

**EFETIVIDADE DOS
DIREITOS HUMANOS
E DIREITO
INTERNACIONAL**

Organizadores

Eduardo Val
Ana Paula Delgado
Pedro Sloboda

EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO INTERNACIONAL



EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

EDITORA MULTIFOCO

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.

Av. Mem de Sá, 126, Lapa

Rio de Janeiro - RJ

CEP 20230-152

CONSELHO EDITORIAL

Presidência:

Felipe Dutra Asensi

Marcio Caldas de Oliveira

Conselheiros:

André Guasti (TJES, Vitória)

Bruno Zanotti (PCES, Vitória)

Camilo Zufelato (USP, São Paulo)

Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)

Eduardo Val (UFF)

Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)

Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)

José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)

Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)

Paula Arevalo (Colômbia)

Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)

Pedro Ivo (MPES, Vitória)

Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)

Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)

Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)

Santiago Polop (Argentina)

Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)

Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)

Victor Bartres (Guatemala)

Yolanda Tito (Peru)

Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21

Efetividade dos Direitos Humanos e Direito Internacional

VAL, Eduardo

DELGADO, Ana Paula

SLOBODA, Pedro

1ª Edição

Fevereiro de 2017

ISBN: 978-85-5996-412-7

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

CONSELHO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Fuentes (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glauca Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-Jus

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Com a sua criação, o **CAED-Jus** torna-se um dos principais congressos da América Latina com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso a ser enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional

e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2016, o evento ocorreu entre os dias 23 a 25 de novembro e contou com 44 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos cinco livros do evento:

- Direito público: desafios e perspectivas
- Efetividade dos direitos humanos e direito internacional
- Direito, sociedade e solução de conflitos
- Novos direitos e transformação social
- Direitos fundamentais e efetivação

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2016. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Mario Luis Gambacorta (UBA, Argentina) e Deraldo Dias (UCS). O trabalho premiado foi de autoria de Tatiana Lourenço Emmerich de Souza sob o título “O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira”.

SUMÁRIO

DIREITOS HUMANOS..... 15

APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....17

Ana Paula Marques de Souza Paiva

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO
PRINCÍPIO ORIGINADOR DO MÍNIMO E DO
MÁXIMO EXISTENCIAL 35

Artur Alves Pinho Vieira

O USO DAS REDES SOCIAIS NO AMBIENTE
CORPORATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS
NA RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA
CAUSA SOB A ÓTIMA DOS DIREITOS
HUMANOS.51

Carla Sendon Ameijeiras Veloso

DIREITOS HUMANOS E PARA HUMANIDADE,
UM DISCURSO ACERCA DA UNIVERSALIDADE
E INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS
HUMANOS71

Fagner Vinícius de Oliveira

O TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO
BRASILEIRO 85

Gleyce Anne Cardoso

O TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO
INTERNACIONAL E SEUS ASPECTOS
NORMATIVOS.....107

Gleyce Anne Cardoso

A ADI 5581/16: O PROCESSO COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
OU SUPRESSÃO DE DIREITOS
HUMANOS? 125

Lília Nunes dos Santos

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO
INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DA
CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO
BRASIL145

Manuel Maria Antunes de Melo e Denise Mercedes N. N. Lopes Salles

SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL
E O RECONHECIMENTO DA
FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO SOCIAL À
ALIMENTAÇÃO..... 165

Tauã Lima Verdán Rangel

**SAÚDE SEXUAL E
REPRODUTIVA..... 183**

REPERCUSSÕES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA
VIVENCIADA PELAS MULHERES NAS

UNIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS: UMA
REVISÃO INTEGRATIVA185

Aline de Carvalho Martins e Geiza Martins Barros

ORIENTAÇÕES DA POLÍTICA DE SAÚDE
BRASILEIRA PARA O ATENDIMENTO À
SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA NA
ADOLESCÊNCIA: UMA REVISÃO
INTEGRATIVA..... 203

Mônica Gomes Pereira e Aline de Carvalho Martins

DIREITOS REPRODUTIVOS: ANALISANDO A
ESCOLHA CONTRACEPTIVA DE MULHERES
EM IDADE MATERNA AVANÇADA 221

Camila Rebouças Fernandes e Géssica Martins Mororó

INFERTILIDADE E ENDOMETRIOSE A
PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO
SEXUAL E REPRODUTIVO: NARRATIVAS DE
MULHERES QUE SE ASSOCIAM EM REDE
VIRTUAL237

Paulo Alexandre de Souza São Bento, Rozânia Bicego Xavier e Martha Cristina
Nunes Moreira

CONSTITUIÇÕES E DIREITO INTERNACIONAL 255

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA
CONSTRUÇÃO DE UM MURO POR ISRAEL
EM TERRITÓRIO PALESTINO DE ACORDO
COM A CORTE INTERNACIONAL DE
JUSTIÇA 257

Carolina de Almeida Pereira e Lycia Amelia Ribeiro Brasil

A DICOTOMIA ENTRE A ABERTURA
CONSTITUCIONAL ÀS NORMAS
INTERNACIONAIS E A RECUSA AO
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA
REPÚBLICA DOMINICANA.....275

Simone Alvarez Lima

À SOMBRA DO CAPITÓLIO DE WASHINGTON:
AS PROPOSTAS CONSTITUCIONAIS DE
CAMPOS SALES E RUI BARBOSA PARA A
REPÚBLICA VELHA (1889-1930)295

Wingler Alves Pereira

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E REFUGIADOS 311

A COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL
DAS NAÇÕES UNIDAS E A RESPONSABILIDADE
INTERNACIONAL DOS ESTADOS313

Aline Vogel e Tobias Grippa

PELO DIREITO A VOTO PARA REFUGIADOS
NO BRASIL327

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz

REASSENTAMENTO VOLUNTÁRIO
BRASILEIRO341

Bianca de Moura Pupo

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES
UNIDAS: LIMITES JURÍDICOS.....353

Caio Junqueira de Brito

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES
UNIDAS: CONTROLE DE LEGALIDADE POR
TRIBUNAIS INTERNACIONAIS 373

Caio Junqueira de Brito

REFUGIADOS PALESTINOS, ISRAEL E O
DIREITO INTERNACIONAL.....393

Caroline Juvencio Mariano de Medeiros e Samuel Felipe Nascimento Horn

REFUGIADOS E A “CEGUEIRA DE
GÊNERO” 411

Charlotth Back

NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O DIREITO
INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS.....425

Cláudio Cerqueira Bastos Netto

A PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO A PARTIR
DA CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL DO
DISCURSO DE ÓDIO..... 441

Eduardo Paredes

CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TIPOLOGIA
DO ÓDIO: DIFERENÇAS ENTRE O
GENOCÍDIO E OS CRIMES CONTRA A
HUMANIDADE461

Elizabeth Goraieb e Rodrigo Cerveira Cittadino

LEGITIMIDADE EM RISCO: O CONSELHO
DE SEGURANÇA E A INTERVENÇÃO DA
OTAN NA LÍBIA479

Guilherme de Jesus France

O TERRORISMO INTERNACIONAL E O
PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO..... 499

Gustavo Marchi Bento

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS
DA UNIÃO EUROPEIA* 517

Isabella Almeida de Sá e Benevides e Raissa Pose Pereira

CARTA DA ONU: A CONSTITUIÇÃO DA
SOCIEDADE INTERNACIONAL DOS
ESTADOS..... 541

Philippe Carvalho Raposo

PENAS CORPORAIS NA SHARIA: UMA
ANÁLISE A PARTIR DO TRABALHO DO
CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS
NAÇÕES UNIDAS 557

Rafael Zelesco Barretto

DIREITOS HUMANOS

APLICAÇÃO DA TUTELA
ANTECIPADA NO DIREITO
PROCESSUAL DO TRABALHO
Ana Paula Marques de Souza Paiva¹

1. Introdução:

Este texto científico tem como objetivo fazer uma análise da aplicabilidade da Tutela Antecipada no processo trabalhista como meio de possibilitar ao empregado receber seus salários atrasados, ressaltando-se, todavia, a natureza alimentar desse direito inequívoco. Baseando-se no que predispõe a própria legislação trabalhista, quando em seu artigo 769 estabelece a subsidiariedade do Ordenamento Processual Civil no Processo do Trabalho diante de casos omissos, é passível a justaposição desse instituto, eis que se trata de verbas trabalhistas não pagas que, a priori, são incontroversas.

Ainda que existam princípios como a Razoável Duração do Processo e Celeridade que norteiam as bases processuais, é forçoso reconhecer que o trâmite processual é por demais demorado, tornando o trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista, ainda mais vulnerável, tendo em vista que diante de um dispêndio de energia não renovável, deixa de receber valores adjacentes à atividade anteriormente executada, o que lhe traz transtornos e danos inenarráveis.

Desde que os olhos da ciência do direito se voltaram para a noção do *devido processo legal*, um

1. Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro. E-mail: anapaula607@hotmail.com

ponto se tornou consenso: não se pode reconhecer como processo devido aquele excessivamente demorado, ou seja, aquele que entre a invocação da tutela jurisdicional e sua efetiva prestação demanda um tempo muito longo, afrontando o que seria a *duração razoável do processo*. (JUNIOR, Humberto Theodoro. Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Ed. PODIUM. 2ª Edição. Ano 2009. Página 387).

Não é de hoje que os Operadores do direito encontram dificuldade para executar a efetiva prestação jurisdicional, sem que, todavia, encontrem êxito nesse árduo percurso, uma vez que o número de executados que, espontaneamente, vêm a quitar seus débitos, é mínimo, quiçá, raro.

Mas, por estar-se diante da Justiça Trabalhista, a execução não é apenas um direito do trabalhador/exequente, mas uma medida que deve ser compulsada, uma vez que, como já anteriormente afirmado, os valores perseguidos têm natureza alimentar, o que denota uma exigência ao que se refere a seu cumprimento.

Quando, todavia, observa-se garantias constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Razoável Duração do Processo, Celeridade, serem violadas por aqueles que deveriam efetivá-las, o Jurisdicionado tende a estar diante de uma Justiça falha e incapaz, pois se mostra inoperante na medida em que não consegue satisfazer seu crédito trabalhista.

Nesse sentido, o Judiciário, mediante seus operadores, deve buscar saídas mais efetivas para a satisfação desses créditos, o que se faz pensar na aplicação de institutos como a tutela antecipada que, mesmo sendo uma garantia proporcionada pelo Processo Civil, permite ao trabalhador vislumbrar uma Justiça mais célere e comprometida com seu direito.

2. Tutela Antecipada: Algumas reflexões.

Antecipação de Tutela é uma ferramenta utilizada pelo Processo Civil com o intento de alcançar a prestação jurisdicional de forma mais célere, antes mesmo do fim do processo com a prolação da sentença.

Segundo Marcelo Pereira de Almeida e Adriano Moura da Fonseca Pinto:

A tutela dos interesses em juízo deve atender, sempre que possível, a realidade do direito substancial a ser protegido. Quanto mais próxima a se apresentar essa relação, melhor será a prestação jurisdicional oferecida, e, por conseguinte, de forma mais perfeita terá contribuído para a consecução dos escopos processuais (ALMEIDA, Marcelo Pereira de e PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Curso do Novo Processo Civil. Ed. Freitas Bastos. Ano 2015. Página: 265).

No entendimento de Adriana Timoteo dos Santos Zagurski, Giulliano Tramontin Lacerda, no artigo jurídico Aplicabilidade da Antecipação de Tutela no Processo do Trabalho, usando como base o ensinamento de WAMBIER, Luiz Rodrigues, tutela antecipada: “é uma medida que visa precipitar no tempo os efeitos da sentença de mérito. (...)”. Em outras palavras, é o meio que o autor da demanda processual possui para antecipar um direito que, a princípio, seria concedido ao final do processo, mas que por receio de ter seu direito perecido, ou ainda, conviver com um dano irreparável, pode o Juiz a pedido ou de ofício antecipar os efeitos da sentença.

De toda sorte, o processo, seja do trabalho ou não, tem um trâmite bastante demorado e, muitas vezes, intenso, uma vez que a Legislação Brasileira prevê que, diante dos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório, devem as partes terem as mesmas oportunidades no âmbito processual; no entanto, o decurso prolongado

do tempo faz com que o princípio da igualdade se torne uma frustração, na medida em que a igualdade formal consubstanciada nos autos do processo acentua a desigualdade do autor – no caso em estudo o trabalhador – em relação ao seu opositor (o empregador).

Salientando este entendimento, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que:

Trata-se, portanto, de uma importante técnica processual voltada à atípica concretização do princípio da igualdade e da paridade de armas entre os litigantes (arts. 5º, I, da CF /1988, e 7º do CPC) – destinada, portanto, a colocar em evidência o lado oculto do processo, aquele que não pode ser visto pelo processualista que olha apenas para o plano normativo: o fato de que a resistência indevida no processo não pode ser fonte de vantagens econômicas para quem por detrás dela se esconde, mormente quando o autor depende economicamente do bem da vida, hipótese em que o desprezo pelo tempo do processo e o conseqüente fortalecimento da posição do réu acentua a desigualdade entre as partes, transformando o princípio da igualdade em uma abstração irritante. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil – Vol. 2 Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 2015. Páginas 201)

A Tutela Antecipada, por conseqüente, tenta equilibrar as forças nos autos do processo, pois foi desenvolvida com a finalidade precípua de diminuir o tempo de espera pelo autor da demanda.

O grande jurista Rui Barbosa, com todo o seu intelecto, em pleno século XIX, já afirmava que “*a justiça atrasada não é justiça, se-*

não injustiça qualificada e manifesta”. De fato, quando a Justiça não consegue reprimir a demora na satisfação da prestação jurisdicional, acaba por legitimar aquilo que tem como fim impedir: **a injustiça**.

E ainda que alguns tendem a enfatizar que o instituto da Tutela Antecipada é uma ferramenta inadequada, pois vai de encontro aos princípios constitucionais, como Ampla Defesa e Contraditório, tais suposições devem ser logicamente derrubadas, visto que, embora todos os princípios devam ser, de imediatos, concretizados, diante do que se considera conflito aparente, deve o Magistrado fazer um juízo de ponderação a fim de trazer à luz do caso concreto aquele princípio que melhor se adequar a situação imposta.

A partir do momento que o Judiciário deixa de dar paridade de armas a ambas as partes está, obviamente, violando preceitos constitucionais, contudo, deixar que o processo tramite de forma a prejudicar, de maneira irremediável a uma das partes, no caso em questão a parte demandante, é permitir que a injustiça tome as rédeas do litígio.

Observando este dilema, Humberto Theodoro Júnior enfatiza um entendimento bastante pertinente:

Se, de um lado, a prestação jurisdicional tem de ser célere, para não se fazer injustiça a quem sofra lesão ou ameaça a direito, por outro, nenhuma solução de litígio há de ser imposta sem que se obedeça a outros mandamentos decorrentes da própria garantia do devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV). (...). De longa data, vem o Direito Processual se esforçando para criar mecanismos capazes de harmonizar essas forças antagônicas (...) para adequá-lo às necessidades da solução da crise que o litígio implanta na esfera do direito material. (JUNIOR, Humberto Theodoro. Bases Científicas para

um Renovado Direito Processual. Ed. PODIUM. 2ª Edição. Ano 2009. Página 388).

Estamos diante, portanto, de uma tutela provisória exauriente que visa antecipar os efeitos finais do processo para evitar um mal maior. Entretanto, esta ferramenta é apenas isso: provisória. O que significa que pode, a qualquer tempo, ser revogada, tornando-se definitiva, somente, na prolação da decisão final, quando essa transitar em julgado.

Cabe ressaltar que o Brasil não é o único país adepto a este instituto, muitos outros, como a Alemanha, França e Bélgica adaptaram seus procedimentos a ele, a fim de otimizar a prestação jurisdicional.

A Alemanha, por exemplo, permite a inserção desta ferramenta em caso de créditos trabalhistas, como sobreleva Jaime Greif:

Sin embargo pueden señalarse situaciones en el derecho alemán en que se puede anticipar de forma total o parcial sobre el juicio utilizando una medida provisoria: algunas pueden ser ordenadas sin base legal cuando ellas son indispensables para prevenir un perjuicio sensible, por ejemplo el caso de derecho alimentario o salarior y también en materia de reconocimiento de paternidade. (GREIF, Jaime. Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Ed. PODIUM. 2ª Edição. Ano 2009. Página 247).

Quando está o Juiz a enfrentar questões que podem levar o jurisdicionado a prejuízos de extrema relevância, deve ficar atento sim aos princípios expressos ou não na Carta Constitucional, não deixando, todavia, de dar maior atenção ao tempo do processo, pois é ele o maior de todos os males à parte autora.

Dito isto, cabe questionar se, apesar de haver a possibilidade de prejuízo ao réu na antecipação dos efeitos da tutela, este não tenderia a ser menor em comparação à parte hipossuficiente?

Fazendo este questionamento, o Magistrado pode, então, ter uma noção mais abrangente das dificuldades que a parte demandante possui ao enfrentar o longo espaço temporal vivido nos autos do processo, cabendo, somente, ao Poder Judiciário impedir que a demora seja tão evidente que venha a prevalecer a injustiça e um irremediável dano ao querelante.

2.1 Requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da Tutela com parâmetros no Novo CPC:

2.1.1 Plausibilidade da alegação.

O artigo 303 do Novo Código de Processo Civil estabelece que o juiz deve, ao conceder a tutela, vislumbrar na petição inicial prova inequívoca da verossimilhança das alegações apresentadas. Isso significa que deve o autor apontar prova incontroversa do pedido inicialmente formulado, sob pena de indeferimento do pleito deste instituto.

Para bem valorar a probabilidade do direito, deve o juiz considerar ainda: (i) o valor do bem jurídico ameaçado ou violado; (ii) a dificuldade de o autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade da alegação, de acordo com as regras de experiência (art. 375); e (iv) a própria urgência alegada pelo autor. Nesse caso, além da probabilidade das alegações propriamente dita, deve o juiz analisar o contexto em que inserido o pedido de tutela provisória (Novo Curso de Processo Civil – Vol. 2 Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 2015. Página 203).

Com o Novo CPC, a concessão da tutela antecipada detém uma interpretação mais flexível sobre o tema, tendo como parâmetro um

verdadeiro juízo de probabilidade: é o mínimo de lastro probatório apresentado nas alegações autorais – **probabilidade do Direito**.

2.1.2 Risco de dano irreparável ou de difícil reparação: perigo da demora.

Além da verossimilhança das alegações, o autor deve, ao pleitear esta ferramenta ao Judiciário, demonstrar que a demora da concessão da prestação jurisdicional pode lhe acarretar um dano irreparável, o que exige uma rapidez na prestação desse direito.

Portanto, ao pleitear a antecipação dos efeitos da sentença definitiva, o demandante produz um juízo de convencimento a fim de demonstrar que a demora quanto a concessão de um direito, a priori, inquestionável, pode causar-lhe sérios e graves riscos o que, desta feita, se fundamenta a decisão antecipatória nos brocardos “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”.

Mandado de Segurança – Antecipação de Tutela – Não havendo previsão de recurso para a decisão antecipatória da tutela, cabível é o mandado de segurança em tese (Lei 1.533/51, artigo 5º, inciso II). Não demonstrados pelo requerente da tutela (que envolve obrigação de fazer) nem a relevância do fundamento da demanda, nem o risco de ineficácia do provimento final, nem o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da segurança pleiteada. Recurso ordinário provido para, concedendo a segurança impetrada, cassar a decisão antecipatória da tutela exarada nos autos da Reclamação Trabalhista. (TST, SBDI-2, Proc. RO-MS-287.659/96; Rel. Min. Manoel Mendes; DJ nº 216/97).

No entanto, faz-se imperioso ressaltar que, conforme disposto no §3º do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, a tutela de

urgência, de natureza antecipada, não poderá ser concedida caso haja, para a parte que venha arcar com o ônus do citado instrumento, perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão prolatada.

No caso da sua aplicação na Justiça Trabalhista, estar-se a lidar com direitos alimentares que são irrepetíveis. Dito de outra forma, uma vez constituída Antecipação de Tutela e satisfeita a obrigação, de forma antecipatória, o direito, caso percebido futuramente, não ser devido, total ou em parte, por ser considerado de natureza alimentar, não deverá a parte restituir os valores recebidos indevidamente, por serem irrepetíveis.

Ademais, concedida a tutela antecipada, pode a parte demandada recorrer da decisão; no entanto, caso mantenha-se inerte, essa ferramenta processual torna-se estável, conservando-se seus efeitos no tempo e espaço diante da ausência de reforma ou invalidação, nos termos do artigo 304 do Novo CPC.

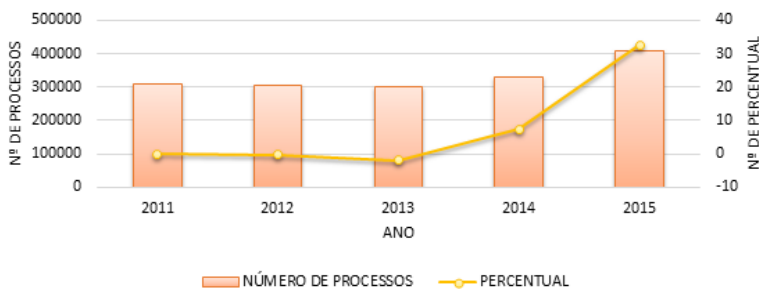
3. Aplicação da Tutela Antecipada no Direito do Trabalho.

O mundo judicial, por mais que seja formado por princípios e garantias constitucionais como a Razoável Duração do Processo, Celeridade, Duplo Grau de Jurisdição, acaba por não dirimir, no menor tempo possível e desejável, os anseios da sociedade.

Estatísticas demonstram que o número de processos trabalhistas vêm aumentando ao longo dos anos, assim como o número de execuções. Todavia, essas acabam por se tornar frustradas diante de inúmeros fatores, desde as fraudes às execuções às falências geradas pela crise que abateu o país.

Para exemplificar, utiliza-se os dados obtidos no sítio do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo acerca dos processos em fase de execução nos anos de 2011 a 2015, como demonstrado no gráfico abaixo.

RELAÇÃO DE QUANTITATIVO E PERCENTUAL DE PROCESSO NA FASE EXECUTÓRIA



Ao analisar os dados expostos acima², percebe-se que no período compreendido entre 2011 e 2013 houve uma leve redução nos processos em fase de execução, sendo que a menor redução obtida foi no ano de 2013, com quase menos 2% (dois porcentos).

No entanto, nos anos subsequentes houve um aumento considerável de execuções, chegando a mais de 32% (trinta e dois porcentos) em 2015, comparado ao ano de 2011.

Portanto, conclui-se que a partir de 2013, o crescimento demonstra uma tendência de comportamento exponencial de processos na fase executória.

Conforme informações divulgadas pela Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Piauí, em 2009 o Brasil foi considerado o país com maior número de ações trabalhistas, com cerca de 2 milhões de processos por ano.

A SINTRAJUD (Sindicato dos Trabalhadores no Judiciário de São Paulo), por sua vez, declarou que o número de ações no Estado de São Paulo aumentou demasiadamente no ano de 2015, diante da enorme crise que o Brasil está enfrentando, o que proporcionou um aumento escalonado de desemprego. Para ratificar estes dados, tomou como base informações retiradas da folha de São Paulo. Vejamos:

2. O gráfico apresentado utiliza como referência o número de execuções em 2011 para o cálculo do percentual anual.

(...) o número de processos no TRT2 cresceu quase 8% no ano passado, em comparação a 2014. Segundo dados apurados no TRT, o tribunal recebeu 460 mil novos processos trabalhistas – são ações que pleiteiam férias proporcionais, 13º proporcional, aviso prévio, multa de 40% do FGTS e expurgos inflacionários. Especialistas consultados pelo periódico afirmam que esse aumento é reflexo do alto índice de desemprego, provocado pela recessão instalada no país.

Diante deste quadro, o Direito trouxe mecanismos para acelerar a efetivação das soluções de conflitos.

No entanto, embora os meios para se alcançar essa efetivação estejam vislumbrados em diplomas legais diversos à legislação trabalhista, o Jurisdicionado pode envidar desses recursos de forma a garantir a efetividade processual.

O Legislativo, ao dispor que a norma processual civil pudesse ser utilizada de forma subsidiária ao Direito do Trabalho, permitiu que ferramentas, como a Tutela Antecipada, fossem e devessem ser usadas em favor do trabalhador, para que tivesse seu direito resguardado de forma muito mais efetiva, ao invés de esperar até o fim do processo, o que pode levar longos anos.

Por isso, apesar da pouca constância da aplicação do instituto da Tutela Antecipada no Processo do Trabalho, é perfeitamente possível sua concretização, conforme previsto expressamente no artigo 769 da CLT, *in verbis*: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.*”.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região já decidiu que tal ferramenta pode ser promovida no âmbito trabalhista, com o fim de produzir com mais eficácia a realização do Direito.

Tutela Antecipada é o direito à tutela de cognição sumária em virtude da urgente necessidade de sua concessão. Pois bem, a absurda hipótese de que só se poderia admitir reintegração após o trânsito em julgado faria com que, simplesmente, nenhum efeito produzisse a antecipação de tutela porventura acolhida, desvirtuando, tolhendo e fulminando, mesmo, como um moderno instituto processual que visa garantir uma justiça efetiva, e não simples retórica registrada em belas sentenças, mas sem qualquer eficácia. Como todos sabemos, ao buscar fazer justiça, indispensável que se procure promover a “maior coincidência possível” entre o resultado da execução e o que produziria a espontânea realização do direito. (TRT-1ª Reg., SEDI, Proc. MS-757/96, julg: 03.07.97; Rel. Juiz Evandro Valadão).

Márcio Robert de Souza Ramos, trazendo à baila o entendimento de Sérgio Pinto Martins, em seu artigo científico – a antecipação da tutela na Justiça do Trabalho – afirma que para a antecipação de tutela ser aplicada na Justiça Trabalhista deve o Magistrado analisar os seguintes parâmetros:

(...) a) necessidade de compatibilidade com o processo do trabalho; b) não viole os princípios do processo do trabalho; c) possa se adaptar ao andamento da reclamação trabalhista comum com suas peculiaridades.

Segundo este autor, o Judiciário, ao conceder o instituto da Tutela Antecipada, deve perceber se esta ferramenta, por estar incorporada

a uma legislação diversa da trabalhista, quando introduzida nesta seara, não venha a violar preceitos materializados no âmbito da Justiça do Trabalho, como princípios e a própria Legislação vigente.

Entretanto, como já afirmado, esta ferramenta, por mais eficiente que possa ser em sua aplicação, é pouquíssima operada, o que torna o processo trabalhista longo e exaustivo, mormente para o trabalhador, parte mais fraca da relação processual.

Este pode ser um dos motivos que os acordos são comumente realizados; entretanto, em sua maioria, são desvantajosos ao empregado, tendo em vista receberem muito aquém do que deveria, com o fim de perceber, o mais rapidamente, o que é seu por direito.

Elisaide Trevisam, em seu artigo Tutela Antecipada no Processo do Trabalho, salienta que:

É necessário que o juiz compreenda que não há efetividade sem riscos. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos novos direitos e que também tem que entender para cumprir sua função, sem deixar de lado sua responsabilidade social. O juiz moderno é um juiz mais ativo, principalmente o juiz do trabalho que tem maior responsabilidade social, por isso o juiz do trabalho tem que ser irreverente, desbravar caminhos. Se a execução da tutela antecipada para na penhora, esta se equipara à medida cautelar de arresto ou outras cautelares. O autor, no caso de antecipação de tutela não pode esperar, sem dano grave, a realização do direito de crédito.

Desta feita, por mais que o novo CPC traga como uma das garantias da aplicação deste instituto a não vislumbração de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória por aquele que a suporta – que neste caso seria o empregador – deve o juiz verificar que dada as circunstâncias que o trabalhador está exposto, deve-se arriscar em conferir ao autor esta oportunidade de efetivação da antecipação dos efeitos da sentença, eis que não há como imaginar efetividade sem correr riscos, ainda que irreversíveis.

4. Conclusão:

Com o passar do tempo, as ações trabalhistas vêm aumentando exponencialmente na medida em que os trabalhadores têm seus direitos violados pelo empregador. No entanto, em muitas situações, o trabalhador ao demandar em juízo para rever direitos manifestamente desrespeitados, já não se encontra mais na empresa que figura como ré na demanda.

Contudo, a Justiça tende, por questões de desigualdade na relação processual e material das partes constantes na ação, a vislumbrar com outros olhos o autor (empregado), oportunizando-o a receber o que é seu por direito, reconhecendo o ressarcimento a ser pago pelo polo passivo em decisão final transitada em julgado.

Por outro lado, a execução é a fase mais difícil de concretização no direito processual, eis que a parte a arcar com o ônus determinado na sentença definitiva, não cumpre, na maioria das vezes, de forma espontânea, sua obrigação, seja de dar, fazer ou não fazer.

As execuções trabalhistas não são exceção, pelo contrário, por mais que tal direito seja reconhecido na decisão final, a sua efetivação, na maioria dos casos, torna-se ineficaz, tendo em vista que o número de execuções frustradas aumenta consideravelmente a cada dia.

Por esta razão, o instrumento da Antecipação de Tutela, ainda que pertencente ao Direito Processual Civil, deve ser utilizado, ain-

da que de forma subsidiária, no Direito Processual do Trabalho para que o autor do processo possa receber, antes da decisão transitar em julgado, os valores de cunho ressarcitório correspondente a atividade exercida com dispêndio de energia não renovável.

Vale ressaltar que tais valores são considerados prestação alimentar, ademais, como anteriormente mencionado, em muitos casos, o trabalhador não mais trabalha na empresa ré da ação, o que o torna ainda mais vulnerável, uma vez que esse direito violado deixou de ser cumprido no tempo adequado e propício.

O dano causado ao empregado já foi cometido, entretanto, o que não pode a Justiça fazer é permitir que este dano aumente; portanto, este instituto pode ser amoldado à Justiça do Trabalho, pois, além de não prejudicar preceitos trabalhistas, tem como intento minimizar os danos já arcados pela parte autora.

Com a aplicação coerente desta fermente processual, pode o Jurisdicionado vislumbrar uma Justiça mais efetiva, desde que preenchidos os requisitos exigidos para a sua concessão.

Conclui-se, desta forma, ser salutar que a tutela antecipada seja um instituto que deva ser constante e uniformemente empregado no processo do trabalho para que o trabalhador receba com mais rapidez o que lhe é pertinente, evitando-se, desta feita, uma demora desnecessária para a adimplência de um direito evidente.

Referências Bibliográficas

DOCTRINA:

ALMEIDA, Marcelo Pereira de e PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Curso do Novo Processo Civil. Ed. Freitas Bastos. Ano 2015. Página: 265.

FILHO, João de Lima Teixeira. Repertório de Jurisprudência Trabalhista. Volume 7. Ed. Renovar. Ano 1999. Página 431.

GREIF, Jaime. Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Ed. PODIUM. 2ª Edição. Ano 2009. Página 247.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Bases Científicas para um Renovado Direito Processual. Ed. PODIUM. 2ª Edição. Ano 2009. Páginas 387 e 388.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil – Vol. 2 Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. Ed. Revista dos Tribunais. Ano 2015. Páginas 201 e 203.

INTERNET:

Consolidação das Leis Trabalhistas

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

Acessado em: 08/05/2016

Novo Código de Processo Civil

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

Acessado em: 08/05/2016

Aplicabilidade da antecipação de tutela no processo do trabalho

Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10765

Acessado em: 08/05/2016

A antecipação da tutela na Justiça do Trabalho

Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8913/A-antecipacao-da-tutela-na-Justica-do-Trabalho>

Acessado em: 08/05/2016

Tutela Antecipada no Processo do Trabalho

Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4288

Acessado em: 11/05/2016

Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo

Disponível em:

<http://www.trtsp.jus.br/transparencia/estatistica/247-transparencia/estatistica/19590-movimento-processual-de-1-instancia>

Acessado em: 12/05/2016

Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal – APCEF

Disponível em:

<http://www.apcefpi.org.br/portal/pi/informacoes/artigos/brasil-e-o-numero-um-do-mundo-em-acoes-trabalhistas.htm>

Acessado em: 15/05/2016

SINTRAJUD

Disponível em:

http://www.sintrajud.org.br/conteudo/detalhe_noticia.php?cod=4419

Acessado em: 15/05/2016

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO ORIGINADOR DO MÍNIMO E DO MÁXIMO EXISTENCIAL

Artur Alves Pinho Vieira³

INTRODUÇÃO

A realidade demonstra que existem persistentes problemas na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais⁴. Como consequência dessa falta de efetividade desse tipo de direito, surge, percebe-se uma afronta à dignidade da pessoa humana de milhões de cidadãos brasileiros.

Os direitos fundamentais são divididos em dimensões, mas o foco do presente projeto se concentrará nos de segunda dimensão, que são designados direitos *sociais, econômicos e culturais*. Possuem nota prestacional, revelando demandas por um *fazer estatal*. Aqui, não se trata de afastar o Estado, como nos direitos de primeira dimensão, mas sim de garantir liberdades por meio da ação estatal. Trata-se de direitos concebidos para atender primariamente às classes menos favorecidas, sendo frutos de movimentos reivindicatórios do operariado. Tais direitos têm cunho positivo, sendo exemplos deles os direitos à assistência social, à saúde, à moradia, à educação e ao trabalho.

Então, no presente trabalho, buscou-se pesquisar, em sua primeira etapa, aspectos teóricos e históricos desse princípio norte-

3. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP-RJ). Professor universitário da Faculdades Sudamérica e do Instituto Vianna Júnior. E-mail: arturapv@gmail.com.

4. Para esclarecer esse ponto, nos filiamos à corrente que prega que os direitos sociais são um tipo de direito fundamental.

dor e originador dos direitos fundamentais, que é o Princípio da dignidade da pessoa humana.

Já no segundo capítulo, buscou-se entender melhor um dos produtos desse supracitado princípio, que é o mínimo existencial, tema já tradicional em nosso meio.

Por fim, temos o capítulo terceiro, que lida com a idéia de iluminar outro derivado do já supracitado princípio, qual seja, a figura do Máximo existencial. O máximo existencial é um tema novo na doutrina pátria e pode ser entendido, como veremos melhor adiante, como ponto extremo do tópico do capítulo anterior, que é o mínimo existencial.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PRINCÍPIO BASILAR DE NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

Apesar de Ingo W. Sarlet alegar que é difícil conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, ele mesmo sugere uma conceituação para esse instituto, como se vê adiante (SARLET, 2012a, p. 73):

Uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Gunner Myrdal diz que (*apud* MAXIME, 2006, p. 745):

Esses ideais da dignidade essencial da pessoa humana, da igualdade fundamental de todos os homens, e de certos direitos inalienáveis à liberdade, justiça e à uma oportunidade justa representam para o povo americano o significado essencial do início da luta pela independência da nação. (Tradução livre do autor).

Esta noção de dignidade da pessoa humana passou por um longo caminho evolutivo até os dias atuais. Segundo Ingo Sarlet (2012a, p.34), tal ideia já era encontrada no pensamento clássico e no ideário cristão, visto que:

...tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência (...) - de que o ser humano - e não apenas os cristãos - é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Na Roma Clássica, dignidade era relacionada a um *status* que os indivíduos possuíam. Nos sistemas legais baseados no direito romano também existia essa visão (MCCRUDDEN, 2008).

Segundo McCrudden (*idem*), apenas em poucos momentos aparecia uma definição mais ampla de dignidade, principalmente em Cícero, para quem dignidade se referia a dignidade do ser humano enquanto seres humanos, não dependendo de nenhuma característica particular específica.

Após essa etapa, na primeira fase do cristianismo, o Papa Leão Magno sustentou essa idéia de que Deus criou o homem à sua

semelhança, idéia que São Tomás de Aquino manteve no período medieval (VATICANO). Nessa mesma época, Giovanni Pico della Mirandola também desenvolve esse tema:

Já no contexto antropocêntrico renascentista e sem renunciar à inspiração dos principais teóricos da igreja católica, Giovanni Pico della Mirandola, no seu opúsculo sobre a dignidade do homem, ao justificar a ideia da grandeza e superioridade do homem em relação aos demais seres, afirmou que, sendo criatura de Deus, ao homem (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu próprio árbitro, soberano e artífice, dotado da capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja (MAXIME, 2006, p. 37).⁵

Reforçando a importância do supracitado autor renascentista, Sarlet completa que (2012a, p. 39):

...tendo sido o humanista italiano Pico della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.

5. Pico della Mirandola, em sua obra *Oração sobre a dignidade do homem*, de 1486, alega que a raiz da Dignidade do homem é a habilidade de escolher ser o que ele quer ser e que isso é um dom de Deus. In: MCCRUDDEN, Christopher. *Human dignity... op. cit.*, p. 659.

Foi Immanuel Kant que, pela sua concepção de dignidade partindo da autonomia ética, que completou o processo de secularização da dignidade, pois a partir daqui não há mais uma necessária mistura entre religião e dignidade.

Sarlet escreve que “Kant sustenta que o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade...” (MAXIME, 2006, p. 40). Ou seja, o “Direito e o Estado, ao contrário, é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos” (BARCELLOS, 2011, p. 128). Nas palavras do próprio Immanuel Kant:

Todo ser humano tem um direito legítimo ao respeito⁶ de seus semelhantes e está, por sua vez, obrigado a respeitar todos os demais. A humanidade ela mesma é uma dignidade, pois um ser humano não pode ser usado meramente como um meio por qualquer ser humano (quer outros, quer, inclusive, por si mesmo), mas deve sempre ser usado ao mesmo tempo como um fim.

...Por conseguinte, cabe-lhe um dever relativo ao respeito que deve ser demonstrado a todo outro ser humano (KANT, 2003, p. 306).

E esse autor continua:

Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo

6. Segundo Kant, existem vários vícios que violam o dever de respeito para com os outros, como soberba, detração e escárnio. In: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*.

(...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm conteúdo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objecto do respeito). (Grifos no original) (2007, p. 68).

Fábio Konder Comparato, interpretando Kant, escreve que (2003, p. 23):

Ademais, disse o filósofo, se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém. Isto seria uma máxima meramente negativa. Tratar a humanidade como um fim em si implica o dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem. Pois, sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus.

E é justamente em Kant que a maior parte da doutrina identifica as bases da fundamentação deste princípio (SARLET, 2012b). McCrudden ensina que Kant talvez seja a concepção não-religiosa mais citada. Alguns o chamam de “pai da moderna concepção da dignidade” (MCCRUDDEN, 2006, p. 659).

Uma das epigramas de Friedrich Schiller, *Würde des Menschen*, de 1798, relaciona dignidade e condições sociais, que começava

a se desenhar, ao ligar alimentação e abrigo com essa ideia aqui tratada da seguinte maneira: “Dê a ele comida e abrigo;/Quando você cobrir sua nudez, a dignidade o seguirá por conta própria” (tradução livre do autor) (p. 660).

Exemplo de aplicação prática desse princípio, segundo McCrudden, reside em Simon Bolívar que, nas Américas, justificou a abolição da escravidão com base na dignidade humana, assim como a França também o fez (p. 661).

Atualmente, esse princípio serve de esteio para os modernos ordenamentos jurídicos,⁷ e se encontra invocado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁸ e em vários outros textos fundamentais, como nos artigos 1º da Lei Fundamental da Alemanha e da Constituição da República Portuguesa⁹. Já no âmbito internacional, temos os preâmbulos das Cartas das Nações Unidas de 1945¹⁰ e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹¹, entre outros.

Mesmo em países em que tal instituto não aparece expressamente em seus textos constitucionais, como os Estados Unidos da América, por exemplo, percebe-se sua presença, fundamentando diversas jurisprudências. Maxime afirma que (2006, p. 748):

Este artigo demonstra que a partir de meados dos anos 1940, até os dias atuais, a Suprema Corte

7. O princípio da dignidade da pessoa humana começou a se destacar nos ordenamentos constitucionais após o fim da Segunda Guerra Mundial em uma reação às atrocidades ocorridas nessa época. In: *Ibidem*, pp. 662-663.

8. Tal dispositivo contém o seguinte enunciado: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”. Cf. também os artigos 170, 226, §7º, 227 e 230).

9. Por sua vez, a Constituição portuguesa faz menção ao tema da seguinte forma: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

10. “**Nós, os povos das nações unidas, resolvidos** a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na *dignidade* e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas...”.

11. “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”.

tem tratado a dignidade humana como um valor constitucional. Em algumas situações, esse tribunal decidiu casos com base na noção de que a dignidade humana constitui a base expressa e não-expressa de diversas garantias... (tradução livre do autor).

Ana Paula de Barcellos (2001, p. 237) diz que, assim como a liberdade religiosa, a dignidade humana pode ser descrita como um desses fenômenos cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado.

McCrudden (2006, p. 679) alega que o conteúdo mínimo da dignidade pode ser descrito em três elementos. O primeiro é que todo ser humano possui um valor intrínseco, pelo simples fato de ser um ser humano. O segundo deles é que esse valor intrínseco deve ser reconhecido e respeitado pelos outros. E o terceiro e último diz respeito à relação entre o estado e o indivíduo. O estado deve existir para o bem do indivíduo e não o contrário.

Barcellos opina que a dignidade humana não se resume a prestações materiais, como saúde e educação, pois tem “duas ordens de razões” (2011, p. 237), sendo a segunda a liberdade em suas mais variadas acepções (de expressão, de associação, etc.).

Logo, para ser respeitada, a dignidade da pessoa humana demanda também o respeito à efetivação dos direitos sociais. De acordo com Schwarz: “Assim, os direitos sociais, direitos que sustentam o conceito de mínimo existencial, não podem deixar de ser concretizados sem que se viole profundamente esse valor supremo que é a dignidade humana.” (SCHWARZ, 2013, pp. 141-142).

O Supremo Tribunal Federal, em pesquisa em seu sítio realizada em julho de 2015 apresentou 248 acórdãos e 4 repercussões gerais¹² que tratam da dignidade da pessoa humana, refletindo a importân-

12. Pesquisado no dia 22/07/2015 com base na busca de pesquisa livre com a expres-

cia desse tema no dia-a-dia jurisprudencial de nossos tribunais.

Então, percebe-se que o princípio em tela atua também como um macro princípio, do qual se irradiam inúmeros outros¹³ como liberdade e cidadania, dele derivando também, a exigência de cumprimento e promoção dos direitos fundamentais.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL

Então, por outro lado, temos alguns institutos que cooperam para a afirmação dos direitos fundamentais aqui estudados, que serão os temas das nossas próximas reflexões.

Também com origem germânica¹⁴, o mínimo existencial teve sua noção retirada pela Corte Constitucional alemã do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física, mediante uma interpretação sistemática dos princípios do Estado Social¹⁵. Sua jurisprudência confirma a existência de um Direito Fundamental ao mínimo vital (KRELL, 2002, p. 61).

Ricardo Lobo Torres escreve que esse mínimo é uma regra, e não um princípio ou um valor. Ou seja, ele se aplica por subsunção, não se sujeitando a nenhuma ponderação (TORRES, 2009).

são “dignidade da pessoa humana”, utilizando-se do recurso adj do site em questão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 22/07/2015.

13. Segundo McCrudden: “Em 1986, a dignidade tornou-se tão central para a concepção de direitos humanos das Nações Unidas que a Assembleia Geral da ONU prevê que, nas suas orientações para os novos instrumentos de direitos humanos, que tais instrumentos devem ser “de caráter fundamental e derivam da dignidade e do valor inerentes a pessoa humana” (tradução livre do autor). *In: MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity... op. cit.*, p. 669. E o mesmo autor prossegue, dizendo que a dignidade é uma fonte de onde novos direitos se originam e como uma expansão para os direitos já existentes (tradução livre do autor). *In: Ibidem*, p. 721.

14. Apesar de a Alemanha ser o berço desse instituto como hoje o conhecemos, podemos identificar outras vertentes como ensina Ricardo Lobo Torres (2009, p. 4), em “No Estado de Polícia – época de transição – alteram-se aquelas concepções: procura-se aliviar a tributação dos pobres e transferir para o Estado a sua proteção. Inicia-se a defesa da progressividade da tributação, limitada, porém, pela imunidade do mínimo existencial, com a retirada do campo da incidência fiscal daquelas pessoas que não possuem riqueza mínima para o seu sustento. A legislação de D. Maria, de 17 de dezembro de 1789, alivia a sujeição fiscal dos pobres. Por outro lado se transfere a assistência social aos pobres da Igreja para o Estado... Na Inglaterra, a legislação dos pobres, desde Elizabeth I (1533-1603), atribuía ao Estado o dever de assistência. Na Áustria D. José criou o Fundo do Estado para a pobreza, em 1781!”.

15. A constituição federal de nosso país não cita expressamente esse direito.

Em outra passagem, ele traz um pequeno conceito desse instituto: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (p. 8).

Ana Paula de Barcellos (2011, p. 302), por sua vez, ensina que:

Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três imateriais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.

A mesma autora finaliza dizendo que esses quatro pontos supracitados possuem o “status de direito subjetivo exigível diante do poder judiciário” (*idem*).

Tem-se que ressaltar que esse mínimo abarca não apenas o lado físico do ser humano, mas também se refere ao aspecto psicológico e intelectual.

Quando o mínimo existencial não é respeitado, observa-se uma ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, é um dever do Estado Social proporcionar aos indivíduos recursos básicos necessários a um mínimo de satisfação de suas necessidades. Um não existe sem o outro.

Curiosa e correta comparação sobre esses institutos é a feita por Lazari (2012, p. 44) que explica que enquanto a reserva do possível é a principal arma de defesa do Estado, que a utiliza nas ações em que é réu, o mínimo existencial é o principal instituto usado pela parte autora nessas ações, qual seja o cidadão que demanda algum direito social em juízo.

Para finalizar essa questão, temos uma interessante questão, que

é o fato de que o mínimo existencial, apesar de, no geral, servir para a efetivação dos direitos sociais, também possuir um viés que limita tal efetividade. Afinal, para muitos, caso o mínimo seja satisfeito, não há necessidade de nenhum outro tipo de gasto, ou de majoração desse nível de concretude. Nesse sentido, temos Basílico (2015, p. 191):

Outro obstáculo que geralmente se antepõem à concretização dos direitos sociais é o chamado ‘mínimo existencial’. Esse, na verdade, trata-se de um obstáculo de ordem jurídico-filosófica, que se assente sobre o falacioso pressuposto de que a dignidade humana, do ponto de vista material, é aquele que se conforma a um mínimo existencial, sem o que o homem deixaria de sobreviver como homem.

3 MÁXIMO EXISTENCIAL: UMA NOVA VISÃO

Mais novo é o instituto do *máximo existencial*¹⁶, que se apresenta como objetivo maior do Estado Social.

O direito fundamental ao máximo existencial, conforme escreve Miguel Calmon Dantas (2011, p. 433), consiste “no direito à progressiva, contínua, gradual e processual ampliação dos níveis essenciais de prestação até satisfação suficiente das necessidades existenciais, necessária ao bem-estar individual pela garantia da auto-realização e da autonomia”.

Ele serve de meta final do Estado Social, atuando ao lado da proibição de retrocesso dos direitos sociais para uma crescente realização desses direitos prestacionais. Nesse sentido, prossegue Dantas (p. 429):

Ao portar uma dimensão utópica, o direito fun-

16. Apesar de não fazer referência expressa a esse termo, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 126) traz algo parecido em sua obra: “As políticas públicas, inclusive judicializadas, devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial. Os seus limites fáticos são relativos”.

damental ao máximo existencial projeta uma pressão normativa sobre a realidade a fim de que haja a progressiva extensão das condições e possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais. Não se cinge, então, a exigir que sejam realizados ou garantidas as condições de sua realização nas condições reais e possíveis, porquanto demanda a progressiva ampliação de tais possibilidades, propiciando a extensão do que é possível.

O próprio Dantas (*idem*) indica que a Constituição contém essa ideia ao associar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária mediante a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais com a promoção do bem-estar, como se afere do art. 3º do texto constitucional¹⁷.

Caminha ao lado dessa nova teoria a questão do *máximo de recursos disponíveis* aplicados nos direitos sociais, conforme leciona Bidart Campos (1999, p. 347):

...el máximo de los recursos de que disponga el estado para tal fin no es el que a su puro criterio y antojo le fija la distribución del gasto público, sino el mayor posible que, dentro de la totalidad integral de los mismos recursos, ha de reservarse conforme al orden de prioridades que surge del sistema axiológico de la constitución. Y cuando decimos ‘de la constitución’ involucramos los tratados de derechos humanos incorporados al dere-

17. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

cho interno, cualquiera sea el nivel jerárquico...

O máximo dos recursos disponíveis é um *standard* que determina aos poderes públicos que destinem aos direitos sociais recursos na maior dimensão possível. Não podem caber a essa importante gama de direitos apenas as sobras de outras dotações com caráter menos fundamental que o deles (p. 350). Na verdade, seria o contrário, o que sobrar das questões com maior valor axiológico que deve ser empregado nas de menor valor.

Assim, percebe-se que, ao efetivar-se o máximo existencial, há a consequência de se distanciá-lo, de maneira benéfica, da figura do mínimo existencial, no sentido de oferecer, cada vez mais, prestações que podem possibilitar oportunidades maiores que a mera sobrevivência dos cidadãos.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto e do quadro atual de desrespeito aos direitos fundamentais, percebe-se que os direitos sociais, em especial, são os mais atingidos pela situação de cofres vazios (e/ou mal usados) do Estado, visto que, em regra, demandam gastos por parte dos atores estatais.

Assim, urge pesquisarmos situações que fortaleçam e consagrem, na prática, a efetivação dessa gama de direitos.

Nesse campo, surge a Dignidade da pessoa humana, princípio vetor de todos os demais direitos do cidadão, que é diretamente atingido pela situação supracitada. Em uma tentativa de proteger esse macro princípio, pesquisou-se a figura do mínimo existencial, núcleo básico que não poderia deixar de ser respeitado pelo Estado e que é derivado desse instituto supracitado.

Porém, foi visto que além de ser às vezes desrespeitado, ele pode surgir, na prática, como um teto da ação estatal (ao invés de ser um piso, que é sua idéia original), logo, foi necessário avançar o estudo nesse tema. Aqui, chegamos na questão do máximo

existencial, que, por sua vez, demanda o maior gasto possível nos direitos de segunda dimensão, respeitando ainda mais a Dignidade da pessoa humana, fonte de sua criação, e contribuindo mais para a concretização dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2011.

BASÍLICO, Carlo Artur. *Direitos sociais – Questões conceituais e efetividade*. In: DOMINGUES, José Marcos (org.). *Direito financeiro e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015, p. 191.

BIDART CAMPOS, Germán. *El orden socioeconômico en la constitucion*. Buenos Aires: Editora: Sociedade anónima editora, comercial, industrial y financeira, 1999, p. 347.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. 572 fls. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador/BA. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em 20/06/2014.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru-SP: Edipro, 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existen-*

cial: um necessário estudo dialógico. 2012. 168 fls. Dissertação de mestrado. Mestrado em Direito - Centro Universitário “Eurípedes” de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília/SP, 2012. Disponível em: http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/850/Disserta%C3%A7%C3%A3oRafael%20Jos%C3%A9%20Nadim%20de%20Lazari_2012.pdf?sequence=1. Acesso em: 10/04/2015.

MAXIME, D. Goodman, *Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence*, Nebraska Law Review 84:740, 2006. Disponível em: <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1241&context=nlr>. Acesso em: 03/06/2015.

MCCRUIDDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. The European Journal of International Law 19:655, 2008. Disponível em: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>. Acesso em: 30/05/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012a.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 9^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no estado democrático brasileiro*. São Paulo: LTR Editora, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

VATICANO. *Catechism of the Catholic Church*. Disponível em:
[http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/
p3s1c1.htm](http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s1c1.htm). Acesso em: 04/06/2015.

O USO DAS REDES SOCIAIS NO AMBIENTE CORPORATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA SOB A ÓTIMA DOS DIREITOS HUMANOS.

Carla Sendon Ameijeiras Veloso¹⁸

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o uso das redes sociais nos ambientes corporativos por parte dos empregados, e suas consequências diretas no contrato de trabalho. Reflete a tema atual diante das inovações tecnológicas e do acesso cada vez mais fácil às redes sociais e aplicativos principalmente de dispositivos móveis.

Trata-se de assunto polêmico e de grande relevância jurídica e acadêmica, visto que diante das várias situações apresentadas nas rotinas trabalhistas, a eclosão tecnológica colocou muitos empregadores diante de várias controvérsias, que incidem diretamente nas relações de trabalho pouco vivenciadas até então, e que demandam ainda estudos aprofundados sobre a matéria.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, com ênfase para a aplicação da legislação vigente como a Constituição Federal, a Consolidação das Leis Trabalhista bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores e Regionais do Trabalho, além do embasamento doutrinário de renomados doutrinadores como Valentim Carrion,

18. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis

Vólia Bonfim Cassar, Maurício Godinho Delgado, Celso Antônio Pacheco Fiorillo dentre outros, contando ainda com amplas pesquisas extraídas dos ambientes virtuais.

Na elucidação do tema ao longo do artigo, será tratado o conceito de ambiente de trabalho sob a ótica jurídica bem como questões norteadoras como o uso das redes sociais no Brasil e aquelas mais utilizadas pelos usuários brasileiros, com enfoque no uso dessas redes nos ambientes corporativos. Ademais, será abordado o conceito de contrato de trabalho, obrigação dos empregados e as consequências aplicadas a esses em virtude do uso das redes sociais no ambiente laborativo.

Apresentar-se-á portanto, o liame jurídico da aplicação de penalidades trabalhistas aos empregados decorrente do mau uso de redes sociais nos ambientes de trabalho.

2 O AMBIENTE DE TRABALHO NO ÂMBITO JURÍDICO

O ambiente de trabalho juridicamente conceituado, encontra sua definição na aproximação entre dois ramos do Direito: Trabalhista e o Ambiental, o qual segundo o conceito ambiental, o ambiente de trabalho está relacionado como uma subdivisão de um conjunto amplo que é o meio ambiente.

Por essa natureza ambiental, aplicar-se-á a esta definição, alguns dos princípios inerentes desse ramo do Direito como a precaução, prevenção, poluidor-pagador e outros, aplicando-os de maneira a garantir a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador à vida, à saúde física e psicológica (art. 200, VIII da Constituição Federal¹⁹¹) e ao ambiente de trabalho equilibrado (art. 225, da Carta Magna²⁰²).

Nesse diapasão, entende-se por ambiente de trabalho o local onde o trabalhador exerce suas atividades laborativas, ou ainda o meio no qual estão inseridos e as condições colocadas à disposição

19. BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

20. Idem.

do empregado nesse ambiente. Trata-se do local em que o mesmo pode desenvolver as atividades inerentes da sua profissão/cargo para o qual foi contratado de maneira hígida e salubre, sem que haja prejuízos à sua incolumidade física e psicológica.

Nas palavras de Godinho²¹³ “cabe ao empregador ofertar a seus empregados (e aos terceirizados também quando houver) ambiente de trabalho hígido, regular, digno. E que o meio ambiente do trabalho é parte integrante do conceito constitucional de meio ambiente”.

Para tal definição, pouco importa os aspectos como localização geográfica do ambiente de trabalho, se urbano ou rural, orientação sexual de quem exerce a atividade, bem como o tipo de contrato de trabalho, remuneração, idade, se público ou privado. Bastando para tanto, que seja um ambiente corporativo no qual estejam resguardados os direitos fundamentais do trabalhador.

Nesse sentido, é o conceito do renomado Profº Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo²²⁴:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.

Também se posiciona acerca do tema o doutrinador Guilherme José Purvin de Figueirêdo²³⁵ no qual amplia tal conceito ao afirma que:

21. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª.ed. São Paulo: Ltr,2014, p.648.

22. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22-23.

23. FIGUEIRÊDO, Guilherme José Purvin de. **O bem estar do trabalhador rural como função socioambiental da propriedade**. In: LIMA, André (Org). O direito para o Brasil

O conceito transcende a concepção meramente espacial (local de trabalho como elemento do contrato de trabalho) e se afasta da falsa dicotomia ambiental natural x ambiental artificial. Na verdade, a atividade laboral não se limita a um único espaço geográfico, admitindo a movimentação do trabalhador. Por tal razão, podemos dizer que meio ambiente do trabalho é o local onde o trabalhador desenvolve a sua atividade profissional. Este aspecto do meio ambiente – o meio ambiente do trabalho – assim, desloca-se com o trabalhador nos períodos em que este se encontra no exercício da atividade laboral. Em outras palavras, a idéia de meio ambiente do trabalho está centralizada na pessoa do trabalhador no momento em que ele desenvolve sua atividade laboral, daí porque a irrelevância da dicotomia natural vs. Artificial.

Assim, ambiente de trabalho de maneira *latu sensu*, é o local propriamente dito em que o trabalhador exerce suas funções laborativas, considerando para tal entendimento as demais dependências desse ambiente, ou seja, compreende que este pode ser em um escritório, estacionamento, praça pública, fábrica ou até mesmo sua residência no caso de *home office*.

Portanto, compreende todo e qualquer lugar da prestação de serviço e desenvolvimento das atividades laborativas do trabalhador, considerando tanto ambientes internos quanto externos, urbanos ou rurais, públicos ou privados, fixos ou ambulantes.

3 O USO DAS REDES SOCIAIS NO BRASIL

Diante das constantes inovações tecnológicas, o celular deixou de ser mero instrumento para comunicação telefônica, e passou a

ser um equipamento eletrônico multifuncional do qual ao mesmo tempo consegue-se ter acesso à internet, efetuar ligação, tirar fotografias, utilizar rádio, dentre tantas outras funcionalidades que o tornou praticamente um computador portátil para cada usuário.

Nessa mesma linha, surgiram outras tecnologias como os tablets, palmtops, laptops em que todos possuem inúmeras facilidades para garantir maior agilidade nas comunicações, estreitando burocracias e reduzindo distâncias e custos.

Assim, paralelamente a esses adventos tecnológicos, surgiram aplicativos, programas e utilitários digitais para entretenimento e comunicação, em que muitos utilizam como forma de buscar novos contatos pessoais e/ou profissionais, em virtude da amplitude e alcance quase que imediato pelo maior número de pessoas em diferentes localidades e países através do ambiente virtual.

Em pesquisa publicada, em 23/11/15, pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC)²⁴⁶, foram divulgados os seguintes dados em relação a proporção de usuários de telefone celular, por atividades realizadas no aparelho nos últimos três meses:

24. CETIC. **Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2014**. Disponível em: <http://cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros/>. Publicada em: 23/11/2015. Acesso em 28/04/2016.

14 PROPORÇÃO DE USUÁRIOS DE TELEFONE CELULAR, POR ATIVIDADES REALIZADAS NO TELEFONE CELULAR NOS ÚLTIMOS TRÊS MESES
PROPORTION OF MOBILE PHONE USERS BY ACTIVITY CARRIED OUT ON THE MOBILE PHONE IN THE LAST THREE MONTHS

PERCENTUAL SOBRE O TOTAL DE PESSOAS QUE UTILIZARAM TELEFONE CELULAR NOS ÚLTIMOS TRÊS MESES*
PERCENTAGE OF THE TOTAL NUMBER OF PEOPLE THAT HAVE USED MOBILE PHONES IN THE LAST THREE MONTHS*

Percentual (%) Percentage (%)		Acessar redes sociais Accessing social networks	Enviar mensagens de texto pela Internet, como por WhatsApp, WeChat ou ICQ Sending texts messages via the Internet, such as with Whatsapp, WeChat or ICQ	Compartilhar fotos, vídeos ou textos Sharing photos, videos or texts	Assistir vídeos Watching videos
TOTAL		47	47	44	42
ÁREA AREA	Urbana / Urban	50	51	47	45
	Rural / Rural	28	25	25	25
REGIÃO REGION	Sudeste / Southeast	53	54	50	46
	Nordeste / Northeast	40	38	37	37
	Sul / South	45	44	42	40
	Norte / North	45	46	43	43
	Centro-Oeste / Center-West	48	49	45	42

Fonte: CETIC - Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação

Portanto, pelos dados apresentados na pesquisa, nota-se que dos entrevistados 50% dos usuários da área urbana e 28% da área rural, utilizam o celular para acessar as redes sociais, e que 51% da área urbana enviam mensagens de texto pela internet através de aplicativos como o WhatsApp e 47% compartilham fotos pelo ambiente virtual, e no mesmo sentido na área rural 25% utilizam para cada atividade.

Números expressivos, que proporcionalmente demonstram como têm usuários dessas novas tecnologias que as utilizam para fins de acesso a redes sociais, compartilhamento de textos, mensagens e fotos pelos aplicativos.

Fonte: SECOM – Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República

Portanto, tais pesquisas demonstram claramente o quanto os avanços tecnológicos têm conseguido alcançar cada vez mais usuários. Assim, é quase que estranho hoje encontrar alguém que não possua algum perfil em qualquer rede social, ou e-mail, ou ainda um número de telefone que não esteja vinculado ao Whatsapp.

O comportamento social da população sofreu modificações ao longo dos anos em virtude das inovações tecnológicas, em que dificilmente não encontrará em um local público alguém que não esteja dando a dita “olhadinha” nos movimentos sociais virtuais.

São essas mudanças comportamentais que estão aos poucos sendo inseridas inclusive nos ambientes empresariais e consequentemente os trabalhadores acabam que também se tornam dependentes das tecnologias multi-interativas.

3.1 USO DE REDES SOCIAIS NO AMBIENTE CORPORATIVO

As facilidades e inovações surgidas na chamada “Era Digital”, além das facilidades nas comunicações, acesso rápido às informações, redução de custo e muitos outros benefícios, trouxe uma problematização em relação ao uso indiscriminado dessas tecnologias no ambiente corporativo pelos trabalhadores, o que tem ocasionado implicações jurídicas para os mesmos, inclusive em casos extremos pode ocasionar em demissão por justa causa.

O uso excessivo desses aplicativos trouxe graves problemas para as empresas, principalmente porque muitos funcionários têm deixado a atenção ao trabalho de lado para focar no que está acontecendo nas redes sociais, ou para baterem papo pelos aplicativos. Isso tem feito com que muitas empresas passem a se tornar mais rígidas em suas exigências.

Em uma pesquisa divulgada no site *Portal R7.com*²⁵⁸, feita pela empresa Deep - Desenvolvimento e Envolvimento Estratégico de Pessoas e Clientes, demonstrou que em média um trabalhador gasta até 1h16min com questões ligadas ao uso de redes sociais, o que mensalmente acarreta para o empregador em uma perda de 3 dias de trabalho sem produção por esse empregado. Em números finan-

25. PORTAL R7. **Profissionais perdem até três dias de trabalho por mês com redes sociais, diz pesquisa.** Disponível em: <http://noticias.r7.com/economia/profissionais-perdem-ate-tres-dias-de-trabalho-por-mes-com-redes-sociais-diz-pesquisa-18032014>. Acesso em: 03/05/2016.

ceiros, isso significa um prejuízo anual por funcionário em média de R\$ 4.523,00 avalia a responsável pelo órgão Juliana Dutra.

A pesquisa não levou em consideração somente o tempo em que se perde digitando, mas o período dispendido entre a paralisação da atividade e o retorno concentrado para a mesma.

Em decorrência dessa perda de produtividade, muitas empresas têm adotado a prática de introduzir em seus regimentos internos e nos manuais de conduta, a expressa vedação ao uso desses aplicativos nos ambientes de trabalho, isto porque seus funcionários não conseguem impor limites para tal uso.

Muitos funcionários utilizam as redes sociais apenas para “jogar conversa fora”, ficam em constantes bate-papos intermináveis que acaba culminando em um dia de trabalho praticamente perdido quando se olha os resultados. Nesse sentido quanto ao uso da internet Rocha²⁶⁹ diz:

Extrai-se das informações obtidas pelos meios de comunicação, inclusive da própria internet, revelações de usos mais absurdos, que vão desde a pornografia até os negócios pessoais, passando pelos bate-papos, piadinhas, notícias dos sindicatos, convites para reuniões, divulgação de poesias, receitas culinárias, temas de espiritualismo, comunicações de aniversários, nascimentos, casamentos e falecimentos, dentre outros.

Nota-se que a destinação dada a esses aplicativos, são dos mais variados e que na maioria dos casos não tem nenhuma vinculação com o labor desenvolvido. O tempo médio gasto por trabalhador somente para dar aquela olhadinha nas movimentações das redes sociais, já se torna por demais onerosos para o empregador, visto que este assume a obrigação de pagamentos salariais e os demais

26. ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do Trabalho e Internet**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda.2005, p.169.

ônus da empregabilidade enquanto se espera a contraprestação de forma integral, com a prestação dos serviços com eficiência e com observância de todas as obrigações contratuais assumidas.

Assim não trata-se meramente de um uso em excesso, mas sim de uma prática mau instituídas que causa sérios prejuízos ao contratante, que por força de seu poder controlador e disciplinador se vê obrigado a cada vez mais ter que fazer uso desses poderes na tentativa de regulamentar, se não extirpar, reiteradas práticas não condizentes com o ambiente laborativo.

4 CONTRATO DE TRABALHO

4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS:

Os contratos de trabalho em regra, são individuais, porém, nada impede que seja feita de forma plúrima, ou seja, através da reunião de vários empregados que se unem para executar determinado serviço.

A própria CLT²⁷⁰ traz em seu ordenamento no art. 442, a definição de contrato individual de trabalho como “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Nesse sentido, Vólia Bonfim Cassar²⁸¹, conceitua:

Contrato de trabalho resulta da soma dos requisitos caracterizadores da relação de emprego, ou seja, é a convenção expressa ou tácita, pela qual uma pessoa física presta serviços a outra (pessoa física ou jurídica), de forma subordinada e não eventual, mediante salário e sem correr os riscos do negócio, de forma continuada. Esse contrato de trabalho, pode ser individual ou plúrimo, este último também chamado de contrato de equipe.

27. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ. 1943. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14/03/2016.

28. CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 520.

Portanto, contrato de trabalho é a convenção entre as partes, pela qual o empregado oferece sua mão de obra pela contraprestação do pagamento de salário pelo contratante. Valentim Carrion²⁹¹² em sua obra define o contrato de trabalho como sendo de direito privado, consensual, sinalagmático, comutativo, de trato oneroso e subordinativo.

Além do que, destaca que o contrato de trabalho como negócio jurídico que é, para sua eficácia deve ser observado alguns requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Como requisitos extrínsecos entende-se: o agente capaz (no Direito do Trabalho a maioria trabalhista inicia-se aos 18 anos), a licitude do objeto (a legislação destaca o art. 166 II do Código Civil/2002³⁰¹³) e a forma permitida em lei (tem força probatória, em regra usa-se a forma escrita como proteção ao próprio direito do trabalhador, o que não exclui a possibilidade de ser verbal).

Já como requisitos intrínsecos: o consentimento (vontade livre de vícios das partes para validação do contrato pactuado), ausência de vícios sociais e a causa.

Na celebração do contrato de trabalho, respeitado os pressupostos de sua constituição, entende-se estar o mesmo pactuado em todas suas formalidades.

4.2 DAS OBRIGAÇÕES E PENALIDADES CONTRATUAIS

Celebrado o contrato válido, em uma relação trabalhista, tanto o empregador quanto o empregado, assumem mutuamente deveres e obrigações no ato da contratação.

O empregado ao ser contratado assume vários deveres, dentre eles agir com probidade, não praticar ato de indisciplina, ter

29. CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**. 34ª ed atual. SARAIVA: 2009. p.283.

30. _____. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2012. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14/03/2016.

continência de conduta dentre outros, os quais se descumpridos poderão acarretar em penalizações ao obreiro como advertências, suspensões e até mesmo demissão. Para que isso não ocorra, é de suma importância que tais comportamentos sejam observados e cumpridos a rigor pelo trabalhador a fim de manter-se no emprego.

O empregador detém o poder disciplinar que é acionado quando o empregado descumpre o contrato pactuado de forma a tornar esse excessivamente oneroso para o contratante, tornando assim o negócio jurídico celebrado desigual.

4.4 DA RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA

A Constituição Federal/88³¹⁵ traz em seu texto normativo a proteção aos trabalhadores quanto a garantia e estabilidade da relação de emprego:

Ocorre que tal previsão, não obstaculiza a rescisão unilateral do contrato de trabalho que poderá ser rescindido tanto por pedido de demissão feito pelo empregado quanto por despedida por justa causa pelo empregador por força do poder disciplinador que lhe é conferido. Esta última, não se confunde com a previsão dada na Constituição Federal/88 visto que, aquela diz respeito a rescisão contratual feita de forma arbitrária sem qualquer justificativa que respalde a decisão tomada pelo empregador.

