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise com base na jurisprudência internacional

Laercio Dias Franco Neto e Dafne Fernandez de Bastos

Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América

Paloma Morais Corrêa

A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130

Natália Paes Leme Machado

A proteção do meio ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do direito à educação

Augusto César Leite de Resende

Parameters and procedures of the Inter-American System of Human Rights in children’s rights violation lawsuits

Maria Guiomar da Cunha Frota e Pedro Alves Barbosa Neto

Poverty as a violation of human rights: the case of street children in Guatemala and Brazil

Paloma Morais Correa

Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro

A lei n. 11.340/06 e suas repercussões no contrato individual de trabalho

Humberto Lima de Lucena Filho e Waldeny Pereira Filho

Orientação sexual e discriminação no ambiente laboral

Glauca Fernanda Oliveira Martins Batalha