A Consolidação das Leis Trabalhistas³²¹⁶, esclarece em um rol taxativo, as razões para aplicabilidade da rescisão por justa causa:

Assim preceitua o doutrinador Valentim Carrion³³¹⁷⁶ acerca da matéria:

31. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14/03/2016.

32. Idem. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ, 1943. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14/03/2016.

33. CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**. 34ª ed atual. SARAIVA: 2009. p.379.

Justa causa: efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus (pagamento de indenizações ou percentual sobre os depósitos do FGTS, 13º salário e férias, estes dois proporcionais).

Portanto, a justa causa é todo ato faltoso do empregado que faz desaparecer a confiança e a boa-fé existentes entre as partes, tornando indesejável o prosseguimento da relação empregatícia. Os atos faltosos do empregado que justificam a rescisão do contrato pelo empregador tanto podem referir-se às obrigações contratuais como também à conduta pessoal do empregado que possa refletir na relação contratual.³⁴¹⁸

Diante disso, pode quando infringidos pelo empregado qualquer dos requisitos avançados no art. 842, da CLT, o empregador mediante provas robustas da infração cometida pelo empregado, inclusive se houver necessidade, precedida de inquérito ou sindicância interna (Súmula 77, TST)³⁵¹⁹, por força do poder diretivo que tem, aplicar a justa causa como medida disciplinadora.

5 LIAME JURÍDICO ENTRE O USO DE REDES SOCIAIS E A APLICAÇÃO DA JUSTA CAUSA

5.1 INCONTINÊNCIA DE CONDUTA

Na definição literal, incontinência diz respeito a imoderação, enquanto que conduta ao comportamento, portanto, entende-se por incontinência de conduta como sendo a falta de moderação no

34. _____. **Rescisão de contrato de trabalho por justa causa do empregado.** Disponível em: http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/justa_causa_empregado.htm. Acesso em 03/05/2016.

35. **Súmula 77 do TST: PUNIÇÃO** (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-77. Acesso em:

comportamento, ou ainda, o mau procedimento. “Ocorre quando o empregado comete ofensa ao pudor, pornografia ou obscenidade, desrespeito aos colegas de trabalho, clientes e à empresa” (NEVES; LOYOLA, 2014, p. 1000).

Portanto, diz-se da aplicação desse pressuposto quanto ao uso das redes sociais, quando pela prática o empregado age no ambiente virtual com falta de respeitabilidade, de cuidado para com a repercussão de suas ações que poderão ultrapassar esse ambiente virtual.

É certo que, não pode o empregador delimitar o uso pessoal das redes sociais fora do ambiente de trabalho, até pelo princípio constitucional de liberdade de expressão. Porém, esse não se confunde com ofensa a honra e incontinência de conduta.

5.2 DESÍDIA

Segundo o dicionário *online* Priberam³⁶²⁰, desídia é a ausência de força ou indolência para agir, é a falta de cuidado ou de atenção e ainda frouxidão na ação.

Portanto, a desídia é falta de atenção com que o empregado tem durante a sua prestação laborativa. É a ociosidade, a falta de agir. Para Valentim Carrion³⁷²¹ :

É a falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência; costuma-se caracterizar pela prática ou omissão de vários atos (impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido, pertencerá a outra das justas causas.

36. O “Desídia” in: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://www.priberam.pt/DLPO/desidia>. Acesso em 09/05/2016.

37. CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**. 34ª ed atual. SARAIVA: 2009. p.382.

Assim, o tempo de ociosidade despendido para acesso as redes sociais, trocas de mensagens, compartilhamento de fotos e etc, poderá acarretar em desídia por parte do empregado, porquanto este tem o dever de prestar o serviço de forma integral.

Para a configuração da desídia o entendimento Tribunal Superior do Trabalho é no sentido que para sua configuração faz-se necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade e da gradação da pena, ou seja, é necessário que a prática seja reiterada e da qual não há mudança de atitude por parte do empregado mesmo após aviso por parte do empregador, se não vejamos o Informativo nº 79 da SDI-1 do TST³⁸²²:

Dispensa por justa causa. Desídia. Art. 482, “e”, da CLT. Princípios da proporcionalidade e da gradação da pena. Inobservância. Falta grave afastada. Para a caracterização da desídia de que trata o art. 482, “e”, da CLT, faz-se necessária a habitualidade das faltas cometidas pelo empregado, bem como a aplicação de penalidades gradativas, até culminar na dispensa por justa causa. Os princípios da proporcionalidade e da gradação da pena devem ser observados, pois as punições revestem-se de caráter pedagógico, visando o ajuste do empregado às normas da empresa. Nesse contexto, se o empregador não observa a necessária gradação da pena, apressando-se em romper o contrato de trabalho por justa causa, frustra o sentido didático da penalidade, dando azo à desqualificação da resolução contratual em razão do excessivo rigor no exercício do poder diretivo da empresa. Com esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embar-

38. TST. **Informativo TST**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documentos/10157/9a7092f9-8d48-457a-9969-03338bf0b8b4>. Acesso em: 06/05/2016.

gos interpostos pela reclamada, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhes provimento. (TST-E-ED-RR-21100-72.2009.5.14.0004, SBDI-I, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 10.4.2014)

5.3 VIOLAÇÃO DE SEGREDO DA EMPRESA

Nesse contexto, quando o empregado utiliza-se das redes sociais para dar publicidade a qualquer fato, ato ou coisa de conhecimento exclusivo da empresa e que, sob sua guarda ou responsabilidade estava da qual não deveria ser levado a conhecimento público e ainda o faz pelo ambiente virtual, pode o empregado utilizar dessa prerrogativa para aplicar a penalidade máxima ao contrato³⁹²³².

5.4 ATO DE INDISCIPLINA OU INSUBORDINAÇÃO

Para que se estabeleça o vínculo empregatício, uma de suas características é a subordinação do empregado ao empregador, em que dá ao empregador o poder diretivo sobre o empregado⁴⁰²⁴.

O ato de indisciplina é o descumprimento de ordens gerais do empregador, dada de maneira genérica ao grupo sem que haja a pessoalidade. Enquanto que a insubordinação é a desobediência a uma ordem pessoal recebida⁴¹²⁵.

Portanto, quanto ao uso das redes sociais torna-se totalmente aplicável quando, por exemplo, há previsão no regimento interno da empresa, bem como no manual de conduta a expressa proibição ao uso de redes sociais durante o período laboral e ainda

39. CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**. 34ª ed atual. SARAIVA: 2009. p.383.

40. VERÃO, Flávio. **Mau uso do celular pode causar demissão**. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/caderno-a/mau-uso-do-celular-pode-causar-demissao>. Acesso em: 18/02/2016.

41. CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**. 34ª ed atual. SARAIVA: 2009. p.383.

assim o funcionário descumpre as ordens expressas, aplica-se a penalidade por ato de indisciplina.

Quando este recebe ordem direta do superior, para que não continue utilizando e ainda assim o mesmo continua a praticar a mesma conduta torna da mesma maneira aplicável por ato de insubordinação.

5.5 ATO LESIVO DA HONRA OU BOA FAMA PRATICADO EMPREGADOR, SUPERIORES HIERÁRQUICOS OU OUTRO EMPREGADO

As penalidades previstas nas alíneas são passíveis de aplicação porquanto o empregado quando utiliza das redes sociais para proferir ofensas a dignidade da pessoa e disseminar acusações falsas, a provocar a humilhação e vexame o empregador ou qualquer outra pessoa do ambiente corporativo enseja na possibilidade do empregador utilizar-se dessas prerrogativas.

6. DECISÕES DOS TRIBUNAIS EM CONSONÂNCIA COM A APLICABILIDADE DA JUSTA CAUSA MOTIVA POR USO DE REDES SOCIAIS

Diversos Tribunais têm decidido no sentido favorável a aplicação por parte dos empregadores das penalidades previstas no art.482, da CLT em virtude do uso indiscriminado das redes sociais como se vê abaixo:

Justa Causa. Caracterização. **Publicação de ofensas contra empregador nas redes sociais caracteriza ato lesivo à honra e boa fama do empregador sendo passível de dispensa por justa causa.** (TRT-2 - RO: 00007909120145020040 SP 00007909120145020040 A28, Relator: ANTE-

RO ARANTES MARTINS, Data de Julgamento: 03/02/2015, 6ª TURMA, Data de Publicação: 11/02/2015). (grifo nosso)

8ª T U R M A RECURSO ORDINÁRIO - **IMPROBIDADE. Restando comprovada a conduta irregular da empregada que afastada do trabalho por doença, posta nas redes sociais sua participação em eventos festivos, bem como apresenta atestado médico falso, correta a dispensa por justa causa.** (TRT-1 - RO: 217220125010043 RJ, Relator: Edith Maria Correa Tourinho, Data de Julgamento: 22/01/2013, Oitava Turma, Data de Publicação: 04-02-2013). (grifo nosso).

Da justa causa. In casu, as faltas graves cometidas pela reclamante restaram comprovadas, à saciedade, por meio dos prints da páginas da rede social Facebook, cujos conteúdos foram registrados no 5º Tabelionato de Notas de Santo André e reconhecidos como autênticos pela reclamante em audiência, de modo a confirmar a tese da reclamada. **Não bastasse relatar agressividade em relação ao seu superior hierárquico (encarregado), a reclamante também publicou comentários ofensivos à pessoa do sócio da reclamada, o que configura as condutas previstas nas alíneas h e k do 482 da CLT. Importante registrar que os comentários feitos pela reclamante eram veiculados em rede social de acesso público,** tanto que a ré tomou conhecimento deles através de seu cliente, fato este não impugnado pela autora. Valendo-se, ainda, de sua página na rede social Facebook, a reclamante alardeava a sua intenção de apresentar atestados para justificar as faltas ao trabalho, o que carac-

teriza a conduta da alínea b do dispositivo acima citado. Em nada altera tal conclusão a alegação de que a reclamante não teria ciência do ato faltoso que ensejou a dispensa por justa causa, máxime diante do 'aviso prévio do empregador', cuja assinatura se recusou a autora a apor, que elenca as alíneas b, h e k do art. 482 da CLT e do conteúdo dos comentários da autora na rede social. Nego provimento. Da reconvenção - dano moral. **Verifica-se que a autora ofendeu a honra objetiva da reclamada ao publicar na rede social Facebook que esta estava quase falindo, não se podendo olvidar que, conforme narrado pela ré, tomou conhecimento dos comentários da autora através de sua cliente, circunstância que corrobora a alegação da reclamada de que teve a sua imagem e boa fama violada.** Destarte, mantenho a r. sentença, ainda que por diverso fundamento." (TRT-2- RO: 00026807820135020435 SP 00026807820135020435 A28, Relator: MARTA CASADEI MOMEZZO, Data de Julgamento: 19/08/2014, 10ª TURMA, Data de Publicação: 28/08/2014). (grifo nosso)

Portanto, torna-se visível que várias são as prerrogativas autorizadas da dispensa motivada por uso indiscriminado das redes sociais no ambiente de trabalho. Fato esse que ainda gera controvérsias mais torna-se cada vez mais sedimentado o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria que ainda em muito carece de legislação específica para normatizar.

8. CONCLUSÃO

Diante do tema explorado no presente artigo, tornou-se evidente que o uso de maneira indiscriminada de redes sociais pelos empregados nos ambientes corporativos, enseja em causa auto-

rizadora para a rescisão indireta por justa causa do contrato de trabalho por parte do empregador.

Deve-se observar ainda que tais infrações a possibilitar a justa causa, podem se dar de diversas maneiras: através de publicações em redes sociais de fotos, opiniões ofensivas relativas ao empregador ou seu ambiente laboral, ou ainda por desídia, descumprimento de regimento ou ordens diretas e indiretas ao interromper o expediente produtivo para fazer uso dessas redes virtuais.

Assim, mostra-se claro que várias são as prerrogativas que autorizam ao empregador a utilização de seu poder diretivo para aplicação de penalidades a seus subordinados que fazem má utilização das redes sociais no ambiente corporativo, na tentativa de resguardar a boa-fé dos contratos trabalhistas, bem como seu objeto precípua, qual seja a contratação de mão de obra remunerada em contraprestação a serviço prestado com eficiência.

Portanto, a falta de cuidado dos empregados em não observar as normas preestabelecidas contratualmente, bem como a falta de legislação específica para sanar essas questões, levam ao Judiciário os impasses travados entre empregador e empregado, e têm feito com que muitos empregadores adotem medidas mais severas para atenuar tais práticas reiteradas dentro de suas empresas, dispondo de expressas proibições inclusive em seus regimentos internos.

Por fim, ficou demonstrado que tais questões controvertidas são passíveis de serem prevenidas por empregados e empregadores, que mesmo antes de pactuarem o contrato trabalhista, podem pactuar acerca dos limites, e encontrar um patamar para evitar-se a rigidez nos contratos e resguardar os direitos particulares bem como a eficiência na produtividade.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. 1349 p.

CETIC. **Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2014.**

Disponível em: <http://cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-nos-domicilios-brasileiros/>. Publicada em: 23/11/2015. Acesso em 28/04/2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11^a. ed. São Paulo: Ltr, 2012. 1488 p.

FIGUEIRÊDO, Guilherme José Purvin de. **O bem estar do trabalhador rural como função socioambiental da propriedade.** In: LIMA, André (Org). O direito para o Brasil socioambiental. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.P. 378-379.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 5. ed. amp. São Paulo: Saraiva, 2004. 428 p.

PORTAL R7. **Profissionais perdem até três dias de trabalho por mês com redes sociais, diz pesquisa.** Disponível em: <http://noticias.r7.com/economia/profissionais-perdem-ate-tres-dias-de-trabalho-por-mes-com-redes-sociais-diz-pesquisa-18032014>. Acesso em: 03/05/2016.

VERÃO, Flávio. **Mau uso do celular pode causar demissão.** Disponível em: <http://www.progresso.com.br/caderno-a/mau-uso-do-celular-pode-causar-demissao>. Acesso em: 18/02/2016

DIREITOS HUMANOS E PARA HUMANIDADE, UM DISCURSO ACERCA DA UNIVERSALIDADE E INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Fagner Vinícius de Oliveira⁴²

Introdução

O presente estudo enfoca a indisponibilidade e universalidade dos direitos humanos para todos os humanos, visto que ele visa prevenir o sofrimento humano, afim de que todo e qualquer Ser Humano venha ter respeitada a sua dignidade de vida em condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado.

Visa ainda, abranger aspectos críticos apresentados no tema sobre a concessão de direitos humanos somente para humanos que são direitos, conforme recentemente referendado pelo Deputado Jair Bolsonaro do PSC/RJ Jair, ao qual abertamente enfatizou a corrente do direito penal do inimigo no Brasil, em entrevista em rede nacional em pleno saguão da Câmara dos Deputados, quando expressou que “somente humanos direitos são dignos de ter a tutela dos direitos humanos, estando fora dessa seara os ladrões, presidiários e menor infrator”.

A opinião do deputado somado ao sentimento de insegurança que ronda a sociedade brasileira, devido ao grandioso aumento da criminalidade, fez com que muitos acreditem ser essa a verdadeira política de proteção de direitos a ser adotada pelo Brasil, fato que foi confirma-

42. Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Católica de Petrópolis (RJ).
Endereço eletrônico: fagnervoliveira@gmail.com

do em pesquisa realizada pelo Núcleo de estudos da Violência da USP apontam que a população brasileira está mais tolerante com a suspensão de direitos para um determinado grupo da sociedade.

A corrente do direito penal do inimigo criada pelo o alemão Günther Jakobs ao qual elenca que certas pessoas por cometerem delitos devem ser consideradas inimigas da sociedade ou do Estado, não podendo ser detentoras de proteções fundamentais garantidas nas leis penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos, fazendo uma distinção entre um direito penal do cidadão ao qual tem resguardado todas as proteções fundamentais, e um direito penal para inimigos, ao qual tem a suspensão de certas garantias legais com o argumento de necessidade de proteger a sociedade ou o Estado contra determinados perigos que possam causar.

Ocorre que a Constituição de 1988, constitui um marco de ruptura com o regime autoritário, elevando o valor da dignidade humana para um princípio fundamental de núcleo base do nosso ordenamento jurídico, tendo como pauta a defesa de direitos e reconhecendo que todos os sujeitos são passíveis de direitos, independentemente de sua classe social, seu delito, sua raça, pois o bem a ser protegido essencialmente é a dignidade da pessoa humana, e não somente os humanos direitos.

1. CONCEITOS DE DIREITOS HUMANOS

A base da construção dos direitos humanos é a constante luta contra toda forma de opressão e busca de um melhor bem-estar do indivíduo. Ao ponto que as conquistas obtidas nos dias atuais, não se permitem mais conviver com situações e comportamentos repugnantes como a escravidão, a perseguição religiosa, extermínio de determinada raça, submissão da mulher, discriminação de deficientes.

O homem é dotado de inteligência, porém face ao seu espírito aguerrido e com plena consciência da necessidade de sua preservação, existe uma natureza humana inerente de todos os seres humanos, ao

qual consegue extrair uma norma não expressa na sociedade que é a necessidade de se respeitar um princípio ético de convivência harmônica da dignidade do Ser. Verifica-se que os direitos humanos são produtos históricos de direitos inerentes a todos os Seres Humanos.

O ser humano é um núcleo irradiante de valores reconhecidos por toda sociedade, sendo todo atentado contra a dignidade combatido com valores éticos superiores de convivência humana, como bem destacou COMPARATO (2003, p.209-210) “*os direitos humanos são produtos do reconhecimento expresso da existência de bens soberanos de toda humanidade, cuja proteção é condição para sua sobrevivência*” e para o seu aperfeiçoamento ético.

Os direitos humanos são direitos básicos de todos os seres humanos, são aqueles direitos considerados naturais e fundamentais para a existência da pessoa humana; *são o conjunto de regras mínimas essenciais à convivência harmoniosa entre os seres humanos, com vistas à sobrevivência e evolução da humanidade* (TORRES, 2011), CANELLA JUNIOR (2011, pag.33), apud MORANGE (1985, pag. 62-63) elenca que “os direitos humanos são o produto do reconhecimento expresso da existência de bens soberanos de toda humanidade, cuja proteção é condição para a sua sobrevivência e para o seu aperfeiçoamento ético”. Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, essenciais e indispensáveis para a vida digna.

2. DA INTERNACIONALIZAÇÃO E RECONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O fortalecimento do totalitarismo, decorrente de conjunturas socioeconômicas, é o antagonismo criado com os países democráticos deram início a segunda guerra mundial, que durou de 1939-1945, *surgindo o conflito mais letal da história da humanidade, resultando entre 50 a mais de 70 milhões de mortes*. Os seis anos

em que pendurou o regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição. O ato final foi em agosto de 1945, em Hiroshima e Nagasaki, com a utilização da bomba atômica, fazendo a humanidade perceber que sua existência corria sérios riscos.

Em respostas as atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo no período da segunda guerra mundial, a humanidade, enfim, percebeu que os direitos humanos ainda não estavam assegurados, emergindo a necessidade de reconstrução tendo como paradigma de ordem ética internacional. Ao termino da segunda guerra mundial, ao qual ficou claramente demonstrado com a prevalência do regime do terror, e no qual pessoas eram consideradas descartáveis, emergindo a necessidade de reconstrução do valor do Ser.

As implicações do holocausto e de outras violações de direitos cometidas durante a guerra reconheceu a necessidade de fortalecimento dos direitos humanos não apenas na seara interna de um Estado-nação, mas, sim no plano internacional, como bem destacou BILDER:

“o movimento do direito internacional dos direitos humanos e baseado na concepção que toda nação tenha obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional tem o direito é a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste é um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.(...) Embora a ideia de que os seres humanos tem direitos e liberdades fundamentais que lhes são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são obje-

tos próprio de uma regulação internacional, por sua vez, e bastante recente”. (BILDER, 1992, p. 3-5).

Em abril de 1945, representantes de cinquenta países reuniram-se em San Francisco na Conferência das Nações Unidas na Organização Internacional, cujo seu principal objetivo era formar um corpo internacional para promover a paz e prevenir futuras guerras. A Carta da nova organização das Nações Unidas entrou em efeito no dia 24 de outubro de 1945, data em que se comemora o Dia das Nações Unidas. Os seus ideais de organização foram declarados no preâmbulo *“Nós os povos das Nações Unidas estamos determinados a salvar as gerações futuras do flagelo da guerra, que por duas vezes na nossa vida trouxe incalculável sofrimento à Humanidade”*.

No ano de 1948 é adotada a Declaração Universal dos direitos Humanos. O documento é a base da luta universal contra a opressão e a discriminação, defende a igualdade e a dignidade das pessoas e reconhece que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser aplicados a cada cidadão do planeta.

Os direitos humanos são os direitos essenciais a todos os seres humanos, sem que haja discriminação por raça, cor, gênero, idioma, nacionalidade ou por qualquer outro motivo (como religião e opinião política). Eles podem ser civis ou políticos, como o direito à vida, à igualdade perante a lei e à liberdade de expressão. Podem também ser econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho e à educação e coletivos, como o direito ao desenvolvimento.

A garantia dos direitos humanos universais é feita por lei, na forma de tratados e de leis internacionais que introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos passando os direitos humanos a ter uma nova compreensão, lastreada no compromisso ético de progressiva e absoluta proteção no âmbito mundial.

3. A UNIVERSALIDADE, INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS PARA TODOS OS HUMANOS NÃO SOMENTE PARA HUMANOS DIREITOS.

O desenvolvimento internacional dos direitos humanos com a institucionalização de direitos humanos em Constituições, rígidas e escritas que visaram dar uma máxima proteção, assumindo formas de direitos fundamentais positivados e juridicamente garantidos com igualdade para todos os humanos. BOBBIO (2004, p.30) destacou que *“os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares para finalmente encontrar plena realização como direitos positivos universais”*.

Na sociedade que se tem como pauta a defesa de direitos tem que ter como base o reconhecimento que todos os sujeitos são passíveis de direitos, independentemente de sua classe social, seu delito, sua raça, pois o bem a ser protegido essencialmente é a dignidade da pessoa humana, e não somente os humanos direitos. LAFER *apud ARENDT (1988) sustenta “o primeiro direito humano, no qual derivam os demais, é o direito a ter direitos”*.

No Brasil o STF na ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1/12/2005, adotou essa linha de decidir que *“direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades”*.

Os Direitos Humanos são para todos os seres humanos, e todos devem ser protegidos em sua dignidade, independente do que fizeram ou venham fazer, simplesmente por serem humanos. *A garantia da proteção dos direitos humanos tem como principal escopo coibir a repetição de comportamentos e atitudes que se tratou e igualou o ser humano ao nada, limitando o atuar do estado pelo princípio de efetivação dos direitos fundamentais decorrente do sistema ético.*

Não podemos admitir em um mundo globalizado em que se visa viver em plena paz e harmonia, o reconhecimento de apenas uma parte da sociedade como inserida no escopo de proteção dos direitos humanos, quando os direitos humanos são universais e indisponíveis a todos.

Para sobrevivência e evolução da humanidade devemos olhar para os outros seres não pensando somente de maneira individualizada, pois estaríamos repetindo comportamentos em que quase destruiu a humanidade, mais sim com amor vendo que do outro lado existe um ser que respira e tem direitos a tratamentos como gostaríamos que fossemos tratados. Defender a universalização dos direitos humanos e defender a garantia da existência da humanidade.

4. O BRASILEIROS MAIS TOLERANTES COM A SUSPENSÃO DE DIREITOS

Atualmente a sociedade vive em tempos de constante insegurança. As notícias relativas ao aumento da criminalidade veiculadas nos meios de comunicação, vem gerando na população a sensação de insegurança, e fazendo grande parcela da sociedade a defender que as garantias fundamentais conquistadas com a institucionalização dos direitos humanos devem haver um recrudescimento.

Em recente pesquisa com a denominação “Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais, e valores em relação a violação de direitos humanos e violência”, realizada pelo Núcleo de estudos da Violência da USP apontam que a população brasileira está mais tolerante com a suspensão de direitos de acusados e condenados.

Ao total foram realizadas entrevistas, em 2010, com 4025 pessoas, a partir de 16 anos, em 11 capitais brasileiras. E uma outra parte das perguntas foram realizadas em 1999, o que permite a comparação e mostra menos brasileiros se importando com direitos de suspeitos, acusados e condenados. Uma das questões, por exemplo, perguntava se um policial pode “invadir uma casa”, “atirar em um suspeito”, “agredir um suspeito” e “atirar em um suspeito armado”. A maio-

ria das pessoas continua discordando totalmente nas três primeiras sentenças, mas houve grande queda dos que discordam. Em 1999, 78,4% discordavam totalmente sobre invadir uma casa; em 2010, o número caiu para 63,8%. Na primeira pesquisa, 87,9% discordavam totalmente sobre atirar em um suspeito; o que caiu para 68,6%. Em 1999, 88,7% eram totalmente contra a polícia agredir um suspeito; número que caiu para 67,9%; e 45,4% eram contra atirar em um suspeito armado, o que caiu para 38%. Outra questão era se um policial poderia bater em um preso que tentara fugir. Em 1999, 61,5% discordavam totalmente, número que caiu para apenas 34,8%.

Em relação a tortura quase 80%, foi contrário à prática, porém como foi direcionada a utilização das práticas como forma de se obter a confissão e ser utilizada como, apenas 52,5% discordaram totalmente e 18,1% discordaram em parte. Em uma comparação com o ano de 1999, 71,2% discordavam totalmente e 5,5% discordavam em parte. Pode-se dizer neste caso, e em outras questões, que não aumentou o número de pessoas que concordam com a suspensão de direitos, mas que elas já não têm a mesma firmeza na defesa deles.

A cultura do medo que se instaurou no seio da sociedade vem aumentando o aceitamento de repressão, e o esvaziando o direito de defesa. A violência passa a se tornar rotineira, porque é apresentada como rotineira, sem causa, sem consequências.

Em outra pesquisa realizada pelo Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, onde foram entrevistadas 1.307 pessoas com mais de 16 anos, no dia, em 84 municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes, representando todos os municípios brasileiros dessa dimensão. Onde foi realizada a pergunta “Bandido bom e bandido morto? ”, obteve como resultado que 50% concordam com a afirmação e 45% discordam e 5% não sabem ou não opinaram.

Portanto, a mudança no paradigma desperta um alerta para trazer a memória da população de que os direitos humanos visa proteger a própria existência do Ser Humano, eles são indissociáveis à dignidade humana e à cidadania, se a população desconhece seus direitos

conquistados ou os renuncia poderemos em um futuro próximo ver repetições de cenas de terror que quase exterminaram a humanidade.

5. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo surge como teorização inerente as características próprias do direito penal moderno, trazendo a possibilidade de restrição de garantias penais e processuais penais na persecução de certos delitos e na punição de certos delinquentes, operando uma diferenciação entre indivíduos que compõem a sociedade entre “inimigos” e cidadãos. Emerge sobre o constante sentimento de insegurança que tem assolado a população mundial na era da globalização, pretendendo combater delinquentes mais perigosos, que colocariam em risco a própria existência do Estado.

O principal precursor do direito penal do inimigo é Gunther Jakobs, segundo o qual o direito penal deve ser dividido em duas subdivisões, ou seja o Direito Penal do Cidadão é o Direito Penal do Inimigo. Ele faz uma distinção entre indivíduos e pessoas, entendendo que aqueles que pertencem à ordem natural, que se originam o mundo da experiência, enquanto estas são oriundas de uma construção social que pode ser atribuída ou não aos indivíduos (JAKOBS, 1996 apud MARTIN, 2007, p. 135/136). Se não existisse uma firme crença de que determinados indivíduo agira de acordo com seus direitos e deveres perante a ordem jurídica, ocorre uma degeneração da pessoa. Uma vez ocorrendo a degeneração não subsidiará a pessoa, mas estará apenas a existência de um indivíduo perigoso, um inimigo (JAKOBS, p. 9/10). Podemos concluir que sobre esta ótica pessoa não é sinônimo de SER HUMANO, considerado ontologicamente, mas sim, uma construção meramente normativa que poderá ser atribuída ou não a um indivíduo, podendo também ser retirado.

Segundo esta linha de pensamento o indivíduo somente se tornaria pessoa na medida em que recebesse deveres perante a sociedade ao qual faça parte, e para realização desses deveres também receberia direitos seria “a unidade ideal de deveres e direitos

que são administrados através de um corpo e de uma consciência”. (JAKOBS, 2003 apud MARTIN, 2007, p. 136).

Na visão de JAKOBS, o Direito Penal Cidadão só poderia ser destinado ao indivíduo titular de direitos e obrigações, que apenas por um desvio de conduta se tornou um infrator de forma incidental, sem abalo ao ordenamento jurídico, visto que seu delito e de menor periculosidade letal e pode ser impedido de cometer futuros delitos. O inimigo é o destinatário do Direito Penal do Inimigo é o indivíduo que coloca em risco o ordenamento jurídico por não se submeter pelas normas que regem o Estado, estando na contramão da lei. Este indivíduo perderia a característica de pessoa não devendo ser tratado como cidadão, pois reiteradamente insurge contra a consolidação do Estado de Direito, é o indivíduo com práticas não legítimas claramente ilegais, que vive à margem da sociedade.

O Direito Penal do Inimigo nada mais é que um grupo de dispositivos legais que em razão de sua finalidade específica e de seus destinatários, se desvia dos princípios normas e fins do Direito Penal geral; se tornando um corpus punitivo particular, onde certos indivíduos, considerados inimigos do estado, receberiam um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico penal em relação aos demais, sofrendo uma supressão de direitos e garantias individuais com a finalidade de proteção de toda a coletividade. Como bem ressaltou ZAFFARONI (2007, p.22) “ o inimigo ou hostis era alguém privado de todo o direito, que estava fora da comunidade”.

6. INCOMPATIBILIDADE DO DIERITO PENAL DO INIMIGO COM OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, ou princípio do não retorno, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada permitindo somente acrescentar e aprimorar o direito, denominando “efeito cliquet”. Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que “é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamenta-

dos, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”. (CANOTILHO, 2002, p. 336.). O direito penal do inimigo prevê que determinados indivíduos sejam considerados inimigos do Estado, e que por serem considerados perigosos para a coletividade, devem ter suprimidos alguns direitos e garantias fundamentais o que não poderia de maneira alguma acontecer.

A dignidade da pessoa humana, como condição intrínseca ao ser humano gera os direitos humanos como consequência havendo um mínimo ético irreduzível, não sendo possível subtrai-los do indivíduo em nenhuma circunstância, mesmo em hipótese de extrema gravidade.

A incompatibilidade da aplicação do direito penal do inimigo no estado de direito e total, visto que a dignidade da pessoa humana e um valor absoluto que possui um condão de deslegitimar a invalidação de imposição e a defesa de ordens sociais por meio da força e coação física.

Jean Morange afirma que a “*a superioridade absoluta do Estado observada no facismo, no nazismo e no stalismo, objetiva a despersonalização do ente humano*”(MORANGE, 1985, p.62-63), quando no direito penal do inimigo se afirma que alguns indivíduos devido aos seus atos deixam de ser considerados cidadãos dignos de proteção de certas garantias fundamentais. Há um grave atentado a dignidade do ser humano, pois como no nosso passado, passo a considerar pessoas como coisas que podem a qualquer momento ser descartadas.

A Constituição de 1988, simboliza uma ruptura com o regime autoritário, o valor da dignidade passa a ser elevado a princípio fundamental, vindo a incorporar as exigências de justiça e dos valores éticos que dão suporte a todo o sistema jurídico nacional, o que não permite mais retrocesso.

7. CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente estudo a Declaração Universal dos direitos Humanos veio como uma reação ética as atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, pois havia um certo receio

de como coibir o retorno de comportamentos não aceitáveis eticamente em face a dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que no breve histórico da internacionalização dos direitos humanos com as definições acima dadas que o principal objetivo era proteção da dignidade da pessoa humana com um novo padrão de ética, afim de que esses direitos pudessem ser ampliados e assegurados a todos os Seres Humanos, sendo esses direitos positivados em Constituições com vista a conferir máxima proteção, permanecendo íntegro o sistema ético de referência para todos os humanos e não somente para humanos direitos.

Para sobrevivência e evolução da humanidade devemos olhar para os outros seres não pensando somente de maneira individualizada, pois estaríamos repetindo comportamentos em que quase destruiu a humanidade, mais sim com amor vendo que do outro lado existe um ser que respira e tem direitos a tratamentos como gostaríamos que fossemos tratados.

Enquanto continuarmos com o pensamento específico de defesa a uma causa distinta ignorando a defesa universal dos direitos de todos os cidadãos, veremos a nulidade da importância dos Direitos Humanos e uma ameaça de retorno aos tempos do “olho por olho, dente por dente”. É preciso redefinir os rumos dos direitos humanos no Brasil e reafirmar sua importância no dia a dia do povo, e não cercear os direitos de uns para garantir os direitos de outros.

Defender a universalização e indisponibilidade dos direitos humanos e defender a garantia da existência da humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** – STF, *ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1/12/2005*, disponível em <http://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>.

BRASIL. **Segunda Guerra Mundial**, disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Segunda Guerra Mundial](https://pt.wikipedia.org/wiki/Segunda_Guerra_Mundial).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 2004.

BILDER, Richard B. Na overview of international human rights law. In: HANNUM. Hurst(Editor). **Guide to international human rights practice**. 2 ed. Philadelphia. University Pennsylvania Press, 1992.

CANELA JUNIOR, Osvaldo, **Controle judicial de políticas públicas**, Saraiva, SP, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de direito constitucional**, 4ª ed., Juspodivm, BA, 2012.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pesquisa Datafolha realizada em junho de 2015 com a pergunta “Bandido bom é bandido morto?”** disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf, acesso disponível em 05 de outubro de 2016.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, lumen Juris, 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2ª ed., Saraiva, SP, 2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTIN, Luís Garcia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 2007.

MORANGE, Jean. **Droits de l'homme et libertes publiques**. 5ª Edição. Editora Paris, 1985.

PIOVESAN, Flavia, **Temas de Direitos Humanos** - 8ª Ed., Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flavia, **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo, Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flavia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional** - 16ª edição. Ed., Saraiva, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo, **O Direito ao Mínimo Existencial**, Renovar, RJ, 2009.

USP. **Pesquisa nacional, por amostragem domiciliar, sobre atitudes, normas culturais, e valores em relação a violação de direitos humanos e violência**. Disponível em <http://www.nevusp.org/downloads/down264.pdf>, acesso realizado em 5 de outubro de 2016.

ZAFFARONI. Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2007.

O TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO BRASILEIRO

Gleyce Anne Cardoso⁴³

1. Introdução

O Brasil ratificou todos os documentos internacionais que dispunham sobre o tráfico de pessoas, em face da adesão a esses tratados, promoveu a alteração de sua legislação penal interna para adequá-la aos compromissos assumidos no âmbito do Direito Internacional.

No ano de 2004 o Brasil ratificou e incorporou o atual instrumento internacional de combate ao tráfico de pessoas, o Protocolo de Palermo, e com isso assumiu no âmbito internacional o compromisso de enfrentar o tráfico de pessoas. Para isso o Brasil adotou medidas para adequar e o modernizar o código Penal Brasileiro quanto ao crime de tráfico de pessoas.

A pesquisa buscou estudar a historicidade e mentalidade da legislação penal brasileira sobre o tráfico de pessoas desde o Código Imperial ao Código Penal de 1940.

2. O tipo penal do tráfico de pessoas no Brasil: do código penal imperial ao código penal de 1940.

O Código Penal do Império não previa a existência do tráfico de mulheres. Na legislação brasileira percebe-se a preocupação com o tráfico de seres humanos desde o Código Penal Republicano de

43. Mestre em Direito. E-mail: gleyce_cardoso@hotmail.com

1890, por meio do tipo do tráfico de mulheres. No Código Penal Republicano o tráfico de mulheres era trabalhado no capítulo correspondente aos crimes de lenocínio (BARBOSA, 2009.).

Lenocínio significa favorecer, de qualquer modo, a libidinagem alheia, com ou sem proveito pessoal constituindo o gênero de outras condutas, denominadas de proxenitismo, alcovitice e rufianismo. Chama-se o comércio sexual na língua romana *lenicinium* e era geralmente considerado como uma das formas mais infames da prostituição (NUCCI, 2015. p. 97).

Os bens tutelados no capítulo de lenocínio eram a moral do grupo familiar e o decoro ou pudor público, que os legisladores julgavam agredidos com as atividades do tráfico, por ter como finalidade a prostituição (O CÓDIGO PENAL INTERPRETADO, 1901. p. 388).

O tráfico de pessoa foi tipificado no art. 278 do Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890) e dispunha que,

Art. 278. Induzir mulheres quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidações ou ameaças a empregarem-se no tráfico da prostituição; prestar-lhes, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, assistência, habitação e auxílio para auferir, directa ou indirectamente, lucros desta especulação: Penas – de prisão cellular por um a dois anno e multa de 500\$ a 1.000\$000.

A primeira parte do art. 278, que se referia ao tráfico de mulheres, era, contudo, ambíguo e impreciso, pois tratava das “mulheres que se empregavam no tráfico da prostituição”. Essa terminologia era criticada pela sua imprecisão, e foi modificada justamente por causar problemas na compreensão, estando em desconformidade com o tipo penal que o artigo previa, pois quem se empregava no

tráfico eram os mediadores, corretores ou promotores da prostituição, e não as mulheres (PIERANGELI, 1980. p. 300-301).

Posteriormente, alterações se fizeram necessárias no Código, em face das deficiências do texto da lei, que a cada dia se mostrava mais problemática, ante a proliferação do tráfico, como também ante o cumprimento do que o Brasil se obrigara na Convenção Internacional que se reuniu em Paris, em 15 de junho de 1902, de intensificar a repressão ao que estava sendo chamado de tráfico de mulheres brancas (SALES; ALENCAR, 2008. p. 87-104).

Em 25 de setembro de 1915, o Brasil promulgou a Lei n° 2.992, que modificou o art. 278 do Código Penal de 1890 (SALES; ALENCAR, 2008. p. 87-104).

Com a alteração, o texto do artigo 278 passou a prever o tráfico de mulheres do seguinte modo,

Art. 278. Manter ou explorar casas de tolerância, admitir na casa em que residir, pessoas de sexos diferentes, ou do mesmo sexo (que ali se reúnam para fins libidinosos); induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miséria, quer constringendo-as por intimidação ou ameaças a entregarem-se à prostituição; prestar, por conta própria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistência ou auxílio ao commercio da prostituição.

Penas – de prisão celular por um a tresannos e multa de 1:000\$ a 2:000\$000

§1° Alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher menor, virgem ou não, mesmo com o seu conhecimento; alliciar, attrahir ou desencaminhar, para satisfazer as paixões lascivas de outrem, qualquer mulher maior, virgem ou não, empregando para esse fim ameaça, violência, fraude, engano, abuso de po-

der ou qualquer outro meio de coação; reter, por qualquer dos meios acima referidos, ainda mesmo por causa de dívidas contrahidas, qualquer mulher, maior ou menor, virgem ou não, em casa de lenocínio, obrigá-la a entregar-se á prostituição.

Penas – as do dispositivo anterior.

§ 2º Os crimes de que trata o art. 278 e o § 1º do mencionado artigo serão puníveis no Brazil ainda que um ou mais actos constitutivos das infracções nelles previstos tenham sido praticados em paiz estrangeiro.

§ 3º Nas infracções de que trata este artigo haverá logar a acção penal:

- a) por denuncia do Ministério Publico;
- b) mediante queixa da victima ou de seu representante legal;
- c) mediante denuncia de qualquer pessoa.

O primeiro parágrafo dispunha sobre aliciar mulheres menores para prostituição com o emprego de ameaça, fraude ou coação. O segundo parágrafo inovou ao dispor que o Os crimes de que trata o art. 278 e o § 1º do mencionado artigo serão puníveis no Brasil ainda que um ou mais atos constitutivos das infracções neles previstos tenham sido praticados em país estrangeiro.

Com a mudança do Código Penal, o tráfico de mulheres passou a ter redação similar à dos artigos 1º e 2º da Convenção para a Supressão de Escravas Brancas, de 1910, sendo previsto no § 1º do art. 278. A redação, mais explícita que a anterior, passou a caracterizar o tráfico de mulheres como a ação de aliciar, atrair ou desencaminhar, para satisfazer a lascívia de outrem, mulher menor, virgem ou não, independente de seu consentimento, e mulher maior, virgem ou não, quando se verificar o uso de ameaça, violência, fraude, engano, abuso de poder ou outros meios de coação. Verifica-se também que a lei

umentou a previsão da pena, que antes era de um a dois anos, passando a ser de dois a três anos. (SALES; ALENCAR, 2008. p.93- 94)

Em 17 de janeiro de 1921, uma nova mudança foi realizada no Código para tornar ainda mais rígida a pena dos crimes de tráfico de mulheres. O Decreto n° 4.269, por meio de seu art. 101, tornou inafiançável o referido delito (SALES; ALENCAR, 2008. p.87 – 104).

A questão do crime de tráfico de mulheres também foi prevista na Consolidação das Leis Penais de 1932, editada com vista a “atualizar e sistematizar a legislação penal até então vigente no Brasil” (BARBOSA, 2009). A previsão se deu de forma indireta no capítulo destinado a reger os delitos de lenocínio.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940 a redação dada ao tráfico de pessoas estava no artigo 231 que atribuiu nova redação ao tipo penal tráfico internacional de mulheres.

O crime de tráfico de pessoas continuou a ser elencado no capítulo do lenocínio entre aqueles considerados crimes contra os costumes, cujos bens tutelados eram a moral pública sexual e os bons costumes, que deveriam estar a salvo da prostituição. (SALES; ALENCAR, 2008. p. 94-95).

Dessa forma, para o artigo 231 do Código Penal de 1940 o tráfico de pessoas passou a ser compreendido como a promoção ou facilitação na entrada ou saída de mulheres no Brasil para exercer a prostituição.

CAPÍTULO V- DO LENOCÍNIO E TRÁFICO DE MULHERES

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha a exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos

§1° Se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1° do art. 227:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

O sujeito passivo do tráfico de mulheres para essa redação inicial sobre o tráfico de pessoas é aquele que sofre o crime. A redação original do Código Penal de 1940 entendia que a vítima do Tráfico de Pessoas era tão somente as mulheres e a finalidade do tráfico era somente para a prostituição. “Essa característica decorre do fato de que os documentos internacionais ratificados pelo Brasil sempre fizeram referência ao tráfico de mulheres e crianças, o que contribuiu para influenciar o legislador brasileiro” (SALES; ALENCAR, 2008. p. 95).

Quanto à possibilidade do tráfico interno de mulheres, havia a impossibilidade da configuração do crime em face do artigo tratar do tráfico internacional de mulheres, não prevendo a mesma conduta no interior do país.

Apesar da ausência legal, como a legislação penal brasileira sempre tratou o tráfico tendo por finalidade a prostituição, quando ocorriam casos que poderiam ser tipificados como tráfico interno de mulheres, na medida do possível eram punidos como tipo afim, como por exemplo, o favorecimento à prostituição previsto no artigo 228 do Código Penal de 1940. (SALES; ALENCAR, 2008. p. 95)

Dessa forma, através de uma interpretação extensiva aplicavam o crime de tráfico interno de pessoas o agente que induzisse ou atraísse mulher dentro do país para a prostituição, impedisse-a de abandonar ou facilitasse a atividade, praticaria o crime de facilitação da prostituição, condutas previstas no do art. 228 do Código Penal que disponha sobre o favorecimento à prostituição ou exploração sexual.

Porém com a ratificação do Protocolo de Palermo o Código Penal

de 1940 passou a sofrer algumas alterações legislativas. O artigo 231 já sofreu duas alterações até o momento. Em razão da importância dessas alterações optou-se por destacá-las em um item próprio.

3. Código penal de 1940 e as alterações após a ratificação pelo Brasil do protocolo de Palermo

Após a ratificação pelo Brasil do Protocolo de Palermo, em 2004, foi realizada uma modificação no Código Penal brasileiro em relação ao delito de tráfico de mulheres previsto no art. 231, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, além de alterar o artigo referido, que passou a tratar do tráfico internacional de pessoas, incluiu o art. 231-A, que trata do tráfico interno de pessoas.

Com a promulgação da Lei nº 11.106/2005, algumas alterações importantes podem ser notadas. O art. 231, cujo tipo anteriormente se referia ao tráfico de mulheres, prevê o tráfico internacional de pessoas, eis que tanto homens quanto mulheres são passíveis de se tornar vítimas desse delito. Além disso, foi incluída a conduta “intermediar” que se somou às anteriormente previstas “promover” ou “facilitar”.

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12

(doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º (revogado).

A lei pune quem realiza o tráfico e quem auxilia, além de eventuais intermediários que sejam responsáveis pelo aliciamento ou agenciamento. Pune também a pessoa que compra a pessoa traficada e também aqueles que cientes, da situação, ajudam a transportá-la ou alojá-la, a fim de que possa ser explorada sexualmente. Penaliza-se, ainda a pessoa que, de alguma forma, facilita a entrada ou saída da vítima do território nacional (GONÇALVES, 2011. p. 555 – 556).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, por se tratar de crime comum. O sujeito passivo, após o advento da lei 11. 106/05, qualquer pessoa, homem ou mulher. A consumação do tipo penal ocorre com a entrada ou saída do território nacional. Não se exige o efetivo exercício da prostituição.

A lei também incluiu o art. 231-A, que prevê o tipo tráfico interno de pessoas. Essa inclusão foi importante ante a inexistência da previsão penal dessa atividade realizada no interior do país.

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei.

O presente tipo penal tem a finalidade de punir pessoas que aliciam, agenciam ou transportam prostitutas de um local para outro do território nacional. Em geral, essas pessoas procuram moças em

locais distantes e, com promessas de altos lucros com a prostituição em grandes centros, as convencem a acompanhá-las para que se prostituam em estabelecimentos os quais matem negócios.

A lei também pune quem aloja a prostituta e a que participa do esquema de aliciamento. A consumação se dá com o momento em que é realizada a conduta típica. Não se exige o efetivo início das atividades de prostituição que em verdade, constituem exaurimento do crime (GONÇALVES, 2011. p. 556-557).

A redação dada aos art. 231 e o art. 231-A pela Lei 11.106/2005, vincula tão somente o tráfico de pessoas a uma atividade específica – a prostituição, em nenhum momento faz referência à existência de algum tipo de exploração na realização dessa atividade, nem de nenhum meio fraudulento.

Diante desta imprecisão a Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 alterou os artigos 231 e 231-A do Código Penal, a fim de elastecer o tipo penal para “outras formas de exploração sexual” no tráfico de pessoas.

A lei 12.015/09 também alterou o Título VI do Código Penal de crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual. Essa alteração de terminologia se deu, pois, a expressão crimes contra os costumes estava impregnada de moralismo, o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual, que faz parte de dignidade do homem.

Bitencourt (2012. p.91) nos ensina que o bem jurídico protegido nos crimes constantes no Título VI da Parte Especial do Código Penal é a dignidade sexual do ser humano, como parte integrante da personalidade do indivíduo, que deve ser protegida, dentro e fora do território nacional.

Com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 o delito tráfico internacional de pessoas passou a ser definido como Promoção ou facilitação a entrada, no território nacional, de alguém que

nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Enquanto que o tráfico interno, agora previsto no artigo 231 – A do CP que define tráfico interno de pessoas passou ser tipificado como, Promoção ou facilitação no deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

A lei 12.015/09 acrescentou na terminologia do tráfico de pessoas a “exploração sexual”, mas não a definiu. Para várias legislações penais exploração sexual é espécie do qual a prostituição é gênero.

Nucci (2015, p. 102) mostra que existem autores que preferem conceituar a exploração sexual como o gênero o qual brotam as seguintes espécies: prostituição, pornografia, turismo sexual e tráfico de pessoas. Porém nota-se a singeleza da conceituação, realizada sem maiores detalhes ou explicações, em muitos casos. O autor atento a esses fatos tece algumas críticas sobre a compreensão da exploração sexual, por exemplo, o turismo sexual é a busca por prostituição, logo, não poderia ser inserida como exploração sexual autônoma; Se pornografia for assim denominada, um estabelecimento que permita um simples *strip-tese* deveria ser considerado local de exploração sexual, logo configuraria o crime do art. 229 do CP, o que não ocorre na realidade.

Exploração sexual é a exploração com violência, ameaça, coação, fraude tendo em vista o conceito de tráfico de pessoas entabulado no artigo 3 do Protocolo de Palermo que prevê o vício do consentimento da vítima em razão da sua vulnerabilidade.

Nesse sentido O Tribunal Regional da 2ª Região, no julgamento da apelação criminal 9.744 absolveu a apelada do crime de tráfico internacional de pessoas por não constar nos autos prova da intenção específica de exploração sexual.

Não obstante a gravidade dos depoimentos de alguns dançarinos no sentido de que teriam sido aliciados para se prostituírem em boates situadas no Japão e Itália, ante a falta de qualquer evidência concreta a confirmação dos fatos narrados, impõe-se a absolvição da acusada. 2 – As provas existentes nos autos convergem para a conclusão de que apelada intermediava contratos artísticos através de sua empresa, selecionando dançarinos para apresentação de shows de dança em casas noturnas no exterior, onde é absolutamente normal o assédio sexual, não significando todavia que era a de exploração sexual a finalidade da intermediação. 3 – Diligências policiais nas casas noturnas no exterior, revelaram que não eram lupanares. 4 – Não sendo possível condenação com base em suspeitas e conjecturas, nega-se provimento ao recurso (Ap. Crim. 9.744, 1ª T. Especializada, rel. Antônio Ivan Athié, DJ 04-08-2014). (NUCCI, 2015, p. 218)

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento da Apelação 6.671 julgou improcedente o recurso por entender que havia nos autos provas que atestassem a fraude na contratação da vítima.

A sentença absolveu o réu do delito do art. 288, CP, porém o condenou pela prática do crime do art. 231, §§ 2 e 3, CP, por ter mediante fraude, promovido através da empresa de fachada, ICM, a saída de E. para a Espanha, para exercer a prostituição. II – Rejeito as preliminares argüidas: primeiro, o rol de testemunha foi apresentado simultaneamente com denúncia, porém em peça apartada, não tendo sido aceito pelo juiz, por esta razão apresentou-se o mesmo rol em aditamento,

sem prejuízo para defesa; EST. Não pode testemunhar porque está envolvido nos fatos criminosos, aplicando-se o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir provas contra si mesmo. As diligências rejeitadas não iriam interferir na apreciação dos fatos (informações dos jornais sobre publicações de anúncios de recepcionista e tipo de visto utilizado). III- Materialidade e autoria comprovadas: documentos da empresa da qual o réu é sócio, confirmas que a vítima, de fato, participou da seleção ICM e estaria apta para o cargo de recepcionista; a AMBEV nega contrato com a empresa ICM; o proprietário da CASA L. 1 em Madri, EST. Tem antecedentes ligados exploração sexual, o sócio I., já falecido havia confirmado a existência de estúdio de fotografia e enviou telegrama à vítima sobre assuntos de trabalho além de afirmar que J teria entrevistado a ofendida; L amiga de J comprou as passagens e acompanhou a vítima até a Espanha, pelo conjunto probatório concluiu-se que ocorreu fraude, tendo sido E iludida com proposta de trabalho de recepcionista, quando na verdade, tratava-se do exercício da prostituição. VI – Apelação do réu desprovida para manter sentença condenatória pelo crime do art. 231, caput, §2 do Código Penal, com pena de 5 anos de reclusão e 40 dias multa, no valor unitário de um salário mínimo (TRF2, Ap 6.671, 2ª T. Especializada, re. Messod Azulay Neto, DJ 01-09-2009). (NUCCI, 2015, p. 218 - 219)

Quanto ao consentimento da vítima do tráfico de pessoas a jurisprudência tem acompanhado as orientações do protocolo de Palermo no sentido de ser irrelevante o consentimento da vítima.

O tipo do art. 231 do CP na o exige violência para sua consumação e a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que até mesmo o consentimento da vítima em relação à prostituição a ser praticada no exterior é insuficiente para afastar o delito, uma vez que é desnecessária sua efetiva realização. Ausente comprovação de violência ou fraude é inaplicável a qualificadora prevista no § 2º do art. 231 do CP. III – Comprovado que o réu tinha conhecimento da menoridade da vítima é aplicável a qualificadora prevista no § 1º do art. 231 do CP (ACR 0004344-98.2001.4.01.3500/GO, 3ª T., rel. Cândido Ribeiro, e-DJF1 p. 922, de 28-0302014). (NUCCI, 2015, p. 219)

Os entendimentos jurisprudenciais fortalecem a tese de que o que se busca punir no tráfico internacional de pessoas é o crime organizado, que recruta pessoas através da ameaça, força coação, rapto, fraude, engano, vício de consentimento, enfim, sob a nítida exploração. Não se busca com o tráfico de pessoas reprimir a prostituição livre e consentida. Por esta razão a jurisprudência pátria tem consolidado o entendimento de que para consumação do crime de tráfico de pessoas há a dispensabilidade da efetiva prática da prostituição.

O agente que, utilizando-se de meio fraudulento, consistente na promessa de emprego lícito e rentável, promove a saída de pessoas (mulheres) do território brasileiro, para que estas exerçam a prostituição do exterior, sujeita-se às sanções do art. 231 do Código Penal. Para a perfectibilização do crime, basta a entrada ou saída de uma só mulher do território nacional, não se exigindo o efetivo exercício da prostituição (crime de perigo).

O dolo, indispensável para configurar o tráfico internacional de pessoas, consiste na vontade livre e consciente do agente de promover ou facilitar a entrada ou saída da mulher para o exercício da prostituição (dolo genérico). Não se exige dolo específico. (ACR 2006.70.00.029496-6, 8ª T., rel. p/ acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, DE 06-09-2012). (NUCCI, 2015, p. 220)

Por acrescentar-se que nos termos do artigo 234 – B do Código Penal, os processos que apuram essa modalidade de infração penal correm com segredo de justiça.

Há de se observar que não obstante as importantes mudanças ocorridas nos últimos anos com através das leis 11.106/2005 e 12.015/09 o legislador poderia ter inovado mais na adequação dos tipos tráfico interno e internacional de pessoas do Código Penal brasileiro ao novo conceito de tráfico de pessoas apresentado pelo Protocolo de Palermo.

Como já destacado, o novo documento internacional considera como tráfico de pessoas o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.⁴⁴

A finalidade do tráfico de pessoas é a exploração de alguém em qualquer atividade, havendo a realização de quaisquer das condutas elencadas e a existência de pelo menos um dos meios fraudulentos previstos. A exploração objeto do tráfico incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho análogo ao escravo ou a remoção de órgãos.

44. Art. 3º do Protocolo de Palermo

Analisando comparativamente o conceito de tráfico de pessoas constante no Protocolo de Palermo e a descrição dos tipos tráfico internacional e interno de pessoas no Código Penal brasileiro, verifica-se que, enquanto o documento internacional inovou por ampliar o conceito desse delito, desvinculando-o de uma atividade específica, a lei penal do Brasil continuou vinculando o tráfico de pessoas à finalidade da prostituição.

Para o tipo penal brasileiro o tráfico internacional de pessoas é considerado a promoção, intermediação ou facilitação da entrada no território nacional, de pessoa que venha a exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro. Enquanto que o tráfico interno de pessoas, por sua vez, é a promoção, a intermediação ou a facilitação, no território nacional, do recrutamento, do transporte, da transferência, do alojamento ou do acolhimento de pessoa que venha exercer a prostituição.

Outra questão que nos chama atenção é que na legislação interna o agente que patrocina o deslocamento de alguém, internamente no Brasil ou para outro país, acolhe essa pessoa que trabalhará na prostituição, mas não se utiliza de meios fraudulentos para conseguir seu consentimento, tampouco explora, em condições indignas, a atividade do trabalhador sexual, pela legislação brasileira, poderá ser processado e julgado pelo delito de tráfico de pessoas, porque as condutas teriam por finalidade a facilitação e o alojamento para fins de prostituição. Pelo Protocolo de Palermo, contudo, não haveria configuração de delito, eis que estão ausentes a exploração da atividade e o uso de meios fraudulentos. (SALES; ALENCAR, 2008. p.97)

Nucci nos ensina que o título do crime é mais adequado do que o conteúdo do tipo penal. Pois para o autor que se deveria punir é a exploração em autêntica forma de escravidão. E não o auxílio de qualquer maneira para uma pessoa exercer a prostituição no exterior – atividade lícita e ausência de fraude e exploração (NUCCI, 2015. p. 217).

O Protocolo de Palermo busca punir o crime organizado, que pratica o tráfico de pessoas, recrutando-as com ameaça, força, coação, rapto, fraude, engano, abuso, vício de consentimento, enfim sob a nítida exploração (NUCCI, 2015. p. 217). Caso contrário pessoas que apenas auxiliam outrem a viajar para o exterior com escopo de se prostituir cometeria o crime de tráfico internacional de tráfico de pessoas.

Ademais, Nucci ainda sustenta que o art. 231-A do CP, que tipifica o tráfico interno de pessoas, da “forma simplória como foi redigido, permite e apenas a punição de pessoas que nada tem a ver com o crime organizado e muito menos podem ser consideradas traficantes”. Com a leitura do tipo penal percebe-se apenas uma preocupação com o deslocamento da vítima para prostituição (NUCCI, 2015. p. 221)

Com efeito, percebe-se que as mudanças promovidas pela Lei nº 11.106/2005 e pela lei 12.015/2009 não conseguiram alcançar o novo conceito de tráfico de pessoas do Protocolo de Palermo, que tem por finalidade combater o crime organizado que tem como objetivo o tráfico de pessoas para a exploração mediante fraude, ameaça, coação, entre outras formas que se destine tornar uma pessoa escrava de outrem.

Esse descompasso legal, inclusive ante a realidade do tráfico de pessoas no país, contribui para a impunidade de pessoas e grupos que exploram pessoas vítimas de tráfico em condições de trabalho degradantes, o que viola um dos pilares da ordem constitucional brasileira: o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Subprocuradora-Geral da República, Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2006), Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, A legislação brasileira não está de plena conformidade com a definição do Protocolo para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, Adicional à Convenção do Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), segundo a qual o tráfico consiste em recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoas, mediante ameaça, violência física ou a outras formas de coação, seqüestro, fraude,

engano, abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade, ou ainda mediante entrega ou aceitação de pagamento ou benefício para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins de exploração.

Nos termos do artigo 3º do Protocolo de Palermo, a exploração inclui, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Um aspecto importante do Protocolo é a preocupação em assegurar proteção à vítima, inexistente nas convenções internacionais anteriores. Tal proteção implica, por exemplo, em permitir a permanência da vítima no país de destino, caso se verifique risco de vida ou de revitimização no país de origem, e assistência em caráter integral.

Diante deste cenário no dia 07 de Outubro de 2016, foi sancionada a Lei 13.344 que altera a Lei nº6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

A nova redação torna mais ampla a tipificação do crime de tráfico de pessoas, deixando este de ser restrito a crimes de exploração sexual.

Agora, ficam enquadrados como tráfico de pessoas “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir” pessoas com a finalidade de “remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual”

As penas para quem for condenado por esse crime passam a ser entre quatro e oito anos de prisão. O texto anterior previa pena de dois a seis anos de cadeia. A punição poderá ser ainda maior caso o autor do crime seja funcionário público e/ou se a vítima for criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência. Também

será considerado um agravante se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Segundo o novo texto da lei o tráfico de pessoas deixa de ser restrita a exploração sexual.

3. Conclusão

O Brasil, ao ratificar o Protocolo de Palermo, adotou esta nova definição sobre o tráfico de pessoas. Assumindo, ainda o compromisso internacional de adequar sua legislação interna ao Protocolo.

Percebeu-se pela pesquisa que o Brasil durante muitos anos ainda não possuía uma legislação interna alinhada com a definição do Protocolo. O Brasil levou 11 anos para adequar sua legislação interna sobre o tráfico de pessoas ao Protocolo de Palermo.

4. Referências Bibliográficas

ANDRADE. Shirley Silveira. Análise do consentimento do escravo contemporâneo a partir das idéias de Dejours e Gaulejac. **Revista Confluências** v. 14; n. 2. ISSN 16787145. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito/UFF. Niterói: 2012. p.45

ARY. Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e rota Brasil-Europa**, 2009. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), Programa de pós-graduação em Relações Internacionais, UNB. Brasília.

AUSSERER, Caroline. **“Controle em nome da proteção”: análise crítica dos discursos sobre o tráfico internacional de pessoas**, 2007. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais, PUC. Rio de Janeiro.

BARBOSA. Cíntia Yara Silva. **Significado e abrangência do “novo” crime de tráfico internacional de pessoas: perspecti-**

vado a partir das políticas públicas e da compreensão doutrinária e jurisprudencial. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Brasília, [2009]. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/significado-e-abrangencia-do-novo-crime-de-trafico-internacional-de-pessoas-perspectivado-a-partir-das-politicas-publicas-e-da-compreensao-doutrinaria-e-jurisprudencial-cintia-barbosa>> . Acesso em: 18 jan. 2016.

BORGES, Paulo César Corrêa. I - Exploração sexual versus trabalho sexual escravo. Tráfico de pessoas: exploração sexual versus trabalho escravo. In: BORGES, Paulo César Corrêa(org.). **Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo.** São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 13-42.

BRASIL, Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890. Código Penal Republicano. **Portal da Legislação – Governo Federal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> . Acesso em: 21 mar. 16.

BRASIL, Decreto n° 5.591, de 13 de julho de 1905. Promulga a adesão do Brazil ao Accordo concluido em Paris entre varias Potencias em 18 de maio de 1904, para a repressão do trafico de mulheres brancas. **Legislação – Câmara dos Deputados.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5591-13-julho-1905-549054-publicacao-original-64363-pe.html>> . Acesso em 04 abr. 2016.

BRASIL, Decreto n° 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a

26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm > . Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL, Constituição Federal (1988). Portal da Legislação – Governo Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL, Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Portal da Legislação – **Governo Federal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm > . Acesso: 03/04/16.

BRASIL. Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm > . Acesso em: 25 mar. 2016.

BRASIL. Lei 11.961, de 2 de julho de 2009. Dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11961.htm > . Acesso em: 26 mar. 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **A legislação penal brasileira sobre o tráfico de pessoas e imigração ilegal frente aos protocolos adicionais à Convenção de Palermo**. Brasília: [s.n.], 2006.

GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado – parte especial**. 1ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011

NOGUEIRA. Christine; NOVAES, Marina; BIGNANI, Renato (orgs.). **Tráfico de pessoas: reflexão para a compreensão do trabalho escravo contemporâneo**. São Paulo:Paulinas, 2014.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Prostituição Lenocínio e tráfico de pessoas**. 2ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2015.

O CÓDIGO PENAL INTERPRETADO segundo as fontes, a doutrina e a jurisprudencia e com referencias aos projectos de sua revisão. Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1901. <Disponível em <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/bd000065.pdf>> . Acesso em: 18 jan. 2016.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília: OIT, 2006. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/tip/pub/trafico_de_pessoas_384.pdf> . Acesso em 18 jan. 2016.

PIERANGELI. José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru/SP: Javoli.Ortografia original. 1980.

REPORTER BRASIL. **Tráfico de pessoas em pauta. Guia para jornalistas com referências e informações sobre o enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Brasília: ONG Repórter Brasil,

UNODC, Ministério da Justiça, 2014). Disponível em: < http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2015/06/traficoem-pauta_reporterbrasil.pdf > . Acesso em: 04 abr. 2016

O TRÁFICO DE PESSOAS NO DIREITO INTERNACIONAL E SEUS ASPECTOS NORMATIVOS

Gleyce Anne Cardoso⁴⁵

1. Introdução

O tráfico de pessoas não é um fenômeno novo, sua compreensão parte historicidade da concepção e definição do tráfico de pessoas. Veremos que durante os séculos XIV a XVII o tráfico de pessoas se voltou para o tráfico negreiro e tinha uma feição comercial. Porém nos dias atuais o tráfico de pessoas significa a exploração de outrem em razão da sua vulnerabilidade. Traçaremos uma sucessão histórica dos instrumentos internacionais de combate ao tráfico de pessoas. Analisaremos o Protocolo de Supressão, Prevenção e Punição de tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças e o princípio da cooperação internacional.

2. Sucessão cronológica dos documentos internacionais contra o tráfico de pessoas

Na Inglaterra, em 1885, foi publicada a primeira lei incriminadora do tráfico de mulheres, denominada *Criminal Law Amendment* que tinha como objetivo a defesa da liberdade e a busca da igualdade (BUOSI et al., 2011).

Contudo, o primeiro instrumento legal Internacional que buscou enfrentar a questão sobre o tráfico de pessoas foi O *Acordo para a*

45. Mestre em Direito. E-mail: gleyce_cardoso@hotmail.com

Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, elaborado pela Liga das Nações e concluído em Paris, em 18 de maio de 1904. Esse Tratado Internacional tinha como objeto o enfrentamento ao aliciamento de mulheres virgens ou não, com o fim de prostituição no estrangeiro⁴⁶.

Acompanhando o pensamento e pânico moral da época essas mulheres eram vítimas de uma rede criminosa que traficavam mulheres brancas, bem nascidas para prostituição forçada. Sendo assim o Acordo de Repressão ao tráfico de escravas brancas se preocupou com o acolhimento das vítimas, como podemos observar pela leitura do artigo 3º do Acordo.

Art. 3º do Acordo - “Os Governos se obrigam, dentro dos limites legais e tanto quanto possível, a confiar, a título provisório, e tendo em vista a eventual repatriação, a instituições de assistência pública ou privada ou a particulares que ofereçam as necessárias garantias às vítimas desse tráfico, quando elas se achem desprovidas de recurso⁴⁷.”

Segundo o Acordo para repressão do Tráfico de mulheres brancas as vítimas de tráfico de pessoas eram encaminhadas às instituições de assistência pública ou privadas para serem auxiliadas.

Em 1910 ocorreu a *Convenção de Paris*; seu objetivo foi de construir uma política comum para combater o abuso e a coação de mulheres e meninas brancas para fins imorais, punindo os traficantes, e também de ampliar o *Acordo para repressão do tráfico de mulheres brancas* para compreender e definir o tráfico de pessoas dentro do país, ou seja, a Convenção teve como escopo definir o tráfico internacional de pessoas e o tráfico interno de

46. Nesse sentido Veson e Pedro (2013), Irwin (1996), e Castilho (2008) mostram a evolução histórica dos tratados internacionais sobre tráfico de pessoas.

47. O Brasil foi signatário do Protocolo de Paris, vindo a ser ratificado em 1905 através do Decreto nº 5.591 de 13 de julho de 1905 (BRASIL, 1905).

pessoas. Para a Convenção traficar pessoas não necessariamente implica cruzar fronteiras (BUOSI, 2011. p. 2).

A *Convenção de Paris de 1910* fez distinção entre o tráfico de mulheres menores e adultas, eis que, quando se tratava daquelas, o consentimento porventura dado era irrelevante, enquanto que, ao se referir a mulheres maiores, claramente destaca a necessidade da presença de meios coercitivos que submetam a mulher a um propósito considerado imoral.

Passado alguns anos, em 1921 um novo documento foi elaborado pela Liga das Nações - *A Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças*. Este faz menção expressa à repressão ao tráfico de crianças, considerando por sua vez criança o menor com idade até vinte e um anos (SALES; ALENCAR, 2008. p. 3).

Posteriormente, com o fim da Liga das Nações e a criação da Organização das Nações Unidas – ONU – foram elaborados respectivamente a *Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças* de 1921 e a *Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores* de 1933 (SALES; ALENCAR, 2008. p.4).

Porém esses Documentos não trouxeram nada de novo, apenas foram elaborados com o objetivo de retificar dispositivos antes existentes que se referiam à Ligas das Nações.

Depois da Segunda Guerra Mundial a Organização das Nações Unidas (ONU), cria dois instrumentos legais a respeito do tráfico de pessoas: a *Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem de 1949* e a *Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio de 1959*; As Convenções inovaram, pois eliminou a referência explícita às mulheres como o objeto do tráfico de pessoas, incluindo desse modo homens, mulheres, crianças e transexuais. As *Convenções das nações Unidas* possuem ideais Abolicionistas.

Essa sucessão histórica dos instrumentos internacionais sobre o tráfico de pessoas pode ser dividida em duas fases: antes e depois

da *Convenção de 1949*, ou seja, no contexto da Liga das Nações e no âmbito da ONU, com expressa anulação e substituição das normas anteriores (CASTILHO, 2008).

Segundo Ela Wiecko Castilho (2008, p. 9), a *Convenção de Repressão ao Tráfico de pessoas e Lenocínio de 1949* veio “valorizar a dignidade e o valor da pessoa humana, como bens afetados pelo tráfico o qual põe em perigo o bem-estar do indivíduo, da família e da comunidade. Vítima pode ser qualquer pessoa, independentemente de sexo e idade”.

A Convenção de Repressão ao Tráfico de pessoas e Lenocínio de 1959 tem como objetivo punir qualquer pessoa que “aliciar, induzir ou descaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento” bem como “explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento” (CASTILHO, 2008. p.9).

A Convenção de 1949 inovou muito, pois não vincula o tráfico de pessoas tão somente as mulheres e crianças. Porém, ainda continuou a vincular o tráfico de pessoas à prostituição.

A Convenção de 1949 também não conceituou o que vinha a ser o “tráfico de pessoas” apenas determina à repressão a prostituição. A Convenção de 1949 ainda prevê medidas preventivas à prostituição e tráfico de pessoas e o atendimento às vítimas no sentido de resgatá-las da prostituição e readaptá-las a sociedade (CASTILHO, 2008. p. 9).

A Convenção de 1949 teve vigência até o ano de 2000 quando realizou-se na cidade de Palermo, capital da região da Sicília, a “*Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*”.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado é complementada por três protocolos que abordam áreas específicas do crime organizado, como o tráfico ilícito de armas, o tráfico de migrantes (*human smuggling*) e o tráfico de pessoas (*human trafficking*). O Protocolo contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças e componentes e munições; O Protocolo Relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea;

O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, respectivamente.

A Convenção representa um passo importante na luta contra o crime organizado transnacional e significa o reconhecimento por parte dos Estados-Membros da gravidade do problema, bem como a necessidade de promover e de reforçar a estreita cooperação internacional a fim de enfrentar o crime organizado transnacional (CASTILHO, 2008).

Os Estados-membros que ratificaram este instrumento comprometem-se a adotar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a tipificação criminal na legislação nacional de atos como a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça.⁴⁸

A convenção representa um grande passo na luta contra o crime organizado transnacional e significa o reconhecimento pelos Estados-Membros da gravidade dos crimes transnacionais, bem como a necessidade de promover e reforçar a cooperação internacional estreita a fim de resolver esses problemas.

Os Estados que ratificaram esse instrumento comprometem-se a tomar uma série de medidas contra o crime organizado transnacional, incluindo a criação de infrações penais nacionais, extradição, assistência jurídica mútua e cooperação policial, e a construção e melhoria de políticas públicas nacionais para o enfretamento e combate ao crime organização transnacional.⁴⁹

O Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como o Protocolo de Palermo complementa a Convenção das Nações Unidas contra a crime organizado e deverá ser interpretado em conjunto com a Convenção.

O artigo 2^a do Protocolo enumera os objetivos a serem alçados, quais sejam: a) Prevenir e combater do tráfico de pessoas, prestan-

48. Notícia disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/index.html>> Acesso em: 29/02/2016

49. Idem

do uma atenção especial às mulheres e às crianças; b) proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

O Protocolo de Palermo é o atual e principal instrumento internacional contra o tráfico de pessoas. Sua importância está no sentido de que ele se propôs a conceituar e definir o crime de tráfico de pessoas universalmente. A nova conceituação proposta pelo Protocolo representou um grande avanço ao combate ao Tráfico de Pessoas.

Segundo o artigo 3º do protocolo de Palermo⁵⁰ o tráfico de pessoas significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. (BRASIL, 2004)

A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O Protocolo representou uma mudança de mentalidade a respeito do tráfico de pessoas. Atualmente o principal objetivo é re-

50. Artigo 3º: Para efeitos do presente artigo a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea "a" do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea "a"; c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea "a" do presente artigo; d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm Acesso em: 19/03/16.

primir a exploração de outrem. Essa exploração pode ser sexual, laboral, tráfico de órgãos, casamentos servís, entre outras.

Pesquisadores como Ela Wiecko Castilho (2008) entendem que de acordo com a historicidade do tema o protocolo de Palermo iniciou a terceira fase de controle jurídico internacional sobre o tráfico de pessoas.

Este Protocolo inicia uma nova fase do controle jurídico internacional em matéria de tráfico e de prostituição. Considerando a fase anterior quatro aspectos se destacam. Os dois primeiros dizem respeito às pessoas objeto de proteção. As vítimas que eram, inicialmente, só as mulheres brancas, depois mulheres e crianças são agora os seres humanos, mantida a preocupação especial com mulheres e crianças. Antes as vítimas ficavam numa situação ambígua, como se fossem criminosas. O Protocolo busca garantir que sejam tratadas como pessoas que sofreram graves abusos, os Estados membros devem criar serviços de assistência e mecanismos de denúncia. O terceiro é concernente à finalidade do tráfico. Nas Convenções até 1949 a preocupação era coibir o tráfico para fins de prostituição. O Protocolo acolhe a preocupação da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores para combater o tráfico de pessoas com propósitos ilícitos, neles compreendidos, entre outros, a prostituição, a exploração sexual (não mais restrita à prostituição) e a servidão. O Protocolo emprega a cláusula para fins de exploração, o que engloba qualquer forma de exploração da pessoa humana, seja ela sexual, do trabalho ou a remoção de órgãos. A enumeração é apenas ilustrativa (CASTILHO, 2008, p. 5).

Pelo artigo 3º do Protocolo de Palermo é possível perceber três elementos que constituem o crime de tráfico de pessoas: os atos, os meios e a finalidade de exploração, logo é necessário que haja cominação de pelo menos um dos elementos para a configuração do crime de tráfico de pessoas.

Os atos são o recrutamento, transporte, transferência, alojamento e o acolhimento. A finalidade de exploração poder ser para e

Exploração da prostituição de outrem; outras formas da exploração sexual; exploração do trabalho; serviços forçados; escravidão ou situações análogas à escravidão; servidão; extração de órgãos; adoção ilegal. E por fim os meios podem ser a ameaça; uso da força; outras formas de coação; rapto; fraude; engano; abuso de autoridade; abuso de uma situação de vulnerabilidade; entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra⁵¹.

Não é necessário, entretanto, que se produza a exploração, basta a intenção de se explorar outra pessoa. Dessa forma, a constatação da vulnerabilidade (social, econômica e cultural) se mostra de extrema importância, pois o significado de tráfico de pessoas está intimamente ligado a situação de vulnerabilidade em que a vítima está submetida. A vulnerabilidade ocorre, pois as vítimas são atraídas por promessas de trabalho, de melhores condições de vida, mas acabam apenas encontrando sofrimento e exploração.

Neste sentido podemos citar as promessas de uma vida melhor no exterior. As vítimas são atraídas por falsas promessas, constrói-se no imaginário das vítimas a esperança de que seus problemas (financeiros ou amorosos) serão superados com uma nova oportunidade. Seria um recomeço.

Muito comum pessoas de países pobres desejarem recomeçar suas vidas em países desenvolvidos como os Estados Unidos, e por isso o a possibilidade de conseguir um visto para trabalhar nos EUA tem sido muito utilizado pelos traficantes.

This vulnerability is present because victims are usually promised a United States visa or compensation, yet these promises never come true. Unfortunately, the human trafficking business has become

51. Notícia disponível no site Escritório de Ligação e parceria no Brasil, em <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html> acesso em 06/01/2016.

extremely profitable and there remains an insurmountable demand (PARENTE, 2014. p. 174).

Sem dúvida os elementos que levam alguém a cair na rede do tráfico de pessoas são múltiplos e abrangentes. As desigualdades sociais, econômicas e culturais; a falta de acesso à saúde, à educação e à moradia; a ausência de perspectivas de trabalho no local de origem e a inexistência de condições que garantam renda suficiente são alguns dos fatores que compõem situações de maior vulnerabilidade ao tráfico. Mas não são as únicas. Podem contribuir para isso outros elementos como as discriminações de gênero, raça e classe. Ou até mesmo uma busca por ascensão social (UNODC, 2009).

Outra questão quanto ao conceito de tráfico de pessoas adotado pelo Protocolo de Palermo foi quanto ao consentimento da vítima. O Protocolo de Palermo em seu artigo 3º, item “b” afirma explicitamente que, havendo algum tipo de exploração no destino final, o consentimento dado pela vítima, independente da modalidade, será considerado irrelevante se houver sido obtido pelos meios citados na definição.

O consentimento será irrelevante para configuração do tráfico de pessoas, nesse sentido se uma pessoa vai para o exterior sabendo que vai trabalhar no mercado do sexo, mas acaba sendo explorada sexualmente, isso ainda configura tráfico. O mesmo vale para alguém que tenha concordado em exercer trabalho doméstico ou rural em outra cidade em troca apenas de casa e comida. A exploração do trabalho dessas pessoas continua sendo um crime e uma violação de direitos humanos. No caso de crianças e adolescentes é possível configurar o tráfico de pessoas mesmo sem nenhum desses meios listados pelo Protocolo, por serem considerados seres humanos em desenvolvimento.

No entanto, existem pesquisadores como Guilherme Nucci que alertam para a má compreensão da definição sobre tráfico de pessoas, para ele existe um exagero nesse contexto da exploração sexual, pois muitas vezes o que se denomina de tráfico de pessoas é apenas um

auxílio prestado por alguém a outra pessoa, que se dirige espontaneamente a local diverso de sua residência, com fim de se prostituir ou ingressar na indústria do sexo. A atividade, nesse cenário, é individualmente realizada, com o consentimento expresso ou tácito do indivíduo, sem envolver organização criminosa, nem tão pouco, privação de liberdade ou de outros direitos fundamentais (NUCCI, 2015, p. 113).

Com a definição contemporânea sobre tráfico de pessoas conclui-se que o objetivo do Protocolo de Palermo é o combate ao “tráfico de pessoas que tem por fim a escravidão de qualquer nível, independentemente do consentimento visto ser irrenunciáveis os direitos humanos fundamentais” (NUCCI, 2015. p.112).

Ainda quanto ao consentimento, durante as sessões de trabalhos preparatórios às Convenções e ao Protocolo de Palermo, as questões mais debatidas foi justamente à definição e o consentimento da vítima no tráfico de pessoas. Dois discursos antagonicamente opostos acaloraram o debate. Havia a proposta de definição encabeçada pela Argentina e outra proposta encabeçada pelos EUA.

A Argentina propôs uma definição idêntica àquela resultante da Convenção de 1949, quando ficou estabelecido que o consentimento da vítima em nada abrandaria a pena prevista. Enquanto que os Estados Unidos apresentaram uma definição mais breve, pela qual o termo “exploração” foi definido como uma atividade em que “a pessoa não se oferece por vontade própria”, elencando um rol taxativo de meios por intermédio dos quais considera-se excluído o consentimento da vítima.

Com o fim dos debates prevaleceu a definição apresentada pela Argentina apoiada pela quase totalidade das ONGs que participavam da elaboração do Protocolo. Optou-se, então, por inserir ao texto do artigo 3, “a”, um elenco exemplificado de alguns meios aptos a viciar o consentimento da vítima e por acrescentar a tal elenco a previsão, como ato criminoso, de qualquer abuso contra vítimas que se encontrem em condições de vulnerabilidade, assim consideradas aquelas que não vislumbram nenhuma alternativa senão aquela de se sub-

meter ao agente. Condições que podem surgir em decorrência de um sentimento de inferioridade da vítima, como subdesenvolvimento social, cultural ou pessoal, tais a construir um elemento que lhes faça sucumbir ao agente (UNITED NATIONS, 1999a).

Segundo o Protocolo de Palermo o consentimento viciado corresponde à falta de consentimento (BRASIL, 2004). Sendo assim libera-se da vítima o ônus de provar a falta do consentimento.

Pensamos que pode ocorrer que a pessoa traficada aceite, posteriormente, ser explorada. Ou seja, a vítima aceita permanecer no país de destino, pois teme seu retorno ao país de origem, por medo das consequências. Haveria neste caso um vício de consentimento.

Ainda quanto ao conceito de definição do tráfico de pessoas, a *segunda sessão da Conferência das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional* (UNITED NATIONS, 2005) estabeleceu um rol exemplificativo de vários tipos de exploração, uma vez que não há um consenso em definir todas as formas de exploração de maneira exaustiva.

Os Estados-Partes deverão especificar se a sua legislação interna permiti a inclusão de qualquer outro ato ilegal que seja objeto do crime de tráfico de pessoas. Sobre esse respeito optou-se por aceitar outras formas de conduta que não estejam elencadas no Protocolo.

Durante a sessão foram citados outros exemplos de exploração previstos nos Estados-Partes, como forçar uma pessoa a cometer delitos previstos na Bélgica e França, o uso ilícito de tráfico de órgãos previsto na Eslováquia, a sujeição doméstica involuntária ou empregos forçados na Nigéria e República Dominicana, o casamento forçado em El Salvador, forçar a prática da mendicância na Bélgica e Romênia e a exploração de uma maneira que cause sofrimento na vítima na Suécia.

A definição de exploração como “finalidade do tráfico”, parece mais adequada, uma vez que tal noção confere aos países membros uma liberdade para ampliar e estabelecer as várias formas de exploração.

O Protocolo de Palermo representou um grande avanço no combate ao tráfico de pessoas, ele uniformizou a definição do tráfico de pessoas no âmbito internacional, mas teve a sensibilidade de transmitir aos seus signatários a possibilidade de ampliação desse conceito para atingir o seu principal objeto, qual seja reprimir a exploração de outrem.

Por esta razão o princípio da cooperação internacional é tão importante e é um dos objetivos a ser alcançado por este documento internacional.

3. Conclusão

Nesta pesquisa analisamos o conceito jurídico sobre o tráfico de pessoas. Percebemos que ao longo da história a definição sobre esse fenômeno mudou. Havia uma tendência em compreender o tráfico de pessoas como uma forma de repressão a migração para a prostituição forçada de mulheres. Verificamos que por muitos anos o tráfico de pessoas se destinou a combater a prostituição das mulheres.

Entretanto no ano de 2000, realizou-se na cidade de Palermo a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado que estabeleceu um debate sobre entre outros tema a definição de tráfico de pessoas. As Nações Unidas em cooperação com os Estados-Partes reformularam o conceito desse crime e ele passou a possuir uma definição mais abrangente. O tráfico de pessoas é um fenômeno que visa combater a migração de pessoas induzidas ao erro, a finalidade do tráfico de pessoas poder as mais diversas, como o trabalho escravo, casamento servil, servidão por dívida, tráfico de órgãos e a exploração sexual.

O Brasil, ao ratificar o Protocolo de Palermo, adotou esta nova definição sobre o tráfico de pessoas. Assumindo, ainda o compromisso internacional de adequar sua legislação interna ao Protocolo.

4. Referências bibliográficas

ARY. Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e rota Brasil-Europa**, 2009. Disserta-

ção (Mestrado em Relações Internacionais), Programa de pós-graduação em Relações Internacionais, UNB. Brasília.

AUSSERER, Caroline. **“Controle em nome da proteção”: análise crítica dos discursos sobre tráfico internacional de pessoas**, 2007. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais), Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais, PUC. Rio de Janeiro.

BARBOSA. Cíntia Yara Silva. **Significado e abrangência do “novo” crime de tráfico internacional de pessoas: perspectivado a partir das políticas públicas e da compreensão doutrinária e jurisprudencial**. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Brasília, [2009]. Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/significado-e-abrangencia-do-novo-crime-de-trafico-internacional-de-pessoas-perspectivado-a-partir-das-politicas-publicas-e-da-compreensao-doutrinaria-e-jurisprudencial-cintia-barbosa>> . Acesso em: 18 jan. 2016.

BORGES, Paulo César Corrêa. I - Exploração sexual versus trabalho sexual escravo. Tráfico de pessoas: exploração sexual versus trabalho escravo. In: BORGES, Paulo César Corrêa(org.). **Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2013. p. 13-42.

BRASIL, Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890. Código Penal Republicano. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> . Acesso em: 21 mar. 16.

BRASIL, Decreto n° 5.591, de 13 de julho de 1905. Promulga a adesão do Brasil ao Accordo concluido em Paris entre varias

Potencias em 18 de maio de 1904, para a repressão do trafico de mulheres brancas. **Legislação – Câmara dos Deputados**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-5591-13-julho-1905-549054-publicacao-original-64363-pe.html> > . Acesso em 04 abr. 2016.

BRASIL, Decreto n° 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm > . Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL, Decreto n° 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm > . Acesso: 03/04/16.

BRASIL. Lei 11.961, de 2 de julho de 2009. Dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional e dá outras providências. **Portal da Legislação – Governo Federal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/L11961.htm > . Acesso em: 26 mar. 2016.

BUOSI, Ana Paula Assis et. al. **Uma abordagem jurídica e histórico-cultural sobre o fenômeno do tráfico de pessoas para fins sexuais**. III Seminário Internacional Violência e Conflitos Sociais: ilegalismos e lugares morais. Fortaleza, 2011. Disponível em <<http://www.lev.ufc.br/iiiseminario/wp-content/uploads/2013/06/UMA-ABORDAGEM-JUR%20DICA-E-HIST%20RICO-CULTURAL-SOBRE-O-FEN%20MENO-DO-TR%20FICO-DE-PES-SOAS-PARA-FINS-SEXUAIS.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2016.

LOPES, Inez. Breves Considerações sobre os Princípios Constitucionais das Relações Internacionais. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito**, Brasília n.3, v.1 jan/abr de 2009. Disponível em: <http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_22.pdf>. Acesso em: 18 jan 2016.

NOGUEIRA, Christine; NOVAES, Marina; BIGNANI, Renato (orgs.). **Tráfico de pessoas: reflexão para a compreensão do trabalho escravo contemporâneo**. São Paulo:Paulinas, 2014.

PARENTE, Tara M. Human. Trafficking: identifying forced labor in multinational corporations & the implications of liability. **Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal International Law**. Volume 11, n° 1, 2014

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuele Cardoso Onofre de. Qual bem jurídico proteger: costumes ou a dignidade humana? Crítica à legislação sobre tráfico de seres humanos no Brasil. **Revista Internacional de Direito e cidadania**. n°.2, p. 87-104, outubro, 2008.

SILVA, Waldimeiry Corrêa. ¡Que se rompan los grilletes! La cooperación internacional para la protección de los derechos huma-

nos de las víctimas de trata de personas desde El Consejo de Europa. **Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit. - Univ. Pontif. Bolivar.** vol.44 n° 120, Medellín, Jan./June 2014, p. 221-269.

UNESCO. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.** Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 1998. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > .Acesso em: 04 abr. 2016.

UNITED NATIONS. **Second session of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime.** Viena: UN, 1999. Disponível em: < <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/background/Session2.html> > Acesso em: 06 jan. 2016.

UNITED NATIONS. **Sixth session of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime.** Viena: UN, 1999b. Disponível em: < <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/background/session6.html> > . Acesso em: 06 jan. 2016.

UNITED NATIONS. **Second session of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.** Viena: UM,2005. Disponível em: < https://www.unodc.org/pdf/ctoc-cop_2005/V0588039e.pdf > Acesso em: 06jan2016.

UNITED NATIONS. **Sixth session of the Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. Activities of the United Nations Office on Drugs and Crime to promote and support the implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.** Viena: UM, 2012. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/COP6/CTOC_COP_2012_2/CTOC_COP_2012_2_E.pdf > Acesso em: 06 jan. 2016.

UNODC. **Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de La justicia penal.** New York: Naciones Unidas, 2009. Disponível em: < https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/07-89378_spanish_E-Book.pdf > Acesso em: 04 jan. 2016.

UNODC. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional comemora 10 anos. **UNODC**, 16 out. 2013. Disponível em: < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2013/10/16-un-convention-against-organized-crime-celebrates-10-years.html> > . Acesso em: 29 fev. 2016.

UNODC. Global Report on Trafficking in Persons 2014. New York: United Nations Publication, Sales No. E.14.V.10, 2014. Disponível em < https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf > . Acesso em: 29 fe

VESON, Anamaria Marrom; PEDRO, Joana Maria. Tráfico de pessoas: uma história e conceito. **Revista brasileira de História**. São Paulo. v.3, n° 65, p. 61-83, 2013.

A ADI 5581/16: O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO OU SUPRESSÃO DE DIREITOS HUMANOS?

Lília Nunes dos Santos⁵²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de democratização dos países do ocidente foi acompanhado pelo fenômeno jurídico conhecido como judicialização das relações sociais, como ênfase para a judicialização das questões políticas e morais.

O surgimento deste fenômeno, no Brasil, se deu nos anos 80 quando a fragilidade das instituições eleitas pelo povo e, conseqüentemente, o desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos passaram a deslocar funções legítimas destas instituições para o judiciário, de modo que o Supremo Tribunal Federal vem sendo chamado a decidir sobre as grandes questões nacionais.

Acrescenta-se ainda a ascensão do ativismo judicial, sob o argumento da retração dos Poderes Executivo e Legislativo perante as demandas sociais, traduzido na postura ativista dos magistrados ao interpretar Constituição de modo revisar, invalidar ou suprir normas e atos de outros poderes, o que tem fomentado e incentivado a particularização das demandas.

Esta tendência apresentada pelo judiciário brasileiro e sua Suprema Corte vem ocasionando muito mais riscos do que benefícios

52. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis.

para a democracia e para a efetivação de direitos humanos quando se trata questões relacionadas ao início da vida humana e, conseqüentemente, a tutela do direito à vida.

É uma realidade a crescente atuação do STF, com a consequente ampliação do seu poder decisório representado nas decisões dos *hard cases* concernentes ao direito à vida, como Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150/08 que permitiu e disciplinou as pesquisas com células tronco embrionárias e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que autorizou a interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia.

Não obstante o julgamento da ADPF nº 54 ter suscitado questionamentos sobre a possível usurpação da competência do Legislativo pelo Judiciário, sobre a violação do princípio da Separação dos Poderes e a consequente violação do Estado Democrático de Direito, recentemente a Suprema Corte foi novamente provocada, sendo que, desta vez, para decidir sobre admissibilidade da interrupção da gravidez na hipótese em que a gestante houver sido infectada pelo vírus zica e optar pelo referido procedimento.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581 cuja pretensão consiste em exigir que o poder público realize políticas públicas para prevenir e combater a epidemia do zica vírus, bem como para atender as famílias vitimadas pelo vírus. Dentre as políticas públicas pleiteadas está a disponibilidade de tratamento especializado para crianças portadora de microcefalia seja antes, seja após o seu nascimento, bem como possibilidade de interrupção da gravidez independente do diagnóstico de microcefalia.

Tendo em vista que o direito positivo só se torna legítimo por meio da efetivação dos direitos fundamentais e que a Suprema Corte tem por função precípua resguardar estes direitos enquanto preferenciais, a presente pesquisa tem por objetivo fazer uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5.581/2016, na

perspectiva dos direitos fundamentais da criança com deficiência, com ênfase para a contradição existente entre os pedidos de implementação de políticas públicas em favor e contra o nascituro portador de microcefalia, com fim de perquirir se o processo está a serviço da efetivação destes direitos ou da eliminação.

A pesquisa possui caráter exploratório e bibliográfico traduzido na análise crítica da inicial da ADI 5581 a partir de livros e artigos científicos correlacionados ao tema, mas principalmente, a partir dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário e da legislação pátria.

Discute-se, portanto, sobre a utilização do processo como meio para o acolhimento de demandas antagônicas pelo Supremo Tribunal Federal e a conseqüentemente criação de contradições jurídicas quando se trata da proteção dos direitos da criança portadora de deficiência, em especial, quando esta criança ainda está por nascer.

1 A ADI 5.581

No cenário atual em que conquistas foram obtidas universalmente com o advento dos direitos humanos, cujo principal fundamento é a defesa da “dignidade de todos os humanos e do humano todo” (SANCHES; SANCHES, 2010, p. 106), a autora da ADIN 5.581 requer, de maneira ambígua e contraditória, que o Judiciário determine a implementação de políticas públicas direcionadas à gestante que tenha sido infectada com o vírus da zica e às crianças que venham a nascer com microcefalia, porém, concomitantemente, requer que a Suprema Corte legisle positivamente autorizando o aborto dos fetos portadores da microcefalia ou sequelas neurológicas provenientes da infecção, fomentando o surgimento da discriminação segundo o grau de desenvolvimento físico, psíquico e social do ser humano por meio de decisão a ser proferida pela mais alta Corte do país.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.581 cumulado com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamen-

tal (ADPF) que tramita no Supremo Tribunal Federal foi proposta em agosto de 2016 pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANDEP) Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) contra atos comissivos e omissivos do poder público referente a políticas públicas relacionadas ao vírus da zica e à microcefalia.

Ao argumento de que o art. 18, caput e §§ 2º e 3º, da Lei 13.301, de 27 de junho de 2016⁵³, seria inconstitucional, a autora adota como parâmetros de controle os artigos 1º, III; 3º, IV; 5º, caput; 6º; 203 e 227 da Constituição da República, e os artigos 7, 25, 26 e 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009), motivo pelo qual requer, na Ação Direta de inconstitucionalidade, seja aplicado ao referido dispositivo e seus parágrafos a interpretação conforme a Constituição nos seguintes termos:

“(i) interpretação conforme a Constituição do art. 18, caput, da Lei 13.301/2016, para afastamento do limite de 3 anos para pagamento do benefício de prestação continuada e para sua concessão para vítimas de microcefalia ou de outras sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* ou causadas pela síndrome congênita do zika, sem a necessidade de comprovação da situação de vulnerabilidade, em virtude da presunção dessa circunstância, e com possibilidade de

53. A Lei 13.301 de 2016 dispõe sobre adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chicungunha e do vírus da zica. O artigo 18, ora questionado, prevê que: “Fará jus ao benefício de prestação continuada temporário, a que se refere o art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, a criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. [...] § 2º O benefício será concedido após a cessação do gozo do salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia. § 3º A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991”.

comprovação da seqüela neurológica por meio de declaração de profissional médico, dispensando-se a realização de perícia pelo Instituto Nacional de Seguridade Social; (ii) declaração de inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 13.301/2016, de forma a admitir o pagamento cumulado do benefício de prestação continuada e do salário maternidade; (iii) interpretação conforme a Constituição do art. 18, §3º, a fim de assegurar salário maternidade a mães de crianças acometidas por seqüelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do Zika” (BRASIL, STF, 2016).

A ANDEP sustenta que as políticas públicas adotadas pelo Poder Executivo são insuficientes para prevenir e combater a epidemia, bem como para atender as famílias vitimadas pelo zica vírus, estando caracterizada a omissão do poder público quanto à referida demanda social.

Tendo como fundamento o princípio da dignidade humana, a autora exige o suporte estatal para os recém-nascidos portadores de malformações e complicações neurológicas decorrentes do vírus, o qual compromete aspectos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais destas crianças, com o fim de assegurar-lhes vida digna e livre de discriminação, bem como garantir os direitos de proteção à maternidade e à infância.

Neste sentido a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por fim sanar as supostas omissões do poder público referente ao acesso à informação, a serviços de saúde especializados para crianças com microcefalia e à garantia de planejamento familiar, requerendo, para tanto, a adoção de políticas públicas direcionadas a estas questões, dentre as quais insere a possibilidade de interrupção da gravidez como política pública de saúde para as mulheres grávidas infectadas pelo vírus⁵⁴.

54. De acordo com a autora os atos comissivos e omissivos do poder público seriam

Com relação ao aborto a ANDEP defende a aplicação da técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição para que seja declarada a “inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gestação em relação à mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida é conduta tipificada nos artigos 124 e 126 do Código Penal”. E, sucessivamente, requer seja declarada “a interpretação conforme a Constituição do art. 128, I e II, do Código Penal julgando constitucional a interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida”, ao argumento de que se trata de causa de justificação específica ou, ainda, como causa de justificação genérica dos artigos 23, I, e 24 do Código Penal⁵⁵ (BRASIL, STF, 2016).

Inúmeras são as questões de direito, seja de natureza processual, seja de natureza material, que permeiam o debate provocado perante a Suprema Corte, sendo que muitas destas questões já foram, inclusive, suscitadas pelas autoridades públicas⁵⁶ em sede cautelar, possibilitando um estudo extremamente amplo sob os diversos ramos do direito que tangenciam a temática, além da interdisciplinaridade com as ciências biomédicas, com a filosofia e antropologia, dentre outras.

Embora existam diversas vertentes, o presente estudo tem como enfoque a análise da contradição existente ao pleito de políticas públicas destinadas a assegurar a proteção e defesa dos direitos fundamentais criança com deficiência, em especial o nascituro, e o

violadores dos seguintes preceitos constitucionais: dignidade do ser humano, livre desenvolvimento da personalidade, direitos a liberdade e a integridades física e psicológica, direito a informação, proteção à infância e à maternidade, direito a saúde e a prevenção de doenças, direito a seguridade social, direito a planejamento familiar e liberdade reprodutiva e direito a proteção de pessoas com deficiência.

55. De acordo com a ANDEP a causa justificativa seria decorrência “do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de zika e agravada pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor”, com a sustação dos inquéritos policiais, prisões em flagrante e processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação da infecção da gestante” (BRASIL, STF, 2016).

56. A relatoria da ADI 5.581 é da ministra Carmem Lúcia, atual presidente do STF, que recebeu a ação adotando o rito da medida cautelar previsto no art. 10 da Lei 9.868/99, motivo pelo qual se manifestaram quanto à referida medida o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.

pedido de interpretação conforme a constituição para autorizar a interrupção da gravidez em razão da mesma causa de pedir, qual seja, o fato do nascituro ser portador de deficiência.

2 ADI 5581: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO OU SUPRESSÃO DE DIREITOS DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA?

A judicialização da política e o ativismo judicial, embora possuam virtudes, são fontes do “decisionismo” que tem favorecido a elaboração de decisões antagônicas e conflitantes entre os diversos órgãos do Poder Judiciário, o que não surpreende a propositura das ações de controle em estudo buscando mais uma vez a chancela do Judiciário não só para fins de produção de políticas públicas, mas para alteração e criação normativa, como pretende fazê-lo com relação ao benefício de prestação continuada previsto no artigo 18 e parágrafos da Lei 13.301/2016, mas principalmente, como relação à interrupção da gravidez em hipótese não admitida pela Lei Penal.

Embora exista o precedente da Suprema Corte que autoriza o aborto de feto portador de anencefalia⁵⁷, julgamento este passível de inúmeros questionamentos⁵⁸, o fundamento principal da referida autorização consistiu na inviabilidade da vida extrauterina, hipótese absolutamente diversa da microcefalia, em que a criança vive por longos e duradouros anos, chegando, inclusive, à fase adulta, além de alcançar inúmeras e significativas melhoras por meio de tratamentos médicos, e por isso, a própria ANDEP sustenta ser imprescindível a extensão do benefício de prestação continuada temporária para estas crianças até os 18 anos.

57. É importante destacar que a ADI 5581 foi idealizada e articulada pelo mesmo grupo que o fez com relação à ADPF nº 54 referente à interrupção da gravidez do feto portador de anencefalia proposta em 2004 perante o STF, com destaque para a ANIS - Instituto de Bioética. Neste sentido ADPF nº 54 foi considerada como um precedente para a interrupção da gravidez do feto portador de microcefalia.

58. A análise crítica sobre o julgamento proferido pelo STF no bojo da ADPF nº 54 pode ser obtida no artigo “Judicialização da vida e ADPF nº 54” desta autora, publicado em 2014 nos anais do 4º Seminário Interdisciplinar em Direito e Sociologia, PPGSD-UFF.

Ressalta-se que a ADI 5581 tem por fim o julgamento pela constitucionalidade da “interrupção da gestação de mulher que tiver sido infectada pelo vírus zika e optar pela mencionada medida” (BRASIL, STF, 2016), ainda que o feto não seja portador de qualquer deficiência, o que, sequer, precisa ser comprovado, bastando que a mulher tenha contraído o vírus no período gestacional e decida pelo aborto. Desta forma, as crianças não nascidas, sejam sadias ou deficientes, terão suprimido o fundamental dentre todos os direitos, o direito à vida⁵⁹.

Observa-se ainda que o STF, em sua função precípua de guardião da Constituição, tem o dever constitucional e funcional de zelar pela efetivação dos direitos fundamentais, em especial quando afirmados por meio do legislador ordinário (Código Penal), protegendo os mais vulneráveis e estabelecendo o equilíbrio, a igualdade e a justiça.

Ao mesmo tempo em que propõe a garantia de direitos à gestante e à criança com deficiência, a Ação em análise, requer a supressão do direito fundamental do nascituro à vida, o qual precede todos os demais direitos e garantias. É uma incoerência afirmar que

59. Ocorre que atualmente, de acordo com o Informe Epidemiológico nº 40, “o número de casos investigados e confirmados de microcefalia (1.845) representam cerca de 20% do total de casos notificados (9.091), dos quais 294 (cerca de 16%) foram confirmados ‘por critério laboratorial específico para zika vírus (técnica de PCR e sorologia)’”. Portanto, no universo de 1.845 casos de microcefalia confirmados, apenas 294 possuem relação de causalidade com o zika vírus, ou seja, somente 16% dos casos de microcefalias estão relacionados ao vírus e 86% relacionados a outras causas, razão pela qual conclui-se que este vírus não é o principal causador da referida deficiência. Além disso, a premissa estabelecida na ADI 5581 quanto a absoluta relação de causalidade entre o vírus da zika e a microcefalia não foi confirmada pela literatura médica, tão pouco por estudiosos sobre o tema. “É importante reproduzir (em tradução livre e com o correspondente texto original em inglês) o trecho final do editorial de março de 2016, da revista científica Lancet - Doenças Infecciosas ‘The Lancet Infectious Diseases’, cuja íntegra está no vol. 16, nº3, p.26, março de 2016: Até o momento, o nexo causal entre o zika vírus e microcefalia é especulativo (‘At the moment, the causal link between Zika virus and microcephaly is speculative’). (. . .) A abordagem de precaução tomada pela OMS (Organização Mundial de Saúde) e pelos governos nacionais é significativa. (‘The precautionary approach taken by WHO and national governments is sensible.’) (. . .) Inobstante, nesse momento cautela deve ser exercida pela mídia em relacionar o zika vírus aos casos de microcefalia para evitar medos injustificados, e investigações em causas alternativas para a microcefalia devem continuar em paralelo com os estudos relacionados ao zika vírus. (‘Nevertheless, at this stage caution should be exerted by the media in linking Zika virus to the microcephaly cases to avoid unjustified fears, and investigation on alternative causes of microcephaly should continue in parallel with studies on Zika virus’) (UJUCARJ, 2016).

a criança com deficiência é destinatária de políticas públicas quando se requer seja extirpado o seu direito de viver.

Existe ainda flagrante contradição quando o pano de fundo da questão ora em análise é, justamente, a garantia do direito fundamental à saúde do nascituro, da criança e da gestante enfermos e, sob o mesmo argumento, qual seja, direito à saúde, é pleiteado o direito à eliminação do próprio paciente.

Mesmo após a superação de fenômenos discriminatórios como a escravidão, o colonialismo, o racismo e o machismo, observa-se o retorno deste fenômeno a partir da utilização do Judiciário de maneira “sutil e disfarçada” por meio de casos-limites, quais sejam, a discriminação de zigotos, embriões, fetos e mesmo bebês, crianças, deficientes físicos, deficientes mentais, idosos, comatosos e doentes incuráveis”⁶⁰ (PALAZZANI, 2007, p. 107).

2.1 DIREITOS HUMANOS E A TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA DE EFETIVAÇÃO

A proposta de “descriminalização” do aborto na hipótese de fetos portadores de microcefalia ou doenças correlatas vai de encontro à tendência contemporânea de afirmação e efetivação dos direitos humanos enquanto reconhecedores da dignidade do ser humano em situação de fragilidade e vulnerabilidade.

Primeiramente, porque a criança por nascer, seja ela portador ou não de deficiência⁶¹, **é sujeito dos mais importantes documentos internacionais que versam sobre direitos humanos e, em todos eles, os interesses da criança são reconhecidos como pri-**

60. Sanches e Sanches (2010, p. 106) sustentam que: “Frente a tudo isso, afirmamos que é necessário reconhecermos que quando se fala que os embriões fecundados em laboratório, os fetos e os recém-nascidos são humanos, mas não pessoas, e por isso não gozam da mesma dignidade, ou de dignidade alguma, está se reproduzindo o velho esquema ideológico de diminuir ou negar a dignidade de um grupo de seres humanos, para dele se apossar e dele dispor como bem aprouver”.

61. Art. 2º da DUDH: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto”.

mordiais. Assim prevê o preâmbulo da Convenção sobre os direitos da criança, assinada pelo Brasil em janeiro de 1990, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada⁶² também no mesmo ano, quando menciona que:

[...] a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança.

A justificativa da proteção especial conferida à criança é apresentada pela Declaração dos Direitos da criança adotada, pela ONU em 1959, e reafirmada pela Convenção supracitada. Desta forma, os preâmbulos de ambos os documentos preveem que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, ***tanto antes quanto após seu nascimento***” (grifo nosso).

E ainda, o art. 6º da Convenção sobre os direitos da criança dispõe no item 1 que “os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” e, no item 2 prevê que “os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”.

62. A aprovação da referida Convenção se deu por meio do Decreto Legislativo n. 28/90, e a promulgação por meio do Decreto n. 99.710/90.

Porque o nascituro é um ser humano detém dignidade, a qual é inerente à sua natureza, este atributo independente de qualquer critério ou condição para fins de reconhecimento. O concebido, em qualquer fase de seu desenvolvimento, além de possuir natureza humana, de fato já representa um indivíduo da espécie humana, o que, por si só, exige que seja respeitado por todos os demais e protegido pelo Direito.

Além disso, a vida do ser humano e a dignidade que lhe é inerente não dependem do reconhecimento do Estado, pois trata-se de uma realidade objetiva que o pressupõe, e por isso o submente.

Nesta perspectiva, o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos considera que: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, internalizada no nosso ordenamento com *status* de norma supralegal⁶³, dispõe no art. 1º, n. 2 que: “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”, e complementa no art. 3º que: “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. Além disso, esta mesma Convenção menciona que o ser humano já é considerado pessoa desde a concepção quando, no art. 4º, n. 1, dispõe que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”.

A partir desta interpretação sistemática, conclui-se que, nos termos do referido Tratado de Direitos Humanos, a pessoa é todo ser humano e, por isso, todo ser humano deve ter reconhecida a sua personalidade jurídica, inclusive consolida que o respeito à vida é um direito de toda pessoa, ainda que não nascida.

63. De acordo com o entendimento do STF, firmado quando do julgamento da inadmissão da prisão civil do depositário infiel, os Tratados Internacionais e Direitos Humanos possuem natureza de norma supra legal, quando não internalizados de acordo com o procedimento referente à edição de emenda constitucional. (BRASIL, STF, 2008).

Além disso, a vida humana é o bem jurídico de maior relevância para o Direito, razão pela qual o Código Penal pátrio inaugura sua Parte Especial tratando “Dos crimes contra a pessoa” dentre os quais está tipificado o crime de aborto, cujo bem penalmente tutelado é a vida do nascituro e que tem este como sujeito passivo.

Diante da primazia do melhor interesse da criança, que, de acordo com os referidos documentos universalizantes, compreende tanto a criança nascida como a concebida, a proteção e a salvaguarda de seus interesses e direitos vão sempre preponderar diante de todo e qualquer interesse que enseje a instrumentalização do nascituro, ou ainda a sua eliminação.

Na hipótese em que a criança por nascer é portadora de deficiência incurável, como a microcefalia, a interpretação sistemática dos documentos internacionais supracitados e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Convenção de Nova York (2007)⁶⁴, exige que o Brasil, enquanto signatário dos respectivos tratados confira maior proteção e cuidados à criança com deficiência em vez de ser protagonista da sua eliminação, como é a pretensão contida na ADIN 5.581 quando sustenta o aborto de fetos com microcefalia.

Neste sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem por finalidade “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (art. 1º).

Em cumprimento aos compromissos assumidos perante a comunidade internacional, o legislador brasileiro instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015, a qual, em seu artigo 5º, determina que “a pessoa com deficiência será protegida

64. Tratado Internacional de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário e que ingressou no sistema jurídico com efeitos de Emenda Constitucional (art. 5º, §3º da CF), passou a ter vigência no plano interno a partir da promulgação do Decreto n. 6.949/2009.

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”.

Por sua vez, o título II da referida Lei que trata Dos direitos fundamentais inaugura, o capítulo I (Do direito à vida), reforçando a obrigação do poder público de “garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida” que, de maneira inequívoca, já foi comprovado pelas ciências biológicas que tem início com a concepção.

Ampliando ainda mais o grau de proteção o parágrafo único, deste mesmo dispositivo, determina que “em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança”.

É um contrassenso o cenário jurídico-político que ora se apresenta. Se por um lado temos uma legislação recente, moderna e inclusiva destinada às pessoas portadoras de deficiência temos, concomitantemente, a propositura da ação em análise pleiteando a permissão para a eliminação de crianças deficientes antes do seu nascimento.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O legislador ordinário erigiu, expressamente, duas hipóteses que excepcionam a proteção da vida do nascituro, quais sejam, o risco de vida para a gestante e gravidez resultante do estupro.

Ao adotar o princípio hermenêutico de interpretação conforme a Constituição para permitir o aborto de crianças fetos com microcefalia, sem que exista qualquer obscuridade ou lacuna na lei, a Suprema Corte atuará como “verdadeiro” legislador positivo, criando uma hipótese descriminalizante, e indo de encontro ao princípio da supremacia da vontade popular e, por conseguinte, da Separação dos Poderes.

O perigo da atual postura assumida pelo Supremo Tribunal é verificado nas seguintes palavras de Montesquieu (apud MAUS, 2000, p.

188): “em Estados despóticos não há nenhuma lei: o juiz tem a si próprio como lei. Sob a forma de governo republicano a essência da Constituição consiste no fato de que os juízes devem observar a letra da lei”.

Neste sentido, a eventual decisão de procedência da ADIN em comento traduz e ratifica cada vez mais os processos de judicialização da política e de politização da justiça, diagnosticados como riscos fatais para a legitimidade democrática, porque resultam na usurpação política da consciência.

Juízes e tribunais só podem exercer poder criativo e expandi-lo a um nível quase normativo diante de cláusulas constitucionais vagas e abertas, como a dignidade da pessoa humana e demais princípios constitucionais, quando não houver manifestação do legislador (BARROSO, 2010, p. 404).

Havendo, portanto, lei específica que concretize uma norma constitucional ou disponha de matéria da sua competência, o juiz tem o dever de aplicá-la. Ou seja, “entre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular” (BARROSO, 2010, p. 404).

A interpretação constitucional constitui uma tarefa essencialmente jurídica, de modo que, ao desempenhá-la, o papel político do juiz não está em substituir funcionalmente as distorções do sistema representativo ou em forjar o consenso nacional, mas em estabelecer o elo democrático entre representantes e representados, quando estes estiverem em contínua pressão (GARAPON apud NUNES; TEIXEIRA, 2012).

O Judiciário tem o dever de fazer valer a Constituição, inclusive em face dos outros poderes, porém, ao atuar de maneira contramajoritária, só pode fazê-lo em favor e não contra a democracia. Assim sendo, o Judiciário, e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, de modo que suas decisões respeitem sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito (BARROSO, 2010, p. 405).

Face a esta nova tendência de atuação do Judiciário, o processo pode ser considerado meio de concretização ou violação de direitos humanos?

O processo é o meio pelo qual o Estado-juiz é provocado a prestar a jurisdição, que tem o seu ápice com a elaboração da decisão judicial. Todavia a forma pela qual a jurisdição será prestada e a análise do conteúdo provocador desta prestação estão definidas e delimitadas pelas leis que são o parâmetro utilizado pelo julgador no momento de aplicar o direito ao caso concreto.

No momento em que o Judiciário passa não mais a atuar nos limites de sua função, fazendo justiça a partir da lei elaborada pelos agentes eleitos segundo a vontade popular, mas do contrário, passa a utilizar o processo como instrumento de produção de política e, até mesmo, de produção normativa, tem-se, portanto, o comprometimento dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, dos direitos humanos, ocasionando, assim, a falência do modelo democrático constitucional.

Neste sentido, as tentativas de efetivação do sistema processual “serão inúteis se o Judiciário estiver engajado em fazer política”, porque esse engajamento acarreta a violação de direitos fundamentais em benefício de fins coletivos ou “razões de Estado” (NUNES; TEIXEIRA, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o fenômeno da judicialização da vida humana, traduzida na atuação do Judiciário, seja em demandas particulares, seja por meio de ações de controle perante o STF cujo pleito é a autorização para realização de abortos seletivos, conclui-se, portanto, que o processo pode ser utilizado como instrumento para a elaboração de decisões políticas, ocasionando, desta forma, a violação de direitos humanos já sedimentados, como na hipótese da ADI 5581 em que se pretende autorizar o aborto de feto portador de microce-

falia. As decisões judiciais de cunho político e não jurídico violam não somente direitos humanos, mas, principalmente os limites materiais do próprio direito.

Neste contexto de aplausos e críticas, faz-se necessário potencializar os benefícios e reduzir os riscos, o que só será obtido se houver uma verdadeira cooperação entre os poderes na busca conjunta de soluções para implementação dos direitos e garantias fundamentais, tornando realizáveis as medidas políticas e sociais que ainda não foram efetivadas, mas que ainda são feridas abertas na sociedade.

Diante das carências sociais, é imprescindível a construção de um diálogo institucional para a consumação dos direitos consagrados na Constituição e o consequente desenvolvimento social, político e econômico do país. A construção deste cenário exige a participação efetiva do Judiciário e de sua Corte direcionada para uma atuação essencialmente jurídica, para que este percurso seja aplainado pelo encontro da sociedade com o projeto de valores materializados na sua Carta Maior.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista EMARF** - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro: dez. 2010. p. 389 a 406. ISSN 1518-918X.

BRASIL. Lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; e altera a Lei nº-6.437, de 20 de agosto de 1977. Brasília, Diário Oficial da União, 28 jun. 2016. Disponível

em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de fevereiro de 1940. Código Penal. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, Diário Oficial da União, 17 nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, Diário Oficial da União, 07 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 30 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília. Julgada em 12 de abril de 2012, DJe 19 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581. Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5581&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 498. Brasília, 10 a 14 de março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludimila. Litigância de Interesse Público: Judicialização da política ensaia violação de limites. **Revista Consultor Jurídico** (*on-line*). Publicado em 29 de outubro de 2012. ISSN 1809-2829. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-29/judicializacao-politica-ensaia-violacao-limites-normativos>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

PALAZZANI, Laura. Os significados do conceito filosófico de pessoa e suas implicações no debate atual sobre o estatuto do embrião humano. In: CORREA, Juan de Dios Vial; SGRECCIA, Elio (Orgs.). **Identidade e estatuto do embrião humano**. Belém: Edusc, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCHES, Mário Antônio; SANCHES, Leide da Conceição. Anterior ao conceito de pessoa: dignidade do embrião como ser humano. **Rev. Pistis Prax.**, Teol. Pastor., Curitiba, v. 2, n. 1, p. 97-112, jan./jun. 2010. ISSN 1984-3755.

SANTOS, Lília Nunes dos. Judicialização da vida e a ADPF nº 54. In: **Anais do 4º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e**

Direito. Niterói: Ed. PPGSD-UFF, 2014, p. 69-90. ISSN 2236-8736, n. 4, v. 16.

UJUCARJ – União dos Juristas Católicos do Estado do Rio de Janeiro.
Adi 5581, Zika vírus, Microcefalia, políticas públicas e pedido de aborto. Publicado em 15 set. 2016. Disponível em: <http://arqrio.org/noticias/detalhes/4842/adi-5581-zika-virus-microcefalia-politicas-publicas-e-pedido-de-aborto>. Acesso em 30 set. 2016.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE SUPERAÇÃO DA CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL

Manuel Maria Antunes de Melo⁶⁵ e Denise Mercedes N. N. Lopes Salles⁶⁶

Introdução

No Brasil, o arcabouço institucional do sistema de proteção dos direitos humanos se congrega, primordialmente, no aparato judicial. Não se desconhece que, no âmbito dos demais poderes de Estado, uma gama de ações sejam implementadas visando à proteção e promoção dos direitos fundamentais do homem. Mas, é na arena judicial que a afirmação histórica dos direitos humanos ganha corpo, revelando-se ao mundo do *ser* com todo o vigor, não sendo outra a razão porque se coloca o acesso à justiça como o mais básico de todos os direitos fundamentais.

Assim, é através da ampla possibilidade de arguição perante o Poder Judiciário que se asseguram e efetivam, na prática, todos os demais direitos apregoados no ordenamento jurídico, sejam eles de natureza fundamental ou não (SILVA, 2008, p. 252).

65. Juiz de Direito Licenciado do TJ/PB; Especialista em Direito Processual Civil; Mes-trando em Direito no PPGD - Universidade Católica de Petrópolis, RJ. E-mail: juizma-nuelmaria@gmail.com.

66. Doutora em Ciência Política pelo IESP/UERJ; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Endereço eletrônico: denise.salles@ucp.br. Link para o lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4761464E9>.

Nesta perspectiva, o presente artigo tematiza a conformação do Projeto *Audiência de Custódia* como instrumento de superação da cultura de encarceramento no Brasil, compreendendo as seguintes seções: 1.) Raio-X do Sistema Carcerário Brasileiro; 2.) Bases do Programa *Audiência de Custódia* na forma concebida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ); 3.) Objeções à adoção de uma Audiência de Custódia no Judiciário Brasileiro; 4.) Conclusões.

1. Raio-X do Sistema Carcerário Brasileiro

No transcorrer dos *Mutirões Carcerários*, liderados pelo CNJ desde agosto de 2008, foi traçado um raio-X da ambiência carcerária verificada na quase totalidade dos estabelecimentos prisionais do País, reunindo-se em livro dados e informações que retratam as dantescas condições de encarceramento a que estão submetidas as pessoas privadas de sua liberdade no Brasil (CNJ, 2012).

Os dados levantados nas inspeções realizadas *in loco* sugerem que o modelo de encarceramento que se pratica no Brasil alimenta um ciclo de violências que se projeta para toda a sociedade, reforçado por uma atmosfera degradante em estabelecimentos que pouco ou minimamente estimulam qualquer proposta de transformação daqueles que ali estão.

De modo semelhante, a violação aos direitos humanos dos presos ainda é uma constante em todo o Continente Americano, conforme denuncia o Informe 2014/15 da Anistia Internacional Brasil (AIBR, 2015):

[...] Superlotação extrema, condições degradantes, tortura e violência continuaram sendo problemas endêmicos nas prisões brasileiras. Nos últimos anos, vários casos relativos às condições prisionais foram encaminhados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto a situação nos presí-

dios continuava preocupante. Em 2013, 60 detentos foram assassinados na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão. Entre janeiro e outubro de 2014, mais de 18 internos foram mortos nessa prisão. Vídeos das decapitações foram exibidos pelos meios de comunicação. Uma investigação sobre o incidente estava em curso no final do ano. De abril de 2013 a abril de 2014, os tribunais sentenciaram 75 policiais pelas mortes de 111 presos durante uma rebelião na penitenciária do Carandiru em 1992 [...].

Uma ideia da magnitude dos problemas que afetam o setor pode ser extraída a partir dos dados levantados pelo Ministério da Justiça (MJ) em 2014, segundo os quais o número de pessoas presas no país aumentou mais de 400% em 20 anos (BRASIL, 2015b). Por outro lado, estudos mostram que a média mundial de encarceramento é de 144 presos para cada 100 mil habitantes, enquanto no Brasil esse o número eleva-se para 300 presos por cada 100 mil habitantes (BRASIL, 2015b)⁶⁷, dados esses que sugerem uma espiral crescente da *política do encarceramento*, onde se constata um aumento gradativo quando se comparam os dados atuais (BRASIL, 2015b) com os anteriores (OEA, 2013).

A população carcerária do Brasil, segundo o último levantamento de 2014, é de 607.731, com uma taxa de ocupação igual a 161%⁶⁸, da qual 41% refere-se a presos provisórios. Ao mesmo tempo, registra-se um *déficit* de 231.062 vagas no sistema carcerário. Para piorar esse quadro, levantamento feito pelo CNJ (2014) aponta que, se executados fossem os mandados de prisão em aberto (no total de 373.991), a população carcerária brasileira saltaria para algo próximo de 1 milhão de pessoas, quando o sistema carcerário

67. O Brasil tem a 4ª maior taxa de aprisionamento por 100.000/h (300), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (698); da Tailândia (457) e da Rússia (468) (BRASIL, 2015b).

68. A taxa de ocupação indica a razão entre o número de pessoas presas e a quantidade de vagas existentes, servindo como um indicador do *déficit* de vagas no sistema prisional.

dispõe de apenas 376.669 vagas, ou seja, menos de 1/3 (um terço) do quantitativo mínimo necessário, *déficit* que estaria na origem de todos os problemas do sistema, como sugerido no voto do Ministro Marco Aurélio Melo, relator da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347/DF (STF, 2015, p. 18).

Dentre as situações encontradas em praticamente todos os estabelecimentos prisionais de Norte ao Sul e de Leste ao Oeste do País, destacam-se a superlotação carcerária, insalubridade ambiental, insegurança, precariedade das instalações, improvisação e ameaça à vida dos presos, regalias à margem da lei, prisões comandadas por grupos e facções de presidiários com a cumplicidade de agentes do Estado, condições sub-humanas (CNJ, 2012), resultado do total e absoluto descaso das autoridades constituídas em relação aos direitos humanos dos presidiários, o que se denota, principalmente, pelo contingenciamento de vultosos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), que deveriam ser utilizados na melhoria das condições carcerárias como um todo, levando o STF a reconhecer, de forma inédita em nosso País, o *Estado de Coisas Inconstitucional* (ECI). Portanto, o problema não é a falta de recursos, mas a desídia do Estado em geri-los adequada e eficientemente, conforme restou assentado no julgamento da Medida Cautelar na ADPF n° 347/DF, no qual se concluiu:

[...] haver saldo de R\$ 2,2 bilhões ante o contingenciamento orçamentário pela União. Menciona pesquisa na qual identificado o uso, em 2013, de menos de 20% dos recursos do referido Fundo. Afirma o excesso de rigidez e de burocracia da União para liberação de recursos aos demais entes federativos. Alega que, evidenciado o “estado de coisas inconstitucional”, o contingenciamento de recursos do FUNPEN revela-se afrontoso à dignidade humana de centenas de milhares de pessoas. (STF, 2015).

Trata-se, portanto, de um quadro absurdo no qual a subsistência do Sistema Penitenciário, tal como se apresenta, tem por pressuposto fundamental o descumprimento da lei, isto é, a inércia do Estado em cumprir e fazer cumprir as sentenças judiciais, posto que, de outro modo, ter-se-ia, inexoravelmente, o colapso total do sistema, conjuntura essa que retrata muito bem o *equilíbrio de antagonismos* como marca indelével da cultura brasileira, na intrigante análise de Freyre (2003, p. 116-117).

A situação aterradora dos estabelecimentos prisionais do Brasil, como visto, foi debatida no âmbito da ADPF nº 347 DF, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), de cujo voto do relator, Ministro Marco Aurélio Mello, destaca-se o seguinte trecho:

Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, *salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males*. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que “*a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário*. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. (STF, 2015, p. 18 - grifo nosso).

O próprio Ministério da Justiça, a quem compete, em última instância, promover a indução de medidas administrativas capazes de equacionar a situação caótica do sistema carcerário, admite que se trata de demanda cuja magnitude desafia a atenção de todos os Poderes da República, em todos os níveis, além de se relacionar

com o que a sociedade espera do Estado como ator da pacificação social, o que implica a rejeição de soluções singelas, ditadas pelo senso comum, e exige o envolvimento e a intensificação dos esforços de todos os poderes (INFOPEN: 2014).

Neste contexto, o *Projeto Audiência de Custódia* visa, fundamentalmente, *qualificar* o ingresso do autuado no sistema prisional, isto é, restringir a entrada no sistema ao mínimo absolutamente necessário, utilizando-se, para tanto, além das situações de liberdade provisória (com ou sem fiança) e de relaxamento da prisão (quando ilegal), a substituição da prisão provisória por uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP) Brasileiro.

2. Bases do Programa Audiência de Custódia na forma concebida pelo Conselho Nacional de Justiça.

A violência institucional, como fenômeno inexorável da vida em sociedade (RCOEUR, 2008, p. 266), fomentada pelo consumismo, imediatismo e individualismo que caracterizam o modo de vida da modernidade líquida ou da pós-modernidade (GARLAND, 1999, p. 62), produz um efeito perverso no qual as pessoas alijadas desse processo são colocadas à margem da sociedade de consumo, culminando na criminalização de grande parcela de jovens pobres, pardos e analfabetos funcionais.

De fato, o último censo realizado pelo MJ (BRASIL, 2015b, p. 48-65) destaca no *Item 4 – Perfil da população carcerária* – que: a) *Faixa etária*: 31% dos presidiários estão entre 18-24 anos e 25% na faixa de 25-29 anos, totalizando 56%, enquanto a população brasileira nessa escala etária é de apenas 21,5%; b) *Raça, cor ou etnia*: 67% da população carcerária (+ 1/3) é negra, enquanto na formação da população brasileira esse segmento representa apenas 51%; c) *Escolaridade*: 53% dos presidiários possuem, apenas, o ensino fundamental

incompleto, o que implica dizer que mais da metade do contingente prisional é composto de semianalfabetos ou analfabetos funcionais.

O censo demonstra, ainda, que a predominância do contingente prisional é do sexo masculino, solteiro e sem filhos. O tipo penal que lidera o *ranking* é o de tráfico de drogas (27%), seguido pelo de roubo na forma simples (21%).

Tais dados comprovam, a mais não poder, que o modo de vida da atual forma do capitalismo fomenta uma patologia social que compromete o ideal aristotélico de viver bem, com e para os outros, em instituições justas, emergindo a necessidade da intervenção de um terceiro, representado por um corpo de leis escritas, pela instauração de instituições judiciárias e pela separação de um corpo de juízes cuja tarefa primordial é proferir uma palavra de justiça numa situação concreta, transferindo os conflitos do nível da violência irracional para o plano da linguagem e do discurso (RICOEUR, 2008, p. 254-257). Cuida-se de um cenário desolador no qual a Justiça representa, em última instância, uma opção da linguagem racional do discurso em detrimento da violência pura e simples.

Neste contexto, destaque-se que a promoção da cidadania foi eleita como um dos objetivos estratégicos a serem perseguidos pelo Poder Judiciário, nos termos da Resolução nº 198-CNJ, de 01/07/14, escopo este compreendido no tema central dos direitos humanos que norteia a atuação do CNJ (2009, p. 25) e no seio do qual se situa a concepção e implementação do *Projeto Audiência de Custódia*.

A matriz normativa da Audiência de Custódia está no art. 9º, item 3, 1ª parte, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), vazado nos seguintes termos:

Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será *prontamente conduzido* perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e

deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado (grifo nosso).

A Audiência de Custódia também encontra previsão normativa no art. 7º, item 5º, da CADH, nos seguintes termos:

Toda pessoa detida ou retida *deve ser conduzida, sem demora*, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (grifo nosso).

Destaque-se, desde logo, que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CFB/1988, tais normas acham-se incorporadas, em sentido material, ao Direito Constitucional Brasileiro, estando, portanto, dotadas de eficácia plena e imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da CFB/1988, condição essa expressamente reconhecida pelo STF (2015) no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347 / DF.

Não obstante tenha o Brasil ratificado ambos os instrumentos normativos internacionais desde o ano de 1992, transcorridos 23 (vinte e três) anos, as audiências de custódias ainda não haviam sido implementadas no sistema penal brasileiro, panorama esse que só começou a transformar-se a partir de fevereiro de 2015, quando o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP), lançou o *Projeto Audiência de Custódia*.

A campanha ganhou novo fôlego e veio a intensificar-se a partir de quando o STF reconheceu o *Estado de Coisas Inconstitucional* no Sistema Carcerário Nacional, deliberando, dentre outras providências, o prazo máximo de 90 (noventa) dias para que que juízes

e tribunais implementassem as medidas visando à efetivação do *Projeto Audiência de Custódia*. (STF, 2015).

A audiência de custódia consiste na garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão obtidas, também, as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

Durante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades.

O projeto prevê, ainda, a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que serão responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

No dia 9 de abril de 2015, o CNJ, o MJ e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa firmaram um termo de cooperação técnica que têm por objetivo incentivar a difusão do Projeto Audiência de Custódia em todo o País (CNJ, 2015b).

Com idêntico propósito, o CNJ (2015c) fomentou a realização de nada menos do que 31 (trinta e um) Termos de Adesão, sendo 26 (vinte e seis) com os Governos Estaduais e 05 (cinco) com os Tribunais Regionais Federais.

Embora tenha se iniciado em fevereiro de 2015, o Projeto Audiência de Custódia só foi regulamentado em dezembro daquele ano, o que se deu pela Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do CNJ (2015d).

A implementação do Projeto Audiência de Custódia, a par de combater a *cultura do encarceramento* no País (BRASIL, 2015b), revela a tendência do Brasil de, internamente, conformar-se às obrigações internacionais por ele contraídas, como sugerem Alves

(2003, p. 108) e Piovesan (2011, p. 437) e cujos frutos já se fazem sentir no horizonte do sistema punitivo brasileiro, onde dados preliminares registrados pelo G1 mostram que, até outubro de 2015, a audiência evitou a entrada de 49% (quarenta e nove) por cento das pessoas autuadas em flagrante delito, ou seja, em apenas 51% dos casos apresentados ao Juiz de Custódia mostrou-se indispensável a medida de encarceramento (STOCHERO, 2015), resultado de uma triagem submetida a um maior rigor técnico.

Não obstante sua importância estratégica para o resgate da cidadania, restringindo o ingresso no caótico sistema prisional aos casos absolutamente necessários, a implementação da audiência de custódia se depara com resistências corporativas dos mais variados matizes, expostas, resumidamente, a seguir.

3. Objeções à adoção da uma Audiência de Custódia no Judiciário Brasileiro

Em um artigo intitulado *A Falácia da Audiência de Custódia*, Garcia (2015) não se posiciona, exatamente, contra o referido ato processual. Sustenta, porém, que ele seja conduzido pelos delegados de polícia em consonância com as disposições do *Pacto de San José da Costa Rica* (arts. 7.5 e 8.1), cujas autoridades gozariam, nessa visão, de estabilidade funcional a lhes conferir segurança jurídica para atuar com imparcialidade e autonomia.

Não se questiona aqui a capacidade intelectual e o grau de confiabilidade dos integrantes da Polícia Judiciária. Não obstante, parece claro que as razões alinhadas pelo articulista não impedem, em absoluto, a realização do ato processual diretamente pelo juiz. Antes, pelo contrário, os documentos e precedentes internacionais por ele invocados só ratificam a regra da judicabilidade do direito fundamental de liberdade.

Se assim o é, nada obsta – e tudo recomenda – que o Poder Judiciário, no exercício do controle de convencionalidade das normas

infraconstitucionais, resolva a respeito do procedimento de audiência de custódia, fixando-lhe os respectivos contornos, de modo como procedeu o CNJ (2015d), cuja matéria também se acha na pauta do Congresso Nacional, conforme Projeto-de-lei nº 554/2011, que visa alterar o art. 306, § 1º do CPP.

Ademais, destaque-se que a lei brasileira comete à Polícia Judiciária a função primeira de estabelecer a autoria e a materialidade do crime (art. 4º do CPP), de forma que aos delegados de polícia falta-lhes a justa equidistância para uma avaliação livre de preconceitos e isenta de parcialidade a respeito da legalidade das detenções efetuadas pelo aparato repressor do Estado, dos quais são legítimos representantes.

Considere-se, ainda, que, pelo *status* que a liberdade individual assume num Estado de Direito Constitucional, é impensável se atribuir a autoridades policiais ou administrativas, integrantes do aparelho do Estado, a tutela constitucional dessa garantia fundamental, sob pena de irreversível enfraquecimento do seu núcleo essencial.

Portanto, ao arrepio de quaisquer pretensões corporativistas, parece infosismável o fato de que o lugar natural da audiência de custódia é, efetivamente, no âmbito do Poder Judiciário que, na condição de terceiro garantidor dos direitos fundamentais (RICOEUR, 2008, p. 254-255), está em melhores condições de decidir sobre a legalidade de uma prisão e sua eventual substituição por qualquer outra medida cautelar prevista na legislação processual. Esse é o compromisso indissociável da magistratura dos juízes com os direitos fundamentais, em geral, e com a liberdade, em particular.

O Desembargador Ricardo Dip apresentou voto no Conselho da Magistratura do TJESP (2016) alinhando-se à corrente dos que pretendem transferir para as autoridades policiais a realização da audiência de custódia. De um modo geral, o ponto comum em tais manifestações reside na tentativa de transmutar em regra geral a exceção expressa na locução “[...] ou outra autoridade autorizada

por lei a exercer funções judiciais”, prevista no artigo 7º, item 5, da CADH, quando é evidente que não se pode tomar a exceção pela regra, isso sem falar que as funções jurisdicionais são privativas e exclusivas da magistratura dos juízes, salvo os casos expressamente previstos na própria Constituição.

Alega-se, também, a ausência de previsão normativa, já que os instrumentos internacionais não fixam prazo para a realização do ato, cuidando-se de norma de eficácia contida (Ricci, 2015). Nesta perspectiva, o Deputado Federal Eduardo Bolsonaro apresentou o Projeto de Decreto Legislativo (PDC nº 317/2106), tendo como objetivo anular a já citada Resolução do CNJ nº 213/2105, por suposta invasão da competência da União Federal para legislador sobre material processual (art. 22, inc. I, da CFB/1988).

Este argumento, todavia, não se sustenta. Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já estão, *no plano material*, incorporados ao Direito Constitucional Brasileiro, conforme reconhecido pelo próprio STF na ADPF nº 347 / DF (STF, 2015), independentemente do rito de incorporação formal previsto no art. 5º, § 3º, da CFB/1988, incluído pela EC nº 45/2004, tratando-se, portanto, de norma de eficácia plena e imediata por força do que dispõe o § 1º do art. 5º da CFB/1988.

Costuma-se, ainda, invocar a falta de estrutura adequada para realização das audiências de custódia, os altos custos envolvidos no processo de deslocamento de presos e um suposto tratamento privilegiado ao autor do delito, em detrimento dos cuidados devidos em relação às pessoas vitimadas (PEREZ, ZUZA, BOECHAT & PIRES, 2016).

Deve-se objetar, porém, que eventual falta ou deficiência de estrutura adequada não justifica o relaxamento de um direito fundamental, até mesmo por envolver uma situação contingente e, como tal, contornável a médio prazo. Daí porque, a nova realidade trazida com a implementação do *Projeto Audiência de Custódia* reclama dos gestores públicos a alocação dos recursos necessários

para adequação das estruturas materiais indispensáveis ao apropriado funcionamento do sistema de Justiça.

Já quanto aos custos envolvidos no processo de deslocamento de presos, projeta-se, ao revés, economia de vultosos recursos públicos. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF, o projeto tem condições de evitar cerca de 120 mil prisões ao ano, o que renderia uma economia anual aos cofres públicos de R\$ 4,2 bilhões, considerando-se, nesse cálculo, o custo mensal de um preso, que é de cerca de R\$ 3 mil reais (G1, 2016), isso sem falar que o deslocamento poderá ser gradativamente substituído, total ou parcialmente, para o sistema de videoconferência.

Essas projeções constam de levantamento feito pelo próprio CNJ e constantes do Livro Audiência de Custódia, do qual destacam-se os seguintes dados:

i) PRISÕES PREVENTIVAS

Com 600 mil presos, o Brasil é o quarto país do mundo que mais encarcera pessoas. No meio deste universo, 40% dos detentos (240 mil) são presos provisórios, ou seja, aqueles que ainda não receberam uma condenação definitiva.

Considerando que cada preso custa, por ano, 36 mil reais ao Estado, o sistema penitenciário brasileiro absorve 21,6 bilhões de reais todos os anos.

ii) ECONOMIA DE RECURSOS PÚBLICOS

Os Estados que já implementaram a Audiência de Custódia estão verificando que 50% das prisões preventivas são desnecessárias. Desta forma, o Conselho Nacional de Justiça pretende, ao reduzir pela metade o número de pessoas presas antes de terem sido condenadas, gerar uma economia anual de 4,3 bilhões de reais. (CNJ, 2015d).

Destaque-se, de outra senda, que a observância dos direitos dos presidiários não exclui, em absoluto, o dever legal de assistência social do Estado para com as vítimas de ações criminosas, sempre que necessário for. No entanto, não estando a vítima integrada ao sistema carcerário, essa assistência deverá ser prestada, *a priori*, pelos órgãos estatais encarregados dos serviços de saúde, segurança e assistência social, sem interferência direta ou indireta do Poder Judiciário, salvo o caso de eventual conflito de interesses.

Já quanto à valoração das alegações do autuado, parece intuitivo que o juiz de custódia só afastará a presunção de legitimidade que promana do auto de prisão em flagrante quando o réu apresentar defesa *substancialmente* fundamentada, capaz de contrastar os elementos de convicção produzidos pelas autoridades responsáveis pelo encarceramento, onde este contato pessoal e direto se mostra extremamente importante para dirimir quaisquer dúvidas porventura subsistentes na avaliação do julgador.

4. Conclusões

O tratamento digno e respeitoso aos direitos elementares dos presos é indício do grau de civilização de uma sociedade e o primeiro passo que se dá na tentativa de regenerar a vida daqueles que um dia haverão de retornar ao convívio social. Não se concebe mais a convivência com a *cultura encarceramento* tantas vezes denunciada em documentos internacionais (AIBR, 2015).

Conclui-se, de início, que no Brasil subsiste, efetivamente, o que se pode denominar de cultura do encarceramento, onde o percentual de 41% (quarenta e um por cento) de presos provisórios demonstra que a prisão preventiva é utilizada de forma dissociada de sua finalidade cautelar, isto é, já como regra, e não mais como medida de exceção, a ser utilizada em casos absolutamente neces-

sários e, sobretudo, quando não for possível a substituição por uma ou mais das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Em contraste, mais de 373.000 (trezentos e setenta e três mil) réus já condenados por sentença definitiva aguardam a respectiva captura (CNJ, 2014), o que representa mais da metade dos presidiários do país, gerando uma gritante distorção sistêmica em razão da qual pessoas sem culpa formada estão atrás das grades, enquanto condenados por sentença definitiva transitam livremente.

Para piorar esse quadro, se houvesse o cumprimento imediato de todos os mandados de prisão já expedidos, a população carcerária saltaria para quase um milhão de pessoas, levando o sistema a um total e absoluto colapso.

Deve-se, portanto, incentivar o incremento da audiência de custódia em todos os rincões do país, como forma de *qualificar* a entrada de acusados no sistema prisional, substituindo-se a prisão provisória, sempre que possível, por uma ou mais das medidas cautelares, o que implicará na gradativa substituição dos presos provisórios por sentenciados definitivos, afastando o risco de um colapso no sistema prisional que adviria, fatalmente, caso se decidisse cumprir, na atual conjuntura, todos os mandados de prisão em aberto.

Neste sentido, convém consignar que o próprio MJ, através da Política Nacional de Penas Alternativas (BRASIL, 2016), editou a Portaria nº 495/2016, com o propósito de reduzir o número de presos em 10% (dez por cento), o que implica em mais de 60.000,00 (sessenta mil), mediante a intensificação da aplicação de medidas despenalizadoras, o que representa uma notícia alvissareira no cinzento horizonte carcerário brasileiro.

Por outro lado, deve-se objetar, com ênfase, à tentativa de subtrair do sistema de justiça penal a responsabilidade pela implementação do *Projeto Audiência de Custódia*, ante as razões já elencadas acima.

Neste contexto, conclui-se que a audiência de custódia constitui instrumento importantíssimo no combate à política do encarceramen-

to, o que se comprova pelos dados iniciais obtidos segundo os quais, em termos absolutos, apenas em relação a 51% (cinquenta e um por cento) das pessoas autuadas em flagrante delito se faz mister a aplicação da medida segregativa cautelar. Em relação aos 49% (quarenta e nove por cento) restantes, ou se relaxa a prisão, caso se mostre ilegal, ou se aplica uma das medidas cautelares previstas pelo CPP.

Claro está, reconheça-se, que a audiência de custódia não resolverá, como num passe de mágica, todos os problemas que afetam o sistema penitenciário, dentre os quais o mais contundente: a superlotação carcerária. Esta conclusão inarredável, entretanto, não autoriza, em absoluto, que o Sistema de Justiça abdique de seu poder-dever de lançar mão de todos os instrumentos legais aptos a tornar o sistema mais racional e humano. Dentre esses mecanismos, a o simbolismo, a importância e a eficácia da audiência e custódia falam por si sós.

Referências bibliográficas

ALVES. José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL (AIBR). *Informe 2014/2015. O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Londres: 2015. Disponível em: < <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf> > . Acessado em: 26.set.2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho 2014*. Brasília: 2015. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf> > . Acessado em: 20.set.2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria n° 495, de 28/04/2016 – Institui a Política Nacional de Alternativas Penais*. Pub. DOU de 02/025/2016, p. 40. Brasília: 2016. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/politica-alternativas-penais.pdf> > . Acessado em 17.set.2016.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (CONECTAS). *Raio-X do Sistema Prisional*. São Paulo: 2013. Disponível em: < <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/8483-raio-x-do-sistema-prisional> > . Acessado em: 20.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Relatório Anual 2008*. Brasília: 2009. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/publicacoes/relatorios-publicacoes> > . Acessado em: 20.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Mutirão Carcerário. Raio X do Sistema Penitenciário Brasileiro*. Brasília: 2012. Disponível em: < http://cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf > . Acessado em: 20.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Brasília: 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico--de-pessoas-presas-correcao.pdf> > . Acessado em: 19.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Termo de Cooperação Técnica n° 007/2015, de 09 de abril de 2015*. Partes: CNJ. Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Brasília: 2015. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos> > . Acessado em: 19.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Audiências de custódia. Termos de Adesão*. Brasília, DF: 2015. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos> > . Acessado em: 18.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas*. Brasília: 2015. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2234> > . Acessado em: 20.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Audiência de Custódia*. Brasília: 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/08/37dbb32d0a48858318082cd3a1d5e652.pdf> > . Acessado em: 11.set.2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Mapa da Implantação da Audiência de Custódia no Brasil*. Brasília: 2016. Disponível em: < <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil> > . Acessado em: 20.set.2016.

FREYRE. Gilberto. *Casa-grande & Senzala*. São Paulo: ed. Global, 2003.

GARCIA. Gustavo Assis. *A Falácia da Audiência de Custódia*. Goiás: 2015. Disponível em: < <http://asmego.org.br/2015/06/15/a-falacia-da-audiencia-de-custodia/> > . Acessado em: 20.set.2016.

GARLAND, David. *As Contradições da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico*. Curitiba: Revista de Sociologia Política, nº 13, nov.1999.

G1, Tocantins. *Ministro Lewandowski lança projeto para desafogar presídios no Tocantins.* Tocantins: 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/08/ministro-lewandowski-lanca-audiencia-de-custodia-no-tocantins.html>> . Acessado em: 26.set.2016.

PEREZ, Eduardo. ZUZA, Flávia. BOECHAT Marcos. PIRES, Placidina. *Audiência de Custódia: Para que serve?* Goiás: 2016. Disponível em: <<http://asmego.org.br/wp-content/uploads/2016/03/audiencia-de-custodia.pdf>> . Acessado em: 20.set.2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva, 2011.

RICCI, Marcelo Assiz. *Audiência de Custódia: inviabilidade.* São Paulo: 2015, Jornal Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/audiencia-de-custodia-inviabilidade/15623>> . Acessado em: 16.set.2016.

RICOEUR, Paul. *O Justo 2: Justiça e Verdade e outros estudos.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direitos Fundamentais.* São Paulo,; 2008, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), ano 11, nº 22, ed. RT, 2008.

STOCHERO, Tahiane. *Audiência de custódia evitou a entrada de 8 mil nos presídios; entenda.* São Paulo: 2015. G1. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/audiencia-de-custodia-evitou-entrada-de-8-mil-nos-presidios-entenda.html> > . Acessado em: 20.set.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF.* Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: UNIÃO e OUTROS. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília: 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf> > . Acessado em: 20.set.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Medida Cautelar na Medida Cautelar na Reclamação 24.634 - Rio de Janeiro.* Reclamante: Robson Marcelo Martins Ribeiro. Reclamados: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de São João do Meriti/RJ e Outro. Rel. Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília: 2016. Disponível em: < file:///C:/Users/Manuel%20Maria/Downloads/texto_310049229.pdf > . Acessado em: 11.set.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJERJ). *TJ do Rio implanta audiência de custódia.* Rio de Janeiro: 2015a. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/ca/web/guest/home/-/noticias/visualizar/23010?p_p_state=maximized > . Acessado em: 06.set.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJESP). *Conselho da Magistratura. Audiência de Custódia – Voto Vencido.* Processo SEMA 10.385/2016 –Voto RHMD 37.973. Relator Des. Ricardo Dip. São Paulo: 2016. Disponível em: < <https://mmjusblog.wordpress.com/> > . Acessado em: 20.set.2016.

SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL E O RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

Tauã Lima Verdán Rangel⁶⁹

1 INTRODUÇÃO

Com o findar da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente com o regime nazista, verificou-se um alinhamento dos discursos internacionais voltados para a promoção dos direitos humanos, impulsionado, sobremaneira, pelos eventos nefastos produzidos durante o período bélico, recebendo maior realce a busca pela eugenia ariana e o holocausto de judeus e outras minorias. Assim, é plenamente possível assinalar que o direito estende, maciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a busca pela erradicação de pobreza e desigualdade social e a expansão continua dos direitos humanos. Vivencia-se, dessa forma, uma constante juridificação de

69. Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (2015-2018). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Telefone: (28) 999836721. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>. E-mail: tauã_verdan2@hotmail.com

temáticas sociais, buscando, continuamente, a promoção dos indivíduos e de seus respectivos direitos fundamentais. Segundo Andrews, “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente” (ANDREWS, 2010, p. 09), porquanto faz referência à formalização de todas as relações sociais e não somente à substituição do debate por normas e leis. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica.

Não causa perplexidade entre os estudiosos do assunto a construção de vasta literatura debruçada sobre os direitos humanos, permeando uma pluralidade de áreas do conhecimento. Trata-se de temática que ultrapassa os meandros do direito, comportando uma discussão polissêmica e diversificada, refletindo a complexidade do assunto, notadamente em decorrência de sua influência fluída e pluralizada. Ao lado disso, o aspecto positivista do direito e o papel desempenhado pelos direitos humanos não podem ser minorados e, certamente, repousa sobre tal aspecto a função da ciência jurídica em busca da construção de tal concepção, objetivando, assim, a contínua construção e ampliação de tais temas, permitindo que sejam compreendidos temas contemporâneos, dotados de significação nova e refletindo os anseios do *homo contemporanius*. As estruturas normativas e os efeitos advindos das normas jurídicas são instrumentos dotados de racionalidade, os quais contribuem para os modos de ação e de compreensão do controle social por meio do direito.

As diversificadas situações produzidas na contemporaneidade reclamam um alargamento da estrutura jurídica. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida*

traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliarem significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217). Ora, observa-se um cenário dotado de densa mutabilidade e diversificação de estruturas, impulsionado, sobremaneira, pela dinamicidade contemporânea, logo, é imprescindível a edificação de uma ótica jurídica concatenada com tal moldura. Assim, com o objetivo de compreender a juridificação dos direitos, é necessário compreender a paulatina construção dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ALARGAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Evidenciar faz-se necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Ainda no que concerne à proeminência da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante a dicção de Rocha, o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. “Dessa forma, o desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 32). Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para

reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

O direito à alimentação adequada, em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário. Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

3 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar*, durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares. Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o

conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, “a segurança alimentar foi hegemonicamente tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos” (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Ali-

mentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome. Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos.

A concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã.

Nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar

atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. “Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população” (BRASIL, 2008, p. 11). Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos do conceito de segurança alimentar e nutricional foram se ampliando e passam, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN) materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrên-

cia da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Destaca Ribeiro (2013, p. 38) que o direito em comento não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais. A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulan-

do práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população.

Está inserido na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação. No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas. A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 03). Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste sentido, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

A acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em áreas remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), de maneira expressa, faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida, saúde, ocupação, gênero etc. “Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 04). Um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

4 QUEM TEM FOME TEM PRESSÃO!

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se, ainda, que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conqui-

tas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. “Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social” (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. Dessa maneira, a vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado. Partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. “Ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público” (SEN, 2000, p. 28). Nesta perspectiva, até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigi-lo tanto na seara administrativa quanto no judiciário. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, ma-

terializando obrigações do Estado e responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

O Estado Brasileiro tem obrigações no que se refere à realização do DHAA em três órbitas distintas, a saber: *respeitar*, *proteger* e *garantir*. No que concerne à primeira obrigação, incumbe ao Estado zelar para a garantia da realização permanente ao DHAA, em todos os momentos, inclusive abstendo-se de tomar medidas que coloquem em risco a realização pela sua população. Em relação à segunda obrigação, “o Estado tem a obrigação de assegurar, vigiar e regular que nenhuma pessoa ou empresas causem algum tipo de privação ou insegurança à realização permanente à DHAA” (BRASIL, 2011, p. 16). Em tal situação, mesmo sendo outro sujeito que coloca em xeque a realização do DHAA, o Estado também o viola, porquanto não está cumprindo com a obrigação de proteger o acesso ao DHAA; logo, em caso de violação desse, o Estado deverá investigar e sancionar os responsáveis, tal como adotar as medidas que evitem uma reiteração da violação.

A terceira obrigação do Estado está baseada na garantia dos DHAA em três dimensões distintas, a saber: *facilitar*, *promover* e *prover*. A primeira consiste na facilitação, pois incumbe ao Estado desenvolver programas e políticas que criem condições adequadas para que todos os habitantes do país consigam realizar o direito humano a alimentar-se de forma adequada e digna. A facilitação em comento, no território nacional, é observada na política agrária e agrícola, na política de emprego, na política salarial, na política de proteção social. A segunda dimensão consiste no oferecimento de educação, formação e informação necessária, fazendo com os titulares estejam conscientes dos seus direitos e saibam como reclamar a sua materialização. Igualmente, a segunda dimensão é desdobrada, ainda, na premissa que autoridades estejam conscientes das suas obrigações em relação aos DHAA.

O Estado, no que concerne à terceira dimensão, deverá prover o DHAA de pessoas, grupos e comunidades que estão em insegurança alimentar e nutricional, fome e má-nutrição, por circunstâncias que estão além de seu controle. “Nesse grupo se incluem aqueles que não têm condições de se alimentar como crianças, pessoas idosas, enfermos, pessoas com deficiência, pessoas com necessidades alimentares especiais, pessoas internadas em instituições, dentre outras” (BRASIL, 2011, p. 17). O mesmo é aplicável a grupos que se encontram em situação de emergência, de miséria e pobreza intensa. Verifica-se, portanto, que a realização efetiva do DHAA inclui o direito dos titulares de exigir o cumprimento daquele. Burity *et all* afirma que “exigibilidade é a possibilidade de exigir o respeito, a proteção, a promoção e o provimento de direitos, perante os órgãos públicos competentes (administrativos, políticos ou jurisdicionais), para prevenir as violações a esses direitos ou repará-las” (2010, p. 70). Assim, o conceito de exigibilidade compreende, além do direito de reclamar, o direito de ter uma resposta e ação em tempo oportuno para que seja possível a reparação da violação por parte do Poder Público.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e de maneira regular. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à alimentação adequada (DHAA). Denota-se que está se valendo da premissa de acesso de alimentos, o que é

diferente de disponibilidade de alimentos, já que esses podem estar disponíveis, mas as populações mais pobres podem não ter acesso a eles, em decorrência da renda ou outros fatores.

A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos. Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de *dignidade* assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadas de cada etnia ou região. A quantidade dos alimentos ingeridos deve ser suficiente para assegurar a manutenção do organismo e o desenvolvimento das atividades diárias. A regularidade da alimentação assenta suas bases na premissa que as pessoas têm que ter acesso constante à alimentação, sendo esse compreendido como a possibilidade de se alimentar ao menos três vezes ao dia.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Christina W. Os Conceitos de Burocracia e Burocratização: Teoria da Modernidade e a Condição Periférica. *In*: 34º Encontro Anual da ANPOCS. **ANAIS...**, 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 01-22. Disponível em: <<http://www.anpocs.org>> . Acesso 18 ago. 2016.

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro; OLIVEIRA, Valéria Martins. A Consolidação do Estado Democrático de Direito e do Estado do Ambiente: Estudo a partir do processo de juridificação de Jürgen Habermas. *In*: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. **ANAIS...**, 2009, Maringá-PR, p. 2.215-2.239. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>> . Acesso 18 ago. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões.

Revista da Faculdade de Direito de Campos, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: < <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08> > . Acesso em 18 ago. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > . Acesso em 18 ago. 2016.

_____. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010.** Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > . Acesso em 18 ago. 2016.

_____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > . Acesso em 18 ago. 2016.

_____. **Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada.** Brasília: SDH, 2011.

BURITY, Valéria *et all.* **Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional.** Brasília: ABRANDH, 2010.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado.** ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HIRAI, Wanda Griep. **Segurança Alimentar:** Em tempos de (in)sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. In: _____; WILKINSON, John (org.). **Reestruturação do Sistema Agroalimentar**. Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. **A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br>>. Acesso em 28 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 18 ago. 2016.

_____. **El derecho a la alimentación adecuada**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 18 ago. 2016.

PODESTÁ, Olívia Perim Galvão de. **Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional: O Caso do Município de Anchieta-ES**. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito Fundamental Social à Alimentação Adequada: Análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. MOTTA, Laura
Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

**SAÚDE SEXUAL E
REPRODUTIVA**

REPERCUSSÕES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA VIVENCIADA PELAS MULHERES NAS UNIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS: UMA REVISÃO INTEGRATIVA

Aline de Carvalho Martins⁷⁰ e Geiza Martins Barros⁷¹

INTRODUÇÃO

Historicamente, a associação da questão reprodutiva com os direitos humanos, aparece em 1968, na primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos, que ocorreu no Teerã, associando a reprodução ao direito humano de decidir livremente o número de filhos e o espaçamento entre eles e de ser apoiado nesta tarefa pelos Estados, através de práticas educativas (Mattar, 2008).

Na década seguinte, a Conferência Mundial sobre População, realizada em Bucareste em 1974, denunciava o crescimento populacional como uma forma de consolidar a centralidade dos países ricos, reafirmando a importância da informação do acesso aos métodos contraceptivos (Mattar, 2008).

O que se observa posteriormente, nos mais representativos espaços internacionais para a discussão direta ou indireta da questão da reprodução (CEDAW, 1979; Conferência Internacional de Popula-

70. Assistente Social, doutora em Serviço Social e Política Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Tecnologista em Saúde Pública pela Fiocruz.

71. Enfermeira Obstétrica, Neonatologista e Pediátrica. Mestranda em Ciências da Saúde pelo Instituto Nacional da Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira/Fiocruz. Rua Machado e Silva, nº 75. Barra da Tijuca. Rio de Janeiro. Cep: 22641-516. Telefone: (21) 981969498 E-mail: geiza_mb@hotmail.com.

ção e Desenvolvimento, 1994 e Conferência Mundial sobre a Mulher, 1995) foi a reafirmação das responsabilidades que até então eram exclusivas das mulheres como responsabilidades que incluíam os homens - que deveriam assumir um papel mais relevante nos cuidados com as crianças e com o compartilhar das decisões sobre reprodução - e que deveriam ser reconhecidas como de responsabilidade também do Estado, como agente facilitador de legislações, serviços e oportunidades, capazes de permitir à mulher o exercício de sua autonomia reprodutiva e social.

Se, o direito da mulher aos serviços públicos e a inclusão dos homens neles já existem como valores relacionados aos direitos humanos desde o século passado, questões de outra natureza vem ganhando visibilidade e reconhecimento enquanto violações de direitos humanos, como, por exemplo, a questão da violência obstétrica promovida pelos serviços de saúde e as repercussões que esta violação de direitos humanos acarreta para as mulheres e suas famílias.

Neste contexto ganha destaque o fato que os processos de parturição e nascimento não são somente biológicos. O parto envolve pessoas, contextos e culturas, e está localizado dentro de uma perspectiva histórica, simbólica e de direitos firmando-se assim como um evento social. Com o advento da hospitalização e a conseqüente mudança do parto para o âmbito hospitalar, o mesmo passou a ser cada vez mais medicalizado, tratado com um evento repleto de potenciais riscos, que deveria ser atendido por profissionais de saúde.

As discussões acerca da medicalização do parir e nascer fizeram emergir também as questões referentes aos direitos humanos. A mulher em trabalho de parto continua sendo um sujeito de direitos. No entanto, um dos desdobramentos mais flagrantes da transição do parto para o âmbito hospitalar foi a violação dos direitos humanos associada à violência obstétrica.

Corrêa & Petchesky (1996) sugerem que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres tenham como base quatro princípios étic-

cos: integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade. E estes podem ser violados através da invasão ou abuso por profissionais diversos, dentre eles os da saúde.

Afirmam ainda que o princípio da integridade corporal apreende o controle sobre o próprio corpo, ou seja, liberdade sexual e reprodutiva. Para Progianti, Araújo e Mouta (2008) esse direito pode ser violado por profissionais que prestam atenção ao parir e nascer quando, por exemplo, fazem uma episiotomia. Procedimento este, que se caracteriza por uma operação feita no corpo de uma mulher saudável sem o seu consentimento.

A autonomia compreende também um dos princípios da bioética e esta pode ser transgredida na atenção a mulher no parir e nascer de diversas formas e caracterizar violência obstétrica.

De acordo com Corrêa & Petchesky (1996) a autonomia pessoal pode ser traduzida em direito à autodeterminação. Neste item, pode ser incluída a autonomia na tomada de decisão. Isso não exime os profissionais de saúde da sua responsabilidade em aconselhar e cuidar, mas os obriga também a respeitar as decisões.

A igualdade se aplica aos direitos sexuais e reprodutivos no que tange as questões de gênero e condições socioculturais (Corrêa & Petchesky, 1996). A medicalização da atenção a mulher no parir é um exemplo de como o poder da ciência representada pela figura masculina foi capaz de intervir no corpo feminino “incapaz”.

E a diversidade compreende o respeito pelas diferenças entre as mulheres (Corrêa & Petchesky, 1996). Portanto, a violência obstétrica ocorre quando se desacata os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, dentre eles, a parturição.

A violência obstétrica tem por características o tratamento desumano, abuso de medicalização e patologização dos processos naturais. Embora a violência obstétrica seja recente no âmbito acadêmico brasileiro, com produções científicas a partir da primeira década dos

anos 2000 (Martins e Barros, 2016), sua ocorrência já é denunciada em âmbito internacional desde os anos 1950 (Diniz et al, 2015).

Uma revisão da literatura brasileira aprontou que no Brasil existem diversas formas de violência obstétrica: violência institucional (falta de acesso a serviços essenciais, peregrinação das para receber atendimento, falta estrutura adequada, proibição de acompanhantes no parto ou a falta de condições para o cuidado privativo), violência moral (violência associada às condutas profissionais como o não reconhecimento da mulher como sujeito do parto, o reforço do nascimento como um evento de riscos iminentes), violência física (utilização inadequada da tecnologia na atenção ao parto, toques violentos ou excessivos, realização procedimentos para fins de treino, negação da analgesia, negação de informações à mulher sobre sua condição ou sobre a evolução do parto e a manipulação da mulher sem orientação prévia ou sem consentimento), violência sexual (falas coercitivas e moralistas de conteúdo sexual no momento do parto), violência psicológica e verbal (comentários com o intuito de denegrir a mulher ou de negar o reconhecimento de seu estado particular durante o período do parto, julgamento e culpabilização da mulher, xingamentos, hostilidades e gritos, reprimendas e ameaças de abandono) (Martins e Barros, 2016).

Estas violências ainda persistem no Brasil e repercutem negativamente na vida das mulheres e de suas famílias. Se estas questões atravessam todos os grupos, elas se apresentam, de maneira mais agudizada, nos grupos sociais com piores indicadores sociais (mulheres, pobres, negros, pessoas com necessidades especiais, etc.), uma vez que estes apresentam piores condições de fazer valer os seus direitos.

Se todas estas formas de violência são possíveis no momento do parto, é preciso, também denunciá-los como uma forma de violação dos direitos humanos, apontando os desdobramentos que a vivência deste tipo de violência pode acarretar para a vida futura da

mulher e de sua família, a fim de que sejam propostas e efetivadas medidas para sua superação.

Assim, o presente artigo tem como objetivo apresentar desdobramentos que a violência obstétrica pode carrear para a vida das mulheres e de suas famílias.

MÉTOD

A revisão integrativa é uma metodologia em que se estabelece uma síntese e conclusões gerais acerca de determinada área de estudo. Por causa desta característica, a revisão integrativa é capaz de propiciar aos profissionais uma melhor utilização prática das evidências disponibilizadas nos estudos científicos, a partir da identificação, análise e sistematização de estudos independentes, gerando uma síntese do conhecimento acumulado (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

Trata-se de uma abordagem metodológica mais ampla que os estudos tradicionais de revisão, à medida que permite agregar estudos de metodologias diferentes para definir um melhor enfrentamento de uma questão prática, através da produção de um panorama consistente de conceitos, teorias ou questões relevantes para a saúde (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

A revisão integrativa é realizada a partir de fontes bibliográficas, compilação de informações e democratização do conhecimento produzido, realizado a partir de seis etapas distintas: A primeira etapa consiste na definição de uma pergunta norteadora, que irá determinar os estudos a serem incluídos na revisão integrativa; na segunda fase se realiza uma ampla busca a literatura, a partir de critérios que garantam a confiabilidade da amostra, a partir de critérios claros de inclusão e de exclusão (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

Na terceira etapa será feita a extração da totalidade dos dados relevantes dos artigos selecionados, a partir de um instrumento previamente elaborado, garantido a identificação do tipo de estudo, metodologia, tamanho da amostra e método de análise, resultados

e implicações. Na quarta etapa se realiza uma crítica dos estudos, ponderando suas características, rigor e utilidade prática. Na quinta etapa elaborase uma síntese e interpretação dos resultados, comparam-se os dados e podem ser delimitadas questões futuras para novas pesquisas. A última etapa consiste na apresentação dos dados, para que o leitor possa analisar criticamente os resultados (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

Com base nestas premissas, o presente estudo realizou um levantamento bibliográfico, no mês de março de 2016, a partir dos estudos disponíveis nas bases de dados que integram a Biblioteca Virtual em Saúde (BIREME) dado que a mesma agrega estudos científicos internacionais e brasileiros.

Foram considerados critérios de inclusão para o estudo: pesquisas tratassem diretamente do tema da violência obstétrica, publicadas entre os anos de 2006-2016 e que possuíssem título e resumos disponíveis e indexados nas bases de dados. Neste momento, cem trabalhos foram elegíveis para compor nossa pesquisa. Aplicamos, então os seguintes critérios de exclusão: estudos que não tratassem da realidade brasileira e estudos que não tivessem como objeto unidades de saúde pública. A amostra final desta revisão foi composta por cinco trabalhos científicos: quatro artigos e um trabalho não convencional (vídeo) (Diniz et al, 2015; Sanfelice et al, 2014; Oliveira, 2015; Aguiar, D'Oliveira e Schraiber, 2013, Teixeira e Pereira, 2006).

Após a leitura flutuante do material, construiu-se um instrumento de sistematização, composto pelas seguintes categorias: ano de publicação, título do trabalho, a formação dos pesquisadores, os objetivos, a metodologia, os sujeitos, os principais resultados e as conclusões.

A etapa seguinte, ou quarta etapa, compreendeu a análise dos estudos incluídos e foi permeada por uma abordagem organizada para ponderar o rigor e as características de cada estudo. Após a análise detalhada de cada estudo procedeu-se a quinta fase que é a discussão e interpretação dos resultados. Nesta fase construímos

a seguinte categoria, decorrente da reflexão e interpretação dos dados: “repercussões na vida e saúde da mulher”, com os desdobramentos decorrentes das violências identificadas.

A última etapa do estudo foi concretizada mediante a elaboração do resumo das evidências encontradas na literatura, de forma clara e completa para que o leitor tenha base para avaliar criticamente os resultados apresentados.

Como se trata de um texto sem envolvimento direto de seres humanos, o presente estudo está dispensado de apreciação pelos Comitês de Ética em Pesquisa, conforme a resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.

RESULTADOS

CONHECENDO OS ESTUDOS

Os trabalhos integrantes da presente análise são frutos da contribuição de oito categorias profissionais, o que valoriza o princípio da integralidade. A questão de gênero chamou bastante atenção à medida que nenhum homem participou dos trabalhos em questão.

Observou-se também, que – e este não foi um critério de exclusão, pois os processos de abortamento e pré-natal também integram a assistência obstétrica–os textos não faziam referência à questão do aborto, embora este seja um momento sabidamente atravessado pela violência no campo da saúde pública brasileira, em especial nos casos de abortamento provocado.

No que tange a atenção as mulheres grávidas no pré-natal, apesar desta ocorrer majoritariamente nas unidades básicas de saúde, nível primário de atenção, a inexistência de estudos que abordem este campo de atenção e que tratem das questões da violência obstétrica constitui um obstáculo para melhor compreensão desta questão que acomete a sociedade brasileira e que atinge as mulheres. A produção científica analisada parece se focar no momento de maior

violação dos direitos humanos para estas mulheres: o momento do parto, diminuindo a visibilidade das violências menos impactantes que existem e persistem ao longo de toda a gestação e puerpério.

Referência	Formação dos autores	Objetivo	Metodologia	Resultados e conclusões
Diniz et al 2015	2 Médicas Psicóloga Bióloga Advogada Obstetrix Graduada em comunicação social	Mapear origens, definições e tipologia da violência obstétrica. Refletir sobre suas causas e apresentar propostas de prevenção e superação	Revisão crítico-narrativa, sobre a literatura acadêmica, produções dos movimentos sociais e documentos institucionais	A violência contra as mulheres durante o parto é denunciada internacionalmente desde 1950. Foram identificadas diversas violências e feitas sugestões de estratégias para a superação da violência institucional
Sanfelice et al, 2014	5 Enfermeiras	Descrever a experiência de enfermeiras obstetras de Campinas, sobre o processo de transição do parto institucionalizado para o domiciliar.	Estudo descritivo de abordagem qualitativa na modalidade relato de experiência com análise de conteúdo	Originou quatro categorias temáticas: a experiência hospitalar; convivendo com a violência obstétrica; de volta para casa e os desafios da assistência domiciliar
Oliveira, 2015	Graduada em pedagogia. Pós-graduada.	Verificar a experiência do parto e nascimento do ponto de vista das mulheres brasileiras	Vídeo com trechos de entrevistas do Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento	As mulheres reconheceram a violência que vivenciaram durante os partos. Em contraponto as mulheres que vivenciaram as boas práticas, avaliam de forma positiva esta experiência

<p>Aguiar, D'Oliveira e Schraiber, 2013</p>	<p>3 Médicas</p>	<p>Discutir a violência institucional em maternidades sob a ótica de profissionais de saúde</p>	<p>Entrevistas com profissionais de saúde sobre a experiência profissional e o conceito de violência obstétrica</p>	<p>Apontou-se práticas discriminatórias e desrespeitosas na assistência. Tais práticas nem sempre foram percebidas pelos profissionais como violentas, mas como um exercício de autoridade em um contexto considerado "difícil", o que expressa a hierarquia de valores</p>
<p>Teixeira e Pereira, 2006</p>	<p>2 Enfermeiras</p>	<p>Analisar alguns aspectos culturais que atravessaram as vivências de mulheres ao se submeterem ao parto normal hospitalar do SUS</p>	<p>Pesquisa qualitativa com referencial teórico-metodológico da Teoria das Representações Sociais</p>	<p>Constatou-se uma cultura institucional pautada por violência velada e em desrespeito aos princípios do Programa de Humanização do Parto e Nascimento. Conclui-se que há investimentos a serem feitos para melhorar a qualidade da assistência ao parto</p>

SÍNTESE DOS RESULTADOS

De acordo com as pesquisas analisadas, foi possível se estabelecer os tipos de violências obstétricas e os seus respectivos impactos para a saúde sexual, reprodutiva, física e psicológica da mulher.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS REPERCUSSÕES NA VIDA DA MULHER

Além de descrever e nomear as violências obstétricas sofridas pelas mulheres nos serviços de atenção à saúde pública brasileira

é preciso refletir sobre o impacto futuro que estas práticas apresentam na vida destas mulheres. A área da saúde é um espaço de reflexão e aprendizado para diversas dimensões da vida, grande impacto para a vida e saúde da mulher. Estes impactos podem se dar de forma imediata ou de forma futura.

As implicações da violência obstétrica possuem manifestações físicas e agravos associados aos eventos adversos do parto natural manejado de forma agressiva (Diniz et al, 2015). No Brasil, as intervenções desnecessárias possuem níveis muito superiores à média mundial, o que faz com que tais práticas não possam ser reivindicadas como clinicamente justificáveis (Diniz et al, 2015, Oliveira, 2015).

Intervenções excessivas ou inapropriadas (como o recurso não regulado de ocitocina para indução ou aceleração do parto, manobra de kristeller, fórceps, episiotomia, entre outras) possuem potencial para danos como cortes de plexos importantes durante a episiotomia, hematomas, parto mais doloroso e demorado, maior insatisfação durante o parto (Oliveira, 2015) possibilidade de trauma das vísceras abdominais, do útero, descolamento da placenta e piores condições de vida para o recém-nascido (Teixeira e Pereira, 2006).

As repercussões das retaliações associadas ao não atendimento das mulheres mais queixosas, mais exigentes, menos cooperativas ou que realizaram aborto inseguro também aparecem na literatura como associadas às maiores taxas de morbi mortalidade materna (Diniz et al, 2015, Teixeira e Pereira, 2006). Além disso, é necessário refletir que o componente psicológico exerce grande influência para o desfecho do parto (Sanfelice et al 2014), de modo que práticas acolhedoras e garantidoras dos direitos das mulheres poderiam prevenir muitas das cesarianas desnecessárias e seus desdobramentos associados.

De fato, a violência relacionada à negligência no atendimento tem associação direta com a vida da mulher, pois a maioria das mortes maternas ocorrem dentro de uma instituição de saúde (Diniz et al, 2015) e muitas delas são evitáveis.

Nesse sentido também há que se ressaltar os desdobramentos oriundos da falta de acompanhante durante o período de parto, pré-parto e pós parto, que constituem uma ameaça à saúde das mulheres, à medida que estes acompanhantes poderiam sinalizar às equipes uma piora no estado de saúde das parturientes (Diniz et al, 2015), evitando seu óbito ou seu atendimento de forma agravada.

Se o aumento da morbi-mortalidade apreça como um evento diretamente associado à violência obstétrica, também é preciso refletir como outras dimensões da vida feminina estão também atravessadas pela vivencia de violência neste momento.

O desempoderamento e falta de exercício autonomia da mulher no parto (Oliveira, 2015, Teixeira e Pereira, 2006)⁹, podem gerar repercussões permanentes durante toda a vida da mulher, à medida que influenciam na sua autonomia, no não reconhecimento da subjetividade, impossibilidade de agir ou na incapacidade de manifestação (Aguiar, D'Oliveira e Schraiber, 2013).

Embora não fosse objetivo de nenhum dos estudos problematizar os desdobramentos futuros da violência obstétrica na vida da mulher, a análise da literatura deixa claro que a experiência da violação de direitos no parto, não contribui para o exercício da cidadania e o acesso da saúde enquanto direito social, nem valoriza a formação de vínculos familiares, negando assim, as contribuições da saúde na promoção de saúde da criança. A proibição da participação de homens no parto, também viola propostas de paternidade participativa e afetiva (Martins, 2009), retirando os homens da esfera dos cuidados e reforçando os papéis tradicionais de gênero, que acabam em se desdobrar em piores condições de vida e trabalho para a saúde das mulheres (Martins e Melo, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil – e em particular nos serviços públicos de saúde – é comum a prática da violência obstétrica. Trata-se de uma prática de

desrespeito à mulher, ao seu corpo e seus processos reprodutivos, que se concretiza por meio de tratamento desumano, transformação de processos fisiológicos em patológicos e no não reconhecimento dos direitos das mulheres sobre o seu corpo.

Estas práticas de violência se revelam tanto na dificuldade de acesso aos serviços, quanto na utilização de cuidados comprovadamente ineficazes - por vezes danosos e iatrogênicos - na atenção ao parir e nascer. Além da violência posta na lógica da instituição e da atenção em saúde, existem práticas profissionais de violência expressas capazes de causar humilhação, danos físicos ou emocionais intencionais, tanto na ação direta (utilização de procedimentos para fins de treinamento, proibição de acompanhantes, comentários discriminatórios) quanto nas omissões de cuidado e recusas de cuidados para o alívio da dor.

Estas práticas como estão estruturadas acabam por reforçar desigualdades de gênero, violação de direitos, relação desigual de poder, embaraços ao exercício da paternidade e do envolvimento ativo do homem junto à saúde de seus filhos.

Deste modo, torna-se fundamental resgatar o direito e a autonomia das mulheres, através do cuidado qualificado, acolhedor e ético que deve mediar as relações de saúde. É no contexto de evitar riscos para estas mulheres, seus filhos e conseqüentemente suas famílias e toda a sociedade que a Organização Mundial de Saúde publicou oficialmente uma declaração sobre a prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus tratos durante o parto em instituições de saúde (OMS, 2014). O documento aponta cinco medidas que devem ser tomadas no mundo inteiro em nível institucional para prevenir e erradicar os abusos no momento do parto:

“1. Maior apoio dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para a pesquisa e ação contra o desrespeito e os maus-tratos, 2. Come-

çar, apoiar e manter programas desenhados para melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, com forte enfoque no cuidado respeitoso como componente essencial da qualidade da assistência, 3. Enfatizar os direitos das mulheres a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, 4. Produzir dados relativos a práticas respeitosas e desrespeitosas na assistência à saúde, com sistemas de responsabilização e apoio significativo aos profissionais, 5. Envolver todos os interessados, incluindo as mulheres, nos esforços para melhorar a qualidade da assistência e eliminar o desrespeito e as práticas abusivas.” (OMS, 2014, pág 2-3).

De acordo com tais premissas, podemos inferir que as instituições estão diretamente implicadas no enfrentamento deste tema. Os serviços de saúde devem dar visibilidade a esta questão de violação de direitos e se responsabilizar por sua erradicação. Uma sugestão neste processo é a confecção de protocolos institucionais atualizados e baseados nas evidências científicas de benefícios, treinamento profissional, recursos humanos e matérias disponíveis, com o objetivo de evitar que estas situações se perpetuem. As rotinas institucionais que orientam a prática profissional devem estar baseadas nas boas práticas recomendadas Ministério da Saúde (Brasil, 2014).

Outro aspecto relevante seria uma reflexão sobre cidadania e o caráter de direito do acesso aos serviços de saúde. Neste processo é imprescindível tanto a inclusão dos familiares no processo assistencial a mulher grávida, possibilitando com isso, o reconhecimento da naturalização da parturição e para tal, as unidades básicas de saúde, quanto pelo fortalecimento da autonomia de todas as mulheres e em especial às grávidas de risco habitual, podem, por meio de um pré-natal efetuado pela equipe multiprofissional e se

possível que algumas das consultas sejam efetuadas nos próprios lares das famílias, estimular o protagonismo e aumentar o grau de participação dos usuários.

Tratam-se de iniciativas importantes e necessárias para o combate à violência obstétrica, promoção de melhores condições do exercício profissional em saúde e do fortalecimento dos vínculos entre profissionais e usuários, valorizando a autonomia dos sujeitos e o bem estar das gestantes, dos seus bebês e de suas famílias.

REFERÊNCIAS

Aguiar JM. D'Oliveira AFPL. Schraiber LB. Violência institucional, autoridade médica e poder nas maternidades sob a ótica dos profissionais de saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 29(11):2287-2296, nov, 2013.

Brasil. Ministério da Saúde. Humanização do parto e do nascimento / Ministério da Saúde. Universidade Estadual do Ceará. – Brasília: Ministério da Saúde, 2014. 465 p.: il. – (Cadernos HumanizaSUS ; v. 4).

Corrêa S; Petchesky R. Direitos sexuais e reprodutivos. *PHYSIS: Rev saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 6(1/2):147-177,1996. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v6n1-2/08.pdf>. Acesso em 30/08/2016.

Diniz et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. *Journal of Human Growth and Development*, 2015; 25(3): 377-376.

Biblioteca Virtual em Saúde. Guia da BVS 2011. / BIREME / OPAS / OMS (org.). São Paulo : BIREME / OPAS / OMS, Março 2011.

Martins AC; Barros GM. Parirás na dor? Uma revisão integrativa da violência obstétrica em Unidades Públicas Brasileiras. Revista Dor: Pesquisa, Clínica e Terapêutica. 2016. (no prelo)

Martins, AC e Melo, FR. Gênero: dimensão fundamental da saúde humana. In: Silva, Letícia Batista; Ramos, Adriana Silva. (Org.). Serviço social, saúde e questões contemporâneas: reflexões críticas sobre a prática profissional. 1ed.São Paulo: Papel Social, 2013, v. 1, p. 165-183.

Martins, AC, Paternidade: repercussões e desafios para a saúde. In.: Revista Pós Ciências Sociais (UFMA), v. 11, p. 59-73, 2009. Disponível em: http://www.ppgcsoc.ufma.br/index.php?option=com_content&view=article&id=307&Itemid=114 acesso em 25 de abril de 2016.

Mattar, LD. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo , v. 5, n. 8, p. 60-83, June 2008 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Sept. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>.

Oliveira GD. Nascer no Brasil: o retrato do nascimento na voz das mulheres. RECIIS – Rev Eletron de Comun Inf Inov Saúde. 2015 abr.-jun.; 9(2) [www.reciis.icict.fiocruz.br] e-ISSN 1981-6278. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Q9G5uyRKsyk> acesso em 21 de março de 2016. Acesso em 20 de abril de 2016.

Organização Mundial de Saúde. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus tratos durante o parto em instituições de saúde. 2014. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf Acesso em 25 de abril de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf. acesso em 03 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. acesso em 03 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 1979. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf> acesso em 03 de agosto de 2016.

Progianti, JM; Araújo, LM; Mouta, RJO. Repercussões da Episiotomia sobre a Sexualidade. Esc Anna Nery Rev Enferm 2008 mar; 12 (1): 45 - 9. Disponível em file:///C:/Users/PC/Downloads/EpisiotomiaSexualidade.pdf . Acesso em 30/08/2016.

Sanfelice et al. Do parto institucionalizado ao parto domiciliar. Rev Rene. 2014 mar-abr; 15(2):362-70.

Souza MT, Silva MDS, Raquel C. Revisão integrativa: o que é e como fazer. Einstein. 2010; 8(1 Pt 1):102-6. Disponível em: <http://>

www.scielo.br/pdf/eins/v8n1/pt_1679-4508-eins-8-1-0102.pdf.
Acesso em 20/04/2016.

Teixeira NZF, Pereira WR. Parto hospitalar - experiências de mulheres da periferia de Cuiabá-MT. Rev BrasEnferm 2006 nov-dez; 59(6):740-4.

Venturi Jr, G; Aguiar, JM; Hotimsky, SN. A violência institucional no parto em maternidades brasileiras: uma análise preliminar de dados da pesquisa de opinião pública Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado – 2010. Trabalho apresentado em VII Congresso Brasileiro de Enfermagem Obstétrica e Neonatal (COBEON), Belo Horizonte, ABENFO-MG, 2011. Disponível em http://www.redesindical.com.br/abenfo/viico-beon_icieon/mesas/13_02.pdf, acesso em 22 de abril de 2016.

Zasciurinski JM. Violência Obstétrica: uma contribuição para o debate acerca do empoderamento feminino. 2014. Disponível em https://www.marília.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiise-manadamulher11189/violencia-obstetrica_juliana-miranda.pdf. Acesso em 20/04/2016.

ORIENTAÇÕES DA POLÍTICA DE SAÚDE BRASILEIRA PARA O ATENDIMENTO À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA NA ADOLESCÊNCIA: UMA REVISÃO INTEGRATIVA.

Mônica Gomes Pereira⁷² e Aline de Carvalho Martins⁷³

Introdução:

A sexualidade e a reprodução são elementos constitutivos da saúde. Entretanto, estes elementos nem sempre foram considerados pelas políticas públicas brasileiras. Desde os anos 70 observam-se reivindicações dos movimentos de mulheres no intuito de superar as lógicas presentes nos programas nacionais, com subsídios internacionais, que buscavam promover o controle da natalidade, partindo do princípio de que com a redução do número de pobres, a pobreza seria reduzida. Tais políticas se efetivavam enfocando, principalmente a redução da natalidade das famílias pobres através da disseminação de pílulas contraceptivas ou de esterilizações, muitas vezes realizadas à revelia da mulher.

As denúncias e mobilizações promovidas pelos movimentos feministas conseguiram produzir um reordenamento concreto nesta lógica a partir dos anos 90, quando se conseguiu o reconhecimento no âmbito da política pública do planejamento familiar. Trata-se da incorporação de uma lógica sustentada pelos direitos

72. Enfermeira, especializanda em Atenção a Saúde da Mulher pela Fiocruz

73. Assistente Social, doutora em Serviço Social, Tecnologista em Saúde Pública pela Fiocruz.

reprodutivos, onde se afirmava que o tamanho da família e o momento do nascimento de cada filho deveriam ser decididos de maneira autônoma pelo casal, ou por um sujeito individualmente, recebendo subsídios estatais através de informações e a acesso aos métodos desejados (Brasil, 1996).

Conceitualmente foram incorporadas as resoluções da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo (ONU, 1994) e da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, realizada em Pequim, no ano seguinte (ONU, 1995) de modo que as discussões sobre reprodução foram ampliadas. Passou-se a incorporar de maneira direta a participação do homem – desvinculando a reprodução da responsabilidade exclusivamente feminina – as questões de bem estar sexual, desvinculando a sexualidade da reprodução e uma abordagem sobre o planejamento reprodutivo, uma vez que a ideia de reprodução humana pode se dar de maneira dissociada da formação de uma família tradicional.

Isso por que o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos dos sujeitos está articulado a outros âmbitos da realidade, como valores pessoais, acesso à renda, escolaridade, emprego, religiosidade e etnia.

Se estas questões são fundamentais para os grupos humanos em geral, na atualidade já se atenta para os direitos de grupos específicos (homoafetivos, pessoas privadas de liberdade, pessoas com deficiência, entre outros), que devem - além da incorporação dos direitos em geral – ser atendidos pelas políticas públicas no que tange à sua especificidade.

Neste contexto, ganham visibilidade a sexualidade e a reprodução dos grupos de adolescentes, uma vez que o âmbito da saúde não pode sustentar abordagens moralizantes que limitam a informação e o acesso ao atendimento em sexualidade e reprodução somente no contexto da vida adulta e do casamento, tão pouco as repreensões e julgamentos muitas vezes ocorridos quando o serviço de saúde atendia ao “problema” da gravidez na adolescência.

As orientações públicas voltadas para a abordagem deste grupo específico necessitam ser conhecidas, pois trata a reprodução sob o ponto de vista dos direitos que os adolescentes possuem na vida social, articulando sua autonomia, desejo, proteção e projetos de vida. Não se pode esquecer que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais de proteção à infância e adolescência⁷⁴, produzindo leis que reconhecem no campo político um compromisso na promoção dos direitos das crianças e adolescentes, que demandam uma intervenção diferenciada para este público.

Identificar e refletir sobre a forma com que a política pública orienta a realização de abordagens da sexualidade e reprodução para este grupo etário, é condição necessária para o desenvolvimento de propostas de atuação em sintonia com direitos sexuais e reprodutivos e com as orientações políticas do país.

Metodologia

Utilizamos a revisão integrativa, uma vez que esta metodologia nos permite identificar o acúmulo do conhecimento acerca de determinada área e também elencar elementos para sua aplicabilidade (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

O estudo foi estruturado em seis distintas etapas: elaboração da pergunta norteadora, levantamento de literatura com base em critérios claros de inclusão e de exclusão previamente definidos, identificação de dados relevantes dos documentos previamente selecionados para a identificação do perfil e conteúdo dos estudos, análise crítica dos estudos, realização de síntese e interpretação dos resultados, e, apresentação dos dados analisados (Souza, Silva e Carvalho, 2010).

74. Com destaque para Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescentes (1989), e também outros com impacto nesses direitos como o Pacto Internacional para os Direitos Cívicos e Políticos (1966), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), e seu Protocolo Facultativo (1999) e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).

Realizamos um levantamento bibliográfico, em maio de 2016, a partir dos estudos disponíveis nas bases de dados que integram a Biblioteca Virtual em Saúde (BIREME), considerando a amplitude da mesma e sua composição a partir de bancos de dados nacionais e internacionais (Bireme, Opas, Oms, 2011).

Com a busca a partir do descritor “saúde sexual e reprodutiva”, obtivemos como resultados, 178 documentos. Adicionamos um recorte temporal relativo à época recente, entre os anos de 2010-2015. Nossa seleção se reduziu para 10 documentos. Deste grupo utilizamos como critérios de inclusão os materiais produzidos pelo próprio Ministério da Saúde e como critérios de exclusão documentos produzidos por outras fontes. Aplicando todos estes critérios, passaram a incluir o atual estudo oito documentos.

Elaboramos duas perguntas norteadoras para garantir o alcance dos objetivos desta pesquisa, a saber: **Questão norteadora 1** – Quais as orientações do Ministério da Saúde para o profissional atuar na saúde sexual e reprodutiva? **Questão norteadora 2** – Quais as peculiaridades na abordagem aos adolescentes, neste tema, segundo o Ministério da Saúde?

Os oito artigos selecionados foram impressos na íntegra, e após a leitura exaustiva deles foi elaborado um instrumento de sistematização, que contemplava as seguintes categorias: referência, objetivo, metodologia e principais conclusões. Este instrumento nos possibilitou a identificação do conteúdo associado ao material produzido, permitindo refletir sobre sua lógica de organização interna.

Os estudos estão apresentados a partir das categorias de análise: conhecendo os estudos, orientações do Ministério da Saúde do Brasil para a atuação profissional frente à saúde sexual e reprodutiva e particularidades das abordagens para adolescentes.

Finalmente apresentamos as conclusões refletindo sobre a existência e a pertinência das recomendações do Ministério para a abordagem dos adolescentes.

Conhecendo os estudos

Os oito documentos analisados nesta pesquisa são: Teste rápido de gravidez na Atenção Básica: guia técnico(2014), Guia de sugestões de atividade - Semana na escola - Tema: sexualidades e saúde reprodutiva(2013a), Ações para a saúde de adolescentes e jovens(2013b), Recomendações para a Atenção Integral a Adolescentes e Jovens Vivendo com HIV/AIDS(2013c), Diversidades sexuais(2010a), Saúde sexual e reprodutiva(2010b), Diretrizes nacionais para a atenção integral à saúde de adolescentes e jovens na promoção, proteção e recuperação da saúde(2010c) e Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Antirretroviral em Gestantes(2010d).

A maior parte da produção é destinada a instrumentalização do profissional que irá mediar/atender uma situação de saúde sexual ou saúde reprodutiva. Um único documento (2013b) tem como objetivo capacitar o próprio adolescente. Note-se que existe um esforço público de capacitar o profissional e de garantir minimamente uma uniformidade ao trabalho realizado em âmbito nacional.

Referência	Objetivo	Metodologia	Principais Conclusões
Teste Rápido de Gravidez na Atenção Básica Guia Técnico(2014)	Orientar profissionais da equipe de atenção básica quanto a realização de teste rápido de Gravidez	Guia técnico para orientar os profissionais da equipe de Atenção Básica quanto aos assuntos relacionados a realização de Teste rápido de Gravidez	O TRG é um dispositivo que oportuniza o diálogo sobre a saúde sexual e reprodutiva, podendo identificar fatores de exposição à violência, gravidez indesejada e doenças sexualmente transmissíveis.

<p>Guia de Sugestões de Atividades Semana Saúde na Escola (2013a)</p>	<p>Estimular uma mobilização temática prioritária de saúde, a ser trabalhada ao longo do ano letivo nas escolas.</p>	<p>Fornecer conjunto de atividades a fim de enriquecer o trabalho educativo dos profissionais de saúde e educação.</p>	<p>Os trabalhos com adolescentes devem ser organizados pela faixa etária e incluído na rotina dos adolescentes desde a escola.</p>
<p>Ações para a Saúde de Adolescentes e Jovens(2013b)</p>	<p>Estimular o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos respeitando as especificidades desta fase de desenvolvimento.</p>	<p>Folder ilustrado que tem como público alvo adolescentes e jovens</p>	<p>A realização do trabalho deve ser feita por equipe multidisciplinar.</p>
<p>Recomendações para Atenção Integral a Adolescentes e Jovens Vivendo com HIV/AIDS(2013c)</p>	<p>Apresentar aos profissionais de saúde aspectos que promovam a qualidade de vida e de assistência a adolescentes e jovens vivendo com HIV/AIDS</p>	<p>Documento composto por conteúdo baseado em evidências científicas. Contém propostas a serem desenvolvidas por profissionais que trabalham com este público.</p>	<p>Devido ao aumento da prevalência da infecção pelo HIV nesta população fica evidente a necessidade de um olhar diferenciado para essa faixa etária.</p>
<p>Diversidades Sexuais(2010a)</p>	<p>Auxiliar adolescentes no desenvolvimento de ações de formação para promoção da saúde sexual e saúde reprodutiva através de debate e da participação juvenil.</p>	<p>Propõe atividades práticas com a intenção de estabelecer reflexões permitindo a identificação de questões específicas sobre os temas abordados.</p>	<p>Reconhece o potencial do adolescente e do jovem como multiplicador.</p>

<p>Caderno de Atenção Básica Saúde Sexual e Saúde Reprodutiva (2010b)</p>	<p>Oferecer orientações para a atuação dos profissionais da Atenção Básica na atenção à saúde sexual e reprodutiva, tendo por princípio a abordagem integral e a promoção dos direitos humanos.</p>	<p>Guia que visa embasar as ações dos profissionais de maneira teórica e política.</p>	<p>Os serviços de saúde devem desenvolver ações integradas que contemplem a saúde sexual e reprodutiva associada às especificidades dos grupos</p>
<p>Diretrizes Nacionais para a Atenção Integral a Saúde de Adolescentes e Jovens na Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde (2010c)</p>	<p>Fornecer orientações para nortear a implementação de ações e serviços de saúde que atendam os adolescentes e jovens de forma integral, resolutiva e participativa.</p>	<p>Guia de orientação voltado especialmente para os serviços de saúde.</p>	<p>Propõe reflexão sobre um modelo de atenção à saúde integrado, de acordo com as especificidades de cada região e articulado às necessidades de saúde dos jovens e adolescentes.</p>
<p>Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Antirretroviral em Gestantes (2010d)</p>	<p>Proporcionar informações aos profissionais de saúde desde a abordagem no aconselhamento pré teste, nas situações de diagnóstico da infecção pelo HIV na gestação e toda a conduta e manejo terapêutico.</p>	<p>Guia de atuação com foco na gestante HIV.</p>	<p>Identificação dos principais fatores que dificultam a diminuição das taxas de transmissão vertical sendo eles o diagnóstico tardio da infecção, baixa adesão técnica por parte dos serviços e regiões com baixa cobertura de assistência.</p>

Orientações do Ministério da Saúde do Brasil para a atuação profissional frente à saúde sexual e reprodutiva

As produções do Ministério da Saúde estão inscritas em uma perspectiva política e de reconhecimento de direitos fundamentadas no campo dos Direitos Humanos, ofertadas de maneira integral, observando-se os princípios de respeito aos direitos humanos universais. (BRASIL 2010a, BRASIL 2010b e BRASIL 2014).

Neste contexto, valoriza-se a efetividade das políticas públicas com base de igualdade, respeito às diferenças, promoção do pleno exercício da cidadania, e suas articulações com as deliberações da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994) e com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), uma vez que estes constituem os marcos dos conceitos de direitos sexuais e reprodutivos atualmente utilizados (BRASIL,2010b).

Observa-se ainda a articulação entre saúde sexual e reprodutiva com os direitos humanos, com destaque ao incentivo de práticas desenvolvidas a partir dos conceitos de direitos sexuais e aos direitos reprodutivos, como uma forma de superação das dificuldades de abordagem dos aspectos relativos a saúde sexual - tema polêmico, muitas vezes atravessado por preconceitos e tabus (BRASIL,2010a e BRASIL,2010b).

Foi encontrada uma redefinição da terminologia, verificando-se a substituição do termo planejamento familiar para planejamento reprodutivo, na perspectiva de atender a todos, independente de faixa etária, sexo, orientação sexual e do desejo de constituir uma família. Intenciona-se a partir desta terminologia valorizar o direito do sujeito de, individualmente ou com o(a) parceiro(a), decidir quanto ao fato de ter ou não ter filhos e assim constituir uma família(BRASIL,2010b), o que implica na incorporação de práticas não discriminatórias frente às novas configurações familiares e no conhecimento sobre a diversidade familiar a fim de assegurar um

cuidado integral e seus direitos sexuais e reprodutivos com base na ética e humanização (BRASIL, 2010a e BRASIL, 2010b).

Deste modo, as orientações brasileiras acionam conteúdos internacionalmente presentes nos direitos dos sujeitos, como o direito de desfrutar de uma vida sexual sem risco, a informação e o acesso a métodos contraceptivos seguros e eficientes de sua escolha de reprodução; acesso a serviços de acompanhamento pré-natal e parto sem riscos; e acesso a serviços de aborto previsto em lei sem riscos e sem discriminação, de acordo com a sua decisão (BRASIL, 2014 e BRASIL, 2010b).

Portanto, existe reconhecimento por parte das reflexões teóricas do Ministério da Saúde quanto à saúde sexual, exercida de maneira autônoma e desvinculada da reprodução (BRASIL, 2014 e BRASIL, 2010b).

Cabe destaque ao entendimento que a sexualidade é um conjunto de expressões da vida humana, e que não se restringe ao ato sexual, atravessado por aspectos biológicos, psíquicos, sociais, culturais e históricos; não se limitando ao ato da reprodução e da contracepção (BRASIL 2010b, BRASIL 2013a e BRASIL 2014).

A ideia de direitos sexuais enquanto diversidade da expressão sexual e autonomia de decisão sobre o uso do próprio corpo implicam em assegurar que pessoas de diferentes orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todos têm direito (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2010a)

Esta concepção se desdobra tanto na já citada superação da visão tradicional de sexualidade, quanto nos avanços relativos aos papéis tradicionais de gênero e reprodução, onde atribuíam quase que exclusivamente a responsabilidade de anticoncepção e concepção a mulher (BRASIL, 2010b). Hoje, mesmo ao tratar de casais heterossexuais, busca-se uma nova orientação de gênero, que inclua o homem como co-responsável nas tomadas de decisão de todo o processo reprodutivo do casal (BRASIL, 2010b).

Apesar do reconhecimento de que este ainda é um processo em transição e que na atualidade observam-se poucas iniciativas para

o envolvimento dos homens. (BRASIL, 2014 e BRASIL, 2010b), a participação masculina já vem se constituindo uma preocupação dos novos programas, como é o caso da Rede Cegonha que incorpora acolhimento e atendimento qualificado ao público masculino. Busca-se assim, promover igualdade entre homens e mulheres e melhorar as condições de saúde e de qualidade de vida de todos os gêneros (BRASIL, 2013b e BRASIL, 2014). Neste processo valoriza-se envolvimento dos homens com relação à paternidade responsável, ao planejamento familiar, à prevenção das DST/HIV/AIDS; além da divisão das responsabilidades no cuidado dos filhos e da vida doméstica as mulheres (BRASIL, 2010b).

As atividades de incorporação das diversidades e das ações para a promoção de equidade de gênero são pensadas de modo articulado com outros programas como, por exemplo, a associação com o Programa Mais Saúde: Direitos de Todos, onde se propõe a expansão das ações de planejamento familiar articulado aos novos arranjos familiares, com enfoque ampliado, extensivo a família e a comunidade. (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2010c). O Pacto pela Saúde, firmado em 2006, é citado à medida que incluiu pontos relacionados com a saúde sexual e reprodutiva⁷⁵(BRASIL 2010b).

Embora se reconheça que alguns profissionais não se sentem preparados ou confortáveis em abordar os aspectos relacionados a sexualidade ou a saúde sexual e reprodutiva(BRASIL, 2010b), se promove o reforço de novas posturas e qualificações para uma atuação desprovida de preconceitos, com enfoque na cidadania e na garantia de direitos (BRASIL, 2010a e BRASIL, 2010b). O profissional deve estar livre de atitudes que possam interferir no acolhimento, no atendimento e no respeito à autonomia (BRASIL, 2010b). Todo atendimento deve ser realizado com um acolhimento digno e respeitoso com base no direito à privacidade, sigilo e confidencialidade das informações o

75. Redução da mortalidade materna e infantil; controle do câncer de colo de útero e da mama, promoção da saúde e o fortalecimento da Atenção Básica.

que propiciará o estabelecimento de vínculo entre a usuária do serviço e o profissional (BRASIL, 2010b e BRASIL,2014).

Recomenda-se uma escuta profissional antes que se iniciem as perguntas. Os profissionais de saúde devem acompanhar de maneira acolhedora e com diálogo esta população, que pautada nos seus direitos deve decidir de maneira livre e responsável sobre a sua saúde sexual e reprodutiva (BRASIL, 2010b). Valoriza-se ainda uma atuação de oportunidades, de modo que a pessoa possa sair da unidade com um atendimento que incorpore a demanda real, em detrimento da demanda manifesta.

Persistem, ainda passagens que incorporam referências aos papéis tradicionais de gênero, associados à uma orientação de garantia de direitos. Um exemplo são as valorizações da atuação profissional na atenção à saúde sexual e a saúde reprodutiva com base na abordagem integral e a representação da cidadania, com destaque para os direitos das mulheres ao controle e decisão acerca das questões relacionadas à sua sexualidade, o exercício da sexualidade de maneira livre e responsável, isenta de violência, sem riscos de DSTs ou gestações indesejáveis. (BRASIL,2010a e BRASIL,2010b). Se, de fato, é uma melhoria para as mulheres uma abordagem mais progressista sobre sua saúde, esta passagem deixa de fora a responsabilidade masculina em igual grau de equivalência. O próprio Ministério reconhece que na atualidade ainda hoje se observa a maioria das ações em saúde reprodutiva voltada para as mulheres adultas, ressaltando-se a necessidade de ampliar a abordagem para dimensões que incluam a saúde sexual em todos os momentos do ciclo de vida e que ainda promovam o envolvimento e correlacione à responsabilidade do homem (Brasil 2010b).

Vejamos agora como estão previstas as abordagens específicas para os adolescentes.

Questões específicas para os adolescentes

Quando se trata de adolescentes, a primeira iniciativa do Ministério da Saúde é valorizar a sua participação dentro da lógica de reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, presentes desde os anos 80 do século passado. Assim, devem receber um atendimento pautado nos mesmos princípios de saúde reprodutiva voltada para a população em geral (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2010c). Entretanto, reforça-se a importância de se abordar suas especificidades, considerando a Política Nacional de Atenção Integral a Saúde de Adolescentes e Jovens (2007), do ponto de vista ético, político e legal assegura o direito deste grupo, incluindo assim na atenção à saúde sexual e reprodutiva (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2010c).

Considerando a adolescência como um processo de desconstrução e reconstrução da identidade, vivenciado de maneira intensa. Verifica-se que a adolescência vem se constituindo um período de grande crítica de valores e este fato influencia de forma direta toda a sociedade (BRASIL, 2013b e BRASIL, 2013c).

Mudanças do padrão de iniciação da vida sexual são vistas como um produto de um processo histórico social e cultural mais amplo, refletindo uma mudança do padrão de comportamento social e sexual, uma vez que a sexualidade e seu aprendizado estão intimamente ligados ao processo de experimentação, que é acelerado adolescência (BRASIL, 2010c). Deste modo a primeira relação sexual constitui uma transição na vida de jovens, homens e mulheres, e que é vivida de modo distinto (BRASIL, 2010c) em função do gênero e de seu momento histórico. (BRASIL 2010c p. 83)

O atendimento para este público deve ser orientado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente com enfoque na proteção integral a crianças e os adolescentes que, sem distinção de raça, cor, ou classe social são reconhecidos como sujeitos de direito. A saúde desse segmento deve estar incluída nas estratégias de saúde integradas com outras ações, programas e políticas em desenvolvimen-

to no país, principalmente para a promoção da saúde; na prevenção aos agravos e enfermidades na prevenção às doenças sexualmente transmissíveis e AIDS e na melhoria do atendimento ao crescimento e ao desenvolvimento, à saúde sexual e à saúde reprodutiva, notadamente à gravidez na adolescência e ao planejamento reprodutivo, respeitando as especificidades que constituem suas fases de desenvolvimento (BRASIL 2013b, BRASIL 2013c e BRASIL 2010c).

Com base nos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do interesse da criança e do(a) adolescente, previstos pelo Estatuto, reforça-se que “a presença ou a anuência dos pais, mães e responsáveis para o exercício de algum direito fundamental, como à vida, à liberdade, à saúde, à integridade física e moral não é uma condição indispensável para o acesso a esses direitos, mas somente desejável, considerando as responsabilidades legais atribuídas à família”. (BRASIL, 2013c, p. 75). Cabe ao profissional preservar a autonomia, o sigilo e a privacidade do adolescente no que diz respeito a seu direito sexual e reprodutivo (BRASIL, 2013c).

Cuidados especiais referem-se à abordagem junto aos grupos com idade entre 10 e 14 anos incompleta, pois nem sempre a sexualidade e a atividade da vida sexual do adolescente são conhecidas por sua família (BRASIL, 2014). Entretanto, ainda neste contexto, negar o atendimento constitui uma violação de direitos humanos em função da sexualidade, onde erroneamente se supõe o não exercício da sexualidade em alguns grupos, por questões de preconceito (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2010a).

Uma estratégia dentro do trabalho profissional é a formação de vínculo do adolescente e/ou do jovem com a equipe de saúde a fim de possibilitar a melhor estratégia de cuidado (BRASIL, 2013c). Valoriza-se o encorajamento para que os adolescentes falem sobre sexualidade, desejos e prazeres independente de religião, derrubando o mito de que falar sobre sexualidade incentiva o início precoce das atividades sexuais (BRASIL, 2013a)

Dinâmicas do grupo aparecem como uma forma positiva de intervenção (BRASIL, 2013c). Os profissionais devem ser proativos, abordando a sexualidade de adolescentes não apenas a prevenção das DST/AIDS e o uso do preservativo, de forma que o adolescente entenda sua sexualidade de maneira segura e saudável, além de verificar a existência de desejo reprodutivo, orientando adequadamente sobre os métodos contraceptivos mais apropriados para a faixa etária, associados ao preservativo (dupla proteção) (BRASIL, 2013c). Neste contexto, é necessário o reconhecimento da existência de projetos de vida dos adolescentes (BRASIL, 2013a e BRASIL, 2013b) e a oferta de um atendimento digno e respeitoso, isento de julgamentos sobre a vida sexual das adolescentes, pois isso pode construir uma barreira ao acesso ao serviço de saúde. (BRASIL, 2014).

Entretanto, alguns cuidados específicos devem ser disponibilizados para este grupo, pois quando se inicia a atividade sexual podem ocorrer exposições às doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) e a AIDS, em especial o conhecimento correto das formas de transmissão, com destaque ao uso do preservativo (BRASIL, 2013c) e um atendimento que aborde os temas sobre sexo, sexualidade e saúde sexual e reprodutiva dos jovens que vivem com o HIV/AIDS.

O Ministério da Saúde valoriza a discussão deste tema em outras políticas sociais, como a de educação. Estimula-se a apresentação e reflexão sobre este tema de forma transversal, no currículo escolar, valorizando a comunicação, abrindo espaço para que alunos possam falar sobre estes temas e expor dúvidas, superando os trabalhos tradicionais de informações sobre o aparelho reprodutivo. Assim, estimula-se que as escolas abordem assuntos como paternidade/maternidade na adolescência, relações sexuais, métodos contraceptivos, gênero, diversidades, direitos sexuais, DSTs, etc. (BRASIL 2010a, BRASIL 2010b, BRASIL 2010c, BRASIL 2013a e BRASIL,2013b). Também se valoriza atenção sobre o conceito de diversidade e questões

relacionadas a discriminação das pessoas na perspectiva da diversidade sexual (BRASIL 2010a, BRASIL 2013a e BRASIL 2013b).

Considera-se a repercussão positiva do cuidado em saúde na vida dos adolescentes, pois os comportamentos adotados futuramente se iniciam nesta fase, sendo esta uma etapa propícia para conscientização do cuidado com a saúde (BRASIL, 2010a) com base no princípio que a participação juvenil é uma estratégia eficaz de promover a saúde. (BRASIL, 2010c).

Valoriza-se o cuidado integral, a promoção da qualidade de vida e da assistência, através da abordagem de temas relacionados a questões epidemiológicas da infecção pelo HIV nesse grupo populacional, com considerações sobre a adolescência, revelação diagnóstica, adesão ao tratamento e saúde sexual e saúde reprodutiva (BRASIL, 2013c).

A questão da saúde de adolescentes e jovens relacionada à DSTs e AIDS, é uma preocupação posta pelo Ministério, considerando a incidência de casos de AIDS notificados. Estimula-se que os serviços de saúde estejam organizados e qualificados para a atenção às necessidades específicas de saúde e demandas dessa população, sendo citado o aumento de casos de DST/AIDS aliados ao início mais cedo das relações sexuais de adolescentes (BRASIL, 2010b e BRASIL 2013c). Reforça-se ainda que para uma assistência adequada ao adolescente vivendo com HIV/AIDS o profissional deve estar pautado em evidências científicas, que orientarão a sua atuação desde o diagnóstico até o tratamento (BRASIL, 2013c), considerando outros aspectos como a relação com a família, a possibilidade do diagnóstico de infecções e as transformações a ela associadas, como o receio de infectar o parceiro ou o medo de rejeição por parte do mesmo (BRASIL, 2010b e BRASIL, 2013c).

A grande polêmica aparece quando se aborda o tema da gravidez na adolescência, que dependendo da abordagem pode ser considerado “um sério problema de saúde pública” (BRASIL, 2013a),

ou um “um fenômeno multifatorial” ao qual a equipe multiprofissional deve atender com atenção no decorrer do pré-natal, parto e puerpério, avaliando situações de violência sexual e doméstica, com os encaminhamentos cabíveis aos responsáveis legais, Conselho Tutelar, de acordo com cada caso (BRASIL, 2013c).

Conclusão

As publicações analisadas incorporam reflexões embasadas nos avanços das orientações internacionais, produzidas pela ONU, bem como na compreensão dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos como Direitos Humanos.

No que tange aos adolescentes, a forma prevista para o seu atendimento vem sendo pautada na cidadania e no atendimento de suas demandas a partir do reconhecimento de seus direitos e de sua capacidade de decidir sobre o exercício de sua sexualidade. Também se verifica o direito do adolescente em sintonia com a legislação de referência para este público, considerando tanto a sua autonomia, quanto o fato deste ser sujeito de direitos, necessitando de uma intervenção específica, que considere esta etapa da vida.

A apresentação do atendimento em saúde sexual e reprodutiva como um tema transversal a outras políticas e a outros programas, parece incorporar um esforço importante e necessário para a disseminação deste tema associado à integralidade, de forma que a sexualidade seja reconhecida como uma dimensão da saúde humana.

Também é digno de reconhecimento o esforço em trabalhar o tema com base em indicadores sociais brasileiros e nas evidências científicas para os melhores atendimentos, garantindo um atendimento fundamentado no acúmulo do conhecimento teórico e na realidade de um país, superando práticas baseadas na percepção individual do profissional.

Por fim, a questão de gênero tem se mostrado um tema de enfrentamento difícil e necessário. Se, no grupo em geral, apesar de

se valorizar tanto a diversidade quanto a responsabilidade dos homens, ainda encontramos abordagens mais voltadas para as mulheres adultas, com os adolescentes a questão fundamental parece ser a não moralização o exercício da sexualidade e a não definição de uma idade mínima para isso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 9263 de 12 de janeiro de 1996. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm acesso em 03 de agosto de 2016

BRASIL, Guia de Sugestões de Atividades Semana Saúde na Escola, Brasília, Ministério da Saúde, 2013

BRASIL, Ações para a Saúde de Adolescentes e Jovens, Brasília, Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL, Teste Rápido de Gravidez na Atenção Básica Guia Técnico, Brasília, Ministério da Saúde, 2014

BRASIL, Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Antirretroviral em Gestantes, Brasília, Ministério da Saúde, 2010

BRASIL, Caderno de Atenção Básica Saúde Sexual e Saúde Reprodutiva, Brasília, Ministério da Saúde, 2010

BRASIL, Recomendações para Atenção Integral a Adolescentes e Jovens Vivendo com HIV/Aids, Brasília, Ministério da Saúde, 2013

BRASIL, Diversidades Sexuais, Brasília, Ministério da Saúde, 2010

BRASIL, Diretrizes Nacionais para a Atenção Integral a Saúde de Adolescentes e Jovens na Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, Brasília, Ministério da Saúde, 2010

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf acesso em 03 de agosto de 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. acesso em 03 de agosto de 2016

DIREITOS REPRODUTIVOS: ANALISANDO A ESCOLHA CONTRACEPTIVA DE MULHERES EM IDADE MATERNA AVANÇADA

Camila Rebouças Fernandes⁷⁶ e Gêssica Martins Mororó⁷⁷

Introdução

Os direitos reprodutivos se caracterizam como um conjunto de direitos individuais e sociais que ultrapassam a esfera da contracepção, buscando o pleno exercício da sexualidade e reprodução humana. O Estado constitui-se como o principal responsável por promover e implementar esses direitos, os quais devem ser baseados na perspectiva de igualdade entre os gêneros (Ventura, 2009).

Além disso, os direitos reprodutivos também se caracterizam como “direitos humanos reconhecidos desde 1948 a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nas leis internacionais e nacionais e nos documentos consensuais sobre direitos humanos” (Ventura, 2009:21).

Um dos marcos principais para o reconhecimento dos direitos reprodutivos, ocorreu em 1970, a partir das manifestações realizadas pelas mulheres que buscavam o direito do exercício da autonomia sobre o próprio corpo, do acesso à contracepção e decisão

76. Assistente Social (UFRJ). Residente Multiprofissional em Saúde da Criança e do Adolescente Cronicamente Adoecidos pelo Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz). Email: camila-fernandes@hotmail.com.

77. Graduanda em Serviço Social (PUC). Estagiária na Unidade de Pré e Pós Natal do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz). Email: gessica.1000@hotmail.com.

quanto ao aborto. Com essas mobilizações, nas décadas seguintes, os direitos reprodutivos passam a ser discutidos levando em consideração “a questão da concepção, do exercício da maternidade e das novas tecnologias reprodutivas” (Ventura, 2009:25).

Foi a partir das reivindicações promovidas pelo movimento feminista na busca pela igualdade de gênero, que os direitos reprodutivos e sexuais passaram a ser reconhecidos com direitos humanos. Deste modo, é importante refletir que a conquista do direito ao acesso aos métodos contraceptivos não aconteceu de forma neutra, nem isolada das diversas esferas das relações sociais. O acesso à contracepção se configura como produto de luta, movimentos e reivindicações e conflitos de interesses, que ora divergiam ora se entrelaçavam.

Através dessas lutas – que envolveram, direta ou indiretamente, questão de gênero, questão racial e de classe social - as mulheres conquistaram a autonomia para manejar seu corpo. Principalmente com o surgimento da pílula anticoncepcional – esta, ainda permeada por polêmicas e uma série de controvérsias, mas que também representa grande avanço - possibilitou às mulheres a liberdade de escolher se desejavam engravidar, qual o melhor momento para isso e a quantidade de filhos que gostaria de ter. Os avanços do controle do corpo, no entanto, expressam um movimento contraditório. Por um lado fortalecem a autonomia da mulher, evitando uma gravidez indesejada, mas por outro, estimulam um reconhecimento social da mulher como principal responsável pela contracepção, retirando da figura masculina a corresponsabilidade neste processo.

No Brasil, a lei de planejamento familiar em vigência data de 1996 (Brasil, 1996). A lei aponta que as ações de atenção à saúde devem incluir a mulher, o homem e o casal, constituindo-se uma proposta progressista, que também incorpora responsabilidades aos homens, rompendo com as tradicionais práticas que enfocavam as responsabilidades reprodutivas como exclusivas das mulheres.

Sabe-se que somente a disposição legal não é suficiente para alterar décadas de práticas atravessadas pela manutenção dos papéis tradicionais de gênero. Os cuidados com a concepção e a contracepção têm sido historicamente de responsabilidade integral do público feminino. Este é um fenômeno cultural que vem passando por modificações ao longo dos anos, mas que ainda encontra-se longe de traduzir um processo igualitário entre homens e mulheres. Refletir sobre este aspecto é crucial no que tange o uso de métodos contraceptivos, pois está intrinsecamente atrelado às relações assimétricas de gênero.

A escolha de métodos contraceptivos é uma questão de saúde pública, porém este fenômeno não se restringe a área da saúde, se caracterizando como uma expressão do exercício da cidadania, da liberdade e equidade de gênero, da biografia de vida de cada sujeito e de sua inserção na sociedade.

Neste sentido, cabe pensar que a escolha contraceptiva não se dá descolada das amplas esferas que permeiam as relações humanas (Schor et al, 2000). Há que se ressaltar que a decisão por um método contraceptivo é atravessada por uma série de mediações sociais, econômicas, políticas, ideológicas e pelo acesso às políticas públicas.

Assim, salienta-se a magnitude e a necessidade de refletir sobre como essas escolhas impactam na vida dos sujeitos, especialmente das mulheres, que ainda constituem o principal grupo de responsabilidade infantil e consequente cuidado em evitar uma gestação.

Questões particulares se apresentam quando estas mulheres estão em Idade Materna Avançada. De acordo com o Ministério da Saúde, entende-se por gestação em Idade Materna Avançada, a gestação em cujas mulheres encontram-se com idade igual ou superior a 35 anos (Brasil, 2010).

É necessário refletir quanto às escolhas contraceptivas deste grupo específico, atentando para o fato de que estas mulheres podem apresentar particularidades não apenas fisiológicas, mas sociais também, postas pela própria faixa etária.

Este público pode apresentar condições diferenciadas do grupo de mulheres que engravida em um período considerado socialmente ideal ou precoce, tais como: a probabilidade de maiores anos de estudo, a possibilidade de estar inserida no mercado formal de trabalho e/ou com maiores salários, a expectativa de se sentirem mais amadurecidas e preparadas para serem mães, a possibilidade de receber suporte do pai do bebê quando ambos se encontram em uma união considerada estável.

O fato das mulheres se caracterizarem como as principais cuidadoras das crianças no Brasil também pode se relacionar ao aumento do número de mulheres que engravidam com idade igual ou superior a 35 anos. A Idade Materna Avançada se enfatiza, sobretudo, através das demandas que são colocadas para e pelas mulheres atualmente na sociedade ocidental.

Com isso, a gestação em Idade Materna Avançada é fortalecida também pela necessidade e desejo das mulheres de inserção no mercado de trabalho, aperfeiçoamento profissional através de mais anos de estudo, postergação do momento do casamento, estabelecimento de novas uniões afetivas, dificuldades de fertilidade e disponibilidade mais variada de métodos contraceptivos (Gonçalves e Monteiro, 2012; Gravena et al, 2012; Parada e Tonete, 2009; Santos et al, 2009).

Diante das peculiaridades que permeiam o fenômeno da Idade Materna Avançada, é fundamental pensar em como se dá a escolha dos métodos contraceptivos por este público, uma vez que esta reflexão expressa o acesso aos direitos reprodutivos e pode contribuir para a produção científica acerca das necessidades desses sujeitos, bem como para a assistência de qualidade às demandas dessas mulheres.

Objetivo

Apresentar as escolhas contraceptivas de gestantes com Idade Materna Avançada e refletir sobre o processo de direito à escolha e a autonomia.

Metodologia

O presente estudo é um sub-produto da pesquisa intitulada “Questões e expectativas que atravessam o cotidiano de mulheres em Idade Materna Avançada no Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira – IFF/Fiocruz”. A equipe de trabalho atual é composta por uma assistente social, uma assistente social residente, uma estagiária de Serviço Social e uma enfermeira. Trata-se de uma pesquisa de caráter descritivo, exploratório e de natureza qualitativa com gestantes de idade igual ou superior a 35 anos.

O campo de análise é constituído pela Unidade de Produção Pré e Pós Natal de um Instituto de saúde pública, federal, de alta complexidade e de referência nacional para a gestação de alto risco fetal. A unidade se localiza no Rio de Janeiro, cidade considerada uma grande metrópole, onde acolhe mulheres de diferentes cidades e até mesmo outros estados.

Foram selecionadas para o estudo gestantes em Idade Materna Avançada em acompanhamento no IFF/Fiocruz. Deste modo, foram realizadas 32 entrevistas com mulheres grávidas neste perfil, sendo sete mulheres grávidas de bebês com diagnóstico suspeito ou confirmado de malformação fetal, dez mulheres que não haviam vivenciado a maternidade em âmbito domiciliar e quinze mulheres que já tiveram experiências prévias como mães, no âmbito doméstico.

Com o objetivo de não acarretar danos de pesquisa para os sujeitos entrevistados, foram excluídas deste estudo mulheres cujos bebês fossem considerados incompatíveis com a vida. Além disso, os nomes das entrevistadas apontadas neste estudo são fictícios, a fim de que se possa garantir o sigilo e o anonimato das entrevistadas, conforme previsto pela resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde (Brasil, 2012).

As que concordaram em participar das entrevistas foram informadas de seus direitos e convidadas a assinar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Após este momento, foram realizadas entrevistas semiestruturadas baseadas em um roteiro prévio e gravadas com um gravador digital. As entrevistas foram feitas em local com garantia de sigilo e privacidade e a equipe de pesquisa foi previamente treinada quanto à guarda e preservação do material coletado.

Foi adotada a técnica da saturação de informações (Bauer e Aarts, 2004; Gaskell, 2004) e as entrevistas foram encerradas quando a coleta de dados deixou de produzir novos conhecimentos. A escolha pelo método qualitativo se deu partindo do pressuposto de que este método “trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes” (Minayo, 2010).

O material coletado foi transcrito e passou pelas três etapas recomendadas por Bandin (1979), que são a pré-análise, exploração do material e o tratamento dos resultados. Na pré-análise foi realizada a leitura do material em busca de classificar as categorias de análise presentes na composição das falas, além de detectar os trechos relevantes da entrevista. Na fase da exploração do material, foi feita a organização dos dados e dos tópicos mais importantes das entrevistas, para que na fase final, de tratamento de resultados, todo o conteúdo fosse analisado para além do que foi exposto nas falas manifestas.

Esta pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP), recebendo o número CAAE -51848015.0.0000.5269, conforme a resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.

Resultados

Os resultados apontam que o método contraceptivo mais desejado por 15 das 32 mulheres era a laqueadura tubária. Este é apresentado socialmente como um método seguro, moderno e de uso confortável, sem repercussões ou necessidade sistemática de atenção.

As mulheres tomam a responsabilidade da prevenção da gravidez para si:

Tô refletindo muito sobre a laqueadura né! Tô refletindo ainda por ser um método definitivo, tava até pesquisando agora sobre né! Nossa é uma esterilização, eu não penso em ter mais filho, mas é uma questão de saúde mesmo, é uma coisa que eu tô pensando, refletindo. Vou até conversar com o médico agora sobre essa situação. (Joana – múltípara)

Ligadura mesmo, porque mesmo com o DIU eu tenho medo, melhor cortar mesmo. (Paloma - mãe pela primeira vez).

Estes dados apresentam peculiaridades em relação aos subgrupos. Dentre as mulheres que já eram mães e estavam gestando bebês em condições ideais de saúde, a adesão a este método era significativa, respondendo a ligadura por 60% do desejo de laqueadura tubária como método contraceptivo. Muitas vezes a via de acesso para a justificativa da laqueadura passa pela pobreza, reafirmando no Brasil, a falta de associação entre o acesso aos métodos e os direitos reprodutivos, e dialogando com práticas antigas de utilização do método cirúrgico para controle da natalidade.

Eu vou fazer a laqueadura, porque eu não posso ter mais filhos, no caso vai ser a laqueadura. (Jaqueline – múltípara)

A escolha pela laqueadura tubária como uma solução para a não-natalidade também reflete a lógica de que o método cirúrgico é a única opção para que a mulher não engravide. No fragmento destacado acima, por exemplo, a laqueadura é apontada como a solu-

ção de um fenômeno que recai expressivamente sobre as mulheres, e nenhum outro método é apontado como alternativa.

Já as que apresentam uma gestação acrescida da condição de malformação fetal, têm neste método, sua “tábua de salvação”, desejando em mais de 70% dos casos, realizar uma laqueadura, conscientes de sua irreversibilidade. Em algumas falas, fica evidente que esta decisão ultrapassa o desejo da mulher e, considerando a situação de saúde da criança, aparece como intensamente estimulada pela própria equipe de saúde. Estas mulheres possuem uma fala que expressa uma falta do reconhecimento da autonomia e do seu corpo por parte dos serviços de saúde.

Por causa que eu já tenho duas cesárias e elas já até me mandaram pra fazer uma ligadura. (Marta – gestante de um bebê com malformação)

Entre as que não vivenciaram a maternidade, a adesão à laqueadura tubária é menor, entretanto, ela aparece em 10% das entrevistadas. Muitas vezes, com uma característica convicta e indisponível para mudanças.

Eu vou fazer ligadura. (Penélope - mãe pela primeira vez)

Escolhas pela laqueadura como método contraceptivo estão associadas aos contextos amplos mais desfavoráveis para as mulheres (Minella, 1998), que as colocam como privadas e femininas as responsabilidades pelo cuidado infantil, em uma conjuntura de retração das políticas públicas (Alencar, 2004), naturalizando e reafirmando o machismo presente na sociedade.

Eu sempre quis ter muitos filhos, né. Mas a gente tem que ter consciência né, do meu segundo filho é aquela pressão né, segundo filho tem que ligar

né, tem que ligar, mas eu nunca quis, na minha cabeça saber que eu sou ligada, saber que eu não posso ser mãe de novo, mesmo que eu não tivesse mais filho, eu não queria saber que eu não posso ser mãe. Ai eu não quis, (Jeanne – múltipara)

Tornam-se claras as pressões sociais vivenciadas pelas mulheres quanto à concepção e à contracepção, incluindo o julgamento social voltado para as mulheres que possuem “muitos filhos”. Por outro lado, a escolha por um método cirúrgico considerado irreversível também pode ser interpretado como uma mutilação do corpo e da identidade feminina.

Este fator pode estar intensamente relacionado com a ideia de que a mulher exerce a função social de reprodutora. Quando a mulher percebe que pode deixar de ter essa atribuição permanentemente, torna-se evidente o impacto social que o “ser mãe” exerce na vida das mulheres. A impossibilidade de reproduzir novamente pode interferir diretamente na identidade da mulher e, portanto, na sua função social.

Já os métodos contraceptivos que incluem o homem mais diretamente, como o preservativo masculino e a vasectomia, foram citados por 4 das 32 entrevistadas. Esses dados indicam que as mulheres continuam reproduzindo os polos dicotômicos que embasam as relações de gênero e mantendo a gravidez como único aspecto a ser evitado, não levando em consideração a prevenção de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST).

Não, é porque ele não quis usar a camisinha, então porque eu não aguentava olhar para a caixa do remédio, aí eu parei, aí veio, mas eu tô feliz. (Jade– múltipara)

No caso das mulheres grávidas de bebês malformados, mesmo com as peculiaridades de cuidar de uma criança com condições específicas de saúde, nenhum desses dois métodos foi citado.

E a camisinha, você vai deixar de fora?

Ah, eu detesto usar camisinha! (Maria – gestante de um bebê com malformação)

Em contrapartida, algumas entrevistadas citaram o preservativo masculino como uma alternativa de método contraceptivo a ser utilizado após o período gestacional. Sabe-se que este grupo compõe uma minoria dentre o total de 32 mulheres entrevistadas, porém, é preciso trabalhar estes dados, uma vez que expressam o poder de negociação e participação nos direitos sexuais e reprodutivos com os parceiros, além de ser um fator de proteção não apenas para futuras gravidezes, mas para DST também.

A realização da vasectomia também reflete a participação masculina na tomada de decisões contraceptivas, uma vez que a intervenção cirúrgica deixa de ser feita no corpo da mulher para ser feita no corpo do homem. Este fator pode contribuir para a desconstrução das relações hierárquicas de gênero no direito reprodutivo, uma vez que descentraliza a concepção e a contracepção exclusivamente do corpo feminino.

*Ah, protege o garoto né fica mais fácil. Rsrtrs
(Julieta – múltipara)*

Olha só como eu sempre tive esse problema de engravidar vou continuar não tomando anticoncepcional porque eu tenho muito enjojo, mas utilizar camisinha e não fazer também. (Pietra – primípara)

Outros métodos hormonais, também foram citados. Nestes casos, a utilização anterior aparece como fator de estímulo para a escolha do método. Estes acabam por se caracterizar como sinônimo de maior conforto e praticidade para as mulheres.

Porque eu já tomei muito comprimido e a gente esquece, e injeção é mais segura. (Julia - múltipara)

Tenho que tomar pílula porque eu não quero mais engravidar. Eu acho assim essa corda bamba de tudo que a gente vê, toda essa adrenalina, quero isso de novo não. Já tenho 43 se eu gravidar de novo vou ter filho com 44 , é tudo muito bonito na televisão e tal mas na realidade e outra coisa. [Eu] não tenho esse peito não. (Priscila - primípara).

A articulação da escolha reprodutiva com os aspectos religiosos, de gênero, percepção de mundo, bem como a influência da faixa etária no período gestacional influencia tanto a escolha quanto os desejos reprodutivos de muitas mulheres.

(...) eu acho que... Não sei. Tenho que conversar com o ginecologista, mas acho que anticoncepcional mesmo não sei. Assim eu casei já não casei novinha, casei com 33 anos e eu nunca planejei ter filhos antes de casar, não só pela minha religião mas sou eu, minha criação enfim. Mas eu nunca planejei ter filho, ser mãe solteira, eu sempre tive isso na minha cabeça tive noção que a criança precisa de pai e da mãe para ser bem sucedido. Às vezes não acontece, mas a normalidade é essa. Então, assim eu nunca tomei anticoncepcional. Eu só tomei anticoncepcional quando eu casei, eu casei em março e comecei a tomar e nunca funcionou. Não sei se foi por causa do útero, não sei só sei que quando eu comecei a tomar em janeiro até março eu fiquei menstruada de 15 em 15 dias e troquei várias vezes o anticoncepcional e não deu certo. (Paloma – primípara)

A escolha pelos métodos contraceptivos reflete o modo como homens e mulheres percebem seus papéis no que se refere aos direitos reprodutivos. As mulheres tendem a reproduzir a arraigada cultura dos papéis tradicionais de gênero ao incorporarem a dinâmica de responsabilidade exclusiva pela concepção e pela contracepção. Percebeu-se a escolha massiva por aqueles métodos que representam sinônimo de praticidade, segurança, modernidade e conforto.

Conclusão

As decisões das mulheres quanto ao uso de métodos contraceptivos se relaciona intimamente com o direito reprodutivo deste grupo. Deste modo, cabe a reflexão sobre as motivações que atravessam essas escolhas, considerando que estas não acontecem de forma neutra, mas estão atreladas às possibilidades reais e ao cotidiano das mulheres.

A escolha por métodos que representam a ideia de conforto e modernidade está relacionada com o modo de vida imposto pela própria sociedade, atrelada a práticas imediatistas, resolutivas e nem sempre articuladas à reflexão crítica. Neste sentido, a contracepção não deve ser restrita a área da saúde, demandando articulações inter-setoriais que envolvam a educação, a assistência e o sócio-jurídico.

A responsabilidade intensa à figura feminina expressa as relações assimétricas de gênero, bem como, o poder de negociação das mulheres com seus parceiros no que tange o uso de métodos contraceptivos. Todavia, há uma série de sujeitos inseridos neste contexto, incluindo os profissionais de saúde, que muitas vezes estimulam a adesão de métodos irreversíveis sem levar em consideração a decisão orientada de homens e mulheres quanto a este processo.

Este fator indica a necessidade de capacitação e qualificação profissional, assim como a adesão à educação permanente, para que os profissionais não reproduzam práticas que circunscrevam a mulher como um objeto de intervenção. A mulher enquanto sujeito de direito precisa ser percebida como protagonista neste processo, com autonomia para decidir sobre seu próprio corpo, não bastando

que isso esteja preconizado no plano da legalidade, mas que se efetive nas práticas cotidianas.

É preciso também problematizar que as políticas direcionadas a mulher ainda se caracterizam pelo expressivo destaque no âmbito reprodutivo, substituindo a figura da mulher-sujeito pela figura da mulher-mãe. A literatura indica que o que se tem atualmente em termos de políticas para as mulheres, é um somatório insuficiente de políticas fragmentadas, que pouco se articulam (Costa e Silvestre, 2004).

No que se refere a autonomia e a garantia de direitos, é importante apontar que as políticas públicas desempenham papel fundamental, podendo contribuir para a melhora na análise dos indicadores de saúde e de qualidade de vida da mulher de uma forma mais ampla.

Neste contexto, evidencia-se a necessidade da formulação, implementação, avaliação e monitoramento de políticas públicas voltadas para as mulheres enquanto sujeitos de direito, a fim de que essas exerçam seu protagonismo e sua autonomia no autocuidado, respaldadas por políticas que impactem positivamente nos indicadores.

Referências

ALENCAR, MMT. **Transformações econômicas e sociais no Brasil dos anos de 1990 e seu impacto no âmbito da família.**

In: LEAL, MC; SALES, MA; MATOS, MC. (Org.). Política social, família e juventude: uma questão de direitos. São Paulo, 2004.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo.** Lisboa: Edições 70, 1979.

BRASIL, LEI Nº 9.263, De 12 De Janeiro De 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em 13 de setembro de 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual Técnico Gestação de Alto Risco / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.** – 5ª Ed. - Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. **Conselho Nacional de Saúde. Resolução n° 466, 2012. Diretrizes e Normas regulamentadoras de pesquisa envolvendo seres humanos.** Brasília, 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>

COSTA, AM; SILVESTRE, EM. **Uma reflexão sobre poder, mulher e saúde: dilemas para a saúde reprodutiva.** In: A mulher brasileira nos espaços público e privado – 1ª ed., p. 61- 74 – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

GASKELL, G. **Entrevistas individuais e grupais.** In: BAUER, M; GASKELL, G. (orgs) Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

GONÇALVES, ZR; MONTEIRO, DLM. **Complicações maternas em gestantes com idade avançada.** In: FEMINA, 40(5): 275-279, 2009.

GRAVENA, AAF. et al. **Resultados perinatais em gestações tardias.** In: Revista da Escola de Enfermagem da USP, 46(1): 15-21, 2012.

MINAYO, MC de S. (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade.** Coleção Temas Sociais. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

PARADA, CMGL; TONETE, VLP. **Experiência da gravidez após os 35 anos de mulheres com baixa renda.** In: Revista da Escola de Enfermagem Anna Nery, 13(2): 385-392, 2009.

SANTOS, GHN; MARTINS, MG; SOUSA, MS; BATALHA, SJC. **Impacto da idade materna sobre os resultados perinatais e via de parto.** In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, 31(7): 326-334, 2009.

VENTURA, M. **Direitos reprodutivos no Brasil.** 3ª Edição Fundo de População das Nações Unidas Brasília-DF. 2009.

INFERTILIDADE E ENDOMETRIOSE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO SEXUAL E REPRODUTIVO: NARRATIVAS DE MULHERES QUE SE ASSOCIAM EM REDE VIRTUAL

Paulo Alexandre de Souza São Bento⁷⁸, Rozânia Bicego Xavier⁷⁹
e Martha Cristina Nunes Moreira⁸⁰

Introdução

A ligação entre a saúde como direito humano e o reconhecimento dos direitos das mulheres e homens no que toca a sua saúde sexual e reprodutiva pode ser, de início, caracterizada nos marcos das Convenções Internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU). Cita-se aqui a Conferência Internacional da ONU sobre População e Desenvolvimento (CIPD) - Cairo em 1994 - que reconhece os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos e o protagonismo feminino nas decisões sobre a sua saúde sexual e reprodutiva, ultrapassando os objetivos demográficos. Nessa conjuntura, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, reafirma os acordos de Cairo com avanço na definição dos direitos sexuais de maneira mais autônoma em relação aos direitos reprodutivos. Nessas Conferências vários países, entre eles o Brasil, assumiram o compromisso de se embasar nos direitos sexuais e reprodutivos para a elaboração de todas as políticas e os programas nacionais de-

78. IFF/Fiocruz. Doutor em Ciências. Email: saobento@iff.fiocruz.br

79. IFF/Fiocruz. Doutora em Ciências. Email: rozania@iff.fiocruz.br

80. IFF/Fiocruz. Doutora em Sociologia. E-mail: marthacnmoreira@gmail.com

dicados à população e ao desenvolvimento, inclusive os programas de planejamento familiar (BRASIL, 2005).

Na Constituição Federal de 1988 o Estado assumiu a responsabilidade no que se refere ao planejamento familiar e em 1996, com a Lei n.º 9.263, regulamentou o planejamento no Brasil, com enfoque na concepção e contracepção. Dallari (1988), à época da Constituição, já retomava a questão do direito à saúde como central, no reconhecimento da cidadania e no projeto de Estado. A autora já assinalava para a não negação de direitos na prática constitucional e na criação de mecanismos para viabilização da garantia do direito à saúde. Toma-se aqui a linha de cuidados as mulheres com endometriose como um suporte para trabalhar o tema do direito à saúde na interface entre a infertilidade, que pode marcar suas experiências, e buscas pelo direito de acesso à saúde e reconhecimento de suas necessidades. São Bento e Moreira (2014) apontam para alguns desafios para a garantia de direitos neste sentido, como o acesso a serviços públicos de qualidade, ampliação da oferta e também sugerem mecanismos para viabilizar a garantia dos direitos, quando referem que se ampliem as ações de divulgação do problema, possibilitando que a população tenha subsídios para reivindicar direitos relacionados à endometriose e suas consequências.

Nessa trajetória de conquistas e reconhecimentos do protagonismo feminino e das decisões compartilhadas entre homens e mulheres, vale ressaltar que as ações de concepção dialogam com as dimensões de acesso dos sujeitos aos serviços para garantir a sua reprodução, e sinalizam estratégias de garantia de seus direitos reprodutivos. Recorrendo a esse percurso histórico e legal no campo dos direitos que reconhecem a saúde sexual e reprodutiva como um direito humano, e o protagonismo da mulher como sujeito de direito e de fato, associa-se no presente trabalho essa discussão ao recorte de uma pesquisa voltada para as narrativas de mulheres com endometriose onde as repercussões para a saúde

sexual e reprodutiva, no que concerne aos impactos na sua fertilidade, comparecem como tema.

A endometriose é uma doença progressiva e crônica, com presença e crescimento de partes do tecido endometrial fora da cavidade uterina (GILMOUR et al, 2008). Tem como sintomas a dor, por vezes incapacitante, fluxo menstrual intenso, dor no ato sexual (transtorno da dor gênito-pélvica/penetração) etc. De prevalência imprecisa, estima-se em, pelo menos, 10% das mulheres em idade fértil, com 176 milhões de mulheres afetadas mundialmente e, em torno de, 7 milhões no Brasil (FILHO et al, 2014). Entretanto, para Petta et al (2014, p.83), avaliando-se o binômio endometriose/infertilidade, “os estudos sugerem que entre 25% e 50% das mulheres inférteis apresentam endometriose e que 30 a 50% das mulheres com endometriose são inférteis”. Assim, a endometriose, como um dos principais fatores que contribuem na incidência da *infertilidade feminina*, é um sério problema de saúde pública e capaz de interferir do *direito a concepção*, isto é, dos *aspectos positivos* relacionados ao direito fundamental ao planejamento familiar.

Considerando essas discussões, este estudo se propõe a refletir sobre a questão da infertilidade e fertilidade nas mulheres com endometriose, que se associam em rede, a partir da perspectiva do reconhecimento de seus direitos sexuais e reprodutivos.

2 - Metodologia

O percurso teórico-metodológico se pautou no método *Récits de vie* (Narrativas de vida) à luz de Daniel Bertaux (2010). As participantes deste estudo foram mulheres com diagnóstico de endometriose declarado, em qualquer grau da doença e participantes de grupos sobre endometriose na *web*. As participantes carregam ao menos três marcas distintivas: 1) são mulheres que se reconhecem participando de grupos virtuais identificados com as questões da endometriose; 2) todas vivem com uma mesma condição crônica de

saúde; 3) têm no espaço virtual um lócus de encontro. A difusão em massa de informações pela *web* tem questionado e afetado a posse exclusiva de informações/conhecimentos especializados. Tal processo contribui com o *empoderamento* e o desbalanceamento da relação assimétrica profissional de saúde/paciente (LEFÈVRE et al, 2007).

Bertaux segue um modelo interpretativo sobre o valor atribuído ao encontro entre pesquisador e participante de pesquisa, na forma como se devem compreender as narrativas. As mulheres se vinculam a dois grupos, que se configuraram como cenários da pesquisa: *A Endometriose e Eu* e o *Grupo de Apoio às Portadoras de Endometriose e Infertilidade (GAPENDI)*. A análise e discussão foram balizadas pela epistemologia feminista e por teóricos que tratam do adoecimento crônico enquanto um fenômeno sociocultural.

A pesquisa foi aprovada com parecer n.º 712.538, da Plataforma Brasil (CAAE 31859414.1.0000.5269), garantindo anonimato das participantes e voluntariedade.

3 - Discussão

As falas apresentadas foram, de imediato, inauguradas a partir da dimensão íntima da experiência de adoecimento crônico por endometriose como forma de reação à desqualificação a que são submetidas. Desqualificação das suas dores incapacitantes, e exposições vexatórias a que são submetidas por conta de sangramentos intensos, geralmente, mal interpretados dentro de uma sociedade masculinista/machista. Por ser uma doença feminina, narraram sua peregrinação por atendimento e os procedimentos médicos a que são submetidas em sua intimidade. E, narram suas experiências relacionadas ao fenômeno infertilidade e o desejo pela maternidade biológica e pela maternagem.

Um dos aspectos centrais das narrativas foi a questão da fertilidade e infertilidade. Quando essas mulheres passam a falar da infertilidade, o discurso vai para a terceira pessoa, ou seja, a en-

ometriose torna-se um ente, algo que não as pertence, que se posiciona fora do seu corpo. Passa a ser considerada como entidade capaz de roubar-lhes a capacidade de gerar um filho e no fracasso de empreendimentos em prol deste objetivo.

A maternidade é um desejo declarado e a endometriose se posiciona como um *obstáculo* a isso. Algumas colocam que a infertilidade é um dos *problemas* mais delicados e geradores de responsabilidade no viver com a endometriose; uma *frustração*. Neste universo, é interessante observar que uma das mulheres considera que a doença é um obstáculo somente para quem quer o filho biológico, mas para aquelas que pensam em adoção a maternidade continua sendo um *sonho possível*.

Miranda (2005, p.272) afirma que a infertilidade veicula perdas, é um “não à maternidade”. Pela perspectiva de que o corpo pode ser controlado, que a gravidez pode ser planejada, a infertilidade surge para colocar um limite preciso ao sujeito. A autora pondera que, muito embora a pós-modernidade tenha atrelado o fator decisão/escolha para as mulheres decidirem sobre gravidez, permanece a valorização social da maternidade, principalmente, naquilo que se constrói como identidade feminina. As depoentes exercem, em sua maioria, diversos papéis sociais - estudam, trabalham, possuem vida social movimentada, entre outros. E, pelo menos dez delas, também destacam a maternidade como um importante aspecto de suas vidas.

O desejo da maternidade é tão intenso que surge outro contraste, a consciência de que para tentar engravidar é preciso suspender a medicação que controla a doença, e assim surge outro duplo, a gravidez e o tratamento. Uma delas assinala que deseja um segundo filho, mas não cogita a possibilidade de suspender a medicação para que isso ocorra. De todas as dificuldades impostas pela doença a infertilidade é sua face mais cruel: “é preferível à dor física da endometriose a dor psicológica de não poder gerar um filho”. Outra entrevistada, ao saber que poderia estar com um câncer, com o re-

sultado elevado de um marcador tumoral, de instante preocupou-se em não poder gerar filhos: “... *a endo pra mim destruiu esse sonho*”, é importante perceber nessa narrativa que a partícula ‘endo’ denota a doença como ente, ela surge na terceira pessoa para acusar a doença como destruidora de um sonho: “*Eu queria sentir a emoção de ter um ser dentro da minha barriga crescendo... Eu achava que um filho ia ser meu renascimento...*”. Ou ainda: “... *eu sempre quis ser mãe, ter um filho meu, gerar um filho...*”.

Para Helman (2009), as metáforas médicas tornaram-se parte do discurso diário e, em muitos casos, são negativas, pois partem da falsa ideia de que a doença torna-se uma entidade para além da cultura. Não são apenas fenômenos de linguagem sem efeito, elas são internalizadas por todos os que as utilizam tornando parte do modo como cada indivíduo vive um evento e dos sentidos que atribuem a essas experiências.

O efeito nocebo dessas metáforas pode afetar a saúde física ou mental das pessoas doentes e para aqueles em torno delas.

A premissa da fertilidade, a ser materializada na gravidez e na maternidade, pode emergir como exigência da própria mulher e/ou demanda da sociedade em que vive - amigos, família, companheiro (a). Para outra entrevistada existe a própria cobrança da mulher em relação a si mesma de querer “*dar um filho*” para o esposo. A maternidade evoca a metáfora da ‘mulher moderna’ num movimento duplo, para algumas mulheres uma metáfora positiva, pois ilustra que as mulheres conquistaram espaços na sociedade e que, por conseguinte, engravidam menos: “*uma etiqueta positiva de ser*”, ou seja, uma etiqueta que revela mulheres autônomas, financeiramente independentes, atuantes no mercado de trabalho, que postergam a gravidez em função da concretização desses objetivos. Por outro lado, a palavra *etiqueta* gera rótulo e denota uma metáfora que estimula um discurso masculinista/machista de que as mulheres deturparam seu papel nas sociedades, F5 narra que, certa feita, que

um indivíduo a agrediu dizendo que as mulheres queriam se tornar homens e que a endometriose era o castigo divino imposto a elas.

Whelan (2009) critica as interpretações conservadoras em pesquisas sobre as mulheres com endometriose. Tais pesquisas ainda recorrem a certas expressões como a ‘típica mulher com endometriose’. Esse rótulo liga sua imagem a de uma mulher agressiva e ansiosa, com predisposição a problemas. Como se seus sintomas pudessem ser o resultado de suas escolhas em se tornar ‘carreiristas’, postergando a maternidade, com base na argumentação de que o corpo feminino não estivesse tão bem adaptado para essa realidade.

Seear (2009) faz um resgate da endometriose como uma ‘doença de teorias’, inclusive, sobre suas causas e formas de tratamento. A lógica de uma ‘doença de carreira’ é setentista/oitentista, afirmando que a doença seria fruto da soma entre estresse no trabalho e biologia não compatível, com tratamentos que encorajavam as mulheres a retornar a seus papéis domésticos tradicionais em busca da cura. A autora pondera que foi a partir das décadas de 80 e 90 que essas teorias começaram a ser descartadas, em decorrência dos movimentos feministas que refutavam essas teorias.

A escolha da maternidade também é influenciada pelas relações que as mesmas estabelecem com seus companheiros e familiares, as cobranças podem ser internas e/ou externas. O avançar da idade, o desejo pela paternidade do parceiro, a pressão da família vêm somar sobremaneira e influenciar este desejo, gerando ansiedades. Um tempo que está dividido entre elas, a doença, a maternidade e a paternidade. Ao mesmo tempo, algumas depoentes demonstram uma contrapressão, uma tentativa em se posicionar enquanto a principal personagem desta decisão. F5 acha um absurdo exigir a gravidez de uma mulher em função do companheiro, com fins de agradá-lo. F2 afirma – “... *porque ter filho é um projeto de vida meu e dele (o marido)... e eu não posso deixar que as outras pessoas fiquem interferindo nisso*”. As depoentes oscilam entre criticar os va-

lores morais e em outros momentos aderem a eles – uma ambiguidade. Isso demonstra que elas estão sensíveis as pressões sociais.

Esse achado vai ao encontro do que Queiroz e Arruda (2006) e Queiroz et al (2003) identificam em seus estudos e reflexões. As autoras afirmam que, na medida em que a maternidade é um modelo social, existem cobranças pessoais e sociais acerca da gravidez, isto é, a demanda por filhos advém de planos normativos do discurso social sobre a maternidade e em valores familiares. Ainda que com todas as mudanças político-culturais ocorridas nas últimas décadas, permanece a centralidade da gravidez e dos filhos – “Sob essa perspectiva, ocorre uma busca incessante pelo filho. Não há lugar para dizer não ao ‘filho biológico’” (Op. cit, 2006, p.169).

A lógica punitiva da endometriose é algo forte em algumas narrativas. Por ser uma doença que pode afetar a fertilidade da mulher, ela invade um campo que, para alguns, é sacrossanto. Não poder gerar filhos e gestá-los, em sociedades em que o raciocínio biológico reducionista da reprodução é fortemente demandado, atrelado a contextos religiosos que santificam a fecundação e gravidez, tende a construir um discurso negativista sobre a infertilidade. Não foi por menos que F7 ouviu de seu pai, em seu convívio familiar “*de proibições*”, que sua doença era um “*castigo de Deus*”. Na narrativa de F9, a família do seu esposo diz que a endometriose foi um castigo divino para puni-la por ter engravidado antes do casamento e, em consequência, não ter conseguido mais engravidar.

A lógica punitiva é dupla nestes casos, ela advém da endometriose e da infertilidade, nos casos em que está presente. É como se a endometriose fosse um *pecado*, onde a infertilidade surge como *punição*. Na pesquisa de Queiroz et al (2003), a impossibilidade de gestar foi atrelada a representações acerca de comportamentos tidos, pelas mulheres, como inadequados. Quando, no discurso religioso atrelado a Virgem Maria, se estabelece nexos de santidade a fecundidade/maternidade, a gravidez é um atributo, a infertilidade é um desvio.

A infertilidade pode tomar algumas mulheres como um acontecimento inesperado e violento. Ela vem abalar as estruturas de controle do corpo, programação da vida, da aludida perfeição humana e, tomada enquanto doença, pode ser vista como um castigo divino (QUEIROZ et al, 2003). Para mulheres com endometriose esses mesmos sentimentos estão presentes e são reforçados pela impossibilidade de gestar.

As narrativas revelaram motivos, diversos, que levaram as mulheres ao desejo de engravidar, leia-se: a maternidade advinda de sua biologia. Todos têm relação com a criação de infância; construção de um sonho; impulsos de ‘instintos femininos’ e maternais; alusão ao destino; entre outros. O desejo de ter um filho; de ter mais de um; de ter outro; de planejar filhos após uma vida inteira de dedicação à carreira; estímulos a partir de casais próximos que tiveram filhos; demanda social e pressão pública; desejo de ter um filho de outro marido; desejo em voltar a cuidar de bebês e a amamentar são alguns pontos colocados pelas mulheres. Uma das entrevistadas relembra que, na infância, quando perguntavam sobre o que ela seria quando adulta e ela respondia que iria casar e teria filho - “.. *acho que nasci pra isso...*”.

A endometriose é um demarcador da decisão de querer ou não gerar um filho biológico, isto é, uma doença que na iminência ou na confirmação do seu diagnóstico médico já aciona a questão da possibilidade de não-reprodução e, com isso, faz emergir questões sociais, culturais, filosóficas e econômicas no pensamento das mulheres afetadas. Independente do diagnóstico da infertilidade, isso vem de forma muito intensa. Algumas depoentes ainda não consideravam ou até mesmo tinham o desejo para engravidar. A endometriose impõe esta escolha num tempo que muitas vezes não é o delas. A possibilidade de ser julgada/classificada como ‘menos mulher’, por não poder ou não querer a gravidez, é algo caro para elas (F5 - “*ah, mas uma mulher sem filho é como um rio seco, eu*

ouvi, nossa, umas besteira braba assim, sabe?”). F16 reforçou a questão da escolha – “... quando a decisão deixa de ser sua, isto é muito pesado, né?”. Para ela, a endometriose é capaz de tomar-lhe a livre decisão, a escolha desimpedida. Para as depoentes, que são mulheres engajadas em seus estudos, trabalhos e projetos, a infertilidade se coloca em oposição ao controle de suas vidas e as faz repensar seus processos de empoderamento.

Em que pese os duplos dessa relação fertilidade/infertilidade, observa-se que a gravidez enquanto um desejo ou uma concretização real pode vir acompanhado de uma cascata de julgamentos de outras mulheres. Um deles diz respeito à obsessão em querer ter filhos quando diante da realidade de uma doença que as leva a uma vivência ininterrupta com a dor, ou seja, o questionamento de como conseguir administrar as horas de dor/cama/repouso/hospital conjuntamente com a criação dos filhos. Para elas, algo difícil de equilibrar. A duplicidade entre a alegria e os festejos (F5 – “... a maior vitória que elas põem lá (nos grupos virtuais) é a gravidez”) pela gravidez bem sucedida de uma colega contrasta com os sentimentos de raiva e frustração por algumas que não conseguem engravidar. F3 *sente-se assustada quando observa outras mulheres com endometriose que sentem raiva das que conseguem engravidar.*

Os motivos revelados pelas depoentes encerram duas questões primordiais – construção de valores e a biologia dos ‘instintos femininos’. Neste cenário, a endometriose surge como uma catalisadora das decisões acerca do desejo de engravidar ou não engravidar. Estudos mostram que existe uma forte influência na crença sobre a ‘natureza feminina’ quando se avalia as motivações das mulheres por engravidar, revelando que as questões relacionadas à natureza/biologia e o funcionamento do corpo da mulher possuem, ainda, forte influência (QUEIROZ e ARRUDA, 2006, p.169; QUEIROZ et al, 2003).

Na medida em que as tentativas naturais para engravidar são frustradas, entra na discussão o tratamento médico para um proble-

ma, agora, diagnosticado. Isso é, *per se*, um motivo para desestabilização da mulher, pois resvala em duas grandes questões: a impotência de gerar naturalmente um bebê e o elevado custo para tratamento de infertilidade, isto é, a reprodução assistida. As narrativas revelam mulheres que possuem em suas famílias mulheres férteis e de muitos filhos, na qual a pressão pela gravidez é notória. *A endometriose vem roubá-las* essa capacidade. Quando perguntam a uma delas se tem filhos, ela responde dizendo *que não tem filhos, que ela tem a 'endo'*. Mais além, *a doença lhes toma* aquilo que nomeiam como *direito*, “... *porque eu não aceito não me dar o direito de ser mãe...*”.

A presença da infertilidade evoca conteúdos morais aqui observados através da cobrança pública. A infertilidade ajuda a justificar e tornar pública a endometriose, assim como, a justificar a impossibilidade de engravidar e ser mãe. A doença e seus desdobramentos na vida sexual e reprodutiva das mulheres é algo que pode se tornar visível para as pessoas, uma vez que o diagnóstico da doença e este impeditivo sejam divulgados.

Queiroz e Arruda (2006) asseveram que não sentir desejo pela gravidez é algo percebido e condenado como um desvio da moral e como algo antinatural. Para ultrapassar os limites da natureza, a infertilidade tornou-se objeto da medicina, após um processo de patologização do desejo de ter filhos *versus* sua impossibilidade. Hoje, a situação da infertilidade e o desejo por filhos biológicos chama a atenção das especialidades médicas.

A tecnologia médica, geralmente, é acionada após as tentativas naturais se colocando como uma coadjuvante no processo natural de engravidar. Na vigência dos limites do corpo e de sua falência diante da natureza, e dos sentimentos que isso revela, é preciso firmar uma base para a artificialidade – “Isso é feito pelo discurso das biotecnologias reprodutivas, que reforça a ideologia de que a intervenção médica é apenas um facilitador de seu curso natural” (QUEIROZ et al, 2003, p.393).

Cabe ponderar, a partir do estudo de Castro et al (2014), acerca da centralidade do gênero feminino na discussão sobre infertilidade. Num estudo com 20 profissionais de saúde, observou-se que os mesmos entendem a infertilidade como ‘coisa de mulher’. Ou seja, os profissionais carregam seus valores constituídos sobre os gêneros para sua prática cotidiana, pretendida enquanto neutra e científica. Para as autoras, os serviços de reprodução humana emergem em cenários de atenção à mulher e influenciam, desta forma, o entendimento de que infertilidade é preocupação do âmbito feminino. Afinal, os centros de reprodução se encontram em serviços de ginecologia.

Na medida em que a endometriose lhes toma a capacidade de gerar, resta a tecnologia médica para uma nova tentativa de colocar em prática a gravidez. É na Fertilização *in vitro* (FIV) que surge uma luz no fim do túnel. Desta vez, elas afirmam que o ‘roubo’ vem na forma de custo, isto é, o quanto tem que pagar para realizar um sonho. Assim, a questão econômico-financeira tem uma influência significativa. É fato que não querem que o fator financeiro seja uma barreira para se tentar todas as alternativas possíveis. Entretanto, para algumas mulheres, o tratamento para engravidar não é uma alternativa alcançável: “... e o valor da FIV hoje, para nossa realidade financeira, tá fora de cogitação...”. Outras mulheres vendem bens, acionam a família e pedem ajuda financeira: “... falei, é, algumas pessoas têm filhos, outras compram, eu vou lá comprar meu filho...; Outra falou com sua mãe – “... pra ter neto precisa de vinte e dois mil...”). Nem sempre, as tentativas de FIV são exitosas, o que faz F15 questionar que a endometriose além de ser uma doença de dor e infertilidade – “... ela também impede que você tenha sucesso com o tratamento de reprodução”. O mercantilismo foi acionado por F20 que questionou, em tom de forte crítica, as condutas das clínicas de fertilização e seu caráter comercial.

No entendimento de que a dificuldade em ter filhos passa ao domínio da medicina, atrelada à valorização sociocultural da mater-

nidade biológica, tem-se na prática biomédica e no uso de tecnologias a esperança para a realização deste desejo. No entendimento de Queiroz et al (2003), a ideologia científica imbricada a prática biomédica toma a ciência e suas tecnologias de ponta como necessidades universais e inquestionáveis, também presente nas biotecnologias reprodutivas. A centralidade deste saber e o impacto que pode gerar na vida destas mulheres agrega valor, no caso narrado, financeiro as técnicas reprodutivas e que se encontram distantes do alcance delas.

Na lógica do controle, o sucesso das biotecnologias reprodutivas está no uso crescente de intervenções e, neste campo, as mulheres transformaram-se em grandes consumidoras de bens relacionados à reprodução, tanto presentes para mulheres que desejam engravidar - "... a realidade transforma a infertilidade em um problema de mulher" - quanto para o consumo de métodos contraceptivos, uma vez que são as personagens centrais deste universo (QUEIROZ e ARRUDA, 2006, p.169).

A adoção é uma alternativa aventada pelas mulheres, na maioria sem ser um problema ("*... eu quero ser mãe, não necessariamente engravidar...*"). A escolha pela maternidade a ser alcançada pela adoção não foi algo expressivo nas narrativas, mas em algumas traz elementos significativos para esta discussão. Assim, elas esboçam tentativas em desvincular a maternidade de um processo fisiológico. Em geral, a adoção é uma alternativa quando a gravidez biológica não é possível e, em alguns momentos, sugerida pelos companheiros. O caso de uma delas é o mais vivaz neste aspecto, pois ela declara que a adoção já era uma escolha muito antes de saber sobre sua infertilidade, assim como do seu marido. Por terem histórias de vida relacionadas com crianças de abrigo, possuem uma visão de mundo inclusiva - "*... a gente entende que adoção é um ato sublime, é um ato de amor... a virtude está no coração de quem sente, eu decidi amar...*".

Cabe pontuar, que há uma tensão moral neste aspecto. A identificação desta tensão está no reconhecimento de sua existência, isto é, a ‘possibilidade de adotar’ enquanto uma ‘possibilidade de’ e na oferta de uma alternativa para isso. Quando ela nega a perspectiva biológica ligando a maternidade à reprodução, ela ilumina a tensão e está respondendo a isso. Reconhece a cobrança interna e social pela gravidez biológica e pondera com a possibilidade de adoção, mostrando que o exercício da maternidade é uma realidade alcançável. Não somente como substituição de uma realidade de infertilidade, mas assumindo isso como possibilidade social para mulheres/casais férteis e inférteis. A depoente, inclusive, ilumina outra tensão quando afirma que adotará uma criança negra – ela sendo branca - “... *justamente pra subverter esses espaços...*”, isto é, “... *essa ideia dos pretendentes de adoção...*” que idealizam um bebê com a característica biológica dos pais.

Sobre a adoção, Queiroz et al (2003) ponderam que a adoção se coloca como solução alternativa para a maternidade marcada pela biologia. Para Queiroz e Arruda (2006, p.175) – “... todas as mulheres têm o direito à maternidade, desde que seja um desejo próprio, e não uma imposição social relacionada ao ideário de subordinação e abnegação...”. Assim, numa escolha pessoal das mulheres pela maternidade, a adoção é uma possibilidade concreta para o exercício da maternagem, que ultrapassa a ideia de que ao corpo da mulher é mandatório gerar. No caso de da entrevistada mais que uma solução alternativa, mas uma escolha de vida além da possibilidade/impossibilidade da gravidez.

Algumas depoentes entendem que a infertilidade não pode deixar de ser discutida quando o assunto é endometriose, mas criticam o apelo e a extrema valorização a este único aspecto da doença. Para elas, isso reduz o entendimento amplo e complexo da doença e mascara outros pontos que merecem discussão e destaque, tais como, qualidade de vida, bom tratamento e prevenção de complica-

ções severas. O duplo fertilidade/infertilidade não deve ser orientado por uma obsessão pela gravidez e a maternidade biológica, assim apontam algumas depoentes. Antes, a mulher deve ponderar sobre qualidade de vida, sobre os impactos que a doença gera (principalmente os relacionados às dores fortes) e o tempo que poderá utilizar para se dedicar a criação do filho. Mesmo desejando filhos, a endometriose não pode ser vista, apenas, por este ângulo, como reafirma uma entrevistada “... a endometriose não é a princípio a infertilidade”.

4 - Conclusão

O reconhecimento da endometriose como potencialmente vinculada à infertilidade pode trazer impactos para o campo do Direito. Há um contexto de baixa cobertura pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para a endometriose e/ou infertilidade. Neste sentido, o acesso e o atendimento de mulheres para a concepção, associado ao alto custo dos tratamentos de fertilidade, podem gerar processos, onde mulheres expostas a essa condição (e que a discutem em rede virtual), reivindiquem acesso à reprodução assistida pelo SUS, além de outros tratamentos e procedimentos. É a judicialização da saúde atrelada a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos *das mulheres que desejam ter filhos*, mas que não conseguem gestar pela condição clínica da infertilidade gerada pela endometriose. Ademais, em se tratando de direitos sexuais, para além da infertilidade, a endometriose é uma doença que cursa com dor, inclusive durante o ato sexual, afetando muitos casais.

Há um reconhecimento do direito a concepção e um desconhecimento da população relacionado a perscrutar os caminhos para efetivá-lo na busca por sua cidadania. Todavia, algumas mulheres, como as deste estudo, têm se associado em ambientes virtuais para discutir o assunto e, neste sentido, buscar empoderamento para exigir seus direitos. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana/direitos humanos e direitos sexuais e reprodutivos, a

violação dos direitos das mulheres constitui um problema de saúde pública, tanto por sua magnitude, como por desencadear inúmeras consequências para a vida das mulheres.

Referências

- BERTAUX, D. Narrativas de vida: a pesquisa e seus métodos. 2.^a ed. Tradução: CAVALCANTE, Z.A.C; LAVALLÉE, D.M.G. São Paulo (SP): Paulus – EDUFRN (Editora da UFRN), 2010.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: Uma Prioridade do Governo – Caderno n^o1. Manual técnico. 1^a ed. Brasília, 2005.
- _____. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n.º 466 de 12 de dezembro de 2012. Brasília (DF); 2012.
- CASTRO, W.R; CARVALHO, M.C.M.P; MOHAMED, R,P,S; MOURA, M.A.V; QUEIROZ, A,B,A. A saúde do homem que vive a situação de infertilidade: um estudo de representações sociais. **Esc Anna Nery Rev de Enfe.** v.18, n.4, p.669-75. 2014
- DALLARI, S.G. O direito à saúde. **Rev Saúde Pública.** v. 22, n. 1, p. 57-63. 1988.
- FILHO, N.D; MYUNG, L.H.J; CARAÇA, D.B. Epidemiologia da endometriose. 1.^a ed. IN: PODGAEC, S. Endometriose. TRINDADE, E.S; MELO, N.R. (orgs.). Coleção Febrasgo. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2014.
- GILMOUR, J.A; HUNTINGTON, A; WILSON, H.V. The impact of endometriosis on work and social participation. **International Journal of Nursing Practice.** v.14, p.443-8. 2008.

- HELMAN, C.G. Saúde, cultura e doença. 5.^a ed. Tradução: Bolner AR. Porto Alegre (RS): Artmed Editora, 2009.
- LEFÈVRE, F; LEFÈVRE, A.M.C; MADEIRA, W. Hipertrofia das mediações, internet e empoderamento, no campo da saúde-doença. **Saude Soc São Paulo**. v.16, p.149-57. 2007.
- MIRANDA, F.E. A infertilidade feminina na pós-modernidade e seus reflexos na subjetividade de uma mulher. **Psicologia em Revista**. v.11, n.18, p.271-3. 2005.
- PETTA C.A; PELOGGIA, A; DIAS JR, J.A. Infertilidade. 1.^a ed. IN: PODGAEC, S. Endometriose. TRINDADE, E.S; MELO, N.R. (orgs.). Coleção Febrasgo. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2014.
- QUEIROZ, A.B.A; ARRUDA, A. Refletindo sobre a saúde reprodutiva e a situação de infertilidade. **Cadernos Saúde Coletiva**. v.14, n.1, p.163-78. 2006.
- QUEIROZ, A.B.A; ARRUDA, A; TYRRELL, M.A.R. Desvendando a situação de infertilidade e seus reflexos no gênero feminino através do programa informatizado – ALCESTE. **Esc Anna Nery Rev de Enfe**. v.7, n.3, p.388-97. 2003.
- SÃO BENTO, P.A; MOREIRA, M.C. Even silence has an end: informative study on endometriosis and its signs/symptoms. **Journal of Nursing UFPE on line**. v.8, n.2, p.457-63. 2014
- SEEAR K. ‘Standing up to the beast’: contradictory notions of control, un/certainty and risk in the endometriosis self-help literature. **Critical Public Health**. v.19, n.1, p.45-58. 2009.

WHELAN E. Negotiating science and experience in medical knowledge: gynaecologists on endometriosis. **Social Science & Medicine**. v.68, p.1489-97. 2009.

**CONSTITUIÇÕES E DIREITO
INTERNACIONAL**

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA
CONSTRUÇÃO DE UM MURO POR
ISRAEL EM TERRITÓRIO PALESTINO
DE ACORDO COM A CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

CAROLINA DE ALMEIDA PEREIRA e LYCIA AMELIA RIBEIRO
BRASIL

INTRODUÇÃO:

Para compreender o contexto da construção do muro de Israel é preciso ter uma noção sobre as disputas territoriais entre judeus e árabes na região da Palestina. Em 1947, a ONU fez uma partilha do território da Palestina, dividindo-a entre árabes e judeus e tornando Jerusalém um enclave internacional. Com essa divisão mais da metade do território ficou sob o domínio de Israel e o restante foi destinado aos palestinos. Contudo, com o passar do tempo e com a ocorrência da Guerra dos Seis Dias (1967) e a Guerra do YomKippur (1973), os acordos realizados foram desrespeitados e a zona sempre foi alvo de constantes disputas e atos terroristas.

1. *Mapa da região de acordo com a proposta da ONU*



Figura 01⁸¹.

Com o advento da segunda Intifada⁸² e o fracasso dos processos de negociação existente entre israelenses e palestinos, o governo de Israel alegou ser necessário a construção de uma “barreira de segurança” para a proteção da população judia contra ataques terroristas. O governo do Estado de Israel argumentou também que a prática visava realocar famílias sem-terra com o intuito de propiciar um lar aos seus habitantes. Por outro lado, os palestinos alegam que a barreira tem como grande propósito assegurar a presença israelense nas regiões ocupadas. Tal barreira consiste em um muro de mais de 650 quilômetros na Cisjordânia com checkpoints onde patrulhas

81. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Israel_map-DMSpositioning.svg?uselang=ptbr. Acesso 17 de Junho de 2015.

82. Segunda Intifada: foi a revolta dos palestinos contra os abusos promovidos pelos israelenses em setembro de 2000.

israelenses fazem o monitoramento da entrada e saída de pessoas dessas regiões (BACKMANN, 2012).

Desde o início da construção o governo israelense demoliu cerca de duas mil casas e deixou sem terra para cultivo e sem água a população que vive nas proximidades da barreira. Outro importante fator é como a vida dos palestinos foi modificada com a edificação do muro, visto que eles se sentem como se estivessem vivendo em guetos. Para a Autoridade Nacional Palestina a construção do muro tem como grande propósito a anexação de mais terras por Israel e o levantamento de novos assentamentos. No entorno do muro notam-se torres de vigilância equipadas com metralhadoras e um moderno sistema de monitoramento. A única entrada da cidade é controlada pelo exército israelense. Os mais de 50 mil habitantes que precisam sair de suas casas para trabalhar ou estudar nas cidades vizinhas são submetidos a humilhações diárias, além de transformar, através do isolamento, a população palestina em mão de obra barata para as empresas israelenses.

O isolamento advindo da criação do muro fere a dignidade das comunidades palestinas vedadas do exercício do seu direito à autodeterminação, à vida digna, à segurança, sobrevivência, à integridade da população e individual e, sobretudo à possibilidade de desenvolvimento econômico e social. Além de transgredir o direito à propriedade privada, ao trabalho e à saúde da sociedade palestina.

No dia 10 de dezembro de 2003, o então Secretário Geral da ONU Kofi Annan, encarrega à Corte Internacional de Justiça (CIJ) a declarar um parecer consultivo acerca da seguinte questão:

“Quais são, em termos de direito, as consequências da edificação do muro que Israel, potência ocupante, está construindo no território palestino ocupado, inclusive no interior e nas adjacências de Jerusalém Leste, segundo o que está exposto no relatório do Secretário Geral, levando-se em

conta regras e princípios do direito internacional, especialmente a quarta convenção de Genebra, de 1949, e as resoluções consagradas à questão pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral?” (KOFI ANNAN, 2003).

A CIJ condenou vigorosamente a construção do muro no dia 9 de julho de 2004, embora houvesse todo um empecilho criado para que não ocorresse o pronunciamento. Determinou a suspensão imediata da construção e a derrubada do muro nos trechos já erguidos. Alegou também que Israel tinha a obrigação de reparar os danos causados e que todos os demais Estados estavam obrigados a não reconhecerem a situação decorrente da construção do muro. Porém, como a decisão do tribunal tem um caráter meramente de consulta e não vinculante, pois não implica em uma sanção imediata, serve apenas como uma recomendação para os membros da Assembleia Geral da ONU, incluindo Israel.

De acordo com a Corte, não cabe a Israel o direito de levantar um muro porque o mesmo não foi construído em território israelense, mas sim em território palestino, visto que tal região foi ocupada de maneira ilegal (conforme o Conselho de Segurança da ONU)⁸³ após a Guerra dos Seis Dias (05 a 10 de Junho de 1967). Segundo o CIJ, o Direito Internacional proíbe a aquisição de territórios por meio da guerra e proíbe anexações impulsionadas pela criação de fatos consumados.

Nesse contexto, o presente artigo pretende abordar os fundamentos jurídicos nos quais se baseou a resolução do CIJ, as violações do Direito Internacional e das principais resoluções do Conselho de Segurança da ONU, as consequências jurídicas e suas penalidades cabíveis a situação.

83. Resolução do Conselho de Segurança da ONU nº 242 de 22 de novembro de 1967.

1- Fundamentos Jurídicos da CIJ: Violações do Direito Internacional e das principais resoluções do Conselho de Segurança da ONU

A competência para a Corte dar seu parecer consultivo solicitado está de acordo com o artigo 65, parágrafo 1º, do Estatuto que reitera a relevância da falta de consentimento de um Estado em causa e que o fato não pode ser considerado apenas como uma questão bilateral entre Israel e Palestina, mas é diretamente motivo de preocupação para as Nações Unidas, e no artigo 96, parágrafo 1º, da Carta da Assembleia Geral das Nações Unidas.

A função da Corte Internacional de Justiça é de dizer o direito tendo em vista sua aptidão para revelar e inspirar a formação do direito internacional e auxiliar na determinação de suas regras.

Baseada na sua competência contenciosa e mediante aplicação do direito internacional (costumes, tratados, normas pertinentes) a Corte tem fundamento para julgar litígios entre Estados Soberanos, porém é necessário que os Estados litigantes aceitem a jurisdição da CIJ para que ela possa ter validade no âmbito transnacional. Com isso, serão mostradas as violações do Direito Internacional e as violações de algumas resoluções do Conselho de Segurança da ONU invocadas para solidificar a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça acerca da construção do muro na Cisjordânia.

a) Afronta ao Princípio da Autodeterminação dos Povos

O direito à autodeterminação existente hoje tem origem no “princípio das nacionalidades”, cunhado na França do século XIX, e segundo o qual toda “nação” teria o direito de constituir-se em Estado independente.

O Artigo 2, parágrafo 4º da Carta das Nações Unidas prevê o princípio da integridade territorial, que protege o território de acordo com a seguinte citação:

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

Além disso, existe o princípio da Igualdade Soberana, previsto no Artigo 2º, parágrafo 1º da Carta das Nações Unidas que expressa o seguinte propósito: “A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros”.⁸⁴

Ou seja, levando em consideração estes princípios, nenhum país pode intervir na soberania de outro país, na cultura, nos costumes, na religião e entre outros fatores, pois tal preceito do Direito Internacional garante as pessoas de uma determinada nação de se autogovernar, ter independência nas suas escolhas e sem intervenção externa, respeitando, majoritariamente, a Soberania do Estado. Ainda assegura que nenhum Estado pode ser subordinado a alguma autoridade internacional, uma vez que são todos juridicamente iguais e tendo os mesmos direitos e obrigações internacionais, nenhum deles pode ser subjugado em situação de dependência em relação a outro e muito menos poderia impor suas decisões aos demais.

A edificação da barreira de segurança israelense em território palestino ocupado significou uma grave transgressão ao direito de autodeterminação do povo palestino, ao reconfigurar, em desfavor dos mesmos, a geografia local. A iniciativa de Israel teria como consequência, em longo prazo, futuras anexações de áreas da Palestina ocupada abarcadas pela construção do muro. A CIJ ainda ratificou a ilegalidade da aquisição de territórios pela ameaça e uso da força e ainda afirmou que a autodeterminação dos povos é um direito *erga omnes* além do mais a Comissão de Direito Internacional con-

84. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988.

cluiu que a autodeterminação também tem status de *jus cogens* e é imperativa, ou seja, os Estados não podem derogar as suas exigências em suas relações internacionais.

A dimensão econômica da autodeterminação também se expressa no direito de permanente soberania sobre os recursos naturais, o que permite um povo de dispor livremente das riquezas naturais e recursos encontrados dentro dos limites da sua jurisdição nacional. A construção do muro e, conseqüentemente, a construção de uma rede de estradas em torno do muro privou a população palestina do controle e do desenvolvimento de aproximadamente 38% das terras da Cisjordânia.

No que tange ao componente cultural, um povo tem o total direito de desenvolver livremente e praticar sua cultura. Porém, com o levantamento da barreira ficou claro o privilégio à língua e cultura de Israel em detrimento do desenvolvimento cultural e expressão da população palestina.

b) Ausência do Direito à legítima defesa

De acordo com o artigo 2º, parágrafo 3º da carta das Organizações das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945:

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

A CIJ não reconheceu ao Estado de Israel o seu direito à auto-defesa legítima, pois concluiu que o exercício da mesma por um Estado depende do prévio surgimento de um ataque armado determinado por outro Estado. A Resolução nº 2625 (XXV) da Assembleia Geral da ONU ainda ratifica o artigo supracitado e preceitua que os

Estados membros das Nações Unidas deveriam evitar em suas relações interestatais o uso da força ou a ameaça contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos da ONU. Ademais, a Corte ainda baseou sua interpretação de acordo com o acórdão proferido em 27 de junho de 1986, na causa Nicarágua VS Estados Unidos, no qual concluiu-se que o exercício da legítima autodefesa por um país depende do prévio surgimento de um ataque armado determinado por outro país.

c) Desrespeito ao Direito Humanitário Internacional

No que tange as transgressões ao Direito Humanitário Internacional, pode-se citar as determinações violadas da Quarta Convenção de Genebra, de 12 de agosto de 1949, pois é ela quem assegura a proteção das pessoas civis em tempos de guerra.

A convenção assegura no artigo 47º da secção III o direito à não privação do benefício apresentado por ela mesma à todas as pessoas protegidas que se encontrem em território ocupado mesmo que haja: qualquer mudança decorrente da ocupação no Governo ou nas instituições do território; qualquer acordo entre a Potência ocupante e o território ocupado; ou qualquer anexação pela ocupante em todo ou parte do ocupado.

Ao abordar a movimentação forçada de indivíduos ou massas, a convenção proíbe tal ação “bem como deportação de pessoas protegidas do território ocupado para o da potência ocupante ou para o de qualquer outro país” (Artigo 49º, Quarta Convenção de Genebra de 1949). Torna-se ilegal o ato de deixar pessoas, antes protegidas, em qualquer região particularmente exposta aos perigos da guerra.

A destruição de bens móveis ou imóveis de indivíduos ou coletividades que pertencem a cooperativas, a organizações sociais, ao Estado, a coletividade pública ou a pessoas particulares é declarada

proibida no artigo 53º da Secção III da referida Convenção. Na prática, a demolição de cerca de duas mil casas na construção do muro pelo governo de Israel já apresentada nesse trabalho, e a destruição de templos religiosos muçulmanos palestinos configuram a violação de tal artigo pelo governo israelense.

Outro artigo pertinente violado foi o Artigo 59º, que diz respeito ao direito à prestação de socorro (que pode ser empreendida pelos Estados, Organismos humanitários imparciais) em favor da população do território ocupado, consistindo em remessas de, principalmente, víveres, produtos médicos e de subsistência, além de vestuário e que de acordo com ele o Estado ocupante deve aceitar e facilitar tais ações. Porém, como exemplo de violação da máxima “Todos os Estados contratantes deverão autorizar a livre passagem das remessas e assegurar-lhes a proteção”, em setembro de 2013 na Cisjordânia, um comboio humanitário destinado a entregar tendas a um vilarejo beduíno de Makul destruído pelas forças de ocupação israelense, para então substituir os abrigos da cruz vermelha que haviam sido confiscados por Israel, foi bloqueado e a carga não conseguiu chegar ao seu destino final.

A Quarta Convenção de Genebra rechaça abertamente tentativas do Estado ocupante de mudar a geografia, demografia e costumes da população do território ocupado. Como exemplo o fechamento da mesquita e a proibição dos palestinos de rezar ou ainda a ocupação militar de Israel que impõem um bloqueio econômico na Palestina, impedindo a chegada de alimentos, remédios mantimentos e materiais para infraestrutura.

A Convenção ainda repele a destruição da propriedade dos habitantes do território ocupado, como aconteceu em uma tentativa de “estimular” a migração da população palestina que vivia em Al Abbasiyah, o exército israelense destruiu toda a plantação de oliveiras, arrancando as árvores com as raízes e plantando no lugar, onde antes era o vilarejo, oliveiras eucalipto e pinhos, duas árvores que destroem toda

a biodiversidade do local onde são plantadas. Com isso, conclui-se que o regime de ocupação de Israel resulta numa discriminação generalizada e institucionalizada, gerando uma violação sistemática dos direitos humanitários palestinos, além de ser uma atitude com características de colonialismo e apartheid (AZMI BISHARA, 2003).

Ainda sobre a questão humanitária, é importante ressaltar a afronta ao Estatuto de Roma de 1998, que também define as ações israelenses como crimes de guerra, como descrito nos seguintes artigos:

Artigo 7º, parágrafo 1- “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

O artigo caracteriza crimes de guerra, em seus principais pontos, a deportação forçada de uma população; privação da liberdade física; perseguições a coletividades; destruição ou apropriação de bens em larga escala e a privação ilegal da liberdade e entre outros. Seguindo a lógica do Estatuto, constata-se que essas violações israelitas geram não só responsabilidades do Estado, mas também responsabilidade criminal individual de acordo com os termos do Tribunal Penal Internacional e de outras normas do Direito Penal Internacional.

Ademais para agravar a situação, em 2011 a resolução A/HRC/RES/17/4 do Conselho de Direitos Humanos da ONU adotando os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos sublinhou que as corporações transnacionais e outras empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos. E uma grande maioria das empresas israelitas e instituições financeiras estão envolvidas na construção do muro, o projeto de assentamento e também na a manutenção da situação criada por eles. As empresas transnacionais estão expandindo suas atividades econômicas no ter-

ritório palestino ocupado, como parte de, ou em benefício de assentamentos, ou mantendo relações comerciais com empresas israelitas envolvidas nos assentamentos (INGRID JARADAT, 2010).

Alguns atores não estatais já foram denunciados por seu descumprimento com a legislação internacional e as obrigações de direitos humanos. Entre estas entidades estão o Fundo Nacional Judaico, Organização Sionista Mundial, e a Mekorot, bem como as empresas israelitas e transnacionais, como a Elbit Systems, SodaStream, Ahava, G4S, o Grupo Veolia, Alstom, Banco Dexia e as instituições do sistema bancário israelita, entre outras.

d) Principais Resoluções do Conselho de Segurança da ONU violadas

Dentre as resoluções do Conselho de Segurança da ONU mencionadas pelo parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça, destacam-se as que estão relacionadas, intimamente, com o conflito palestino-israelense, tais como:

- **Resolução 237** (14 de junho de 1967) - O Conselho de Segurança pede a Israel que garanta *“a proteção, o bem-estar e a segurança dos habitantes das zonas onde decorrem operações militares”* e que facilite o regresso dos refugiados.

- **Resolução 242** (22 de novembro de 1967) - O Conselho de Segurança condena a *“aquisição de território por via da guerra”* e pede a *“retirada das forças armadas israelitas dos territórios ocupados”*. Afirma a *“inviolabilidade territorial e a independência política”* de cada Estado da região.

- **Resolução 446** (22 de março de 1979) - O Conselho de Segurança exige a suspensão das *“práticas israelitas que visam esta-*

belecer colonatos de povoamento nos territórios palestinos e noutros territórios árabes ocupados desde 1967”, declara que essas práticas “não têm qualquer validade ao nível do direito” e pede a Israel que respeite a Convenção de Genebra relativa à proteção dos civis em tempo de guerra.

- **Resolução 681** (20 de dezembro de 1990) - Israel é instado a aplicar a Convenção de Genebra.

- **Resolução 904** (18 de março de 1994) - Na sequência do massacre da mesquita de Hebron, o Conselho de Segurança exige a Israel que tome as medidas necessárias *“para prevenir atos de violência ilegais por parte dos colonos israelitas”* contra civis palestinos.

- **Resolução 1397** (12 de março de 2002) - O Conselho de Segurança pede o *“fim imediato de todos os atos de violência, incluindo todos os atos de terror e todas as provocações, incitações e destruição”*, solicitando a cooperação dos israelitas e dos palestinos com o objetivo de retomarem negociações.

- **Resolução 1544** (19 de maio de 2004) - O Conselho de Segurança pede a Israel que respeite *“as obrigações que lhe são impostas pelo direito humanitário internacional”* e *“a obrigação que lhe é imposta de não enveredar pela destruição de habitações”*.

Vale ressaltar que o Conselho de Segurança delega a Israel a proteção da população civil do território palestino ocupado, baseando-se na Quarta Convenção de Genebra e sujeitando ao estado israelense a sua utilização. Repulsam ainda medidas de Israel que almejam alterar a demografia da região e diminuir a população palestina da mesma.

2- Responsabilidade Internacional de Israel

Baseando-se no Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados e na Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça de 9 de julho de 2004 acerca das Consequências Legais da Construção do Muro no Território Palestino Ocupado, o presente trabalho irá analisar agora a questão da edificação do muro em busca de possíveis penalidades de acordo com o Direito Internacional.

A partir da interpretação dos artigos 1º e 2º do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, Israel deve ser responsabilizado uma vez que: a construção do muro é um ato internacionalmente ilícito; é um ato atribuível a tal Estado; e é caracterizada por ser uma violação de uma obrigação internacional do Estado de Israel.

Ainda baseado no referido Projeto, é possível mais uma vez confirmar a ilicitude da ação de Israel descrita na Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça de 9 de julho de 2004, afirmando que a ação da construção não está representada em nenhum dos casos excludentes de ilicitude do Projeto já mencionado. Podemos afirmar tal fato alicerçando-se na inexistência de consentimento, da legítima defesa, de contramedidas em relação a um ato internacionalmente ilícito, de força maior, de perigo extremo, de estado de necessidade, do cumprimento de normas imperativas e de consequências de invocação de uma circunstância extinguindo a ilicitude.⁸⁵

Desse modo, o fato de Israel ter responsabilidade internacional na construção do muro faz com que o mesmo deva proporcionar “uma reparação correspondente ao dano que lhe tenha causado. Essa reparação é de natureza compensatória” (REZEK, 2014). Levando em consideração que o muro é algo físico, a principal forma

85. Art. 20º até art. 27º do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Acesso em 14 de junho de 2015. Site: <http://novodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2012/02/Projeto-da-CDI-sobreResponsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>

de reparação seria o desmantelamento do mesmo. Isso caracteriza a “restauração do *status quo ante*, a recolocação das coisas no estado em que se encontravam antes do ato ilícito” (REZEK, 2014).

Baseando-se na Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça, a restauração do *status quo ante* foi uma das consequências da ilegalidade da construção para Israel ao obrigá-lo a cessar as obras, derrubar o muro e tornar ineficaz as regulamentações ligadas à construção do mesmo. Além disso, Israel foi obrigado a respeitar as normas, os costumes e os tratados do Direito Internacional que foram trespassados e a restaurar os danos ocasionados.⁸⁶

Ademais dessas conclusões diretas a Israel, a Opinião Consultiva também fala de consequências, de caráter *Erga Omnes* proveniente de certas obrigações violadas por Israel, para outros Estados⁸⁷ que não sejam o mencionado.

Além da obrigação dos outros Estados de não reconhecerem a construção ilegal do muro, de não oferecerem ajuda na manutenção de tal situação, e de findar os impedimentos da população palestina em exercer seus direitos de autodeterminação, todos os Estados partícipes da Quarta Convenção de Genebra devem ratificar que o Estado de Israel cumpra com o direito internacional humanitário pautado na referida Convenção.

86. Israel obrigado a cumprir as obrigações internacionais que ele tenha violado para a construção do muro; Israel obrigado a pôr fim à violação das suas obrigações internacionais; Israel obrigado a cessar imediatamente as obras de construção do muro, desmantelá-lo imediatamente e revogar ou tornar ineficaz imediatamente os atos legislativos e regulamentários relacionados à sua construção, salvo se for relevante para o cumprimento de Israel com a sua obrigação de reparar os danos causados; Israel obrigado a reparar os danos causados a todas as pessoas naturais ou legais afetadas pela construção do muro. (ADVISORY OPINION, I. C. J. REPORTS 2004).

87. Obrigações para todos os Estados não reconhecerem a situação ilegal resultante da construção do muro e não fornecerem assistência ou auxílio na manutenção da situação criada por tal construção; Obrigação para todos os Estados, respeitando a Carta e a lei internacional, fazerem com que qualquer impedimento, resultante da construção do muro, ao exercício das pessoas Palestinas de seus direitos de autodeterminação, seja levado ao fim; Obrigação para todos os Estados partes da Quarta Convenção de Genebra, respeitando a Carta e a lei internacional, de assegurarem o cumprimento por parte de Israel do direito internacional humanitário, conforme consta na referida Convenção; Necessidade das Nações Unidas e, especialmente, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, a considerar que são necessárias novas medidas para acabar com a situação ilegal resultante da construção do muro e seu regime associado, tendo em devida conta o parecer consultivo (ADVISORY OPINION, I. C. J. REPORTS 2004).

CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que a Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça é fundamentada respeitando as normas, os costumes e os tratados do Direito Internacional. Por conseguinte, a construção assim como a manutenção do muro de Israel é um ato ilícito.

Na prática, a Opinião Consultiva não trouxe grandes mudanças para a realidade Israel-palestina. A barreira não foi demolida e a população palestina não foi compensada de nenhuma forma pelos danos à geografia da região, à sua liberdade de ir e vir, à imposição cultural, à violência física, entre outros.

Além disso, a realidade nos mostra que acordos de paz não tiveram muita eficácia uma vez que eles passam por cima de questões políticas e econômicas que são extremamente difíceis de serem superadas.

Partindo do princípio que vivemos em um sistema capitalista, que relações econômicas são intrínsecas às relações internacionais, e que, além disso, é imprescindível levar em consideração o respeito ao Direito Internacional, uma possível solução para esse impasse envolveria pungentes sanções:

1. “Normalmente são duas as formas de punição impostas pelas organizações internacionais ao Estado faltoso: a suspensão de direitos e a exclusão do Estado dos quadros da organização” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 613). A partir da Carta das Nações Unidas, temos:

a) A suspensão

Artigo 5.º O membro das Nações Unidas contra o qual for levada a efeito qualquer ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de Segurança poderá ser suspenso do exercício dos direitos e

privilégios de membro pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. O exercício desses direitos e privilégios poderá ser restabelecido pelo Conselho de Segurança.

b) A expulsão

Artigo 6.º O membro das Nações Unidas que houver violado persistentemente os princípios contidos na presente Carta poderá ser expulso da Organização pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança.

2. Além desses dois tipos de sanções que, sem dúvida, pressionariam Israel, ainda existem outros tipos possíveis como reparações financeiras, envio de tropas da Organização das Nações Unidas, declaração de *persona non grata* à diplomatas (baseando-se no artigo 9 da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 1961), retaliações financeiras, entre outros. Damos ênfase às retaliações financeiras, visto que essas têm impacto maior para o Estado. É historicamente comprovado que tornar o custo econômico do conflito alto para qualquer instituição é uma possível solução eficaz do mesmo. Basta um maior empenho da sociedade internacional para que o cumprimento do Direito Internacional e conseqüentemente o respeito à liberdade cultural, à liberdade de locomoção, à liberdade religiosa e a todos os outros direitos básicos que a população local deveria ter, sem discriminação entre palestinos e israelenses, possam começar a ser germinados.

BIBLIOGRAFIA

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D56435.html Acesso em: 22 de junho de 2015.

Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia. Algunas Reflexiones sobre la Opinión Consultiva sobre el Muro de Israel: La Solución Está em Ramallah y Gaza y No en la Haya Ni em Manhattan. . Anuario de Derecho Internacional, Pamplona, v. 20, p. 467- 491, 2004.

NASSER. Salem Hikmat. Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005

MELLO, C. D. A. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas Sobre Responsabilidade Internacional dos Estados. Disponível em:

<http://novodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2012/02/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

_____, Corte Internacional de Justiça. Opinião Consultiva, Consequências Legais da construção do muro no território Palestino Ocupado, 9 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.icj-cij>.

org/docket/files/131/1671.pdf. Acesso em: 02 de junho de 2015.
Resolução do Conselho de Segurança da ONU nº 242 de 22 de novembro de 1967.

Quarta Convenção de Genebra, de 12 de agosto de 1949.

Estatuto de Roma de 1998.

Resolução A/HRC/RES/17/4 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, 2011.

A DICOTOMIA ENTRE A
ABERTURA CONSTITUCIONAL
ÀS NORMAS INTERNACIONAIS
E A RECUSA AO CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE NA
REPÚBLICA DOMINICANA⁸⁸

Simone Alvarez Lima

INTRODUÇÃO

O artigo a seguir abordará a recepção do controle de convencionalidade na Constituição da República Dominicana e sua contraditória recusa prática ao sistema interamericano através do estudo da decisão TC/168/2013, proferida pelo Tribunal Constitucional dominicano, que revogou o direito à nacionalidade de quatro gerações de descendentes de haitianos.

O objetivo do presente estudo é abordar a Constituição e a recepção do controle de convencionalidade neste país que foi considerado pela mídia como os páreas do Caribe por se isolar através da busca de se desvincular da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob o prisma da legalidade nacionalista.

A metodologia foi a pesquisa documental, através da análise da Constituição da República Dominicana, promulgada em 26 de janeiro de 2010 e a doutrinação, a partir do estudo de autores dominicanos para trazer para a academia brasileira um artigo inédito, com o olhar dominicano a respeito do controle de convencionalidade.

88. LIMA, Simone Alvarez. Doutoranda em Direito na Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Internacional e Constitucional. E-mail: sissyalvarez22@yahoo.com.br.

de. Todas as citações foram traduzidas livremente.⁸⁹ Além disto, a pesquisa conta com uma parte empírica através da entrevista pessoal com o embaixador do Haiti Madsen Chérubin e com o Ministro Conselheiro Mario Choloute, realizada em 08 de julho de 2016.

O artigo ficou distribuído pelo modo dedutivo, partindo do geral para o específico, no qual o primeiro item será uma abordagem da Constituição Dominicana para que o leitor veja que é um documento com força obrigatória e aberto às normas de Direito Internacional e Americanas; o segundo item abordará a Decisão 168/2013 e o controle de convencionalidade sob o prisma de autores dominicanos e brasileiros e, por fim, no terceiro item serão divulgados os pontos relevantes da entrevista com o Embaixador e Ministro do Haiti.

1 - Um breve informe sobre a Constituição Dominicana

Desde a Constituição dominicana de 1994, a que estava em vigor quando da assinatura da aceitação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o direito constitucional do país já mostrava a abertura às normas de Direito Internacional geral e americano (Art. 3). Mas esta Carta Magna não durou muito tempo e 16 anos depois foi promulgada uma nova Constituição, sendo que já em 03 de agosto de 2006, o Presidente da República Leonel Fernandez emitiu o decreto n° 323-06 visando uma reforma constitucional.

A atual Constituição, promulgada em 26 de janeiro de 2010, surgiu com a promessa de ser a mais avançada da história do país e sua leitura na íntegra veio a se anunciar no dia da celebração dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 2009. O realce aos direitos humanos foi tamanha que a manifestação de Leonel Fernandez na Assembleia Nacional Revisora não deixa dúvidas de que, pelo

89. Na República Dominicana não há uma cultura que estimule publicações acadêmicas e isto também foi notado por Nassef Cordero, Vice-Diretor do Instituto de Ciências Sociais da América Latina, o qual, quando escreveu sobre a sentença TC/168/13, utilizou declarações divulgadas nos meios de comunicação, especialmente, artigos de opinião com argumentos jurídicos.

menos, o objetivo foi a proteção humanitária e a promoção da democracia (GRULON, pp. 129-131).⁹⁰

Quando se pensa em um país latino desenvolvido, se pensa em um país que se vê dentro de um conjunto, que não se porta como estivesse a parte da América Latina, mas sim como parte dela, na busca de uma identidade comum, ou melhor, a formação de uma comunidade latino-americana e este desejo se encontra na Constituição cubana, de 1970 (art. 12, III); na brasileira (art. 4º, parágrafo único), na colombiana (art. 227). Na República Dominicana, a situação não é diferente. A regulação das relações internacionais da República Dominicana está prevista no Capítulo IV, art. 26 e seguintes da Constituição da República Dominicana.

A leitura dos artigos nos informa que a República Dominicana é um Estado aberto à cooperação e apegado às normas do direito internacional, o qual reconhece e aplica as normas deste ramo do direito, tanto geral como o americano (leia-se, as oriundas do sistema interamericano), na medida em que seus poderes públicos lhes tenha adotado. Segundo a Constituição Dominicana, as normas vigentes em tratados internacionais ratificados regerão internamente a partir da publicação oficial; as relações internacionais se fundamentam e regem pela afirmação e promoção de seus valores e interesses nacionais e pelos direitos humanos e internacionais; que a República Dominicana aceita um ordenamento jurídico que garanta o respeito aos direitos fundamentais, se comprometendo a atuar no plano internacional, regional e nacional de modo compatível com os interesses nacionais, com a convivência pacífica entre os povos e deveres de solidariedade com todas as nações.

Por fim, o mais relevante item para este artigo: o art. 26, 5 dispõe que o país promoverá e favorecerá a integração com as nações

90. "Esta nova constituição forma parte de uma moderna tendência constitucionalista que tem ganhado força no âmbito iberoamericano durante as últimas três décadas, como consequência direta do processo de transição de regimes ditatoriais e autoritários a sistemas democráticos (...). Na República Dominicana prevalecerá, para sempre, a democracia, a liberdade, a paz, a soberania, a independência e o respeito á dignidade de nossos homens e mulheres (...)."

da América, visando fortalecer uma comunidade de nações que defenda os interesses da região e que o Estado poderá assinar tratados para promover o bem comum das nações, assegurando o bem estar dos povos, a segurança coletiva de seus habitantes e para atribuir as organizações supranacionais as competências requeridas para participar do processo de integração.

Esta Constituição tem a mesma força normativa que a brasileira, pois o leitor pode indagar se a Constituição dominicana teria força normativa ou não tendo em vista a violação aos direitos humanos perpetrada contra descendentes de haitianos, a qual será abordada no item a seguir, e para fins de esclarecimento antecipado, o art. 6 deixa clara a presença do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual todos os órgãos que exercem atividades públicas estão sujeitos à Constituição, norma suprema e fundamento do ordenamento jurídico do Estado, sendo nulo de pleno direito toda lei, decreto, resolução, regulamento ou ato que seja contrário a ela.

Deste modo, pode-se afirmar que, em nome da supremacia da Constituição dominicana, a promoção de seus valores e interesses nacionais, direitos humanos, o respeito aos direitos fundamentais, o compromisso de atuar no plano internacional, regional e a aplicação de normas de Direito Internacional e do sistema interamericano são obrigatórios para o país, pois são ordens constitucionais.

Esses mandamentos constitucionais, se respeitados, evitariam que o termo “párias do Caribe”⁹¹, utilizado pelo ganhador do Prêmio Nobel da Paz em 2013 Mário Vargas Llosa, fosse certo, pois apesar da Constituição possuir a típica “cláusula de abertura” ao Direito Internacional e interamericano, na verdade eles são fechados a estas normas estranhas ao direito interno, e um exemplo disto

91. Párias do Caribe é o título de uma reportagem escrita por Mário Vargas Llosa, o qual recebeu o Prêmio Nobel da Paz, em 03 de novembro de 2013. Segundo o dicionário, o termo significa “pessoa mantida à margem da sociedade ou excluída do convívio social.” O autor escreveu o texto como protesto à sentença TC/168/2013 (objeto do próximo item), dizendo que “a sentença do Tribunal Constitucional dominicano é uma aberração jurídica e parece diretamente inspirada nas famosas leis hitleristas dos anos 30.” (LLOSA, 2013.)

é a sentença TC/168/13, que retirou a nacionalidade de milhares de descendentes de haitianos nascidos na República Dominicana, como será estudado a seguir.

2 - Uma rivalidade histórica com reflexos na Constituição dominicana de 2010.

Haiti e República Dominicana possuem uma rivalidade histórica com potencial de atentar aos direitos humanos que começou desde quando o local se chamava Ilha de Hispaniola e foi subdividida em parte espanhola e parte francesa. A parte francesa foi ocupada por escravos que passaram a representar a maioria negra desta parte mais pobre da ilha.

A França, na época da revolução francesa, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, influenciou a população haitiana e, desta forma, o Haiti aboliu a escravidão em 1794, e foi o primeiro país latino a conquistar a independência, em 1804. A República Dominicana não concordava com esta independência e, por isso, foi invadida, sob o comando do ditador haitiano Jean Pierre Boyer, com o objetivo de se proteger dos países que discordavam de sua independência (EVANGELISTA, 2016).

A rivalidade entre os dois países chegou ao extremo no massacre ordenado pelo ditador dominicano Rafael Leônidas Trujillo, em 1937, quando ele ordenou que todos os haitianos que habitavam a República Dominicana fossem mortos. O exército dominicano assassinou mais de 10 mil pessoas entre os dias 2 e 6 de outubro, no episódio conhecido como “o corte” (EVANGELISTA, 2016).

Atualmente permanecem a mágoa e o orgulho entre ambos os países e nem mesmo o terremoto que devastou o Haiti em 2010 melhorou o relacionamento eles, pois durante o auxílio ao Haiti, a ONU foi obrigada a recrutar novos soldados após o Haiti recusar militares dominicanos (TAVARES, 2016).

E como toda esta rivalidade impactou a nova Constituição da República Dominicana de 2010? Pois bem, esta Constituição consagrou o critério *jus solis* no art. 18, III quanto à nacionalidade, excluindo, pela primeira vez, descendentes de estrangeiros irregulares, segundo a leitura do artigo 18 desta Constituição. Segue a tradução livre:

Art. 18- Da Nacionalidade

São dominicanas e dominicanos

Os filhos e filhas de mãe ou pai dominicanos;

Quem goze da nacionalidade dominicana antes da entrada em vigência da Constituição

As pessoas nascidas em território nacional, exceto os filhos de estrangeiros membros de legações diplomáticas e consulares, de estrangeiros que estão em trânsito ou residam ilegalmente em território dominicano. Se considera pessoa em trânsito toda pessoa estrangeira definida como tal nas leis dominicanas); (...)

Parágrafo- Os poderes públicos aplicarão políticas especiais para conservar e fortalecer os vínculos da Nação Dominicana com seus nacionais no exterior, com a meta essencial de alcançar maior integração.

Este artigo foi escrito pelo legislador com o pensamento nos descendentes de haitianos, conforme se conclui com a leitura do livro de GRULLÓN, que a explicou que “com esta disposição termina o problema da interpretação da nacionalidade por *jus soli* quanto à imigração ilegal haitianos que tantos debates e confrontos tem tido em nossa história.”

O critério *jus soli* por si só não é perigo para o nascimento de apátridas, contudo quando excluem os filhos de estrangeiros ilegais, abre-se a possibilidade para a apatridia. Para dificultar ainda mais a situação do grupo vulnerável, em 23 de setembro de 2013, o Tri-

bunal Constitucional Dominicano decidiu revogar retroativamente a nacionalidade dominicana adquirida desde 1929 por milhares de cidadãos e cidadãs, cuja maioria das pessoas atualmente afetadas pela sentença é de ascendência haitiana.⁹² A sentença 0168/2013 oferece uma definição da nacionalidade dominicana baseada em critérios “históricos, linguísticos, raciais e geopolíticos”, legitimando a discriminação racial na sociedade dominicana. (ROSAS, 2016). Esta decisão adveio do recurso proposto contra a sentença nº 473-2012, proferida pela Câmara Civil, Comercial e de Trabalho da primeira instância do Distrito Judicial de Monte Plata.

O processo foi aberto por Juliana Dequis Pierre, nascida em 1984 no Monte Plata. Seus pais são haitianos e seu registro civil era dominicano. A autora teve a segunda via de sua carteira de identidade negada pelo fato de seus pais nunca terem tido permissão para se fixar na República Dominicana. A sentença decidiu que Juliana, filha de imigrantes em trânsito, não tem direito de fixar residência e nem à cidadania dominicana, propondo uma auditoria minuciosa nos livros de registro desde 1929 até a data da sentença para compor uma lista de estrangeiros inscritos irregularmente no Registro Civil.

Conforme a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sentença implica na violação aos direitos à nacionalidade, à personalidade jurídica, ao nome e à igualdade dos filhos de imigrantes ilegais, direitos consagrados nos artigos 20, 3, 18 e 24 da Convenção Americana.

A decisão nº 168 constitui uma aplicação retroativa do artigo 18, nº3 da Constituição dominicana de 2010, que pela primeira vez menciona explicitamente os filhos de residentes irregulares como parte da exceção ao *ius solis* (TETO BRASIL, 2013). Essa interpretação viola,

92. LHOSA (2016) a respeito da exclusão de nacionalidade de descendentes de haitianos, entende que isto configura uma flagrante hipocrisia. O autor afirma que à crueldade e à desumanidade de tais juizes soma-se a hipocrisia. Eles sabem muito bem que a imigração irregular ou ilegal dos haitianos para a República Dominicana, que começou no início do século 20, é um fenômeno social e econômico complexo, estimulado, em vários períodos por proprietários de terras e empresários dominicanos a fim de dispor de uma mão de obra barata para as safras de cana de açúcar, a construção ou trabalhos domésticos, com o pleno conhecimento e tolerância das autoridades conscientes do proveito econômico que o país obtinha.

inclusive, o inciso II do mesmo artigo. Para contradizer este fato, rebatendo o texto de Llosa que chamou o país de Párias do Caribe, o embaixador da República Dominicana, Héctor Dionísio Pérez, declarou:

Todas as constituições dominicanas desde o ano 1929 até a mais recente, de 2010, estabelecem o mesmo critério para a aquisição da nacionalidade dominicana; isto é, essa regra aparece nas constituições de 1929, 1934, 1942, e 1947, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1966, 1994 e 2002; e, finalmente, aparece na mais recente de 25 de janeiro de 2010. (PÉREZ, 2013).

Entretanto, a declaração acima está errada, pois as Constituições anteriores a 2010 não excluía os filhos de estrangeiros ilegais da nacionalidade dominicana, por exemplo, na Constituição de 1994, em seu art. 11, a nacionalidade dominicana cabia à todas as pessoas nascidas no território da República Dominicana, exceto os filhos legítimos de estrangeiros residentes no país em representação diplomática. Mas e a convencionalidade das leis internas e decisões judiciais dominicanas em face da Convenção Americana de Direitos Humanos? O próximo item abordará o controle de convencionalidade neste país caribenho.

3- Controle de convencionalidade na República Dominicana

A sentença emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o país caribenho era culpado de discriminar os cidadãos de origem haitiana nascidos entre 1929 e 2010. Na mesma decisão, a Corte também fixou que a decisão 168/2013, que privou 200 mil pessoas de sua cidadania, violava o “direito à nacionalidade”, ordenando as mudanças legais necessárias. Insatisfeita com a manifestação da Corte, sob o argumento de “inconstitucionalida-

de”, a justiça da República Dominicana afirmou que não iria cumprir as sentenças da Corte Internacional, da qual faz parte há 15 anos e até então nunca havia questionado.

A decisão gerou mal estar para o governo dominicano, o qual declarou que “qualquer posição que questione os poderes legitimamente constituídos do Estado é inaceitável para a República Dominicana”. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) também condenou a sentença TC/256/14 do Tribunal Constitucional da República Dominicana, proferida em 04 de novembro de 2014, em grau de ação direta de inconstitucionalidade, na qual declarou inconstitucional a aceitação de competência da Corte Interamericana firmada pelo presidente Leonel Fernandes, em 1999, pois esta não foi ratificada pelo Congresso Nacional.

A invocação pelo Tribunal pela exceção contida no artigo 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, conforme a qual uma violação manifesta a uma norma interna de importância fundamental pode ser alegada como um vício de consentimento, resulta incompatível com o direito dos tratados, em especial com os princípios da boa fé e exclusão. Pelo princípio da exclusão, um Estado que adotou uma determinada posição, na qual produz efeitos jurídicos, não pode depois assumir uma outra conduta que seja contraditória com a primeira e que se troque o estado de coisas com base na qual a outra parte se guiou (OEA, 2014).

A hipótese citada trata da inconstitucionalidade extrínseca ou formal dos tratados, que ocorre quando, por exemplo, um Chefe do Executivo manifesta internacionalmente a vontade do Estado em violação às regras constitucionais sobre competência para celebrar tratados. O *trade-making power* por si só, contudo, não é capaz de justificar o descumprimento das decisões da Corte nos moldes da República Dominicana.

Apesar da decisão 168 ser uma afronta direta à Convenção Americana de Direitos Humanos, que leva a indagar a respeito da obrigato-

riedade de tratados internacionais na República Dominicana, na verdade o controle de convencionalidade não é desconhecido neste país.

Controle da convencionalidade é aquele realizado verticalmente, onde se verifica se as leis domésticas de um determinado Estado são compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos que sejam mais benéficos em vigor neste Estado. No caso do Brasil, RAMOS (2015, p. 397) explica que um determinado ato ou lei deve respeitar tanto o crivo de constitucionalidade do STF quanto o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos e caso não supere um deles, violando direitos humanos, o Estado deve se esforçar para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados.

CERECEDA (2015), em entrevista realizada por Harold Modesto, diretor do Observatório Judicial Dominicano, quando perguntado sobre a alegação de que a ratificação à Corte Interamericana de Direitos Humanos foi inconstitucional, respondeu que:

O Tribunal Constitucional dominicano é o máximo intérprete da Constituição e sua decisão deve ser obedecida, porém, se considerarmos a Constituição como uma realidade política, apenas nos resta uma saída que é aceitar a competência da Corte Interamericana (...). Do meu ponto de vista, isto é o que está presente no artigo 74 da Constituição dominicana, quando se fala de abertura dos direitos fundamentais dominicanos a dos tratados e convenções ratificados pelo país.

O mesmo ocorre na República Dominicana, onde há o mesmo entendimento sobre controle de convencionalidade, como se pode confirmar através da definição de VALDEZ (2013), para quem “o controle de convencionalidade não é outra coisa do que o trabalho que devem realizar os juízes para cuidar do cumprimento cabal dos tratados (convenções) sobre direitos humanos e que é parte um determinado país.”

Em seu artigo o autor indaga ao leitor a respeito do que acontece quando a violação à Convenção Americana de Direitos Humanos provém de um tribunal nacional que tem como missão controlar a convencionalidade de suas leis e decisões. DUVERGÉ (2011, p. 80) explica que este controle é uma garantia, ou mecanismo jurídico pelo qual os juízes invalidam uma norma inferior a Convenção Americana, que não tenham sido ditadas em conformidade a ela, sendo a Corte IDH a “última intérprete.”

Em 2003, sob a égide da Constituição dominicana de 1994, a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana estabeleceu que:

Em consequência, é de caráter vinculante para o Estado dominicano e, portanto, para o Judiciário, não apenas as regras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas suas interpretações dadas pelos tribunais, criada como um meio de proteção, nos termos do art. 33 (da Convenção), que confere competência para conhecer as questões relacionadas com a implementação dos compromissos feitos pelos Estados partes. (Resolução nº 1920-2003 da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana)

O Tribunal Constitucional da República Dominicana é regido por sua Lei Orgânica, no qual está consagrado o princípio da vinculação em seu art. 17, ordinal 13, que dispõe: “As decisões do Tribunal Constitucional e as interpretações que adotam a jurisprudência dos tribunais internacionais em matéria de Direitos Humanos constituem precedentes vinculantes para os poderes públicas e todos os órgãos do Estado.” Esta lei, que está em vigor ainda no país, está de acordo com o informe a respeito de convencionalidade da Corte IDH, que entende que este controle “é obrigação de todos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis, e não uma

simples faculdade, tendo o poder de expulsar normas contrárias à Convenção Americana e sua interpretação. (CORTE IDH, s/d).

Tal como no Brasil, o art. 74.3 da Constituição da República Dominicana confere estatuto constitucional aos acordos de direitos humanos, tal como a Convenção. O próprio Observatório Judicial Dominicano reconhece que a relação entre controle de convencionalidade e de constitucionalidade não deve haver, *a priori*, confrontações, porém, no que se refere à nacionalidade, o Tribunal Constitucional e a Corte Interamericana divergem. Segue a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O mais natural seria que o Tribunal Constitucional assumisse a obrigação de seguir o critério jurisprudencial em matéria de nacionalidade e política migratória, consistente em reconhecer que o status migratório de uma pessoa não se transmite aos seus filhos e que não se pode considerar em trânsito quem se encontra permanentemente estabelecido no território do Estado. (CORTE IDH, Série C, 130, 2005)

Dita tese levaria à modificação do art. 18.3 da Constituição da República Dominicana. Em novembro de 2014, a Corte novamente se pronunciou no caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsas do país em estudo. Mesmo após a sentença que declarou a inconstitucionalidade do tratado, ainda haveria chance de cumprir a sentença da Corte a respeito da manutenção da nacionalidade. Jorge Prats, um jurista dominicano declarou que o Estado poderia aplicar as normas internas vigentes no sentido mais favorável ao titular do direito, conforme o artigo 74.4 da Constituição, assim, não precisaria nem mesmo modificá-la. Por outro lado, em opinião contrária, o jurista Flávio Espinal entende que a sentença nacional deve prevalecer sobre a da Corte IDH:

Ao ordenar a troca da Constituição e da normativa dominicana em matéria de nacionalidade, a Corte Interamericana incorreu em excesso jurídico, não atuando com prudência e autocontrole em matéria delicada. Ao proceder desta forma, o Tribunal colocou ao governo dominicano uma escolha indesejável: ou ignorar a sentença ou gerar uma crise política de proporções inimagináveis. Isso ocorreu em um momento difícil em que o governo dominicano tomou uma medida séria, mas promissora para solucionar problemas complexos da migração haitiana (OJD, 2015).

SOUSA (2011, p. 82) afirma que “a doutrina do controle de convencionalidade supõe a supremacia dos tratados internacionais sobre direitos humano frente a toda norma local, incluindo a Constituição.” A República Dominicana tem ciência dos efeitos deste controle, mas por questões políticas, não está aberto a aceitar discrepâncias. O Observatório Dominicano entende que a origem da discrepância seria a não delimitada competências da Corte para interpretar a Convenção, porém, o controle de convencionalidade continuará a ser questão de importância nacional vital. Mas então, como resolver o impasse se o próprio país, através do artifício da inconstitucionalidade do controle de convencionalidade, ignorou as demais disposições de sua Constituição a respeito da abertura às normas de Direito Internacional e Interamericanas? Quem irá responder esta questão é o Embaixador e Ministro Conselheiro do Haiti no último item deste artigo.

3- Conversando com o Embaixador do Haiti

Na parte empírica desta pesquisa, tive a oportunidade de conversar pessoalmente com o embaixador do Haiti em Brasília Ma-

dsen Chérubin e com o Ministro Conselheiro Mario Choloute, no dia 08 de julho de 2016. Nesta reunião, conversamos a respeito da apatridia dos descendentes de haitianos na República Dominicana e iniciamos o assunto com a histórica rivalidade entre os dois países e quando lhe perguntei: “E o Haiti não pode lhes fornecer a nacionalidade haitiana para os apátridas descendentes de haitianos?” Ele me respondeu que o Haiti se utiliza do critério *ius solis*⁹³, mas ainda que fosse o *ius sanguinis*, na realidade, essas pessoas descendentes de haitianos fazem parte de quatro gerações (após 1929) que não possuem nenhum vínculo com o Haiti, não falam a língua francesa, não conhecem nenhuma pessoa e já têm uma vida inteira dentro da República Dominicana construída. A este respeito, é válido trazer o conceito de nacionalidade da Corte Internacional de Justiça que é “um vínculo legal que tem sua base no fato social do enraizamento, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, junto com a existência de direitos e deveres recíprocos. Esse enraizamento e conexão genuína é inexistente entre esses descendentes de haitianos com o Haiti.

Quando indaguei se o problema seria o racismo e a xenofobia, tendo em vista a rivalidade histórica entre os países, o Embaixador me respondeu com um dado relevante, afirmando que o problema não é apenas o racismo presente na República Dominicana, a qual tem uma população nacional razoável de negros e mulatos, mas também o fator político, uma vez que considerável parte destes descendentes de haitianos tinham peso político sobre o partido de oposição, o qual recebia votos frequentes destes descendentes. A revogação da nacionalidade destas pessoas teve impacto direto em seus direitos políticos, pois perderam o direito de votar.

Quando lhe perguntei se o Haiti estava recebendo essas pessoas deportadas, ele respondeu que sim, mas na verdade, o Haiti não

93. Art. 11 da Constituição do Haiti: Tem nacionalidade haitiana de origem, qualquer pessoa nascida de um pai haitiano e mãe haitiana, que se nasceram em território haitiano, e nunca renunciou à sua nacionalidade de nascimento.

quer aceitar pessoas que não nasceram no país, que não possuem nenhum vínculo por lá e nem mesmo sabem falar a língua francesa, o que faz destas pessoas (que não são nem dominicanas e nem haitianas) um fardo para um país que já sofre dificuldades financeiras.

Quando lhe perguntei qual seria uma solução adequada para este impasse, o embaixador haitiano respondeu que se esgotou a possibilidade de solução jurídica negociada, devendo ser algo mais amplo, a nível do direito humanitário e da compreensão de que regras *jus cogens*⁹⁴, ainda que a República Dominicana tenha utilizado o subterfúgio da inconstitucionalidade para retirar sua adesão à Corte, têm que ser respeitadas independentemente de tratados internacionais.

CONCLUSÃO

A partir da leitura do presente artigo, é possível concluir que, apesar da Constituição da República Dominicana possuir cláusula de abertura às normas de Direito Internacional e interamericanas, o país ainda prefere usar sua soberania e rechaçar o controle de convencionalidade quando não lhe convém, o que ficou comprovado com a decisão TC/256/14 que declarou inconstitucional a adesão à Corte justamente após sua decisão condenando o país à reformular sua Constituição, especialmente em virtude do precedente de que a ausência de nacionalidade leva à violação de direitos expressos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Constituição da República Dominicana, em questão de princípios, não difere da brasileira, pois adota princípios como a supremacia da Constituição, o tratamento constitucional de tratados de direitos humanos, o respeito às normas latino americanas, mas ao contrário do Brasil, sob o prisma da inconstitucionalidade de ratificação, o país caribenho decidiu ignorar o anterior compromisso internacionalmente assumido, o que o levou a ser chamado de Pária do Caribe por Llosa,

94. Normas *jus cogens* são obrigações a todos impostas, independentemente de aceitação, imperativas e inderrogáveis, que buscam a preservação de valores fundamentais (MAZZUOLI, 2015, p. 45).

o ganhador do Prêmio Nobel da Paz de 2013. Como resposta, o embaixador da República Dominicana levantou uma questão falsa, de que a nacionalidade de descendentes de haitianos ilegais sempre foi negada, mas a Constituição de 1994 comprova que isto é mentira.

Independentemente de tratado, normas jus cogens, como o direito à nacionalidade, deve ser respeitada independentemente da ratificação de tratados internacionais. Talvez o mundo ainda não esteja maduro o suficiente para entender e executar isto, por apesar dessas normas não poderem ser violadas, qual seria o órgão que controlaria o respeito a este tipo de norma? Talvez a Corte Internacional de Justiça estaria apta a resolver este tipo de situação, uma vez que a via do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana não funcionou e os descendentes de haitianos foram as vítimas da vez.

BIBLIOGRAFIA

CEDIN. *República Dominicana se desliga da Corte Interamericana*. 2014. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/república-dominicana-se-desliga-da-corte-interamericana/>. Acesso em 21 de abril de 2016.

CERCEDA, Pablo Meix. *La real importancia del control de convencionalidad radica en que los poderes judiciales nacionales garanticen el respeto a los derechos humanos*. Disponível em: <http://www.funlode.org/notice/la-real-importancia-del-control-de-convencionalidad-radica-en-que-los-poderes-judiciales-nacionales-garanticen-el-respeto-a-los-derechos-humanos/>. Acesso em 01º de outubro de 2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOMINICANA DE 2010. Disponível em: <https://presidencia.gob.do/sites/default/files/content/CONSTITUCIC393N202010.pdf>. Acesso em 27 de setembro de 2016.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOMINICANA DE 1994. Disponível em: <http://www.consultoria.gov.do/constituciones%201844-2008/Constitucion%201994.pdf>. Acesso em 01º de outubro de 2016.

CORDERO, Nassef Perdomo. *Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13*. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1794-888620160001000_05. Acesso em 01º de outubro de 2016.

CORTE IDH. *Control de convencionalidad*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em 02 de outubro de 2016

DILLA, Haroldo; CARMONA, Clarissa. *Notas para la Historia de la Frontera Dominico-Haitiana*. In.: DILLA, Haroldo. *La Frontera Dominico-Haitiana*. Santo Domingo: Manatí, 2010.

DUVERGÉ, Luis Antônio Sousa. *Control de convencionalidad en Republica Dominicana*. Santo Domingo: Ius Novum, 2011.

EVANGELISTA, Felipe. *Circulação e corte na Ilha de Hispaniola*. Disponível em: <http://www.seminariodosalunos.com/pdf/2015/felipe-evangelista.pdf>. Acesso em 13 de abril de 2016.

GRULLÓN, José Nuñez. *Evolución Constitucional Dominicana (1844-2010)*. USA: José Nuñez Grullon, 2011.

LLOSA, Mário Vargas. *Os párias do Caribe*. Disponível em: <http://internacional.esta-dao.com.br/noticias/geral/os-parias-do-caribe-imp-1092695>. Acesso em 17 de maio de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2015.

OBSERVATÓRIO JUDICIAL DOMINICANO. *Nacionalidad, convencionalidad y el enfoque de los criterios divergentes en el actual debate constitucional*. Disponível em: <http://ojd.org.do/index.php/temas-de-coyuntura-c/415#up09>. Acesso em 02 de outubro de 2016.

ORGANIZAÇÃO DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *CIDH condena sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana*. 2014. Disponível em: http://www.oas.org/es/ci_dh/prensa/comunicados/2014/130.asp. Acesso em 23 de abril de 2016.

PÉREZ, Héctor Dionísio. *Embaixador dominicano responde a artigo de Mario Vargas Llosa*. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,embaixador-dominicano-responde-a-artigo-de-mario-vargas-llosa,1098362>. Acesso em 02 de outubro de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSAS, Erika Guevara. *Milhares de apátridas: a vergonha da República Dominicana*. Disponível em: <https://anistia.org.br/milhares-de-apatridas-vergonha-da-republica-dominicana/>. Acesso em 25 de abril de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DOMINICANO. *Sentença TC/0256/14*. Disponível em: <https://www.tribunal-constitucional.gob.do/sites/default/files//documentos/>

Sentencia%20TC%200256-14%20%20%20%20C.pdf. Acesso em 02 de outubro de 2016.

TAVARES, Osnir. *Do outro lado da ilha*: República Dominicana. Disponível em: <http://www.ga.zetadopovo.com.br/mundo/do-outro-lado-da-ilha-republica-dominicana-ctbesa985e6phf1y8e66idx72>. Acesso em 18 de abril de 2016.

TETO BRASIL. *Postura institucional do teto perante a sentença do Tribunal Constitucional da República Dominicana*. 2013. Disponível em: <http://www.techo.org/pais/brasil/opina/postura-institucional-do-teto-perante-a-sentenca-do-tribunal-constitucional-da-republica-dominicana/>. Acesso em 26 de abril de 2016.

VALDEZ, Francisco Alvarez. *El control de convencionalidad y la 168*. Disponível em: <http://acento.com.do/2013/opinion/1411437-el-control-de-convencionalidad-y-la-168/>. Acesso em 30 de setembro de 2016.

À SOMBRA DO CAPITÓLIO DE WASHINGTON: AS PROPOSTAS CONSTITUCIONAIS DE CAMPOS SALES E RUI BARBOSA PARA A REPÚBLICA VELHA (1889-1930)

*Wingler Alves Pereira*⁹⁵

1. Introdução

Por meio da análise dos fundamentos históricos e políticos das instituições constitucionais do Brasil, este trabalho compreende o estudo de dois dos clássicos do pensamento constitucional brasileiro e a sua adesão aos ideais do constitucionalismo norte-americano. No aspecto temporal, os clássicos do constitucionalismo brasileiro são buscados, em específico, na República Velha (1889-1930). Além de ser o marco fundacional das instituições republicanas no Brasil, o período histórico da Constituição de 1891 é um período pouco estudado se comparado, por exemplo, ao Império (1822-1889) e ao Estado Novo (1937-1945), como aponta a literatura (LESSA, 2000, p. 20).

Assim, como clássicos do constitucionalismo brasileiro, esta pesquisa elegeu duas personalidades de relevo durante a República Velha, diretamente responsáveis pela criação das instituições constitucionais da época: Campos Sales e Rui Barbosa. Embora suas ideias tenham sido distintas, ambas compartilhavam um ponto em comum que serve de análise da Constituição de 1891: a defesa do constitucionalismo nos modelos norte-americanos. E é justamente este o ponto central deste trabalho.

95. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). E-mail wingler@gmail.com.

Apontado como um “*republicano histórico*”, Campos Sales foi a principal figura para o *establishment* do regime constitucional ao assumir a Presidência da República (1898-1902), com a criação da “*política dos governadores*”. Contando com uma longa carreira em nome da propaganda republicana, ele contribuiu não só para a estruturação da recente República, na condição de Ministro da Justiça do Governo Provisório e membro da Assembleia Nacional Constituinte, mas igualmente na conservação do próprio regime republicano, a partir de sua atuação como Presidente da República. Foi nesta condição que criou vários expedientes de natureza constitucional que influenciaram e definiram os rumos da Primeira República.

Já Rui Barbosa, afora ter ocupado o cargo de Ministro da Fazenda do Governo Provisório (1889-1891), foi o principal revisor da Constituição de 1891 e certamente o maior defensor da supremacia constitucional, apesar de reconhecer, ele próprio, que foi um republicano de circunstância (1946, p. 303-307). Além disso, embora contra sua vontade, foi por quatro vezes candidato à Presidência da República: em 1905, 1910, 1914 e 1919, sendo que apenas empreendeu campanha em 1910 e 1919, tendo desisto da candidatura nas outras ocasiões. Na posição de “*pai da Constituição e intérprete autêntico de suas intenções*” (LYNCH, 2010, p. 63), proferiu inflamados discursos e conferências políticas em defesa de seu ideal constitucional.

Assim, a partir do estudo do pensamento constitucional de Campos Sales e Rui Barbosa, e sua adesão às ideias do constitucionalismo norte-americano, o trabalho busca compreender as origens do constitucionalismo republicano brasileiro por meio dos fundamentos históricos e políticos que levaram à idealização de uma constituição republicana brasileira inspirada no modelo estadunidense.

2. A inspiração norte-americana do constitucionalismo de Campos Sales

Por ser considerado um “*republicano histórico*”, o estudo começa pela análise do pensamento constitucional de Campos Sales. Em

seu livro escrito após deixar a Presidência da República, intitulado *Da Propaganda à Presidência*, avaliado por Renato Lessa como “*um roteiro privilegiado para se entenderem as concepções institucionais que deram partida à experiência republicana brasileira*” (2000, p. 28), Campos Sales atesta que presenciou “*não como simples testemunha, mas como colaborador ativo, a marcha evolutiva da ideia republicana, do ponto de partida, em 1870, ao triunfo definitivo, em 1889*” (1983, prefácio). As críticas mais qualificadas ao cenário político e constitucional da República Velha ocorreram exatamente após sua eleição para a Presidência da República, quando as novas instituições, criadas com a Proclamação da República, atingiram estabilidade política e econômica.

A influência direta, no caso das instituições e da Constituição brasileira, foi o modelo norte-americano, de acordo com a lógica positivista de que “*o povo, cuja evolução é mais adiantada, representa a humanidade inteira*” (CAMPOS SALES, 1983, p. 13). Conforme apontava Carlos Maximiliano anos depois, “*realizou-se em 1889 o sonho dos martyres da Inconfidencia Mineira, a adaptação da obra de Washington a um paiz da America Latina, a Republica dos Estados Unidos do Brasil*” (1918, p. 85).

A jovem República brasileira nascia, desta forma, “*modelada pelos princípios da mais adiantada democracia*” (CAMPOS SALES, 1983, p. 20), tendo os Estados Unidos da América como “*fonte do nosso direito constitucional*”, como já indicava em seu Manifesto Eleitoral de 1897 (CAMPOS SALES, 1902, p. 22). Como também defendido nesse Manifesto, a ideia do Presidente não era apenas seguir o modelo republicano dos Estados Unidos em sua chave democrática, mas também na modelagem das instituições, notadamente com importação da República federativa e presidencial (CAMPOS SALES, 1902, p. 15).

Influenciado pelo modelo americano, e para além de consolidar as bases do sistema federativo da Primeira República por meio da “*política dos governadores*”, Campos Sales importou também a própria ideia

do regime político presidencialista. Assim, abandonou a tática de seus antecessores de reunir-se ao mesmo tempo com todos os ministros para incorporar a estratégia dos Presidentes dos Estados Unidos de “consultar os ministros e ouvi-los sobre assuntos dos seus respectivos departamentos – separadamente” (CAMPOS SALES, 1983, p. 110).

Seguindo a lógica intrínseca ao liberalismo político contida no ideal da República dos Estados Unidos, o Presidente também declarou seu objetivo de trilhar o caminho do respeito à liberdade de manifestação, de imprensa, de oposição e da divisão dos três poderes, como expressamente afirmado no Manifesto Inaugural (CAMPOS SALES, 1898, p. 8-10). Não deixa de ser interessante notar que, embora tomasse as instituições norte-americanas como modelo, Campos Sales relacionava os conceitos de “democracia” e “República” de uma maneira que os federalistas taxativamente se recusaram a fazer.

A rigor, no momento fundacional da República norte-americana, os federalistas deliberadamente escolheram a República em oposição à democracia, o que seria possível, no caso dos Estados Unidos, pela novidade do sistema federalista e representativo (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, 2003, p. 64).

De toda forma, as concepções de “democracia” e “República” de Campos Sales, inspiradas no modelo norte-americano, considerado superior, são as chaves para o conhecimento de sua ideia sobre a Constituição. Olhando para os Estados Unidos⁹⁶, e ao mesmo tempo com vistas para a realidade nacional, Campos Sales pôs em prática o sonhado federalismo por meio de uma política de diálogo com os

96. É importante não esquecer, como pondera Christian Lynch (2012, p. 153), que a reprodução do modelo norte-americano por Campos Sales também foi influenciada pela experiência constitucional da Argentina na década de 1850, que havia adaptado a Constituição dos Estados Unidos, com sucesso, à sua realidade nacional. Aponta o pesquisador que a “*república argentina era o modelo que permitia aos brasileiros serem modernos à americana, com o progresso material desmedido, mantendo o poder firme nas mãos da elite dirigente*” (2012, p. 158). Assim, de acordo com este entendimento, o caminho do constitucionalismo brasileiro para Washington passava, antes, por Buenos Aires. E, de fato, o próprio Campos Sales reconhecia a influência da constituição argentina no texto constitucional brasileiro, como também da constituição suíça. Permaneciam, de toda forma, em primeiro plano, os ideais do liberalismo federalista dos Estados Unidos (CAMPOS SALES, 1983, p. 129).

governos dos Estados, a famosa “*política dos governadores*” ou a “*política dos Estados*”, como ele mesmo preferia (1983, p. 120).

2.1 A essência do constitucionalismo de Campos Sales

A “*política dos governadores*” de Campos Sales é vista de diferentes maneiras sob a perspectiva constitucional dos cientistas políticos. Pela ótica de Renato Lessa, por exemplo, a política dos Estados pode ser classificada como uma rotina inventada na República, mas sem colorido ou brilho constitucional (2000, p. 13). Bolívar Lamounier, por outro ângulo, lembra que a mesma política dos governadores “*não mudava textualmente a Constituição, mas agredia-lhe o espírito*” (1999, p. 88). Em análise mais recente, Christian Lynch aponta que “*a política dos governadores não passava de um modelo operativo empírico por que as instituições funcionavam, a partir da interpretação que os agentes políticos conferiam às normas constitucionais*” (2012, p. 151). O certo é que foi a política institucional que, até o momento, mais durou no período republicano brasileiro, seja qual perspectiva se escolha como a correta.

Sem a intenção de esgotar o número de compreensões possíveis, este trabalho parte da premissa de que, na verdade, a política dos governadores nasceu para atender à realidade do país no contexto oligárquico. Neste sentido, parece ter razão Guerreiro Ramos quando afirma que “*não teria sido possível, sem tal expediente, ou coisa parecida, promover o mínimo de consenso entre as forças que realmente comandavam as situações nos Estados*” (1961, p. 70). Ao assim proceder, embora sem esta intenção declarada, a “*política dos Estados*” acabou por complementar politicamente a Constituição jurídica de 1891. Isto significa dizer que o texto constitucional elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte tinha permanecido até aquele momento como o último fundamento de validade apenas da ordem jurídica, e assim continuou após a invenção da

“*política dos governadores*” por Campos Sales. O que o Presidente fez foi criar outro mecanismo, mas de natureza política, que servisse de último fundamento de legitimidade da própria ordem política.

Assim, a “Constituição jurídica”, fruto do poder constituinte, passou a conviver harmoniosamente com a “Constituição política” derivada da “*política dos governadores*”⁹⁷. E foi justamente esta simbiose entre a “Constituição jurídica” e a “Constituição política” que permitiu a relativa estabilidade da República Velha até a Revolução de 1930. Esta pode ser considerada, em síntese, a essência do constitucionalismo de Campos Sales.

Reafirmando sua posição de conservador do *establishment* republicano, em discurso proferido em 18 de dezembro de 1902, logo após deixar a Presidência da República, Campos Sales deixava viva sua defesa pela manutenção do sistema jurídico consagrado no texto da Constituição de 1891. Para o Presidente, era preciso evitar o “*catalismo revisionista*” da Constituição (CAMPOS SALES 1983, p. 206).

Por esta razão, julgava inconsistente o argumento de que a reforma da Constituição seria necessária devido à imitação de modelos constitucionais que não estariam adaptados à realidade brasileira. Seguindo uma lógica de natureza positivista, o Presidente entendia que “*cabe a uns a primazia em determinada esfera da civilização humana, e a outros, que vêm marchando atrás, nunca foi vedado enveredar pelo caminho já trilhado, colhendo os benéficos frutos das posições alcançadas*” (CAMPOS SALES, 1983, p. 129). O importante, segundo Campos Sales, era verificar se o federalismo norte-americano era adaptável à realidade brasileira, e a esta questão o Presidente respondia com um sonoro “sim”, em razão da propaganda republicana que animava a história do Brasil.

Ao fim, nada impedia, para Campos Sales, de o Brasil trilhar o mesmo caminho dos Estados Unidos, por meio da importação cons-

97. Para uma análise mais detalhada, e também mais teórica, sobre a distinção entre “*constituição política*” e “*constituição jurídica*”, consultar a obra *Teoria do Estado* de Hermann Heller, com especial destaque para a tentativa de superação do debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a respeito da supremacia da “*constituição política*” ou da “*constituição jurídica*” (1968, p. 295-327).

tucional, e colher os frutos da árvore plantada com as sementes do liberalismo federalista. E é justamente este ponto, na perspectiva deste trabalho, que mais o aproxima de Rui Barbosa.

3. O constitucionalismo ideal de Rui Barbosa

O contraponto à política constitucional de Campos Sales é analisado neste trabalho por meio do pensamento constitucional de Rui Barbosa. Na condição de principal revisor da Constituição de 1891 e desiludido com a vida constitucional republicana em suas primeiras décadas, Rui Barbosa desenvolveu uma luta obstinada contra as oligarquias e a corrupção política, notadamente a partir da sua Campanha Civilista para a Presidência da República, em 1910.

De fato, contra a prática constitucional republicana que havia ganhado corpo no país, Rui Barbosa lutou de maneira fervorosa. Após ter participado como principal ator do Projeto de Revisão da Constituição de 1891, e de sua breve participação no Governo Provisório de Deodoro da Fonseca (1889-1891), como Ministro da Fazenda, ele passou a criticar de forma quase religiosa o governo republicano no Brasil.

Antes de entender a ideia constitucional de Rui Barbosa para seu país, é necessário compreender a sua filiação intelectual ao liberalismo, sobretudo de origem inglesa. Afinal, ele próprio jamais escondeu sua admiração pela monarquia britânica, tendo sido a Inglaterra a grande escola de seus princípios liberais. A maior prova disso era que, segundo o próprio Rui Barbosa, ninguém havia estudado mais do que ele, no Brasil, “*as coisas inglesas*” (1946, p. 302). Nada mais natural, portanto, do que seu esforço em tentar transformar o país por meio das instituições liberais, representadas pela existência do sistema representativo, de partidos políticos, do sufrágio, da divisão de poderes e das liberdades individuais, por exemplo.

No entanto, o lado monarquista e parlamentar de Rui Barbosa cederia espaço para a república presidencialista, tendo em vista

a resistência de o Império promover os interesses das províncias. Nem mesmo a proposta do gabinete de Ouro Preto, de “*descentralização de algumas funções administrativas*”, num dos últimos suspiros da monarquia, teve o poder de conter o ideal federalista de Rui (FAORO, 2012, p. 525).

Com isto, seus olhos e pensamentos voltaram-se para os Estados Unidos, a versão republicana da monarquia inglesa na América. Assim como Campos Sales, foi de lá que vieram suas inspirações, “*traço a traço*”, das instituições políticas brasileiras consolidadas no Projeto de Revisão da Constituição da Primeira República (BARBOSA, 1999, p. 85). Na condição de “*pai da Constituição*”, Rui admitiu textualmente que a sua obra constitucional decorreu “*de uma transplantação*”, para o Brasil, das ideias liberais da Constituição dos Estados Unidos da América (1999, p. 306).

E não se tratava de qualquer imitação. A “*maravilhosa democracia norte-americana*”, de acordo com Rui Barbosa (1956a, p. 58), depois das instituições liberais inglesas, era o que de melhor havia no mundo civilizado, e que se poderia copiar no Brasil. Na prática, a mudança, no mundo das ideias, saía da monarquia parlamentar inglesa para a república presidencialista norte-americana, sistema considerado mais adequado ao princípio federalista. Permaneciam, a todo preço, os princípios liberais que guardavam a essência da constituição. Aliás, ele rejeitava qualquer importação de modelos da Alemanha ou da Rússia, por exemplo, onde reinavam, em sua concepção, a barbárie e a anarquia (1956b, p. 37).

Certamente este é o ponto que mais aproxima Rui Barbosa de Campos Sales, tendo em vista a defesa não só do liberalismo constitucional norte-americano, mas principalmente do ideal federalista. De fato, o federalismo, em especial, é um dos pontos de partida de ambos os pensamentos. Embora não tivesse conspirado para a Proclamação da República, como o fez Campos Sales, Rui Barbosa, àquela altura, adotava o ideal federalista independentemente da

forma de governo, republicana ou monárquica (1946, p. 301-302)⁹⁸. E isto a despeito de sua longa e declarada admiração pela monarquia constitucional. A grande diferença seria que, enquanto Campos Sales adotaria um ideal federalista acentuado, com a defesa da soberania dos Estados, Rui defenderia um federalismo atenuado, dado o perigo das oligarquias locais⁹⁹.

A postura constitucional de Rui Barbosa é vista por Wanderley Guilherme dos Santos como pertencente à tradição do “*liberalismo doutrinário*” brasileiro, “*com suas crenças inabaláveis de que boas leis criam boas e eficientes instituições, e que boas instituições garantem a qualidade moral do sistema*” (1978, p. 97). O objetivo de Rui Barbosa era, segundo este diagnóstico, elevar o Brasil ao patamar das nações civilizadas pelo caminho do respeito às leis e à Constituição. Seriam, assim, as instituições liberais que serviriam de instrumento para se chegar ao próprio liberalismo, como sugere a análise de Bolívar Lamounier (1999, p. 112).

Em consequência, a argumentação de Rui Barbosa nunca se voltava contra as instituições transplantadas no Brasil, consideradas ótimas, mas sempre contra a imoralidade política e as frequentes violações constitucionais. Os problemas, portanto, não estavam atrelados à teoria ou às instituições, mas à realidade política.

Na esfera da coisa pública, o ataque de Rui Barbosa dirigia-se, em especial, contra as oligarquias, que haviam usurpado a soberania nacional justamente em nome do regime constitucional republicano, o que ele classificava como uma postura de verdadeira “*falsidade constitucional*”¹⁰⁰ (1956a, p. 33-34). Embora compartilhassem

98. Como igualmente registra Raymundo Faoro, “*Rui Barbosa, ao recolher, no Partido Liberal, o bastão de comando da causa* [descentralizadora], *reclamará a federação, com ou sem a coroa*” (2012, p. 523).

99. Até mesmo Oliveira Vianna, em um dos raros momentos em que rende elogios a Rui Barbosa, atestava que Rui tinha “*um sentimento muito vivo da nacionalidade brasileira, da grandeza e do prestígio do Brasil, da sua projeção sobre o Continente: o seu federalismo era, por isto, temperado e comedido, revelando um traço de moderação*” (1999, p. 375).

100. Em expressão semelhante à empregada por Rui, Raymundo Faoro fala em “*hipocrisia constitucional*”. Neste sentido, valendo-se da famosa classificação das cons-

a admiração pelo constitucionalismo norte-americano, talvez seja exatamente essa a maior divergência do seu pensamento em relação ao de Campos Sales, pois Rui lutava justamente contra o poder das oligarquias oriundas da política de Campos Sales.

3.1 A ideia de fortalecimento do Poder Judiciário

Para garantir o sucesso de sua ideia constitucional, Rui defendeu também uma postura ativa do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, como exposto no discurso *O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira*, proferido no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de Presidente da instituição, em 19 de novembro de 1914. Naquela ocasião, Rui buscou explicar que o aspecto jurídico poderia definir o conteúdo do político em determinadas situações, uma vez que *“o efeito da interferência da justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial”* (1999, p. 188). Esta ação de dominação do político pelo jurídico deveria acontecer, em última instância, justamente mediante a interpretação constitucional por parte da Suprema Corte, como acontecia nos Estados Unidos¹⁰¹.

Buscando resguardar o Supremo Tribunal Federal dos arbítrios dos demais Poderes, o próprio Rui Barbosa teve a preocupação de estipular no texto da Constituição um número fixo de juízes naquela Corte, com o intuito de evitar a frequente mudança de composição do Tribunal, ao sabor das circunstâncias políticas, como acontecia nos Estados Unidos (1999, p. 162). Na verdade, a preocupação

tituições de Karl Loewenstein, Raymundo Faoro aponta que a Constituição de 1891 tinha, com ressalvas para a valorização federalista, *“caráter puramente nominal, como se ela estivesse despida de energia normativa”*, num cenário em que *“as ficções constitucionais assumem o caráter de um disfarce, para que, à sombra da legitimidade artificialmente montada, se imponham as forças sociais e políticas sem obediência às fórmulas impressas”* (2012, p. 533).

101. Como anotava João Barbalho ainda naquela época, ao Supremo Tribunal Federal, na Constituição de 1891, *“ficou competindo a missão de interpretar final e guarda da Constituição, com poderes para definitivamente resolver os conflitos, no domínio constitucional”* (UCHÔA CAVALCANTI, 1902, p. 10).

de Rui decorria da sua própria filiação teórica ao constitucionalismo federalista norte-americano, que considerava o Poder Judiciário o mais fraco dentre os Poderes do Estado¹⁰². Daí sua apreensão em fortalecê-lo. Assim, rejeitava com franca ironia o argumento, considerado “*balela jurídica*”, de que estaria “*reservado ao Brasil descobrir, no jogo normal das instituições que copiamos aos Estados Unidos, a ditadura judiciária*” (BARBOSA, 1999, p 178).

Contudo, a despeito da sua preocupação em resguardar o Supremo Tribunal Federal dos abusos dos outros Poderes, esta construção de política constitucional parecia não surtir efeitos práticos, dado que os outros Poderes resistiam em cumprir as decisões da Corte, sob a alegação de que o caso era político (1999, p. 164)¹⁰³. E não só os outros Poderes se valiam do argumento de que o caso era político na tentativa de afastar a atividade jurisdicional. O próprio Supremo Tribunal Federal utilizou esse fundamento para não julgar determinados assuntos considerados políticos.

Talvez o exemplo mais emblemático seja o resultado do primeiro *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa na Corte, certamente um dos julgamentos mais famosos do Supremo Tribunal Federal durante a República Velha, senão o mais conhecido de todos¹⁰⁴. Por ocasião do julgamento do *habeas corpus*, realizado no dia 23 de abril de 1892, Rui colocava em pauta o próprio destino da Corte (1892, p. 58).

Em breve histórico dos fatos, contados por João Mangabeira (1999, p. 80), com a renúncia de Deodoro da Fonseca da Presidên-

102. Segundo o constitucionalismo federalista norte-americano, por não dispor da “*bolsa*”, pertencente ao Legislativo, nem da “*espada*”, em poder do Executivo, “*o Poder Judiciário está sempre em perigo de ser intimidado, subjogado ou seduzido pela influência dos poderes rivais*”, sendo que, “*pela natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la*” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, 2003, p. 458). Neste ponto, os federalistas foram influenciados pelas ideias de Montesquieu, para quem “*dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo*”, em sua clássica concepção de que o juiz é apenas a “*boca da lei*” (MONTESQUIEU, 2000, p. 172-175).

103. Como registra Raymundo Faoro, “*não admitirá, senão nominalmente, a superioridade arbitral do Supremo Tribunal Federal, na forma do pensamento de Rui Barbosa e da tradição norte-americana*” (2012, p. 533).

104. HC nº 300 impetrado em 18 de abril de 1892 e julgado em 23 de abril daquele ano (BARBOSA, 1892).

cia da República, treze generais entregaram um manifesto ao Vice-Presidente, Floriano Peixoto, para que fossem abertas as eleições em razão da sucessão presidencial. Floriano respondeu, em poucos dias, com a decretação do estado de sítio por meio do Decreto do dia 10 de abril de 1892, e com a prisão de vários envolvidos.

Em defesa de quarenta e sete presos em razão da decretação do estado de sítio, Rui Barbosa impetrou *habeas corpus* na Corte com o objetivo de que fosse concedida liberdade aos detidos, considerados presos políticos. O resultado do julgamento consistiu justamente em deixar a questão na órbita política, ao negar a concessão da liberdade aos detidos, sob o fundamento de que “*não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do poder executivo ou legislativo*”¹⁰⁵ (BARBOSA, 1892, p. 268).

3.2 O desencanto constitucional

Para finalizar, se há um ponto que merece ser destacado como elemento que liga o Rui Barbosa do início de sua escalada política contra a forma republicana vigente no Brasil ao da sua última Campanha Presidencial, e que pode ser visto como chave para entender sua desilusão com a vida constitucional brasileira, é o da “*deserção republicana*” (1956a, p. 8). Rui não se conformava com o fato de que, desde os primeiros ataques ao regime constitucional republicano, ninguém saísse em defesa da Constituição. Assim, pior do que “*os atentados monstruosos*” contra a República, eram “*a prostração popular, o marasmo público, a subserviência nacional, que os suporta*” (BARBOSA, 1946, p. 305). Daí a sua indignação com o fato de “*todos os responsáveis pelo regime*” terem abandonado a Constituição como uma “*criatura avariada no berço*”, num momento em que “*as esperanças constitucionais haviam desaparecido num eclipse de todas as liberdades*” (BARBOSA, 1956a, p. 8).

105. Este seria o entendimento da Corte por muito tempo. Como anota Tavares de Bastos em *O Habeas-Corpus na República*, escrito em 1911, a Suprema Corte passou a entender que “*tratando de crime político, com relação ao estado de sítio declarado em lei, não se concede ordem de habeas corpus*” (BASTOS, 1911, p. 132).

Como bem observou San Tiago Dantas, todos os dons de Rui Barbosa carregariam “*de uma energia emocional indestrutível, o vínculo eletivo que o prenderia à sociedade de que estava fadado a ser o ideal*” (BARBOSA, 1966, p. 68). Rui saía, assim, com o poder da palavra e em nome da supremacia constitucional, “*na defesa solitária de uma República ideal, utópica*”, na busca de uma “*democracia impossível*” (LYNCH, 2010, p. 40-41). No final das contas, como “*pai da Constituição*”, Rui não conseguia imaginar como todos podiam ter deixado no berço, sem qualquer amparo, aquela sua preciosa criação jurídica, fruto de inspiração da “*maravilhosa*” democracia norte-americana. Era como se não houvesse, na embrionária sociedade republicana brasileira, nenhum resquício de sentimento ou de vontade para sustentar e defender o seu constitucionalismo ideal.

4. Conclusão

Em suma, as preferências constitucionais de Campos Sales e Rui Barbosa eram abertamente derivadas dos ideais norte-americanos, consubstanciados na quase imutável Constituição americana de 1787. É evidente, no entanto, que o propósito de Rui Barbosa em adotar estes valores foi muito mais enfático do que o de Campos Sales. Basta lembrar, por exemplo, o empenho pessoal de Rui, na condição de revisor da Constituição de 1891, em criar uma Corte Constitucional brasileira espelhada na Suprema Corte dos Estados Unidos.

Todavia, muito embora o Brasil e os Estados Unidos guardassem, e ainda guardem, muitas semelhanças estruturais, como a grandeza territorial e o passado colonial escravagista, a transplantação das instituições norte-americanas em terras tupiniquins parece ter encontrado resistência na realidade local. Neste sentido, parece correto afirmar que a importação daquelas ideias constitucionais não aconteceu em um encaixe perfeito.

Várias ideias de Campos Sales, por exemplo, apesar de inspiradas no modelo norte-americano, foram uma clara adaptação ao meio nacional. A lógica do federalismo centrado na “política dos

governadores” foi inegavelmente uma inversão das ideias dos federalistas americanos. De fato, lá o momento constituinte exigiu o fortalecimento do poder central em detrimento da soberania dos Estados Confederados (federalismo centrípeto). Aqui, a Proclamação da República provocou o enfraquecimento do poder central e o empoderamento das antigas províncias (federalismo centrífugo). A transfiguração institucional do federalismo de Campos Sales, fortemente marcada pelo elemento oligárquico, revelou ser muito mais do que uma simples questão de nomenclatura. Embora inspirada no modelo federalista dos Estados Unidos, assumiu feições muito distintas no Brasil, e orientou toda a política constitucional da Primeira República. No mesmo sentido, a ideia de Rui Barbosa em criar uma Corte Constitucional brasileira como espelho da Suprema Corte americana parece não ter surtido os efeitos imaginados.

Estas breves considerações, além de comprovarem o quão rico é o potencial teórico sobre a nossa própria trajetória constitucional – ilustrada neste trabalho pelas ideias de apenas dois dos clássicos do pensamento constitucional brasileiro –, revelam que existem traços do constitucionalismo pátrio, inspirado na Constituição americana, que merecem estudos mais aprofundados e mais atenção dos pesquisadores, de modo que seja possível entender as origens e particularidades do nosso constitucionalismo.

5. Referências

BASTOS, José Tavares. **O Habeas-Corpus na República**. Rio de Janeiro, Paris: H. Garnier, Livreiro-Editor, 1911.

BARBOSA, Rui. **Cartas de Inglaterra**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 23 v, 1946.

_____. **Campanha Presidencial**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 46 v, t. 1, 1956a.

_____. **Campanha Presidencial.** Rio de Janeiro: Ministério da Educação e da Cultura, 46 v, t 2, 1956b.

_____. **Escritos e Discursos Seletos.** Rio de Janeiro: Companhia Aguilar, 1966.

_____. **O Estado de Sítio:** Sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.

_____. **Pensamento e Ação de Rui Barbosa.** Brasília: Senado Federal, 1999.

CAMPOS SALES, Manuel Ferraz de. **Da Propaganda à Presidência.** Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

_____. **Manifesto e Mensagens.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

_____. **Manifesto Inaugural.** Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1898.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** Formação do Patronato Político Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HELLER, HERMANN. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LAMOUNIER, Bolívar. **Rui Barbosa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LESSA, Renato. A Invenção Republicana. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 5, n. 10, p. 9-38, 2000.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Liberalismo Monárquico e o Conservadorismo Republicano: a democracia impossível de Rui Barbosa. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, Rio de Janeiro, p. 39-65, dez. 2010.

_____. O Caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, p. 149-196, v. 27, n. 78, fev.2012.

MANGABEIRA, João. **Rui: O Estadista da República**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios: Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Alberto Guerreiro. **A Crise do Poder no Brasil**. Rio de Janeiro, Zahar, 1961.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

UCHÔA CAVALCANTI, João Barbalho. **Commentarios à Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 1999.

**ORGANIZAÇÕES
INTERNACIONAIS E
REFUGIADOS**

A COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Aline Vogel¹⁰⁶ e Tobias Grippa¹⁰⁷

I - Introdução

Criada pela Resolução 174 (II) da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Comissão de Direito Internacional encontra seu fundamento e razão de existir no artigo 13, 1, *a* da Carta das Nações Unidas¹⁰⁸, sendo a responsável pela codificação do Direito Internacional costumeiro, conferindo, assim, maior segurança jurídica à Sociedade Internacional e, ainda, ajudando a promover o desenvolvimento deste conforme se configura a prática reiterada e aceita como *opinio juris* por parte dos Estados.

Dentre as suas grandes contribuições, destacam-se a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986. Isso

106. Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Pesquisa em Responsabilidade do Estado, Uso da Força e Bloco de Constitucionalidade no Direito Internacional, coordenado pelo Professor Pedro Sloboda (UFRJ/IDEG).

107. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Pesquisa em Responsabilidade do Estado, Uso da Força e Bloco de Constitucionalidade no Direito Internacional, coordenado pelo Professor Pedro Sloboda (UFRJ/IDEG).

108. "Artigo 13.1. A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional **e a sua codificação**; (...)". (Sem grifo no original).

porque esses dois diplomas legais codificaram normas costumeiras, o que tornou sua observância mais acessível, além de facilitar a aplicação de sanções em caso de descumprimento.

É justamente com o intuito de codificar o Direito Internacional costumeiro que essa Comissão elabora o Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ato Internacionalmente Ilícito, cujas edições foram concluídas sob a relatoria de James Crawford em 2001.

Para Alain Pellet, a responsabilidade é o corolário do Direito Internacional, a melhor prova da sua existência, a medida mais credível da sua efetividade. Mais do que isso, ela é o mecanismo regulatório inevitável pelo qual o conflito entre o duplo significado da soberania (a soberania como poder supremo e ilimitado do Estado, em seu âmbito interno, e como poder igualitário, no âmbito externo) é mediado e os direitos de cada Estado podem se opor àqueles de todos os outros Estados¹⁰⁹.

Conceito similar é aquele apresentado por Malcolm Shaw, que entende que a responsabilidade dos Estados deriva da natureza do sistema jurídico internacional e das doutrinas de soberania e igualdade dos Estados – segundo o autor, toda vez que um Estado comete um ilícito internacional contra outro, cria-se responsabilidade internacional entre os dois. Assim, a violação de uma obrigação internacional daria origem a uma exigência de reparação¹¹⁰.

O objetivo deste artigo é analisar, a partir da evolução dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional, se a Responsabilidade Internacional do Estado, atualmente, deve ser caracterizada como subjetiva (posicionamento conhecido como “teoria da culpa”) ou objetiva (como sustentado pela chamada “teoria do risco”). Para tanto, será estudada, em primeiro lugar, a doutrina

109. PELLET, Alain. **The Definition of Responsibility in International Law**. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 3-4.

110. SHAW, Malcolm. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p. 572.

internacionalista brasileira; posteriormente, passar-se-á à análise da doutrina estrangeira e do desenvolvimento da ideia no bojo da Comissão, que contou com diferentes relatores para o Projeto acerca do tema, consubstanciando-se, por fim, o fenômeno denominado “Revolução Ago”. Por fim, conclui-se que a Responsabilidade Internacional do Estado é objetiva, sem prejuízo da possibilidade de as normas primárias exigirem um elemento subjetivo para a caracterização de ilícito internacional.

II - A Responsabilidade do Estado na Doutrina Jusinternacionalista Brasileira

No contexto da doutrina jusinternacionalista brasileira, há divergências a respeito de algumas características essenciais à ideia da responsabilidade do Estado. Uma questão que gera controvérsia é o caráter da responsabilidade: enquanto os defensores da teoria da culpa defendem ser esta subjetiva, aqueles adeptos da teoria do risco acreditam que a mesma seja objetiva.

Segundo descreve Shaw, o princípio da responsabilidade objetiva sustenta que a responsabilidade do Estado é absoluta: uma vez ocorrido um ato ilegal perante as normas de Direito Internacional, que tenha sido cometido por um agente do Estado, esse Estado será responsável para com o Estado que sofreu o dano¹¹¹, independentemente de a conduta ter sido dotada de boa ou de má-fé. De maneira contrária, o conceito da responsabilidade subjetiva pressupõe que é necessário um elemento de conduta subjetiva – podendo este ser o dolo ou a negligência - por parte do indivíduo envolvido para que seu Estado seja considerado responsável pelo dano causado¹¹².

111. A questão do dano é outra que suscita grande debate entre a doutrina - isso porque há discordância acerca da necessidade ou não da existência deste para o ensejo da responsabilidade do Estado. Há os que afirmem que só há responsabilidade quando, do ilícito internacional, é gerado um dano; há, ainda, os que entendem que do simples ilícito decorre a responsabilidade, sem se fazer essencial que ocorra dano causado pelo mesmo. Entretanto, não nos aprofundaremos nessa discussão no presente momento, sendo o tema consideravelmente amplo.

112. SHAW, Malcolm N.. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, pp. 575-576.

No Brasil, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio e Paulo Casella adotam a teoria da culpa, afirmando que a responsabilidade do Estado é subjetiva. O elemento “culpa”, por parte do Estado, configuraria uma condição essencial para que esse fosse passível de responsabilização internacional por ato internacionalmente ilícito¹¹³.

Nessa mesma linha de raciocínio, Marcelo Varella afirma que:

“A regra é a responsabilidade subjetiva, excluindo-se os danos em que não houve culpa. (...) A regra geral é o reconhecimento da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, com culpa do Estado”¹¹⁴.

Mais do que isso, Celso de Albuquerque Mello, Valério Mazzuoli e Sidney Guerra falam em uma predominância, por parte da jurisprudência internacional, da responsabilidade subjetiva, afirmando ser a teoria da culpa a mais adotada pelas cortes e tribunais internacionais. O principal argumento invocado seria o de que tal teoria confere maior proteção ao Estado¹¹⁵. Entretanto, cabe salientar que a segurança jurídica se faz importante no contexto das Relações Internacionais e principalmente do Direito Internacional Público Contemporâneo, sendo a teoria do risco capaz de melhor assegurar a preservação desse aspecto.

Por sua vez, o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça e ex-Ministro das Relações Exteriores do Brasil Francisco Rezek parece

113. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 346.

114. VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 440.

115. Para Celso de Albuquerque Mello, “a jurisprudência internacional consagra ainda predominantemente a teoria da culpa (que protege mais o Estado)”: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Vol. I, pp. 527-529. Para Mazzuoli, “a jurisprudência internacional (...) ainda continua se utilizando em larga escala da teoria subjetivista (ou teoria da culpa), que protege mais o Estado do que a teoria objetivista ou do risco”: MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 599. E igualmente para Sidney Guerra, “a jurisprudência internacional consagra predominantemente a teoria da culpa que defere maior proteção ao Estado”: GUERRA, Sidney. **Curso de Direito internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 179.

defender também a responsabilidade subjetiva, mas sem a necessidade do elemento “dolo”. Para ele:

“Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a culpa subjetiva: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes, e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização. Muitos são os casos em que a falta consiste apenas na insuficiência de zelo ou diligência no tocante à preservação da ordem pública (daí resultando injúria sobre pessoas ou bens estrangeiros), ou à garantia de segurança em áreas pelas quais o Estado é responsável, como seu mar territorial. Igualmente certo, contudo, é que não se admite em direito das gentes uma responsabilidade objetiva, independente da verificação de qualquer procedimento faltoso, exceto em casos especiais e tópicos, disciplinados por convenções recentes.”¹¹⁶.

Assumindo posicionamento diverso, Alberto do Amaral Júnior afirma que “a culpa não é elemento do ato ilícito no plano internacional”¹¹⁷.

Observa-se, dessa forma, que a doutrina brasileira pende para um posicionamento majoritário no sentido da responsabilidade subjetiva. Entretanto, como veremos a seguir, a evolução do conceito no âmbito internacional traça outro caminho.

116. REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 322.

117. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 342.

III - A “Revolução Ago”

Com fulcro no artigo 18 do Estatuto da Comissão de Direito Internacional (CDI), de 1947¹¹⁸, esta mesma Comissão adotou o tópico da Responsabilidade Internacional na sua primeira sessão de 1949. Em 1955, García Amador foi nomeado o seu primeiro relator especial. Entre 1956 e 1961, o professor cubano elaborou seis relatórios, nos quais se limitou a dissertar sobre a Responsabilidade do Estado por dano causado em seu território contra pessoa ou propriedade estrangeira. A Comissão os examinou superficialmente, alegando estar ocupada com a codificação de outras áreas do direito internacional.

Assim, foi em 1963 que a codificação do instituto da responsabilidade internacional do Estado ganhou força, com a nomeação de Roberto Ago para o cargo de relator especial. A partir de seus trabalhos, algumas definições mais claras em relação à ideia de responsabilidade foram firmadas.

A distinção do professor italiano entre normas primárias e secundárias, juntamente com a ideia de que o estudo dos delitos internacionais começa sob a ótica da responsabilidade - isto é, mais do ponto de vista das consequências do delito do que daquele tocante às suas características ou elementos constitutivos - já havia sido apresentada em 1939, no curso que ministrou na Academia de Direito Internacional de Haia. Essas noções consubstanciam a chamada “Revolução Ago”¹¹⁹.

Em síntese, as normas primárias são aquelas cuja violação acarreta responsabilidade internacional, ou seja, as normas substantivas de direito internacional. Já as normas secundárias são

118. “Article 18. 1. La Commission recherche, dans l'ensemble du droit international, les sujets appropriés de codification, en tenant compte des projets existants, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou non. 2. Lorsqu'elle juge la codification d'un sujet nécessaire ou désirable, elle soumet ses recommandations à l'Assemblée générale. 3. Elle donne priorité à toute demande de l'Assemblée générale de traiter une question.” Disponível em <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/texts/instruments/french/statute/statute.pdf&lang=EF&referer=http://legal.un.org/ilc/>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

119. PELLET, Alain. **The ILC's Articles On State Responsibility for International Wrongful Acts and Related Texts**. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 76-77.

aquelas de responsabilidade internacional, as que determinam as consequências legais da inobservância das obrigações estabelecidas pelas normas primárias¹²⁰. Tais expressões foram primeiramente utilizadas por Herbert Brigs, no Projeto de 1929 da Escola de Direito de Harvard sobre a responsabilidade dos Estados por danos causados em seu território à pessoa ou propriedade estrangeira. De acordo com Eric David, apesar das ambiguidades, este trabalho utilizou na maior parte das vezes o termo “Responsabilidade” corretamente, tendo o empregado de forma a designar uma obrigação secundária, que encontra sua fonte na não observância de uma obrigação primária de Direito Internacional¹²¹. Além disso, o professor belga aponta, como uma distinção ocasionalmente artificial, um campo particular no qual a existência de normas secundárias autônomas pode gerar discussões, qual seja o campo das circunstâncias excludentes de erro. Não obstante a afirmação de Riphagen de que as regras sobre circunstâncias excludentes de erro tendem a romper a conexão lógica entre a violação de uma obrigação, a responsabilidade e o seu conteúdo, a questão veio a ser elucidada por Ago - considerando que se tratam, essencialmente, de normas relativas a comportamento, o autor entendeu que estas se encaixavam melhor entre as normas primárias¹²².

A partir desta distinção, Roberto Ago revolucionou o entendimento sobre a Responsabilidade Internacional do Estado, passando esta a ser vista como objetiva, sem prejuízo da possibilidade de as normas primárias exigirem um elemento subjetivo. Dessa forma, não seria necessário um elemento de conduta subjetiva (dolo ou culpa), por parte do Estado que comete a conduta, puramente para a responsabilização por ato internacionalmente ilícito – a única hi-

120. DAVID, Eric. **Primary and Secondary Rules**. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 27.

121. DAVID, Eric. *Ibid*, p. 28.

122. DAVID, Eric. *Ibid*, pp. 28-29.

pótese de necessidade desse elemento é se, na definição legal da própria norma primária, o dolo ou a culpa são essenciais à caracterização do ilícito. A respeito disso, pode-se citar o crime de genocídio como o melhor exemplo de norma primária cuja configuração de violação depende de elemento subjetivo. Isso porque, de acordo com a Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948:

Artigo 2º. Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos cometidos **com a intenção** de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, técnico, racial ou religioso como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter **intencionalmente** o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. (Sem grifo no original).

Como é possível inferir do texto legal supracitado, não há prática de crime de genocídio sem o elemento subjetivo do dolo (intenção). Trata-se de um *dolus specialis*, porque deve haver a intenção de destruir, total ou parcialmente, um determinado grupo. Nesse sentido, essa característica faz-se necessária, por óbvio, para a responsabilização do Estado que assim agir.

Em 1979, foi nomeado como novo relator especial da Comissão para o tema da Responsabilidade Internacional do Estado Willem Riphagen, que apresentou à mesma sete relatórios entre 1980 e 1986. Segundo Alain Pellet, esses relatórios constituíram um parêntese no desenvolvimento do instituto da responsabilidade, sen-

do pouco aproveitados – apenas uma pequena parte dos artigos propostos por Riphagen, que produziria relatórios excessivamente teóricos e usaria de demasiada abstração, foram adotados¹²³.

O quarto relator especial da Comissão para a Responsabilidade Internacional do Estado foi Gaetano Arangio-Ruiz, que seria uma espécie de moralista. Pellet faz uma comparação entendendo que, enquanto Ago sabia como construir um sistema coerente de responsabilidade, Arangio-Ruiz estaria inspirado, acima de tudo, a moralizar o Direito Internacional. Dessa forma:

“The emphasis Arangio-Ruiz placed on grand utopian principles (on which he insisted in particular during the discussion of Part Three concerning the settlement of disputes) resulted in a certain indifference to other, more technical aspects of the draft. As a consequence, the provisions of Part Two of the 1996 text, and especially the second chapter concerning the rights of the injured State and reparation, are sometimes very short, not to say cryptic.”¹²⁴

Apesar desse fator, em 1996 o Projeto de Artigos foi oficialmente adotado pela primeira vez. Porém, já em 1997, James Crawford foi nomeado como quinto relator especial da Comissão para o assunto. O professor australiano exerceu importante influência, tendo o auxílio de grupos de trabalho, sabendo ouvir críticas atentamente e dedicando-se a concluir o projeto até 2001. Neste ano, foi criado um grupo com onze membros que tinham a função de revisar os comentários que o relator faria aos artigos – comentários esses que são de grande relevância para a plena compreensão do referido pro-

123. PELLET, Alain. **The ILC's Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts**. In CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 80.

124. PELLET, Alain. *Ibid.*, p. 81.

jeto¹²⁵. Nessa esteira, o Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Responsabilidade Internacional dos Estados de 2001 foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 56/83, de 12 de dezembro daquele ano; em adição, a Assembleia recomendou-o à atenção dos governos.

A respeito do caráter da Responsabilidade do Estado, James Crawford sustenta não haver caráter objetivo nem subjetivo, no sentido de que há somente responsabilidade em caso de ilícito internacional. O autor traça um paralelo com o fato de que não há, no Projeto de Artigos de 2001, possibilidade de responsabilização penal de um país; assim, não se lida com o que seria uma concepção de crimes de Estado, concepção essa que aparecia em alguns dos trabalhos mais antigos da Comissão sobre o tema. Essa inexistência de uma figura de crime internacional de Estado desemboca na desnecessidade do elemento culpa para fins de responsabilização, já que um Estado não poderia ser considerado responsável por um crime sem um elemento subjetivo. Ademais, Crawford afirma que provar a intenção de cometer ilícito ou negligência por parte de quem o faz é uma árdua tarefa, que se torna ainda mais difícil quando a ação ou omissão parte de um indivíduo ou grupo de indivíduos que representam um Estado. Em suma:

“Once more, it should be stressed, state responsibility is predicated on a principle of ‘objective’ liability, in the sense that once the breach of an obligation owed under a primary rule of international law is established, this is *prime facie* sufficient to engage the secondary consequences of responsibility. Unless otherwise provided, no delinquency, *culpa* or *mens rea* need be proved, although certain manifestations of the ‘intention’ or ‘design’ behind state action may be relevant to the justi-

125. PELLET, Alain. *Ibid.*, pp. 83-84.

fications and excuses contained within ARSIWA Articles 20-25, for example in cases of duress or coercion.”¹²⁶

Desse modo, desde o advento da “Revolução Ago”, a Responsabilidade do Estado é tida como objetiva. Além do próprio professor italiano, os seus sucessores na relatoria da Comissão de Direito Internacional seguiram a sua distinção entre normas primárias e secundárias, bem como a idéia da inexistência de necessidade de qualquer elemento subjetivo para que se caracterize a responsabilidade, sem prejuízo das normas primárias para as quais a violação depende de elemento subjetivo.

IV - Conclusão

O tema da Responsabilidade Internacional do Estado, apesar de posto em voga pela primeira vez há muitas décadas, vem ganhando contornos mais específicos somente nestas últimas. Dada a complexidade que envolve todo o âmbito das Relações Internacionais e do Direito Internacional Público, não é difícil de compreender tal questão: a prática de cada Estado é permeada, principalmente, pelos interesses deste, e reconhecer que seus atos devem ser limitados por uma ordem jurídica comum à sociedade internacional como um todo - que contém ainda um sistema de sanções para o caso de descumprimento de normas - é reconhecer que sua soberania não é absoluta e sim existente em determinada medida. Esse aspecto representa certa dificuldade para o desenvolvimento do Direito Internacional Contemporâneo, bem como de qualquer assunto específico pertinente ao ramo.

Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas faz-se extremamente importante por ter dupla função: em primeiro lugar, esta serve para codificar o costume internacional - isto é, aquela prática geral e reiterada, aceita como Direito pela

126. CRAWFORD, James. **State Responsibility: The General Part**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 61.

comunidade internacional – e, em segundo lugar, para auxiliar no desenvolvimento progressivo do Direito Internacional Contemporâneo.

No tocante ao instituto da Responsabilidade Internacional do Estado, a Comissão proporcionou essencial contribuição, iniciando as discussões sobre o mesmo em 1949. Entre os cinco relatores especiais designados para a tarefa de estudar e elaborar algo que pudesse ser utilizado como norte pelo Direito Internacional, destacou-se Roberto Ago que, a partir de 1963, revolucionou a forma como a responsabilidade internacional é vista. Ago fez a distinção entre normas primárias e secundárias, sendo aquelas as cuja inobservância gera responsabilidade internacional e essas as que versam sobre a própria responsabilidade, determinando as consequências para o caso de descumprimento das primeiras.

Partindo disso, é possível resolver uma controvérsia antiga a respeito do caráter da responsabilidade dos Estados. A responsabilidade é objetiva, de acordo com as normas secundárias, pois não há necessidade de elemento subjetivo (*dolo* ou culpa) na conduta de quem pratica o ato internacionalmente ilícito puramente para a responsabilização do mesmo; entretanto, não se deve ignorar o fato de que algumas normas primárias, como é o caso daquela que proíbe o genocídio, exigem por si só um desses elementos (na hipótese citada, o *dolo*) para caracterização do próprio ilícito.

Conclui-se, por fim, que a contribuição de Roberto Ago como relator da Comissão foi de extrema relevância para o pleno entendimento da noção de Responsabilidade Internacional do Estado, ao ponto de ser possível nomear o resultado de seus trabalhos como “Revolução Ago”. Esse fenômeno fortaleceu a teoria da responsabilidade objetiva, que hoje constitui a corrente majoritária da doutrina jusinternacionalista¹²⁷.

127. Segundo Shaw, “A jurisprudência e a doutrina estão divididas sobre essa questão, embora a corrente majoritária tenda para a teoria da responsabilidade objetiva e absoluta”: SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes,

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASSELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon. **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CRAWFORD, James. **State Responsibility: The General Part**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- EVANS, Malcolm. **International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- SHAW, Malcolm. **Direito Internacional**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

2010, p. 576.

VARELLA, Marcelo. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

PELO DIREITO A VOTO PARA REFUGIADOS NO BRASIL

Arthur Gustavo Saboya de Queiroz¹²⁸

1 Introdução

O problema da existência de refugiados alcançou maior visibilidade nos últimos anos em virtude das fugas destes de países em guerra civil, sobretudo na Síria e no Congo. Aflitos para escapar dos conflitos, o fazem através de trajetos em condições bastante adversas, como pelo mar, por intermédio de embarcações clandestinas superlotadas, resultando muitas vezes em mortes decorrentes de naufrágio ou de superlotação. Com o constante aumento do número de pedidos de refúgio, ganha força a pauta da efetivação dos direitos dessas comunidades, inclusive no Brasil.

O Brasil não está entre os países que mais recebem refugiados no mundo. Não obstante, segundo dados do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o número de indivíduos com essa condição reconhecida aumentou de 3.904 em 2010 para 8.863 em abril do ano corrente, um aumento percentual de 127%¹²⁹. Esse grande aumento demonstra a premente necessidade de respostas do poder público, sobretudo no resguardo dos direitos fundamentais desse grupo e mesmo

128. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Aluno das especializações em Direito e Relações Internacionais da Universidade de Fortaleza e em Filosofia e Teoria do Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Núcleo de Estudos Internacionais da Universidade de Fortaleza. Advogado, membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/CE. E-mail: arthur_agsq@hotmail.com.

129. Dados retirados de: BRASIL. Comitê Nacional para os Refugiados. **Sistema de Refúgio brasileiro**: desafios e perspectivas. Brasília, 2016. p. 16. <<http://bit.ly/2ciJS-GF>>. Acesso em 05 set. 2016.

na ampliação das garantias a eles concedidas. Acerca dessa última, o direito a voto consiste em uma das possibilidades mais controversas.

Notoriamente, o direito a voto em eleições é um dos pressupostos de um regime democrático. Para tê-lo garantido no Brasil, têm-se como um dos requisitos a condição de nacionalidade, seja ela decorrente de naturalização ou pelo nascimento. Como exceção, é garantido o direito a voto aos portugueses, em virtude da afinidade histórica e da reciprocidade da medida. A restrição, como regra, da prerrogativa a nacionais ocorre por uma questão de soberania, visando garantir a segurança nacional, evitando riscos de uma possível (mas seguramente improvável) interferência estrangeira. Tal preocupação, contudo, é extrema, longe de representar um consenso na prática internacional. Com efeito, não são raros os países que concedem direito a voto para estrangeiros residentes em seu território.

Dessa forma, para que um refugiado tenha essa prerrogativa, nos moldes atuais, é necessária sua naturalização. Tal medida, no entanto, restringe bastante a conquista desse direito, posto que a Constituição Federal impõe o tempo mínimo de 15 anos ininterruptos de moradia para que estrangeiros em geral possam requerer essa qualidade. Essa necessidade oferece algumas críticas, como a exigência de adesão do estrangeiro à nação, enquanto esta deve ser vista como uma associação, além da necessidade de perda, como regra, da nacionalidade originária do indivíduo, situação extremamente inviável para um refugiado, tendo em vista que esse instituto que o resguarda possui caráter temporário, cessando com a eliminação das condições que nele provocaram um temor de perseguição (CUNHA, 2013, pp. 87-93).

Faz-se aqui necessária uma exposição do recorte do tema no que diz respeito ao direito a voto para refugiados e estrangeiros em geral. Por óbvio, determinados direitos não são restringidos ou negados a refugiados meramente por essa condição, mas em razão de serem estrangeiros. Dessa maneira, a aquisição de direitos aos estrangeiros

em geral também se insere no objeto de estudo desse texto, posto que se apresenta como alternativa que contemplaria os refugiados.

Outra consideração preliminar que se mostra necessária para a delimitação devida do tema é a observação sobre a não análise da participação política por meio da concorrência por cargos públicos. Entende-se aqui que a assunção ao cargo de vereador ou prefeito, por exemplo, não encontram consonância com o instituto do refúgio. Este tem uma finalidade de proteção pelo Estado. Não haveria, assim, uma adequação com uma interferência no Estado, por meio, por exemplo, da proposição de leis. Ademais, o caráter em tese temporário do refúgio também não se mostra adequado ao período delimitado por lei para a vigência de um mandato político.

Busca-se, no presente texto, analisar a fundamentação teórica e a justificação prática do acesso ao voto para refugiados devidamente legalizados no Brasil. Como forma de alcançar esse objetivo, se valerá de três outros questionamentos mais específicos, bastante úteis para a delimitação do problema: de que modo se apresenta o sistema de proteção dos direitos garantidos aos refugiados? Qual o embasamento doutrinário e jurídico do direito a voto para refugiados? Que medidas podem ser tomadas para a implementação desse direito?

2 A condição de refugiado e seu sistema protetivo

A prática de atribuição de direitos próprios a refugiados não é nova. É possível dizer que se consolidou a partir do século passado, no seio do processo de criação das organizações internacionais, onde foi contemplada com a criação da Organização Internacional dos Refugiados, e alcançando o seu ápice nos dias atuais, onde a efervescência do debate permite esperar boas medidas a serem tomadas por parte dos Estados e das Nações Unidas nesse sentido. Serão apresentados agora alguns pontos acerca do Direito dos Refugiados, como o conceito de refugiado, o Direito Internacional dos

Refugiados e a função de organismos de proteção desses grupos em âmbito internacional e local.

2.1 O conceito de refugiado

Conforme a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951, estes são entendidos como “pessoa que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”.¹³⁰ Não obstante, a par de definições, é importante assimilar a necessidade de certa fluidez na delimitação do conceito, posto que diversas novas formas de coação a forçar a saída de um indivíduo de seu país tem surgido desde a ratificação do tratado supracitado.

2.2 A proteção internacional e local dos refugiados

A proteção geral dos refugiados é realizada através de disposições inseridas no Direito Internacional dos Refugiados, que surge como uma vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos (JUBILUT, 2007, p. 64). Essa classificação decorre de sua condição de *lex generalis*, de aplicação subsidiária a todas as situações, enquanto que o Direito Internacional dos Refugiados, juntamente com o Direito Internacional Humanitário, seria *lex specialis* (CARVALHO RAMOS, 2015, P. 143).

Nesse âmbito da proteção internacional dos refugiados, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) desponta como o principal órgão de atuação na questão dos refugiados. Essa instituição iniciou seus trabalhos com como substituta

130. Disponível em: <<http://bit.ly/1QC6L6i>>. Acesso em 05 set. 2016.

da Organização internacional para Refugiados, tendo como objetivos o provimento de proteção política e jurídica para os refugiados, o monitoramento da entrada em vigor e aplicação do estatuto jurídico dos refugiados, facilitar a coordenação da assistência humanitária e auxiliar os governos e as organizações privadas em seus esforços com vistas a promover a emigração e o assentamento permanente (ANDRADE, 1996, pp. 115-116).

Mesmo consolidada, uma legislação internacional não pode ser bem sucedida sem uma efetiva movimentação dos Estados em prol de seu cumprimento no âmbito do direito interno. Como país membro da Organização das Nações Unidas, cumpre ao Brasil, portanto, atuar nesse sentido. A implementação de políticas para refugiados ocorre sobretudo a partir do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão vinculado ao Ministério da Justiça que, além de promover ações em benefício dos refugiados acolhidos em território brasileiro, é responsável por receber os pleitos por refúgio e por seu deferimento ou não, sempre em conformidade e parceria com as diretrizes onusianas.

3 Entendimentos doutrinários e disposições normativas acerca do direito a voto para refugiados

O texto constitucional pátrio é claro ao determinar, em seu artigo 14, parágrafo 2º, sobre direitos políticos, que “não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros (...)”.¹³¹ Contudo, tal disposição parece não encontrar razão prática, em razão do papel que os estrangeiros ocupam na construção do país e na consequente importância da concretização das garantias previstas na Constituição Federal igualmente a esses grupos.

Com efeito, a negação de direitos políticos a estrangeiros soa como medida extrema do legislador constituinte. Entre esses grupos

131. Disponível em: <<http://bit.ly/1blJ9XW>>. Acesso em 04 set. 2016.

existem inúmeros não nacionais residentes no país a anos, constituindo família, pagando tributos e sofrendo impactos em suas vidas em função das decisões legislativas. Negar-lhes o direito a voto, algo que lhes garantiria a possibilidade de interferir positivamente (no sentido de ação) nos rumos da administração pública, é medida algo injusta. A apontada injustiça acentua-se ao levar em consideração o caso específico dos refugiados, que aqui estão acolhidos no território brasileiro em função de um aceite do Estado nesse sentido, por razões de Direitos Humanos. Negar-lhes a participação política por intermédio do sufrágio parece medida inadequada aos propósitos do instituto do Refúgio, pautado não apenas na proteção institucional, mas também na inclusão na sociedade local, visto que as diferenças culturais normalmente são bastante contundentes.

O tema da cidadania surge de modo essencial para as reflexões sobre o problema. Tradicionalmente, os direitos políticos têm sido relacionados a ideia de cidadão, remetendo ao conceito estabelecido nas *Pólis* da Grécia Antiga. Contudo, questiona-se aqui: estrangeiros que possuem um vínculo consolidado com o país de sua moradia, não seriam, de forma mais ampla, dele cidadãos? E sobretudo refugiados, necessitados de atenção especial do poder público e indefinidamente ligados ao país acolhedor? Para tanto, parece crível defender a ocorrência de uma flexibilização entre os conceitos de cidadania e nacionalidade (GALINDO; CUNHA, 2015, p. 84).

Com efeito, não são raros os países que concedem direito de voto a estrangeiros, ainda que de forma mitigada, como os Estados Unidos, que o faz em eleições locais, na forma definida por cada Estado, de maneira bem própria a seu típico federalismo. Não é, portanto, medida absurda, mas coerente com a prática de diversas nações.

4 Possibilidades e propostas de efetivação do direito a voto para refugiados

Antes de iniciar as exposições acerca daquela que se entende aqui como a melhor medida em prol da garantia de direito a voto

para refugiados, oferecendo uma defesa devida para tanto, faz-se conveniente breve exposição das possibilidades do tema no que diz respeito a amplitude do âmbito de votação e da extensão dos sujeitos do direito a voto.

Parece razoável que algumas condições sejam aplicadas a garantia desse direito. Por exemplo, a determinação de um mínimo de anos de residência ininterrupta, modelo aplicado para a requisição de naturalização, se mostra como uma regulação bastante adequada e viável. Poderia mesmo ser aplicada a estrangeiros em geral, desde que comprovado o devido *animus* de manutenção da residência. Tal delimitação temporal não representaria qualquer óbice a finalidade maior a que se propõe e nem consistiria em violação alguma dos ideais de Direitos Humanos. É, na verdade, medida que visa estabelecer critérios práticos, objetivos, necessários a organização de um tema tão crucial quanto o sufrágio.

No que diz respeito a dimensão da possibilidade de votação, se restrita ou plena, também são necessárias algumas considerações. Busquemos inicialmente um modelo de eleições em três esferas, municipal, estadual e federal, em ordem crescente de abrangência. A observação dessa divisão permite avaliar a dimensão da possibilidade de efetivação do direito, alcançando uma realidade local, por meio da votação para prefeitos e vereadores, ou mesmo nacional, alcançando também a Presidência da República e o Congresso Nacional. Entende-se que uma possível limitação do âmbito de votação não representaria a medida mais adequada para a consecução dos objetivos propostos nesse trabalho, não obstante seja medida de certa forma comum em países que garantem o direito a estrangeiros em geral.

A medida adequada para efetivação do direito seria uma Emenda Constitucional, único sistema de mudança formal da Constituição, tendo em vista que a possibilidade de revisão prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já findou (SILVA, 2014, p. 64). Existem, inclusive, duas Propostas de Emenda à Constituição atualmente em tramitação no Senado Federal que buscam

permitir o voto a estrangeiros, englobando assim a população de refugiados residente no país. São estas a Proposta de Emenda à Constituição n° 14 de 2007, de autoria do Senador Álvaro Dias, que faculta a participação do estrangeiro em eleições de nível municipal, e a Proposta de Emenda à Constituição n° 25 de 2012, que objetiva estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais, assinada pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira.¹³² Importante frisar que, apesar de dirigirem-se a estrangeiros em geral, são propostas que englobam a categoria de refugiados, satisfatórias, portanto.

Não obstante as diversas possibilidades, como forma de garantir a efetivação do direito a voto para refugiados residentes no Brasil, entende-se como mais adequado que esta ocorra em todos os âmbitos de votação, representando assim uma capacidade de sufrágio plena, em conformidade com a já mencionada Proposta de Emenda à Constituição n° 25 de 2012, tendo em vista que as decisões políticas de todas as esferas de poder impactam na vida daqueles aos quais o refúgio foi concedido. Tal medida requereria um prazo mínimo de residência, aqui sugerido em cinco anos, prazo capaz de atestar uma plena integração do refugiado na sociedade local e longo o bastante para inferir a necessidade de participação em processo político que interferirá no seu bem-estar.

Parece correto propor que esse prazo seja menor que o atribuído a estrangeiros em geral, não por discriminação destes, já que também defende a aquisição do direito a voto por estes, mas em virtude da amplamente citada condição excepcional dos refugiados, que no país residem por manifestação expressa de acolhimento deste ente. Essa diferenciação guarda, portanto, coerência, já que, enquanto estrangeiros em geral fixam sua moradia em um determinado país por razões pessoais, refugiados o fazem por necessidade de vida, e

132. Para consulta às Propostas de Emenda à Constituição, acessar: <<http://bit.ly/2cbwLsY>> e <<http://bit.ly/2colBNq>>. Acesso em 14 set. 2016.

mediante proteção do Estado, de modo que a efetivação desse direito por este ente mostra-se como medida consoante com os preceitos de Direitos Humanos que buscou defender com a concessão.

5 Conclusão

A efetivação do direito a voto para refugiados no Brasil é medida consoante com os mais caros preceitos de Direitos Humanos, pautada na integração entre indivíduos acolhidos e seu país acolhedor. Não obstante não exista medida similar aferida através do Direito Comparado especificamente para os grupos em análise, ela se faz acessível através da aquisição de direitos políticos por estrangeiros, esta bastante comum, com a ressalva do entendimento pelo não cabimento da ocupação de cargos eletivos por refugiados. Tal medida é a tal ponto justificável que encontra inclusive proposições que permitirão a sua efetivação, visto que duas Propostas de Emenda à Constituição atualmente em tramitação no Senado Federal contemplam a aquisição de direito a voto para estrangeiros, categoria mais ampla na qual se inserem os refugiados.

Por sua própria natureza, caso concretizada, tal proposta interferiria na reflexão clássica sobre a cidadania, tradicionalmente atrelada ao conjunto de nacionais, englobando assim estrangeiros que possuam um vínculo forte com aquele país de residência. Dado a considerável capacidade de ação que todas as esferas do Poder Executivo têm a impactar no cotidiano dos refugiados acolhidos no Brasil, mostra-se como possibilidade mais benéfica de atribuição desse direito uma Emenda Constitucional que permita o voto inclusive a nível Federal, interferindo assim na implementação das políticas públicas que lhes serão dirigidas.

6 Bibliografia

ALMEIDA, G. A. (Org.); RODRIGUES, G. (Org.); RAMOS, A. C. (Org.). **60 anos de ACNUR Perspectivas de futuro**. São Paulo: CLA Cultural Ltda., 2011.

ALMEIDA, G. A.; SEVERO, T. L. M. Direito dos refugiados no ordenamento brasileiro e no direito internacional. In: FERRAZ, C. V. (Org.); LEITE, Glauber Salomão. (Org.). **Direito à diversidade**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 554-561.

ANDRADE, J. H. Fischel de. **Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANNONI, D.; VALDES, L. C. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013.

BAHTEN, G. L. V. O voto dos estrangeiros nos países do Cone Sul: uma análise de Direito Comparado. **Conjuntura Global**. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 145-150, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/2cVdXhB>> . Acesso em 12 set. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça (Comitê Nacional para os Refugiados). **Sistema de Refúgio brasileiro: desafios e perspectivas**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2ciJSGF>> . Acesso em 05 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 2007**. Dá nova redação aos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 14 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos para facultar a participação do estrangeiro domiciliado no Brasil

em eleições municipais. Brasília: Senado Federal, 2007. Disponível em: < <http://bit.ly/2cbwLsY> > . Acesso em 14 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 25, de 2012**. Dá nova redação aos artigos 5º, 12 e 14 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos para estender aos estrangeiros direitos inerentes aos brasileiros e conferir aos estrangeiros com residência permanente no País capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: < <http://bit.ly/2colBNq> > . Acesso em 14 set. 2016.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2. ed. vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, A. P. **Votar ou não votar?** Um estudo sobre o reconhecimento do direito de voto para refugiados. 2013. 146 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: < <http://bit.ly/2bN7UeL> > . Acesso em 04 set. 2016.

GALINDO, G. R. B.; CUNHA, A. P. Um desafio para uma democracia inclusiva: o reconhecimento do direito de voto para refugiados. Curitiba, **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 18, p. 81-116, 2015. Disponível em: < <http://bit.ly/2c51XYR> > . Acesso em 04 set. 2016.

GEDIEL, J. A. P. (Org.); GODOY, G. G. (Org.) **Refúgio e hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016. Disponível em: < <http://bit.ly/2c6MibE> > . Acesso em 05 set. 2016.

JUBILUT, L. L. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, L. L. Refugee Law and protection in Brazil: a model in South America? Oxford, **Oxford Journal of Refugee Studies**, v. 19, p. 22-44, 2006. Disponível em: < <http://bit.ly/2cnnHAJ> > . Acesso em 08 set. 2016.

JUBILUT, L. L.; APOLINARIO, Silvia Menicucci de O. S. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. Brasília, **Universitas: Relações Internacionais**, v.6, p. 9-38, 2008. Disponível em: < <http://bit.ly/2ccDLnu> > . Acesso em 08 set. 2016.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MOREIRA, J. B. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana** (Brasília), v. 23, p. 85-98, 2014. Disponível em: < <http://bit.ly/2bVkity> > . Acesso em 07 set. 2016.

NASCIMENTO, L. S. **A cidadania dos refugiados no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados**. Genebra, 1951. Disponível em: < <http://bit.ly/1QC6L6i> > . Acesso em 05 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. **Convenção da Organização da Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África**. Adis-Abeba, 1969. Disponível em: < <http://bit.ly/1On76eo> > . Acesso em 05 set. 2016.

PACÍFICO, A. M. C. P. **O capital social dos refugiados: bagagem cultural e políticas públicas**. Maceió: EDUFAL, 2010.

PAMPLONA, D. A.; PIOVESAN, F. O instituto do Refúgio no Brasil: práticas recentes. Curitiba, **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 17, p. 43-55, 2015. Disponível em: < <http://bit.ly/2bZxwX6> > . Acesso em 07 set. 2016.

SILVA, C. A. S. **A política migratória brasileira para refugiados - (1998-2014)**. Curitiba: Íthala, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, L. L. (Org.); CANOTILHO, J. J. G. (Org.); SARLET, Ingo Wolfgang (Org.); MENDES, Gilmar F. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOGEBY, Lise. Migrants at the polls: an analysis of immigrant and refugee participation in danish local elections. **Journal of ethnic and migration studies**. vol 25. p. 665-684, 1999. Disponível em: < <http://bit.ly/2bXakYF> > . Acesso em 08 set. 2016.

REASSENTAMENTO VOLUNTÁRIO BRASILEIRO

Bianca de Moura Pupo¹³³

Introdução:

O Brasil é o décimo segundo país que mais reassenta refugiados no mundo atualmente. À luz da retórica da solidariedade e da responsabilidade internacional propagada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), foram consolidados instrumentos jurídicos regionais, no âmbito da América Latina, que versam sobre a condição de refúgio, bem como foram estabelecidas garantias e foram assumidos compromissos, tais como a Declaração de Cartagena, de 1984, e o Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, de 2004. A partir desses compromissos internacionais, foi elaborada a legislação brasileira específica sobre refugiados no país, a Lei Federal n. 9.474, de 1997, que promove a criação do Comitê Nacional para os Refugiados¹³⁴ (CONARE) e, em seu artigo 46, determina que “o reassentamento de refugiados no Brasil se

133. Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; membro do grupo de pesquisa da Política Internacional, do Laboratório de Estudos dos Países do Cáucaso.

134. Órgão brasileiro incumbido, em primeira instância, de analisar os pedidos e declarar o reconhecimento da condição de refugiado, bem como orienta e coordena as ações necessárias à garantia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados. Presidido pelo Ministério da Justiça, o Itamaraty ocupa a sua Vice-Presidência. Integram a entidade também os Ministérios da Saúde, Educação e Trabalho, Emprego, a Polícia Federal e organizações não-governamentais dedicadas a atividades de assistência, como o Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH) e as Cáritas Arquidiocesanas de Rio de Janeiro e de São Paulo. Ademais, o ACNUR participa das reuniões do órgão, porém sem direito a voto.

efetuará de forma planejada e com participação coordenada dos órgãos estatais e, quando possível, de organizações não-governamentais, identificando áreas de cooperação e de determinação de responsabilidades” (DOMINGUEZ; BAENINGER, 2006).

Por conseguinte, a Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo de Ratificação de 1967 não são suficientes para esgotar o tema do reassentamento voluntário em perspectiva internacional. Ao passo que as declarações regionais também não contemplam a totalidade das nuances que o tema apresenta. Esse artigo tem como objetivo, portanto, analisar o instituto do reassentamento voluntário no Brasil, sua execução e as influências dos atores abarcados por ele. Analisando a regulamentação jurídica, o histórico de eventos que propiciaram a atual conjuntura e os principais dados estatísticos que dela advêm. Utilizar-se-á de pesquisa documental e bibliográfica para provar que a cooperação técnica e financeira dos países mais tradicionais e com as maiores taxas quanto ao reassentamento voluntário é necessária para que seja alcançada a integração plena dos reassentados a cultura nacional.

Regulamentação Jurídica

Sob a perspectiva regional, a América Latina ainda figura como área com forte presença de deslocamento interno forçado de contingentes populacionais, oriundos da região andina principalmente, onde os fluxos migratórios transfronteiriços são marcados pela crise humanitária – a saber, a que assola as zonas de fronteira da Colômbia com o Equador, Panamá e Venezuela devido ao conflito armado que já perdura por cinquenta anos no país. Dessa forma, a fim de consolidar medidas que pudessem ser efetivas quanto à proteção de direitos de todo o contingente populacional descrito, a Declaração de Cartagena amplia o escopo da definição empregada pelo Protocolo de Ratificação, de 1967, a Convenção relativa ao

Estatuto dos Refugiados¹³⁵, de 1951, sobre a proteção internacional dos refugiados, que define como refugiado todo aquele que

“devido a fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país”.

A partir de Cartagena, são reconhecidos também como refugiados todos aqueles que fogem de graves e generalizadas violações de Direitos Humanos. Ademais, é notório o preciosismo empregado pela declaração ao precisar os critérios para a interpretação de seu texto, particularmente quanto às cláusulas de exclusão, utilizando-se da jurisprudência oriunda de tribunais de Direitos Humanos a fim de exaurir possibilidades interpretativas que culminassem nos esvaziamento de garantias a direitos. (ACNUR, 2004)

Vinte anos após a assinatura da Declaração de Cartagena, em 2004, foi aprovada, por vinte países latino-americanos, a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina visando à “repartição do peso” político e econômico-demográfico que as migrações ocorridas ao longo da década de 1990 tinham para apenas alguns dos países da região (MULLER, 2013). Quanto ao conteúdo, são incorporadas três novas perspectivas de ação regional acerca do tema: o Programa de Autossuficiência e Integração Cidades Solidárias¹³⁶;

135. A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados foi adotada em 28 de julho de 1951 e entrou em vigor em 22 de abril de 1954. O documento codifica instrumentos tácitos e costumeiros legais internacionais prévios, consolidando princípios como de non-refoulement e definindo de forma estrita o termo “refugiado” ao estabelecer uma padronização básica para o tratamento de refugiados. É importante salientar que sua aplicabilidade não está sujeita a exceções de caráter discriminatório quanto a raça, religião, sexo e país de origem do refugiado.

136. O programa “Cidades Solidárias” é uma iniciativa de promoção de autossuficiência e integração local para os deslocados internos e refugiados instalados nos

o Programa Integral Fronteiras Solidárias¹³⁷; e o Programa Regional de Reassentamento Solidário.

O Programa Regional de Reassentamento Solidário foi proposto pelo Brasil, em ocasião da reunião preparatória de Brasília, de 26 e 27 de agosto de 2004, visando ao estabelecimento do compromisso por parte dos Estados da América do Sul de auxiliar aquelas entidades estatais que demonstram dificuldade em assegurar a proteção aos refugiados, especialmente os Estados que receberem reassentados de origem colombiana (JUBILUT,2007). Engloba-se à proteção aos refugiados, o suporte à educação, à saúde, à moradia, bem como à integração local, por meio do ensino de noções de cultura brasileira e da inserção no mercado de trabalho. Dessa maneira, após 2004, a maioria dos refugiados reassentados em território nacional são colombianos. A partir desse cenário, inspirado pelo o *Acordo Marco para o Reassentamento de Refugiados* consagrado pelo governo federal e o ACNUR, em 1999, a República Federativa do Brasil se vale de duas dinâmicas de recepção de reassentados: o procedimento padrão e o procedimento por fast track (aplicável a situações emergenciais de proteção). Atualmente, cento e noventa e oito reassentados foram acolhidos por meio do procedimento padrão e quarenta e três por meio do fast track. (JUBILUT,2007).

Conseqüentemente, em 2 e 3 de fevereiro de 2006, ocorreu a Primeira Reunião sobre Reassentamento Solidário nas Américas, na cidade de Quito, a fim de acompanhar o desenvolvimento da

grandes centros urbanos dos diversos países latino-americanos. É contemplada ainda a criação de centros de orientação para oferecer suporte e auxílio aos refugiados na busca por postos de trabalho; há a promoção de treinamento profissional e para pequenos negócios, bem como houve a criação de fundos de microcrédito e parcerias com empresários locais. (LAVANCHY, 2016)

137. O programa "Fronteiras Solidárias" é uma iniciativa criada em resposta as demandas apresentadas pelos países fronteiriços à Colômbia, que conseqüentemente são os mais afetados pelo fluxo de pessoas em direção aos seus territórios, são eles: Equador, Panamá e Venezuela. Objetiva-se intensificar o desenvolvimento nas áreas litorâneas para atender às necessidades básicas das populações locais e dos refugiados. A fim de angariar semelhante situação, aumenta-se a presença do Estado e de suas instituições e é promovida a criação de estruturas de identificação, documentação e proteção dos refugiados, sensibilizando as populações locais para a questão. (LAVANCHY, 2016)

internalização dos três programas estabelecidos no Plano de Ação do México nos países a ele vinculados. A despeito dos sucessos angariados, a conferência foi importante por conseguir elucidar empecilhos para a plena concretização de tais medidas. Como fatores apontados, há: a incapacidade de suprir a plena integração dos reassentados devido às altas taxas de desemprego vividas no país propiciadas por má situação econômica; a solicitação de documentação difícil ou impossível de ser obtida pelos refugiados, como vistos ou certificados de bons antecedentes; bem como a ausência de apoio dos países de maior tradição em medidas de reassentamento àqueles que são emergentes quanto à incorporação e efetivação de tais práticas. (LAVANCHY, 2016)

Conjuntura Brasileira:

O instituto internacional do refúgio possui como tratamentos em perspectivas em longo prazo: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento. A saber, o reassentamento, diferentemente dos demais, não se estabelece como um direito do refugiado, por mais que seja previsto em documentos legais que versam sobre a temática, trata-se de uma expectativa de direito que conflui na nova possibilidade de integração do indivíduo. Semelhante tratamento é conferido devido ao princípio do *non-refoulemen*, que com caráter de jus cogens atesta que refugiados não deixarão de ser amparados pelo Estado que os acolheu sendo reintegrados às sociedades que lhes oferecem risco. Dessa forma, a fim de garantir que não se trata de “devolução” do indivíduo, mas da integração dele a um país que melhor o acolha, o reassentamento realizar-se-á somente de forma voluntário, por meio da manifestação da vontade do indivíduo em situação de refúgio. (JUBILUT,2007)

Em perspectiva internacional, os países mais tradicionais e com as maiores taxas quanto ao reassentamento voluntário são: Estados Unidos, Austrália, Canadá, Suécia, Finlândia e Noruega. Tais países

comportam, respectivamente, 53800, 11700, 10400, 1300, 770 e 750 reassentados. Frente à situação anunciada, segundo o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), o número de refugiados no Brasil, ao final de 2007, era de 3815, dos quais, 3461, correspondendo a 90,7%, são refugiados em primeiro país de asilo e 354, correspondendo a 9,3%, são refugiados reassentados, oriundos do Equador, Costa Rica e Jordânia (origem palestina) em sua maioria. (MISELI, 2012)

O Brasil foi o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, da ACNUR, de 1951, e o primeiro país da região a sancionar uma Lei Nacional de Refúgio¹³⁸. Marcas que demonstram o vanguardismo da postura brasileira frente à questão, mas que ambicionam atenuar o impacto negativo gerado por medidas em vigor até a redemocratização ao final dos anos oitenta. Nessa época, o reconhecimento da situação de refúgio do país era deveras limitado atendo-se às provisões da “reserva geográfica”, prevista na convenção supracitada, que asseverava o reconhecimento de tal instituto apenas às situações em que o solicitante fosse oriundo do continente Europeu. Situação que restringia o perfil cultural daqueles que no país adentravam por meio da solicitação de refúgio. Contudo, em 1992, a entrada de cerca de 1200 angolanos no Brasil vítimas da guerra civil em seu país exprimiu a adoção de um posicionamento mais flexível com relação aos refugiados a partir da perspectiva da Declaração de Cartagena, de 1984, em detrimento da Convenção, de 1951. Ademais, é importante que seja salientado que a Lei Federal n. 9.474 de 1997, a lei nacional de Refúgio, tramitou por quarenta e cinco anos no Congresso, considerando a partir da assinatura da Convenção de 1951, para obter aprovação. (MOREIRA, 2007)

A despeito do histórico anunciado, a localidade de origem daqueles que hoje habitam o território brasileiro como refugiados,

138. Países como os Estados Unidos, assim como países como o Japão, tratam a questão sobre o prisma da legislação sobre imigração ou sobre o direito de asilo, não havendo lei específica que regulamente a situação de refúgio (JUBILUT,2007).

principalmente na condição de reassentados, não mais consagra um predomínio europeu em detrimento dos demais gentílicos. Con-juntura elucidada por meio de dados extraídos do CONARE:

Ano	Nacionalidades						
	Palestinos	Afegãos	Colombianos	Congoleses	Equatorianos	Guatemaltecos	Soma
2002	-	23	-	-	-	-	23
2003	-	-	15	1	-	-	16
2004	1	-	71	-	3	-	75
2005	-	-	72	-	4	-	76
2006	-	-	44	-	6	-	50
2007	108	-	41	-	-	2	151
Soma	109	23	243	1	13	2	391

Nacionalidade dos refugiados reassentados no Brasil de 2002 a 2007. Fonte: CONARE

Nesse sentido, em uma pesquisa realizada pelo CONARE, em 2006, com 101 reassentados que vivem em São Paulo, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte, buscou delinear as características socioeconômicas dos refugiados reassentados no Brasil. A partir dos dados coletados, a média de idade deles é de trinta e seis anos. Quanto ao grau de escolaridade, 24% possuem ensino fundamental incompleto; 12% ensino fundamental completo; 24% ensino médio incompleto; 22% ensino médio completo; 4% curso técnico profissionalizante; e 10% ensino superior completo. Quanto à composição dos núcleos familiares, 21,05% são chefiados por mulheres; 49,12% são famílias biparentais; e 29,83% são homens com filhos ou solteiros sozinhos. Quanto ao estado civil, 56% são casados ou vivem em união estável, 40% são solteiros, e 4% são viúvos. Quanto à atividade laboral fim no país de origem: 24% atividade rural; 22% comércio; 14% prestação de serviços; 10% trabalhavam como autônomos; e 8% dedicavam-se ao magistério. Por fim, quanto à

atividade laboral desenvolvida no Brasil: 20% não exercem atividade remunerada; 28% atuam na área da prestação de serviços; 16% atuam na construção civil; 14% nos diversos ramos da indústria e 10% trabalham no comércio. (MILESI, 2012)

Complementariamente aos dados supracitados, a adesão da Colômbia ao Acordo de Residência do Mercosul¹³⁹ possibilitou que o contingente de refugiados oriundos dessa nação diminuísse. Ao passo que, em julho de 2014, o número de sírios em situação de refúgio presentes no Brasil ultrapassou a marca detida pelos colombianos, posicionando-se como a principal nacionalidade dos refugiados que vivem no país. (ACNUR, 2016) Medida que em muito respalda semelhante situação é a Resolução Normativa nº. 17 publicada pelo CONARE, em setembro de 2013, que viabilizou às missões diplomáticas brasileiras a emissão de visto especial a pessoas oriundas do conflito na Síria, sendo um visto de turista válido por 90 dias, por ser esse o conflito a gerar a maior crise de refugiados dos últimos setenta anos. Tal normativa reforça o esforço internacional do Brasil de oferecer respostas humanitárias aos conflitos ao redor do mundo, que também é reforçado com o reconhecimento do Brasil como o maior doador do ACNUR dentre os países emergentes. Reconhecimento extremamente importante para o instituto internacional do reassentamento voluntário, tendo em vista que as operações realizadas para efetivá-lo são financiadas pelo ACNUR, nesse sentido, sua execução em maior ou menor escala está intrinsecamente atrelada à disponibilidade de recursos desse organismo internacional. Ademais, é importante que seja ressaltado que, no Brasil, não há quotas anuais acordados de forma prévia, a taxa de ressecamento voluntário se adequa de acordo com a necessidade dos países em primeiro refúgio, bem como a disposição de recursos do ACNUR. (DOMINGUEZ; BAENINGER, 2006)

139. "Este acordo facilita aos colombianos a obtenção de residência temporária no Brasil por um período de 02 anos, que posteriormente pode ser convertida em residência permanente. A partir do ano de 2013, a maioria dos colombianos que chegou ao Brasil solicitou residência com base no Acordo do MERCOSUL." (ACNUR, 2016)

Frente a situações como a do CONARE, em 2012, que reconheceu 100% as candidaturas apresentadas por indivíduos oriundos da Síria, Costa do Marfim, Iraque, Somália, Afeganistão e Butão (ACNUR, 2016), problemas sistêmicos tornam-se mais notórios. A saber, a situação do reassentamento de um grupo de cento e nove palestinos oriundos do campo de refugiados de Ruwesheid no Iraque que fomentou protestos da Autoridade Nacional Palestina, que urgia que o grupo fosse alocado em um país do Oriente Médio. (BARBOSA, 2015) Além disso, é necessário que se manter atento às perspectivas de idade, gênero e diversidade dentre os grupamentos de indivíduos acolhidos, bem como oferecer maior importância a reunificação das famílias que foram separadas devido a conflitos armados.

Conclusão

O reassentamento voluntário é um grande desafio para o Brasil quanto à melhor recepção daqueles que em muito se encontram traumatizados pelo fundado temor em permanecer em seus países de origem e por não terem encontrado no país de primeiro refúgio condições adequadas para sua integração na sociedade local. Segundo o ACNUR, até outubro de 2014, eram seiscentos e doze refugiados reassentados no país. A fim de ofertar a tais pessoas garantias plenas de seus direitos internacionalmente constituídos, por meio da Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo de Ratificação de 1967, medidas de acolhimento, proteção, assistência e integração foram articuladas em escopo regional, por meio da Declaração de Cartagena, de 1984, e do Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, de 2004, bem como foi consolidada uma lei específica que regulamenta a situação de refúgio, a Lei Federal n. 9.474, de 1997.

O ACNUR, o CONARE e as organizações da sociedade civil têm a prerrogativa de empreender ações que visem à proteção aos direitos antes, durante e depois da entrada do indivíduo em território brasileiro. Nesse sentido, não há quotas anuais de reconhecimento

de candidaturas e cabe ao ACNUR financiar as operações realizadas para a efetivação de reassentamentos no país. Frente à situação, o país se mantém atento aos conflitos armados que geram crises humanitárias que confluem em crises de refugiados, tornando mais célere o processo de entrada no país, como no caso da emissão dos vistos especiais a pessoas oriundas do conflito na Síria.

Por fim, embora tenha obtido o reconhecimento como o maior doador financeiro para o ACNUR dentre os países emergentes e como o décimo segundo país que mais reassenta refugiados no mundo, o Brasil ainda tem muitos desafios a superar quanto à integração dos reassentados ao território nacional. O país deve, a partir das perspectivas de idade, gênero e diversidade dos indivíduos reassentados, trabalhar a fim de criar mecanismos que asseverem de forma plena os direitos daqueles que são por ele recepcionados. A fim de atingir tais objetivos, deve ser buscada uma maior cooperação técnica e financeira dos países mais tradicionais e com as maiores taxas quanto ao reassentamento voluntário para fortalecimento e consolidação do instituto no país.

Bibliografia:

ACNUR. **Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina.** México, 15 e 16 nov. 2004

_____. **Declaración y Plan de Acción de México, 2004.**

_____. **Refúgio no Brasil: uma análise estatística janeiro de 2010 a outubro de 2014.** Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf> Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **Refúgio no Brasil: uma análise estatística (2010-2012).** Disponível em: <<http://www.geografia.seed.pr.gov.br/arqui->

vos/File/noticias_2013/Refugio_no_Brasil_2010_2012.pdf >
Acesso em: 06 out. 2016.

_____. **States parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol**, 2007.

ANDRADE, J. H. F. de; MARCOLINI, A. **A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados – breves comentários sobre suas principais características**. Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, v. 45, n. 1, p. 168-176, jan./ jul. 2002.

BARBOSA, Raul Felix. **Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil**. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 13, n. 2, p. 17-23, jul./dez. 2015

CONARE. **O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil. Decisões comentadas do CONARE. Compilação e comentários: Renato Zerbini Ribeiro Leão**. Disponível em: < <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2007/5780.pdf?view=1> > Acesso em: 06 out. 2016.

DECLARAÇÃO DE CARTAGENA. In: ARAUJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 421-430.

DOMINGUEZ, Juliana Arantes; BAENINGER, Rosana. **Programa de reassentamento de refugiados no Brasil**. Anais da Associação Brasileira de Estudos Populacionais (2006).

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo : Método, 2007

LAVANCHY, Philippe. **ACNUR e América Latina: estratégias regionais e soluções aos problemas no continente.** Disponível em: < http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/art_lavanchy.pdf > Acesso em: 06 out. 2016.

MILESI, Rosita. **Dia mundial do refugiado 2008: o desafio das políticas públicas.** Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, 2012.

MOREIRA, Julia Bertino. **A questão dos refugiados nos contextos latino-americano e brasileiro.** V Simpósio dos pós-graduandos em Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2008.

MOREIRA, Julia Bertino. **Direitos Humanos e refugiados no Brasil. Políticas a partir de 1997.** Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Ano XVI, Número 31, 2008.

MOREIRA, Julia Bertino. **O acolhimento dos refugiados no Brasil: políticas, frentes de atuação e atores envolvidos.** V Encontro Nacional sobre Migrações, 2007.

MULLER, Paulo Ricardo. **Noções de solidariedade e responsabilidade no campo da cooperação internacional para a proteção de refugiados.** Rev. Inter. Mob. Hum., Brasília, Ano XXI, n. 40, p. 229-244, jan./jun. 2013

SILVA, C. A. S.; RODRIGUES, V. M. **O Direito Internacional dos refugiados: a práxis do reassentamento solidário no Brasil.** Ajuris, 2009-12.

SOARES DE LIMA, Maria Regina. **A política externa brasileira e os desafios da cooperação Sul-Sul.** Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, v. 48, n. 1, p.24-59, jan./jul. 2005.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: LIMITES JURÍDICOS

Caio Junqueira de Brito¹⁴⁰

1 INTRODUÇÃO

Apesar de amparada legalmente pela Carta, a atuação do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) tem sido alvo de inúmeros debates e controvérsias, em especial a partir da década de 90 quando se observou uma maior atuação do órgão. Tal fato pode ser explicado pela abrangência e força de impacto dos atos decisórios do Conselho frente a Estados, instituições e até mesmo pessoas físicas, bem como pelos amplos poderes conferidos ao órgão pelo próprio documento que ensejou sua existência e que fora ratificado pela quase totalidade de Estados.

Neste contexto, merece destaque um caso em que se apresentou a atuação minimamente questionável do referido órgão. Na década de 90, época em que o Iraque enfrentou uma crise humanitária, o CSNU impôs uma série de embargos ao Estado iraquiano em razão da invasão do território de Kuwait. Veio a se perceber, no entanto, conforme relatório divulgado pela *Defense Intelligence Agency* dos Estados Unidos intitulado “*Iraq water treatment vulnerabilities*” e pelo subsecretário geral da ONU à época¹⁴¹, Martti

140. Graduando em Direito e Relações Internacionais pela PUC Minas. Realizando pesquisa (graduação-sanduiche) na The Hague University of Applied Sciences, Haia - Holanda (2016). Bolsista no programa de Iniciação Científica PROBIC/FAPEMIG da PUC Minas (2015). Monitor de Direito Internacional (2016). E-mail: caiojunqueirabrito@gmail.com

141. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report to the Secretary-General on humanitarian needs in Kuwait and Iraq in the immediate post-crisis environment by a mission to the area led by Mr. Martti Ahtsaari, Under-Secretary-General for Adminis-

Ahtisaari, que a qualidade de vida no Iraque fora reduzida a patamares baixíssimos em decorrência do corte do suprimento de diversos produtos basilares à condição humana, implicando no crescimento do índice de mortalidade infantil, entre outros.

Não parece razoável, portanto, dizer que o Conselho estaria livre de qualquer limite jurídico ou político, do mesmo modo que não parece ser justificável que o órgão poderia colocar-se acima de todos os princípios, normas e tratados de Direito Internacional, tribunais internacionais e Estados de forma intocável e não sujeito a questionamentos. Na realidade, o que se mostra mais coerente, tendo-se em mente o paradigma instaurado no âmbito internacional após a Segunda Grande Guerra com a criação da ONU e a ratificação de diversos tratados de direitos humanos, é que o Conselho de Segurança da ONU sujeita-se aos limites impostos pelo *jus cogens*, pelos direitos humanos construídos historicamente e pela Carta de São Francisco, instrumento constitutivo do próprio órgão.

Sendo assim, pretende-se, nas páginas seguintes, discorrer sobre os limites jurídicos que se impõem ao Conselho e ao seu poder de impor sanções. Vale lembrar que a presente pesquisa não se debruçará sobre eventuais limites políticos-morais, ficando restrita a análise de marcos jurídicos.

2 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

A Carta das Nações Unidas, ratificada na Conferência de São Francisco em 1945, foi o documento que ensejou a criação da ONU e de todos os seus órgãos, agências e conselhos. Dividida em um preâmbulo e 19 capítulos, a primeira parte da Carta trata dos Princípios e Propósitos que regem a instituição.

Diz o preâmbulo que os povos, determinados a extirpar a guerra e a promover os direitos humanos e o progresso social, comprometem-se a não usar a força de forma arbitrária, a viver

em paz e a praticar a tolerância.¹⁴² Em seguida, em seus artigos 1º e 2º¹⁴³, a Carta prescreve os preceitos que regem a instituição, quais sejam, a manutenção da paz e segurança internacionais, o desenvolvimento de relações amistosas, o respeito ao princípio da autodeterminação dos povos, a promoção dos direitos humanos, a boa-fé no cumprimento das obrigações, entre outros.

Percebe-se, logo de imediato, que uma quantidade relativamente grande de princípios e propósitos foram firmados pelo documento. Dessa forma, autores, como Martenczuk, afirmam que, em razão de sua natureza genérica e eminentemente abstrata, os princípios dispostos na Carta perderiam eficácia e não poderiam ser utilizados como parâmetros para a revisão de resoluções emitidas pelo CSNU. Em última análise, a defesa dessa posição implicaria no abandono completo ou parcial dos princípios basilares constitutivos da instituição.

No entanto, como se sabe, os princípios possuem natureza genérica e abstrata, não podendo isso ser diferente sob pena de perderem a qualidade de princípio. Ademais, tem-se que os princípios possuem uma função essencial a qualquer instrumento jurídico na medida em que constituem as bases do paradigma interpretativo do documento, integram as demais cláusulas, bem como indicam a finalidade última do dispositivo. Nesse sentido, a não observância por parte do CSNU dos preceitos estabelecidos na própria Carta esvaziaria de sentido a existência da própria Organização. Como forma de corroborar o argumento, há que se falar que diz o art. 24 (2)¹⁴⁴ que o Conselho, no cumprimento de suas funções, “agirá de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas”. Fica claro, portanto, que o Conselho sujeita-se, quando da sua atuação, aos limites impostos pelos princípios firmados na Carta e que estes se impõem como limites jurídicos a sua atuação.

142. Ver Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

143. Ver art. 1º e 2º da Carta das Nações Unidas.

144. Ver art. 24 (2) da Carta das Nações Unidas.

Vale ressaltar que, mesmo que a Carta não colocasse de forma expressa a submissão do CSNU aos Propósitos e Princípios do documento, este deveria observá-los sob o argumento de que o órgão tem sua origem e fonte de poderes no documento. A afirmativa tanto é verdade que, caso a Carta não tivesse sido ratificada, o Conselho não existiria. Portanto, não há como conceber a ideia de que um órgão criado pelo direito coloca-se acima dele.

Uma vez entendido que os princípios e propósitos constituem um limite a atuação do CSNU, necessário faz-se entender a forma como os principais preceitos impõem-se como limite ao órgão. É o que se verá a seguir.

2.1 Boa-fé

Um dos princípios ordenadores da Carta e caro à ONU é o da boa-fé. Diz esse princípio que, para que a Organização cumpra seu propósito e a Carta produza os efeitos desejados, tantos os membros, quanto a própria ONU, devem agir de forma íntegra, nos termos do art. 2º (2):¹⁴⁵

Artigo 2º - A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no art. 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios:
[...]

2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membro, deverão cumprir de boa-fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.

Uma vez transcrito o referido artigo, fica claro como não somente os estados membros devem cumprir de boa-fé suas obrigações, mas também a instituição, incluindo, pois, todos os seus

145. Ver art. 2º da Carta das Nações Unidas.

órgãos. Isso se dá em virtude do *caput* do artigo que coloca a que a Organização e seus Membros agirão de acordo com os princípios estabelecidos em seguida discriminados.

Como forma de corroborar o argumento de que o CSNU submete-se ao princípio da boa-fé, tem-se que os princípios gerais de direito constituem uma das fontes de direito internacional. Assim diz o art. 38¹⁴⁶ do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, entendido como aquele que estabelece as fontes de direito internacional.

Isto posto, há que se dizer que a boa-fé enquadra-se como um princípio geral de direito, o que sustenta ainda mais o argumento de que a Organização, enquanto sujeito de direito internacional, deve observar o referido princípio.

Vale dizer que o cumprimento deste princípio por parte do CSNU mostra-se de extrema relevância tendo em vista a estrutura organizacional do órgão e a natureza das decisões tomadas. Como se sabe, o Conselho de Segurança é composto por apenas 15 membros e decide sobre matérias que envolvem grandes disputas políticas. Há, nesse sentido, uma forte pressão advinda de diversas esferas e que podem implicar, eventualmente, na produção de uma resolução que atenda interesses privados específicos. Dessa forma, a exigência da adequação dos atos do Conselho aos princípios da Carta revela-se fundamental para que o órgão efetivamente exerça suas atribuições.

É nesse contexto que se diz que um ato que não respeite a boa-fé configuraria abuso de poder, estando carregado de nulidade (SALIBA, 2009)¹⁴⁷. Não resta dúvidas, portanto, que o princípio da boa-fé coloca-se como um limite jurídico a atuação do Conselho de Segurança e que o seu desrespeito configura um ato ilícito.

146. Ver art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

147. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

3 JUS COGENS E O DIREITO INTERNACIONAL

O entendimento acerca do que consistiria o rol normativo *jus cogens*, bem como a sua natureza, efeitos jurídicos e demais características é alvo de grandes debates entre juristas. A determinação de quais normas são de natureza *cogente* é cercada de incertezas e dúvidas, implicando na criação de situações jurídicas caríssimas ao Direito Internacional e das quais qualquer resposta ou decisão produzida por uma Corte ou jurista é passível de inúmeras e severas críticas.

Importante ressaltar, já neste momento, que a inexistência de um rol taxativo e fixo de quais normas de fato integram o *jus cogens* não exime os sujeitos de direito internacional de observar aquelas normas das quais se sabe que pertencem ao referido núcleo. Conforme posicionamento da Comissão de Direito Internacional, há grande consenso em dizer que o uso ilegal da força, o genocídio, o tráfico de escravos e a pirataria são vedados pelo *jus cogens*.

3.1 Jus cogens e o direito natural

Uma parte minoritária do pensamento internacionalista insiste no argumento de que o *jus cogens* pertenceria ao Direito Natural¹⁴⁸. Apesar de esse posicionamento ter cada vez menos voz na doutrina contemporânea, necessário mostrar algumas razões pelas quais o *jus cogens* em muito se afasta de uma concepção naturalística do direito, bem como de uma mera ética internacional.

Segundo o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de (CVDT) 1969, norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) é:

[...] uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo

148. É o posicionamento de Robledo em sua obra ROBLEDO, Antônio Gómez. *Jus Cogens y Jus Naturale*. BMDC, ano XVII, n. 50, 1984.

como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com mesma natureza.¹⁴⁹

Ora, não parece coerente afirmar, portanto, que uma norma codificada em instrumento legal internacional ratificado pela quase totalidade de países seria pertencente ao Direito Natural. A eventual existência de um direito natural tornaria prescindível a manifestação formal de aquiescência por parte de qualquer Estado, posto que atinente a toda pessoa humana. O que vem à tona, na verdade, é a necessidade de anuência e reconhecimento da norma, por parte dos Estados, para que ela tenha validade jurídico-internacional. É exatamente nesse sentido que argumenta Eduardo Baptista:

Julga-se que o elemento literal determinante que leva a recusar que se trate de um Direito Natural é a expressa necessidade de que as normas *iuris cogentis* sejam aceites e reconhecidas pela Comunidade Internacional dos Estados no seu conjunto. Esta exigência situa o *Ius Cogens* Internacional no âmbito do Direito positivado pela actuação e vontade dos Estados. Portanto, força a concluir que só existe uma norma internacional *iuris cogentis* quando esta decorre de uma das fontes formais do Direito Internacional.¹⁵⁰

Isto posto, a classificação do *jus cogens* como constituinte do rol de normas do direito natural, conceito esquecido na práxis jurídica contemporânea, representaria um grande retrocesso a essa espécie normativa tão importante ao direito internacional e cara à proteção de

149. Art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969.

150. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Lex, 1997. p. 268.

direitos humanos construídos historicamente. Fica claro, então, que a natureza de normas cogentes é outra, que não a do direito natural.

3.2 Jus cogens e a questão do interesse comum e do interesse público internacional

Tendo-se em vista a importância da correta compreensão do conceito do *jus cogens* e de seus efeitos, a discussão acerca do tipo de interesse tutelado por esse rol normativo merece destaque.

Já de início assume-se a posição de que as normas cogentes tutelam, necessariamente, interesses comuns, posto que do lado oposto a esses figuram aqueles interesses individuais representados por uma entidade estatal isoladamente considerada. Não há como conceber a ideia de uma norma que se proponha a ser universalmente válida defender interesses privados. Caso assim fosse, estar-se-ia diante de uma situação na qual um Estado imporia sua vontade perante a Comunidade Internacional por meio de um mecanismo jurídico que se caracteriza por ser democrático. Sendo assim, chega-se à conclusão de que “subjacente a qualquer norma *iuris cogentis* encontra-se o objectivo de tutelar fins que dizem respeito a todos os Estados e não pessoalmente a cada um”.¹⁵¹

Uma vez posto que o *jus cogens* tutela interesses comuns, importante torna-se entender ao que corresponde o termo e suas implicações jurídicas. Em linhas gerais, tem-se defendido, na doutrina, que o interesse comum protegido pelo rol cogente seria o interesse público internacional, qual seja, da Comunidade Internacional, e cuja violação representaria um dano jurídico, imediato ou em potencial, a todos os Estado. Percebe-se, pois, que o interesse comum em análise é de carácter coletivo, visto que é de importância e utilidade direta para todos os Estados. Sendo assim, a violação de

151. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Jus Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Lex, 1997. p. 281.

um dispositivo *jus cogens*, ou de outro instrumento legal defensor de interesses de ordem pública coletiva, acarreta, em última instância, em perdas significativas para todos os países da Comunidade Internacional (BAPTISTA, 1997).

3.3 Jus cogens e as obrigações erga omnes

As obrigações *erga omnes* caracterizam-se por abranger e vincular a totalidade de sujeitos de direito internacional da Comunidade. Contrapondo-se à obrigação *erga omnes*, figura a obrigação bilateral, que é aquela que vincula dois Estados numa dada situação. O desrespeito do referido pacto gera a responsabilização internacional com consequências jurídicas somente inter partes. No entanto, nos ensinamentos de Baptista, as obrigações *erga omnes* criam uma situação jurídica absoluta – e não relativa – na qual todo e qualquer Estado tem o dever de respeitar a norma/ obrigação independentemente de o seu descumprimento lhe gerar dano (BAPTISTA, 1997). Importante delinear que as obrigações *erga omnes* são devidas não a cada Estado isoladamente, mas sim em face de todos as entidades estatais reunidas na Comunidade Internacional. Isso significa que o desrespeito a uma obrigação dessa espécie implicará no cometimento de um ato ilícito *erga omnes* com efeitos para a esfera jurídica de todos os Estados, inclusive nos casos em que o dano tenha sido de um não nacional.

Ora, se as obrigações *erga omnes* vinculam todos os Estados, parece minimamente lógico que os demais sujeitos de direito internacional também devem observar essas normas. A qualidade de sujeito de direito internacional traz duas implicações: o benefício de possuir direitos e deles poder opor a demais sujeitos, bem como o ônus de estar sujeito a certas obrigações. Uma vez isto posto, entende-se que as Organizações Internacionais, sujeitos de direito ativo, devem necessariamente seguir os ditames impostos pelo *jus cogens*. Nesse sen-

tido, a ONU, o que inclui todos os seus órgãos, conselhos e agências, estão sujeitos às obrigações/normas de caráter *erga omnes*.

3.4 A inderrogabilidade do Jus cogens

A discussão a respeito da inderrogabilidade das normas *ius cogens* apresenta-se como um dos pontos centrais e mais complexos que permeiam esse rol normativo. O correto entendimento do assunto mostra-se de extrema importância ao direito internacional, na medida em que os efeitos jurídicos a serem produzidos pelo *ius cogens* dependem do posicionamento que se tem sobre o tema da sua inderrogabilidade.

Dispõe o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 que em relação ao *ius cogens* não é permitido derrogação. Parte da doutrina internacionalista adota essa visão e alega que em hipótese alguma as normas de caráter cogente podem sofrer derrogação juridicamente justificada ou sequer suspensão. No entanto, outra parcela de autores defende que a posição supra mencionada é insustentável e argumentam que a suspensão é possível em certas hipóteses. Pretende-se, como se verá a seguir, rebater o argumento da última corrente elencada e mostrar os efeitos nefastos produzidos por esse posicionamento.

3.4.1 A inderrogabilidade perante estado de necessidade

A primeira e mais corrente hipótese de derrogação de normas *ius cogens* é o estado de necessidade. Segundo argumentam autores, o rol cogente tem o objetivo de extirpar qualquer possibilidade de derrogação voluntária, e portanto tendencialmente arbitrária, de normas que tutelam interesses públicos coletivos. No entanto, diante de uma situação na qual se configure o estado de necessidade, o ator tem seu poder de decisão reduzido e restrito a um pequeno leque de opções. Diante disso, as possibilidades de curso de ação seriam poucas, o que determinaria o caráter tendencialmente obje-

tivo, e não voluntarístico/arbitrário, do possível desrespeito à norma cogente (BAPTISTA, 1997). Nas palavras de Eduardo Baptista:

opta-se pelo sacrifício temporário de um determinado interesse público internacional, necessariamente um dos de menor valor, com vista a salvaguardar um interesse estadual essencial como a manutenção da independência ou do regime político.¹⁵²

Percebe-se, pois, segundo essa corrente, que o estado de necessidade permitiria, desde que atendido o princípio do estado de necessidade – que compreende os princípios da adequação e da indispensabilidade – a suspensão temporária de normas *jus cogens* sem que se configure o cometimento de um ilícito internacional (BAPTISTA, Eduardo.1997). Nesta hipótese, o interesse privado de um Estado poderia se sobrepor ao interesse público internacional consagrado em tratados e em normas costumeiras, o que, já de início, revela-se uma aberração jurídica. Indo adiante com o argumento dessa corrente, sustentam que defender a inderogabilidade de normas *jus cogens* produziria efeitos indesejáveis, na medida em que, mesmo que prática minoritária, os Estados têm, diante do estado de necessidade, deixado de observar normas do rol cogente para salvaguardar interesses privados. Nesse sentido, poderia se alegar que tais normas não são de caráter cogente justamente por serem correntemente desrespeitadas. No entanto, tal argumento carece de razão e representa uma inversão do eixo lógico de interpretação de normas. Ora, se um conjunto de normas construídos historicamente e consolidado pela prática dos Estados prescreve certas obrigações, não há que se dizer que o descumprimento de tais normas, mesmo que reiteradas vezes

152. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius Cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Lex, 1997. p. 324.

num curto espaço de tempo, implica na sua revogação. Fazendo uma analogia, seria o mesmo que dizer que, se o crime de homicídio fosse praticado repetidas vezes em um determinado espaço de tempo em uma dada realidade, ele deixaria de constituir um crime e passaria a ser aceito pela comunidade que presenciara tais fatos.

Resta claro, portanto, os efeitos perniciosos produzidos por essa posição que, em última análise, subjugava os interesses públicos internacionais aos interesses privados. Entre os vários problemas apresentados por essa visão figura a avaliação e constatação do suposto estado de necessidade pelo próprio ente privado. Conforme se sabe, não existe nenhum organismo internacional, e portanto imparcial, que discrimina quais situações de fato constituiriam essa conjuntura de necessidade. Não restam dúvidas, dessa forma, que o exame feito pelo próprio Estado será evidentemente tendencioso, posto que servirá aos interesses do próprio Estado, e acarretará, invariavelmente, no desrespeito de normas caras ao direito internacional sem uma justificativa, via de regra, minimamente robusta e aceita pela Comunidade Internacional.

Além disso, necessário torna-se traçar algumas diferenças e semelhanças entre os termos derrogação e suspensão. Segundo a corrente aqui combatida, as normas *jus cogens* seriam passíveis de suspensão temporária, e não derrogação – nos termos do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. A derrogação é entendida como a revogação parcial de uma norma que, a partir desse momento, deixa de existir e produzir efeitos jurídicos indeterminadamente no que tange à parte que fora suprimida. Já a suspensão, por sua vez, corresponde à cessação temporária dos efeitos produzidos pela norma, que deixa de ser observada. A principal diferença entre os termos seria, portanto, a manutenção ou não dos efeitos no tempo. No entanto, analisadas no curto prazo, a derrogação e a suspensão produzem efeitos idênticos em relação ao Estado específico que descumpra a norma *jus cogens*, já que, em

ambos os casos, a norma deixa de ser observada em benefício do interesse privado do Estado. Entretanto, diz o art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, responsável pela codificação de costumes internacionais, que em relação às normas de natureza cogente nenhuma derrogação é permitida. Ora, seria óbvio dizer que a proibição de derrogação de normas *jus cogens* foi codificada em razão dos efeitos produzidos por uma eventual do ato derogatória. Em outras palavras, veda-se a derrogação posto que as consequências dela são maléficas ao detentor daquele direito. Dessa forma e na medida em que a suspensão temporária produz os **mesmos efeitos** que a derrogação no curto prazo e em relação a um Estado e caso específico, a suspensão estaria, por analogia, também vedada, constituindo o seu cometimento um ilícito internacional.

Tem-se, portanto, que a invocação do estado de necessidade caracteriza-se como um mecanismo de suspensão arbitrário de normas cogentes que fora amplamente combatido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, por outros tratados e pelas instituições internacionais. Vale ressaltar que um eventual descumprimento do disposto no art. 53 não altera o costume internacional codificado por esse próprio instrumento, fruto de uma análise histórica que remonta décadas. Nesse sentido, a posição do notável jurista Eduardo Baptista que diz que a supressão do instituto do estado de necessidade acabaria por retirar o caráter cogente de normas que viessem a ser suspensas temporariamente, e portanto violadas, não parece proceder. O que impera ser razoável é justamente o oposto: a não observância do art. 53, e logo do costume internacional, constitui um ilícito internacional que deve ser fortemente repudiado pela Comunidade Internacional. Em analogia simples com o direito interno, repise-se: o cometimento do crime de homicídio, mesmo que repetida vezes num pequeno espaço de tempo, não elimina o caráter criminoso da conduta e não tende, de forma alguma, a mudar o costume da comunidade social regida por

esse ordenamento; pelo contrário, tal ato deve ser duramente condenado de forma a garantir os direitos e vontades pactuadas pelos atores daquela sociedade.

3.5 Sujeição do Conselho de Segurança às normas jus cogens

Conclui-se, ao final dessa seção, que as normas cogentes, por tutelarem interesses públicos internacionais, constituírem obrigações *erga omnes* e serem inderrogáveis, constituem um limite jurídico a atuação do Conselho de Segurança que deve, em toda e qualquer hipótese, respeitar esse núcleo de normas.

4 DIREITOS HUMANOS

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, um forte movimento de elaboração de tratados e convenções sobre direitos humanos foi observado. Entre outros, foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966 e a própria Carta das Nações Unidas. Todos esses instrumentos revelam a preocupação da Comunidade Internacional à época em evitar as condições humanas que foram produzidas no período da guerra, bem como em incentivar e promover a igualdade entre os povos e melhores condições de vida.

Em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova, com a Resolução 217 A (III), a Declaração Universal dos Direitos Humanos sem nenhum voto contrário. Isso revela justamente a intenção dos membros em respeitar os direitos humanos, e *ipso facto*, o compromisso da própria organização em promove-los. Nesse sentido, dizer que o Conselho não está sujeito ao direitos humanos consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos e demais convenções e tratados internacionais seria admitir que o órgão poderia se sobrepor à vontade da própria instituição que manifestou expressa-

mente, via Assembleia Geral, seu desejo em respeitar tais direitos. Vale ressaltar que a Assembleia Geral, órgão que congrega todos os Estados membros das Nações Unidas, traduz-se na representação máxima da instituição.

4.1 Direitos humanos e *jus cogens*

Uma vez tendo sido posto que tanto os direitos humanos, quanto o *jus cogens* colocam-se como limites a atuação do Conselho de Segurança, necessário se faz delinear algumas diferenças entre os dois. De início, entende-se que são institutos distintos, possuindo, entretanto, algumas semelhanças.

Conforme visto na seção anterior, o *jus cogens* corresponde ao conjunto de normas vinculantes consagradas pelos Estados via costume e da qual nenhuma derrogação e suspensão é possível. Em outras palavras, seria o núcleo duro de direitos assim reconhecidos pela prática dos Estados e no qual alguns direitos humanos se inserem, tal qual a proteção da vida e a vedação do genocídio.

No entanto, não há uma comunicação direta e necessária entre o *jus cogens* e os direitos humanos, ou seja, nem todo direito humano detém as qualidades e prerrogativas de uma norma cogente. Isso ficou claro com o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 que dispõe em seu art. 4º que determinadas obrigações advindas com o Pacto podem ser derogadas em determinadas circunstâncias. É o que se lê:

Art. 4º (1). Em tempo de uma **emergência pública** que ameaça a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um ato oficial, os Estados Partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, **medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Pacto**, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o direito internacional e que elas

não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social. (grifo nosso)¹⁵³

No entanto, logo em seguida no parágrafo 2º, está disposto que a possibilidade de derrogação não é amplamente válida e possível. Leia-se: “(2). A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação aos artigos 6.º, 7.º, 8.º, parágrafos 1 e 2, 11.º, 15.º, 16.º e 18.º.”¹⁵⁴ Fica vedado, portanto, a derrogação do crime de genocídio, tortura, escravidão e outros, mas possível a restrição do direito de ir e vir (art. 13), por exemplo.

Essa divisão entre direitos que podem ser derogados e aqueles que não podem constitui a principal diferença entre o *jus cogens* e os direitos humanos. Os primeiros caracterizam-se como o conjunto de normas que deve ser observado em qualquer circunstância, incluindo na hipótese de estado de necessidade/emergência pública, conforme já visto, enquanto os segundos mostram-se como aqueles que são passíveis de ser derogados em determinadas situações.

5 CONCLUSÃO

Após todo o exposto, fica nítido como existem limites jurídicos claros a atuação do Conselho de Segurança, quais sejam, a Carta das Nações Unidas, o *jus cogens* e os Direitos Humanos. Nesse sentido, a violação de qualquer destas balizas pelo Conselho retira a validade jurídica de seus atos, devendo ser combatida veementemente pela comunidade jurídica internacional. Entende-se que esses limites constituem parte do próprio projeto da ONU em construir uma ordem internacional mais democrática e respeitosa aos direitos humanos. Nesse contexto, consentir que o Conselho atue sem observar tais ditames legais representa uma distorção das finalidades da própria Organização.

153. Ver art. 4º (1) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

154. Ver art. 4º (2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

REFERÊNCIAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Comentário à Carta das Nações Unidas**. Belo Horizonte: CEDIN, 2008.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: ed. Konrad Adenauer, 2005.

BAPTISTA, Eduardo. ***Ius cogens em direito internacional***. Lisboa: LEX, 1997.

CANÇADO TRINDADE, A. Augusto. **Direito das organizações internacionais**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANÇADO TRINDADE, A. Augusto. **Os princípios do direito internacional em um mundo em transformação**. In: BROWNLIE. **Princípios de direito internacional público** (Introdução à Edição em Língua Portuguesa, 1996). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS (1945).

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 713/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 727/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 660/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 661/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 666/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 678/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 687/1991.**

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (1969).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.** (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro): request and further requests for the indication of provisional measures, 1993. *In*: LAUTERPACHT, E.; GREENWOOD, CJ. **International Law Reports.** Cambridge: CUP, 1994.

GARFIELD, Richard. **Morbidity and mortality among Iraqi children from 1990 through 1998: assessing the impact of the Gulf war and economic sanctions.**

GORDON, Joy. **When intent makes all the difference in the world: economic sanctions on Iraq and the accusation of Genocide.** *Yale Human Rights and Development Law Journal.* 2001. v. 5.

HOLBROKE, Richard. **To end a war.** New York: Modern Library, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya Arab Jamahiriya vs. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, *ICJ Reports 1992*.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bósnia Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, *ICJ Reports 1993*.

MARTENCZUK, Bernd. **The Security Council, the International Court and Judicial Review**: what lessons from Lockerbie? *European Journal of International Law* 10, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report to the Secretary-General on humanitarian needs in Kuwait and Iraq in the immediate post-crisis environment by a mission to the area led by Mr. Martti Ahtsaari, Under-Secretary-General for Administration and Management**. March 1991.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (1966).

ROBLEDO, Antônio Gómez. **Ius Cogens y Ius Naturale**. BMDC, ano XVII, n. 50, 1984.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SCHWEIGMAN, David. **The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter**. Dordrecht/Holanda: Kluwer Law Int., 2001.

SHAW, Malcolm N. **International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. **The Charter of the United Nations a Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002. 2v.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **A Carta das Nações Unidas uma leitura constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS: CONTROLE DE LEGALIDADE POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Caio Junqueira de Brito¹⁵⁵

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua criação, o Conselho de Segurança das Nações Unidas foi responsável por inúmeros atos que causaram um certo desconforto na comunidade internacional, muito em virtude do caráter fortemente coercitivo de algumas decisões. A despeito de todos os poderes conferidos ao órgão pelo instrumento constitutivo da ONU, as ações do Conselho têm sido historicamente sujeitas a questionamentos tanto por parte de Estados, quanto por pessoas físicas que, de alguma forma, sentiram-se lesadas pelas medidas impostas pelo Conselho. Em linhas gerais, estes atos caracterizam-se por serem autoritários e supressores, em alguns casos, de garantias fundamentais à pessoa humana e assegurados pelo Direito Internacional.

Faz-se necessário, portanto, a análise da atuação do Conselho para que fique claro como o órgão, no suposto exercício de suas atribuições, pode causar danos a pessoas físicas e jurídicas, bem como pode usurpar direitos humanos que, em teoria, deveriam ser resguardados pela própria instituição.

155. Graduando em Direito e Relações Internacionais pela PUC Minas. Realizando pesquisa (graduação-sanduiche) na The Hague University of Applied Sciences, Haia - Holanda (2016). Bolsista no programa de Iniciação Científica PROBIC/FAPEMIG da PUC Minas (2015). Monitor bolsista de Direito Internacional na PUC Minas (2016). E-mail: caiojunqueirabrito@gmail.com

Em seguida, será analisado a possibilidade do controle de legalidade destes atos por tribunais internacionais a fim de se reverter, ou ao menos amenizar, certos efeitos produzidos pela atuação do Conselho.

2 BREVE HISTÓRICO

2.1 Intervenção do CSNU no processo de desintegração da ex-Iugoslávia

O processo de formação da ex-Iugoslávia, bem como os anos que se seguiram até sua dissolução, foram notoriamente caóticos e permeados por conflitos, muito em virtude da junção de várias matrizes culturais e religiosas em um só Estado. Fruto das tensões que já se estendiam por décadas na região entre os diferentes povos, ocorre, em dezembro de 1990 a primeira secessão sofrida pela Iugoslávia. A Eslovênia, após realizar um plebiscito, decide separar-se. Em 1991, emite uma declaração comunicando sua independência. Neste mesmo ano, em 1991, a Croácia também realiza um plebiscito e decide pela sua separação. A partir desse momento, os conflitos acabam por se intensificar, ocasionando em um confronto bélico.

Diante da guerra generalizada, o Conselho de Segurança, com vistas à manutenção da paz na região, emite a Resolução 713/91¹⁵⁶ que determinava “*um embargo geral e completo ao fornecimento de armas e equipamento militar à Iugoslávia*”, abrangendo também territórios que integraram a ex-Iugoslávia, conforme Resolução 727.¹⁵⁷

A referida sanção implicou na insurgência de questionamentos, tanto por parte da comunidade internacional, bem como por certas entidades federativas da própria Iugoslávia. Em última análise, o embargo generalizado de armamentos aos Estado acabou por beneficiar a Sérvia que, além de abrigar em seu território grande parte das indústrias armamentícias, controlava em grande medida as forças armadas iugoslavas (HOLBROOK, 1999).¹⁵⁸

156. Ver Resolução 713/1991 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

157. Ver Resolução 727/1991 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

158. HOLBROKE, Richard. **To end a war**. New York: Modern Library, 1999.

Sentindo-se prejudicada pelos efeitos da sanção, principalmente pelo fato de ter perdido força de combate e meios fáticos para se defender, a Bósnia-Herzegovina ajuizou ação perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ) arguindo a legalidade do ato do Conselho no que se refere à abrangência da medida a toda a ex-Iugoslávia. Segundo defendido, o embargo não deveria ser aplicado à Bósnia-Herzegovina, ficando-se a ela reservado o direito de se defender e de obter ajuda de outros Estados. Para tanto, valeu-se do art. 51 da Carta da ONU que diz que “nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas”.¹⁵⁹

Em resposta a ação ajuizada, a CIJ determinou que a Iugoslávia garantisse, por todos os meios que obtivesse, a segurança e o não cometimento de crimes de genocídio contra a população bósnia. Percebe-se, pois, que a atuação da CIJ foi contida no sentido de igualar as partes envolvidas no conflito, posto que apenas prescrevera um comportamento à Iugoslávia, não chegando a Corte a revisar o ato do CSNU. Além disso, conforme voto dissidente do juiz Lauterpacht, o embargo determinado pelo Conselho restringiu o direito de defesa da Bósnia-Herzegovina, o que acabou por abrir caminho para a prática de genocídio e limpeza étnica contra o povo bósnio.¹⁶⁰ A prática de tais crimes é, como se sabe, vedada pelo *jus cogens*, o que nulificaria a Resolução do Conselho que teria possibilitado, ou ao menos não evitado, a prática do crime de genocídio.

2.2 Crise humanitária no Iraque e sanções aplicadas pelo CSNU

Após invasão do Kuwait pelo Iraque em 1990 e da consequente declaração de anexação do país pelo governo de Saddam Hussein, o

159. Ver art. 51 da Carta das Nações Unidas.

160. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.** (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro): request and further requests for the indication of provisional measures, 1993. *In*: LAUTERPACHT, E.; GREENWOOD, C.J. **International Law Reports.** Cambridge: CUP, 1994.

Conselho de Segurança, como forma de retaliar as ações iraquianas, bem como de restaurar a paz na região, emitiu uma série de resoluções. ¹⁶¹A primeira delas, a Resolução 660 determinava a retirada do exército iraquiano do território kuwaitiano. Em seguida, a Resolução 661 implementou algumas sanções ao Iraque que seriam supervisionadas por um Comitê criado especialmente para fiscalizar a aplicação das sanções discriminadas. ¹⁶² Entre as imposições, estava:

a proibição de qualquer comércio com o Iraque (especialmente armamentos e outros materiais militares), proibição de transporte de mercadorias provenientes ou destinadas ao Iraque e congelamento dos fundos financeiros do governo e de todas as demais pessoas jurídicas iraquianas. ¹⁶³

Ficava permitido, no entanto, o comércio de medicamentos, assim como de alimentos, na hipótese de ajuda humanitária, nos termos da Resolução 666. ¹⁶⁴ Segundo dispôs a Resolução 666/90, caberia ao Comitê, criado pela Resolução 661/90, verificar as condições de vida dos residentes no Iraque, recorrendo-se, para tanto, aos dados de agências da ONU e de demais organizações humanitárias. Objetivava-se, com isso, manter as condições humanitárias para a vida de qualquer indivíduo em território iraquiano, bem como também evitar a violação de direitos básicos da pessoa humana.

Paralelamente, o Iraque se recusa a cumprir o estabelecido na Resolução 678/90 ¹⁶⁵ que determinava a retirada de suas tropas de território kuwaitiano. A recusa iraquiana implicou a escalada do conflito

161. SCHWEIGMAN, David. **The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter**. Dordrecht/Holanda: Klumer Law Int., 2001.

162. Ver Resolução 660 e 661 de 1990 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

163. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 72.

164. Ver Resolução 666 de 1990 do Conselho de Segurança das Nações Unidas

165. Ver Resolução 678 de 1990 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

que acabou por se materializar na operação “tempestade no deserto” conduzida por uma coalizão de países. Cerca de um mês e meio após o início das atividades, o Kuwait havia sido retomado e o Iraque declarava o acatamento de todas as resoluções emitidas pelo CSNU (SCHWEIGMAN, 2001), mas que só foram realmente aceitas cerca de um (01) mês depois com a Resolução 687/91.¹⁶⁶ Neste momento, a crise humanitária no Iraque já se alastrara, podendo-se observar o aumento no número de mortes e de doenças, assim como a redução na qualidade de vida dos residentes (GORDON, 2002).¹⁶⁷

Conforme relatório produzido pela *Defense Intelligence Agency* dos Estados Unidos da América e denominado “*Iraq water treatment vulnerabilities*”, os problemas humanitários no Iraque já eram reais antes mesmo da operação “tempestade no deserto”. Entre outras constatações, ficou claro como as condições da água no Iraque tiveram sua qualidade reduzida em decorrência das sanções aplicadas pelo CSNU, uma vez que elas proibiram a importação de cloro e outros compostos químicos essenciais à purificação da água, potencializando a disseminação de doenças.

Um relatório semelhante produzido pelo subsecretário geral da ONU à época, Martti Ahtisaari, confirmou as péssimas condições de vida no Iraque:

(...) nada que tenhamos visto ou lido nos preparou para a forma como o país se encontra devastado. O recente conflito trouxe resultados praticamente apocalípticos para a infraestrutura e economia de uma sociedade que, até Janeiro de 1991, era extremamente urbanizada e mecanizada. Agora, grande parte dos meios de vida moderna foram destruídos ou desgastados. O Iraque

166. Ver Resolução 687 de 1991 do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

167. GORDON, Joy. **When intent makes all the difference in the world:** economic sanctions on Iraq and the accusation of Genocide. *Yale Human Rights and Development Law Journal*. 2001. v. 5.

está, por alguns anos, fadado a viver numa era pré-industrial, mas com todos os mecanismos de uma era pós-industrial dependente intensamente do uso de energia e tecnologia.¹⁶⁸

Somando-se a isso, o país enfrentava uma forte inflação, principalmente no campo dos alimentos, bem como uma grave crise energética e sanitária. De uma forma geral, verificou-se que grupos de baixa renda eram os que mais sofriam com a crise, apesar de toda a população ter sido afetada. Além disso, segundo relatório produzido pelo pesquisador Richard Garfield, da Universidade de Columbia, cerca de 227.713 crianças menores de 5 anos haviam morrido em decorrência das sanções aplicadas pelo CSNU na década de 90, bem como os índices de mortalidade aumentaram cerca de 11% a partir da imposição das medidas.¹⁶⁹

Fica evidente, portanto, como a ação do Conselho de Segurança acabou por contribuir para a propagação da crise humanitária no Iraque nos anos 90. Indaga-se, diante disso, se a atuação do referido órgão não estaria submetida a eventuais revisões por tribunais internacionais no que tange à sua legalidade.

3 DO CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS DO CONSELHO DE SEGURANÇA POR TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Entende-se, de uma forma geral, que cabe aos tribunais internacionais verificar a legalidade dos atos do Conselho, uma vez que são esses os órgãos competentes para analisar questões de matéria jurídica de cunho internacional. Importante ressaltar que o presen-

168. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Report to the Secretary-General on humanitarian needs in Kuwait and Iraq in the immediate post-crisis environment by a mission to the area led by Mr. Martti Ahtisaari, Under-Secretary-General for Administration and Management, March 1991. (Tradução do autor).

169. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009 *apud* GARFIELD, Richard. **Morbidity and mortality among Iraqi children from 1990 through 1998: assessing the impact of the Gulf war and economic sanctions**.

te trabalho defende a possibilidade do controle de legalidade tendo como parâmetro a violação da Carta da ONU, dos direitos humanos e do *jus cogens*. Isto posto, analisemos o controle de legalidade à luz de cada marco.

3.1 Controle de legalidade amparado na Carta das Nações Unidas

Conforme aduz o art. 24 da Carta da ONU, cabe ao Conselho de Segurança “a principal responsabilidade na manutenção da paz e segurança internacionais.” Em seguida, dispõe o art. 25 que “os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.”¹⁷⁰

A interpretação do art. 25 tem sido alvo de grandes debates na doutrina, tendo em vista a ambiguidade do texto em sua parte final. Questiona-se qual seria o sentido atribuído ao termo “de acordo com a presente Carta”: de um lado, afirmam alguns que a expressão refere-se à obrigação dos estados membros em acatar as decisões do Conselho; de outro lado, dizem outros que o termo faz alusão à necessidade de o CSNU observar a Carta quando da sua atuação para que suas decisões sejam vinculantes. É exatamente nesses termos que coloca Simma, em sua leitura sobre a Carta:

A questão mais importante que se discute é se a expressão “de acordo com a presente Carta refere-se à obrigação dos membros em aceitar e cumprir as decisões do CSNU, ou se essas palavras qualificam as decisões como obrigatórias somente se forem tomadas de acordo com a Carta. (SIMMA, 2002, p. 459).¹⁷¹

170. Ver art. 25 da Carta das Nações Unidas.

171. SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. **The Charter of the United Nations a Commentary**. Oxford: Oxford University Press, 2002. 2v. p. 459. Texto em inglês: “*The more important question is whether the words ‘in accordance with the present Charter’ are related to the obligation of the members to accept and carry out the decisions of the*

Fica nítido, portanto, a ambiguidade do texto e como a determinação do sentido da expressão fica comprometida apenas com a leitura simples do artigo. No entanto, presume-se que qualquer dispositivo legal possui uma finalidade e que as escolhas feitas pelo legislador possuem sempre um significado. Sabe-se que o Capítulo VII da Carta dispõe sobre a atuação do CSNU e a forma como os Membros estão sujeitos a essa atuação. Sendo assim, seria prescindível ao art. 25 dizer, novamente, que os Membros devem cumprir as determinações do CSNU, já que isso é tratado em outra parte da Carta. A partir disso, entende-se que a expressão “de acordo com a presente Carta” só pode se referir à necessidade dos atos do Conselho estarem de acordo com os princípios e demais cláusulas contidas na Carta, sob pena de nulidade.

Tendo sido isto esclarecido, necessário se faz discutir a quem caberia realizar essa verificação de legalidade. Vislumbra-se, em princípio, duas possibilidades: os próprios Estados membros, ou tribunais internacionais. A primeira opção deve ser de imediato descartada, visto que uma eventual verificação dos atos do Conselho por um Estado implicaria na impossibilidade de o CSNU exercer sua função; em última análise prevaleceria a vontade privada do Estado, e não da instituição. No entanto, a segunda possibilidade merece a devida atenção. Conforme parecer consultivo da CIJ, sabe-se que as decisões de qualquer órgão da ONU que estejam de acordo com as regras procedimentais são presumidamente válidas, apesar de tal fato não prejudicar a possibilidade de o ato ser invalidado por questões materiais posteriormente (SALIBA, 2009)¹⁷². Sendo assim, o exame sobre a legalidade material dos atos do Conselho só poderia ser realizado por um órgão jurídico, que é quem tem com-

SC, or whether these words qualify the decisions to be accepted and carried out as binding only if they are taken in accordance with the Charter.”

172. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

petência para tal. Entre os vários tribunais internacionais ativos nos tempos atuais, destaca-se a CIJ.

3.1.1 Competência da Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça, criada também pela Carta da ONU, é, nos termos do art. 92, “o principal órgão judiciário das Nações Unidas.”¹⁷³ A CIJ é competente para julgar conflitos judicializados entre Estados e fornecer pareceres consultivos para os demais órgãos da ONU.¹⁷⁴

Como se sabe, a ONU é formada por vários órgãos que possuem independência entre si. No entanto, nas palavras de Díaz, a “Corte Internacional de Justiça também assume responsabilidades na manutenção da paz e da segurança internacionais” (tradução nossa),¹⁷⁵ função essa que seria típica do CSNU. Nesse sentido, a atuação da CIJ seria complementar às funções do CSNU, cabendo a ambos garantir a paz e segurança internacionais. Nesse contexto, parte da doutrina entende que há um paralelismo funcional entre os órgãos, motivando uma interação frutífera entre ambos (DÍAZ, 2003).

Uma vez tendo sido delineado a complementariedade de papéis entre a CIJ e a CSNU, necessário se faz entender como pode se dar essa relação. Entende-se que há duas possibilidades para tanto: por meio de pareceres consultivos e em sede contenciosa.

3.1.1.2 Pareceres consultivos

Segundo aduz a Carta da ONU em seu art. 96 (1), “a Assembleia Geral ou o Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça sobre qualquer questão de ordem jurídica”. Frise-se, pois, que tais pareceres podem ser dar

173. Ver art. 92 da Carta das Nações Unidas.

174. Ver art. 96 da Carta das Nações Unidas.

175. DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. **Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**. Navarra. Ed. Garrides Cátedra, 2003. p. 210. Texto em espanhol: “*También el Tribunal Internacional de Justicia asume responsabilidades en él ámbito del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales*”.

sobre qualquer matéria jurídica, o que inclui, obviamente, questionamentos acerca da legalidade de resoluções do Conselho, bem como a determinação da abrangência dos efeitos jurídicos de seus atos.

Argumenta-se, entretanto, que os pareceres consultivos são, independentemente da matéria de que tratam, não vinculantes. De fato, mesmo que a Corte sustente em um parecer que determinado ato do Conselho está carregado de nulidade, tem-se que este mesmo órgão não está obrigado a revê-lo. No entanto, apesar de não haver obrigatoriedade, os pareceres emitidos pela Corte são, em maior ou menor grau, um constrangimento, gerando, por vezes, impactos na realidade fático-jurídica.

Além disso, importante destacar que tais pareceres são emitidos conforme o direito, o que se revela óbvio já que um órgão jurídico só poderia emitir pareceres que não afrontam o direito. Essa afirmação torna-se relevante no contexto de verificação dos atos do Conselho e de demais órgão da ONU, pois, caso a CIJ diga que determinada conduta não está revestida de legalidade e o agente mantenha a conduta, está a se admitir que um órgão da ONU pode, conscientemente, perpetuar ilícitos internacionais. Indo além, nos ensinamentos de Saliba:

Poderíamos ir um pouco mais longe: tendo em vista que resoluções do Conselho são obrigatórias, teríamos de aceitar que os membros da ONU são obrigatórios a cumprir uma decisão manifestamente ilegal.¹⁷⁶

Diante de todo o exposto, fica claro como a CIJ, por meio de um parecer consultivo, pode eventualmente fazer um controle de legalidade de um ato do CSNU, seja por desrespeito aos princípios

176. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 166.

estabelecidos na Carta da ONU, por violação aos direitos humanos ou pela não observância do *jus cogens*.

3.1.1.3 Sede contenciosa

Um dos pressupostos para a atuação da Corte Internacional de Justiça é o consentimento das partes da jurisdição da Corte. Além disso, importante dizer que o referido órgão só é competente para julgar Estados, porém sobre qualquer matéria que seja até ela levada, nos termos do art. 36 do Estatuto da CIJ.¹⁷⁷ Vale ressaltar neste ponto que não há restrição do objeto sobre o qual a Corte irá julgar, podendo ela se dar inclusive sobre matéria política, desde que haja aspectos jurídicos. É o que diz Maria Díaz quando coloca que a controvérsia, seja ela qual for, será judicializada se as partes assim acordam e na hipótese de se submeterem à Corte (DÍAZ, 2003)¹⁷⁸. Diante disso conclui-se que não há nenhuma matéria, elemento e controvérsia que não seja de competência da CIJ e que não possa ser por ela julgada quando chamada para tal (DÍAZ, 2003).¹⁷⁹

No entanto, conforme já dito, o CSNU só tem competência *ratione personae* para julgar Estados. Sendo assim, não é possível que a CIJ julgue diretamente os atos do Conselho, mesmo que estes sejam notoriamente contra o direito internacional. É por esse motivo que se entende que o controle de legalidade dos atos do Conselho só pode se dar por via incidental (SALIBA, 2009)¹⁸⁰. Isso seria possível na hipótese de em uma dada controvérsia entre Estados já judicializada na CIJ uma das partes arguir a legalidade de um ato do Conselho. Nesse caso, a Corte poderia analisar o ato à luz do direito internacional e defini-lo como ilícito com fundamento no desrespei-

177. Ver art. 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

178. DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. **Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**. Navarra. Ed. Garrides Cátedra, 2003.

179. *Ibidem*.

180. SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

to dos princípios estabelecidos na Carta da ONU, na violação dos direitos humanos ou na não observância do *jus cogens*.

3.2 Controle de legalidade com amparo na defesa do *jus cogens* e dos direitos humanos

Na seção anterior, discutiu-se a competência da Corte Internacional de Justiça para controlar os atos do Conselho à luz da Carta da ONU e com fulcro nos princípios por ela firmados, nos direitos humanos e no *jus cogens*. Nesta seção, por sua vez, buscar-se-á demonstrar como demais tribunais internacionais que não a CIJ também são competentes para revisar atos do CSNU, porém com fundamento nos direitos humanos e no *jus cogens*. Para tanto, recorrer-se-á a certos casos nos quais pode-se perceber o referido controle.

3.2.1 Caso *Kadi* e o Tribunal de Justiça da União Europeia

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é o órgão com sede em Luxemburgo responsável por julgar controvérsias relativas à legislação da União Europeia. Em 2008, foi julgado um caso que ficou conhecido por envolver a discussão entre a defesa dos direitos humanos e a obrigação de acatar determinada resolução do CSNU e por resultar, em última análise, no controle de legalidade de um ato do Conselho. É o que se passa a analisar.

Diante dos ataques e ameaças terroristas vivenciados nos anos 2000, o CSNU empreendeu uma série de medidas com vistas à desestabilização de grupos extremistas. Em uma de suas resoluções, acabou por determinar o congelamento de ativos financeiros de pessoas físicas e jurídicas que supostamente possuíam alguma conexão com a Al-Qaeda. Em meio a essas medidas, Yassin Kadi, cidadão saudita, foi incluído, de forma pouco fundamentada, em lista cujos nomes vieram a ser alvo de congelamento de ativos. Para

tanto, a União Europeia havia internalizado tal lista, cumprindo assim as determinações do CSNU.

Inconformado com a postura da União Europeia ao dar efeitos à referida lista, Kadi ajuizou ação no Tribunal de Primeira Instância da União Europeia, alegando que o ato havia violado seu direito de propriedade, bem como garantias advindas do princípio do devido processo legal, asseguradas no âmbito da União Europeia. Em resposta, o Tribunal alegou que as obrigações advindas da Carta da ONU são claramente superiores às aquelas comuns geradas pelo direito comunitário europeu. Nesse sentido, a internalização da lista em análise e o congelamento dos bens de Kadi seriam legais e deveriam ser mantidos.

No entanto, na sentença proferida pelo Tribunal, foi colocada a possibilidade de o órgão revisar atos do Conselho diante da violação de *jus cogens*. É o que se lê:

No entanto, o Tribunal pode fiscalizar, de forma incidental, a legalidade das resoluções em causa do Conselho de Segurança, à luz dos *jus cogens*, entendido como uma ordem pública internacional que se impõe a todos os sujeitos do direito internacional, incluindo as instâncias da ONU, o qual não é possível derrogar. Deve observar-se, a esse respeito, que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que codifica o direito internacional consuetudinário (e cujo artigo 5.º dispõe que ela se aplica «a qualquer Tratado que seja acto constitutivo de uma organização internacional e a qualquer Tratado adoptado no âmbito de uma organização internacional»), prevê, no seu artigo 53.º, a nulidade dos Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*), definida como «uma

norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza». Da mesma forma, o artigo 64.º da Convenção de Viena dispõe que «se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer Tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência». De resto, a própria Carta das Nações Unidas pressupõe a existência de princípios imperativos de direito internacional e, designadamente, a protecção dos direitos fundamentais da pessoa humana. No preâmbulo da Carta, os povos das Nações Unidas declararam-se assim decididos a «reafirmar a [sua] fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana». Resulta, além disso, do primeiro capítulo da Carta, intitulado «Objectivos e princípios», que as Nações Unidas têm designadamente por fim encorajar o respeito dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais. Esses princípios impõem-se tanto aos membros da ONU como aos seus órgãos. Assim, nos termos do artigo 24.º, n.º 2, da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança deve, no cumprimento dos deveres que a responsabilidade principal da manutenção da paz e da segurança internacionais lhe impõe, agir «de acordo com os objectivos e os princípios das Nações Unidas». **Os poderes de sanção que o Conselho de Segurança possui no exercício dessa responsabilidade devem, assim, ser utilizados no respeito do direito internacional e, em particular, dos objectivos e princípios**

das Nações Unidas. O direito internacional permite assim considerar que existe um limite ao princípio do efeito obrigatório das resoluções do Conselho de Segurança: devem respeitar as disposições peremptórias fundamentais do jus cogens. Caso contrário, por muito improvável que isso seja, elas não vinculariam os Estados membros da ONU nem, conseqüentemente, a Comunidade. A fiscalização jurisdicional incidental exercida pelo Tribunal de Primeira Instância, no âmbito de um recurso de anulação de um acto comunitário adoptado, sem exercício de uma qualquer margem de apreciação, a fim de dar execução a uma resolução do Conselho de Segurança, pode, portanto, muito excepcionalmente, ser extensiva à verificação do respeito das regras superiores do direito internacional abrangido pelo jus cogens e, designadamente, das normas imperativas que visam a protecção universal dos direitos do homem, as quais não podem ser derogadas nem pelos Estados-Membros nem pelas instâncias da ONU, pois constituem «princípios do direito internacional consuetudinário que não podem ser transgredidos» (parecer consultivo do Tribunal Internacional de Justiça de 8 de Julho de 1996, Licidade da ameaça ou do emprego de armas nucleares, Recueil 1996, p. 226, n.º 79; v., igualmente, neste sentido, conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo Bosphorus, referido no n.º 189, supra, n.º 65) (parágrafo 226 - 231).¹⁸¹

181. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso T-315/01, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIdex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=239175>.

A despeito de o Tribunal de Primeira Instância reconhecer que tem competência para revisar resoluções do CSNU que venham a ferir o *jus cogens*, no caso em tela o Tribunal entendeu que o congelamento de bens não estaria integrado ao rol cogente, bem como que a restrição do direito ao contraditório pleno não feria a ordem pública internacional. Sendo assim, rejeitou-se todos os pedidos feitos pelo autor, Yassin Kadi.

Inconformado com a decisão, Kadi recorreu ao Tribunal de Justiça da União Europeia, que acabou por reverter a decisão prolatada em primeira instância, determinando a anulação dos atos que internalizaram as resoluções do CSNU. Para tanto, utilizou como linha argumentativa a defesa dos direitos fundamentais internos da Comunidade Europeia.

Na sentença proferida¹⁸², o TJUE reconheceu, diferentemente do Tribunal de Primeira Instância, que não possuía competência para verificar atos do Conselho com fundamento no *jus cogens* por não possuir jurisdição para tanto. No entanto, declarou ser capaz de fazê-lo com amparo no direito comunitário, dizendo que o controle de legalidade do ato é a manifestação do Estado de Direito (rule of law) e do respeito às garantias fundamentais estabelecidas por seus membros. Ressaltou, ainda, que a verificação da resolução produzia efeitos apenas internos ao âmbito da própria comunidade, ficando mantida a validade da norma no plano internacional. Vale ressaltar que o direito ao contraditório, bem como o da propriedade, tidos pelo TJUE como um direito fundamental, podem também ser vistos como direitos humanos.

182. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso C-402/05 P e C-415/05 P, sentença de 3 de Dezembro de 2008. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=251028>.

4 CONCLUSÃO

Fica claro, diante de todo o exposto, como a realização do controle de legalidade de certos atos do Conselho de Segurança não é só possível como necessária para a garantia de direitos humanos e a promoção de uma ordem internacional democrática. Entende-se, além disso, que este mecanismo vai justamente ao encontro dos próprios objetivos e princípios estabelecidos pela Carta, vez que representam a possibilidade de se reverter eventuais ilícitos cometidos pelo Conselho. Constatou-se, ainda, que não só a CIJ, mas também outros tribunais internacionais possuem legitimidade para revisar resoluções produzidas pelo CSNU com fundamento ou na violação dos direitos humanos ou na violação do *jus cogens*.

REFERÊNCIAS

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: ed. Konrad Adenauer, 2005.

BAPTISTA, Eduardo. ***Jus cogens em direito internacional***. Lisboa: LEX, 1997.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS (1945).

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 713/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 727/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 660/1991**.

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 661/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 666/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 678/1991.**

CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolution 687/1991.**

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (1969).

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.** (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro): request and further requests for the indication of provisional measures, 1993. *In*: LAUTERPACHT, E.; GREENWOOD, CJ. **International Law Reports.** Cambridge: CUP, 1994.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso T-315/01, sentença de 21 de setembro de 2005. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=239175>.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Yassin Abdullah Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, caso C-402/05 P e C-415/05

P, sentença de 3 de Dezembro de 2008. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=251028>.

DÍAZ, Maria Eugenia López-Jacoiste. **Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**. Navarra. Ed. Garrides Cátedra, 2003.

GARFIELD, Richard. **Morbidity and mortality among Iraqi children from 1990 through 1998: assessing the impact of the Gulf war and economic sanctions**.

GORDON, Joy. **When intent makes all the difference in the world: economic sanctions on Iraq and the accusation of Genocide**. Yale Human Rights and Development Law Journal. 2001. v. 5.

HOLBROKE, Richard. **To end a war**. New York: Modern Library, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libya Arab Jamahiriya vs. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, *ICJ Reports 1992*.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bósnia Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, *ICJ Reports 1993*.

MARTENCZUK, Bernd. **The Security Council, the International Court and Judicial Review: what lessons from Lockerbie?** *European Journal of International Law* 10, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report to the Secretary-General on humanitarian needs in Kuwait and Iraq in the immediate post-crisis environment by a mission to the area led by Mr. Martti Ahtsaari, Under-Secretary-General for Administration and Management.** March 1991.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIIIVIS E POLÍTICOS (1966).

ROBLEDO, Antônio Gómez. **Ius Cogens y Ius Naturale.** BMDC, ano XVII, n. 50, 1984.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SCHWEIGMAN, David. **The authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter.** Dordrecht/Holanda: Kluwer Law Int., 2001.

SIMMA, Bruno; MOSLER, Hermann; RANDELHOFER, Albrecht; TOMUSCHAT, Christian; WOLFRUM, Rüdiger. **The Charter of the United Nations a Commentary.** Oxford: Oxford University Press, 2002. 2v.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. **A Carta das Nações Unidas uma leitura constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

REFUGIADOS PALESTINOS, ISRAEL E O DIREITO INTERNACIONAL

Caroline Juvencio Mariano de Medeiros¹⁸³ e Samuel Felipe Nascimento Horn¹⁸⁴

1. INTRODUÇÃO

Desde o início da Guerra Civil Síria em 2011, o problema dos refugiados tem tomado espaço dentre as discussões que hoje se estabelecem na mídia. Segundo dados do ACNUR – o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – 65,3 milhões de pessoas no mundo foram vítimas de deslocamento forçado ao longo do ano de 2015, o que representa que, a cada um minuto, 24 pessoas são deslocadas forçadamente de seus lares. Destes, 21,3 milhões são refugiados¹⁸⁵.

Todavia, enquanto as atenções estão voltadas para a resolução do problema dos refugiados sírios, o infortúnio dos refugiados palestinos, que existe por quase sete décadas, ainda não encontrou solução. Este grupo recebe tratamento diferenciado do restante de refugiados, gerando questionamentos se a eles são negados aspectos importantes da proteção internacional destinada aos demais, e se por isso que ainda não foi encontrada uma resolução duradoura e eficaz.

Levando isso em consideração, o presente estudo se destina a analisar se o direito internacional justifica o tratamento diferen-

183. Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bolsista da FAPERJ sob orientação do Professor Edson Alvisi. E-mail: carolinejmedeiros@gmail.com

184. Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Foi monitor da disciplina Direito Constitucional Internacional e Comparado, sob orientação do Professor Eduardo Manuel Val. E-mail: samuel.fn.horn@gmail.com

185. Dados disponíveis em: <<https://hacoesusnidas.org/acnur-deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-653-milhoes-de-pessoas/>>.

ciado dispensado aos refugiados palestinos, através de uma breve introdução histórica, uma investigação do posicionamento de Israel com relação à questão, e uma análise jurídica sobre os posicionamentos do governo de Tel Aviv.

2. BREVE HISTÓRICO

A presença dos judeus na Palestina – ou, como é chamada em hebraico, *Eretz Yisrael*¹⁸⁶ – em muito antecede o sionismo e, até mesmo, a presença árabe na região. O evento que alterou substancialmente a demografia da região foi sua tomada pelo Califado¹⁸⁷ Rashidun¹⁸⁸. Já desde períodos pré-islâmicos, pastores árabes migravam da Península Arábica rumo à Mesopotâmia e ao Levante¹⁸⁹, atraídos pela fertilidade e buscando melhores condições sob a suserania do Império Romano e Sassânida. (HOURANI, 2006, p. 28-29). A partir do século VIII os árabes se tornaram maioria nos territórios governados pelo Califado¹⁹⁰, incluindo a Palestina (*Ibid.*, p. 69). Mesmo assim, judeus continuaram a habitar terras governadas por líderes islâmicos.

Theodor Herzl, considerado o pai do sionismo, lançou em 1896 sua obra *O Estado Judeu*¹⁹¹, na qual defendia o estabelecimento de um Estado nacional para o povo judeu na Palestina como solução ao problema do antisemitismo generalizado existente no Ocidente (SAID, 2012, p. 27). No ano seguinte, fundou a Organização Mundial Sionista para facilitar e patrocinar a ideia, e posteriormente foi criado o Fundo Nacional Judeu, iniciando um processo de aquisição de terras na Palestina e proclamando-as como “propriedade

186. Significando “Terra de Israel”.

187. Do árabe *khalifa*, que significa “sucessor” e, mais especificamente no caso, sucessor na liderança da comunidade islâmica após a morte do Profeta Maomé.

188. Expressão em árabe que significa “os corretamente guiados”, se referindo aos quatro primeiros califas e ao período costumeiramente apontado como mais próspero da liderança política e religiosa do islamismo. Cf. HOURANI, 2006, p. 48-49.

189. Equivalente, a grosso modo, à expressão geográfica árabe *Al-Sham*, se refere às áreas ocupadas contemporaneamente por Israel, Palestina, Jordânia, Líbano e Síria.

190. Com exceção do Irã, apesar de ter sofrido enorme influência da supremacia árabe sobre a região. Cf. HOURANI, 2006, p. 78.

191. *Der Judenstaat*, no nome original em alemão.

inalienável do povo judeu” (HOURANI, *op. cit.*, p. 380). O resultado da iniciativa pôde ser sentido em poucos anos. Se em 1822 havia 24 mil judeus na Palestina (SAID, *op. cit.*, p. 10), em 1914 esse número já havia aumentado para 85 mil (HOURANI, *loc. cit.*).

O território, que passou para controle mandatário do Reino Unido após a Primeira Guerra, recebeu como endosso oficial do governo britânico o objetivo em facilitar a imigração judaica para a região, após a publicação da Declaração Balfour em 1917 (*Ibid.*, p. 418). Se desde o início das imigrações no fim do século XIX já se proporcionou um aumento das tensões entre árabes e judeus, o período entre guerras viu este processo se intensificar (MORRIS, 2014, p. 44-45).

Após o fracasso ao longo dos anos 30 e 40 quanto a uma partilha consensual da Palestina entre árabes e judeus, a Resolução 181 da Assembleia Geral das Nações Unidas definiu uma divisão entre dois Estados, além da cidade de Jerusalém a ser administrada pelas Nações Unidas¹⁹². Após a guerra resultante da não aceitação, pelos árabes, do plano, Israel acabou por anexar grandes parcelas de território que seria designado ao Estado árabe e passou a ocupar cerca de 75% da Palestina, incluindo Jerusalém Ocidental (HOURANI, *op. cit.*, p. 469-471). A Faixa de Gaza permaneceu sob posse egípcia e a Cisjordânia – incluindo Jerusalém Oriental – foi anexada pelo Reino Hachemita da Jordânia.

Para os árabes palestinos, o resultado demográfico da guerra foi o número de 700 mil refugiados obrigados a sair de suas casas. Dois terços se concentraram em campos de refugiados na Faixa de Gaza e na Cisjordânia, com os restantes se espalhando em campos nos países vizinhos, principalmente Jordânia, Líbano e Síria (MORRIS, *op. cit.*, p. 100). Para lidar com a situação e prestar os devidos serviços humanitários, foi criada, por meio da Resolução 302 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Agência das Nações Unidas

192. O texto da Resolução 181, em inglês e francês, está disponível em: <[<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181\(II\)>](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II))>.

de Assistência aos Refugiados da Palestina no Oriente Próximo (doravante UNRWA, pela sigla em inglês¹⁹³). Segundo dados da agência, o número atual de refugiados palestinos alcança a casa de 5 milhões¹⁹⁴. Todavia, estes números, bem como a própria criação da UNRWA, são contestados por razões que serão demonstradas adiante.

A Guerra dos Seis Dias, em 1967, agravou a situação dos refugiados. A Cisjordânia e a Faixa de Gaza passaram à ocupação militar por Israel, deslocando mais de 200 mil palestinos destes territórios (*Ibid.*, p.101). Jerusalém Oriental foi anexada à outra metade da cidade e, unificada, proclamada “capital de Israel”¹⁹⁵.

A solução para a questão dos refugiados enfrenta dificuldades de diversas naturezas, as quais serão aqui tratadas, focando-se nos aspectos referentes ao direito internacional. A posição defendida por Israel será apresentada a seguir.

3. OS REFUGIADOS NO DISCURSO ISRAELENSE

O estabelecimento de uma pátria judaica em um território de absoluta maioria árabe foi questão de particular preocupação dentro das reuniões da Organização Mundial Sionista nas primeiras décadas do século XX. Theodor Herzl, ainda em 1895, entendia que para o êxito da criação de um Estado de Israel de maioria judaica, os sionistas teriam:

[D]e estimular a população pobre a cruzar as fronteiras em busca de emprego nos países de trânsito, enquanto lhes negamos emprego em nosso próprio país¹⁹⁶.

193. Sigla para *United Nations Relief and Work Agency for Palestine Refugees in the Near East*.

194. Estes dados podem ser encontrados no site da agência, disponível em: <<http://www.unrwa.org/who-we-are?tid=85>>

195. A unificação, positivada em Lei Básica em 1980, foi declarada nula pela Resolução 478 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sendo a anexação de Jerusalém Oriental vista como ilícita pelo direito internacional.

196. O supracitado Fundo Nacional Judeu proibia que nas terras de sua titularidade

O processo tanto de expropriação quanto de remoção dos pobres deve ser conduzido com discrição e circunspeção. (HERZL *apud* SAID, 2012, p. 15)

A transferência forçada de habitantes nativos não era vista com a mesma carga moral e jurídica negativa que os dias atuais. Já na primeira tentativa de partilha entre dois Estados, realizada sob os auspícios da britânica Comissão Peel, fez-se a proposta de retirada de 300 mil palestinos do hipotético território israelense proposto. Ainda como fator de estímulo, havia o precedente importante – e então chancelado pela Liga das Nações – da troca compulsória de populações entre os governos grego e turco nos anos 20 do século XX (MORRIS, *op. cit.*, p. 93-94).

Após a Guerra de 1948-49 e o êxodo palestino, foi possível a criação de um Estado com maioria judaica na Palestina, ainda que com uma considerável minoria árabe de 160 mil pessoas. Desta época até os dias atuais, alguns partidos políticos aventaram e aventam¹⁹⁷ a possibilidade da transferência de ao menos parte da parcela palestina residente em território israelense – que nos dias atuais constitui um quinto da população de Israel – para os países árabes vizinhos. No entanto, nunca conseguiram ocupar um número expressivo de cadeiras do Knesset e esta possibilidade nunca foi executada (*Ibid.*, p. 99-103). Se os cidadãos árabes de Israel não estão ameaçados a curto prazo, a solução para o status daqueles que saíram em 1948 é absolutamente incerta.

A posição do governo israelense é muito clara sobre o assunto e possui algumas peculiaridades. Mais do que demonstrar a posição oficial de um Estado, suas manifestações oficiais tendem à

fossem empregados não-judeus. Cf. HOURANI, 2006, p. 380.

197. Nos dias atuais, o partido *Yisrael Beitenu*, liderado por Avigdor Lieberman, integrante do atual gabinete do governo de Benjamin Netanyahu e com seis cadeiras no parlamento, é defensor de uma forma de transferência. Cf. MORRIS, 2014, p. 102.

pedagogia¹⁹⁸. O entendimento geral é de que o “direito de retorno palestino” não possui base no direito internacional e nas resoluções “relevantes” das Nações Unidas.

Os argumentos israelenses se dividem entre alguns de ordem histórico-pragmática e outros de ordem jurídica. Quanto aos primeiros, destaca-se o posicionamento – endossado por alguns acadêmicos que estudam o conflito como Benny Morris (*op. cit.*, p. 212-217) – de que, em realidade, toda a demanda pelo direito de retorno dos refugiados às suas terras integra um plano por parte dos palestinos de dificultar a paz com Israel o máximo possível para a destruição do caráter judaico do país.

Em que pese a gama de outros questionamentos feitos, este trabalho focará nos argumentos de índole jurídica levantados pelo governo de Tel Aviv. Quanto aos mesmos, os principais apontamentos consideram a definição de refugiado no direito internacional e a Resolução 194 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de particular importância ao tema.

De início, Israel contesta a quebra de isonomia com a criação de uma agência específica das Nações Unidas (UNRWA) para cuidar dos refugiados palestinos, enquanto os demais são de responsabilidade do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (doravante, ACNUR). A crítica é qualificada pelo fato de cada agência tratar de modo diferente seus refugiados. Segundo o país, ao passo que o objetivo maior da ACNUR é o auxílio aos refugiados sob sua responsabilidade a iniciarem uma nova vida em outros lugares, a UNRWA mantém aqueles sob sua tutela permanentemente como refugiados. Na mesma linha, enquanto na primeira agência

198. O site do Ministério de Relações Exteriores de Israel possui uma seção FAQ (do inglês *Frequently Asked Questions*) buscando esclarecer inúmeros pontos controversos da política do país através de perguntas como “por que Israel é um Estado judeu?” e “são os assentamentos israelenses ilegais?”. Esta página está disponível em: <<http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/FAQ/Pages/Israel-%20the%20Conflict%20and%20Peace-%20Answers%20to%20Frequen.aspx>>. Por representar a manifestação oficial das posições de Israel sobre a questão, foi do site do ministério de relações exteriores do país que retiramos os argumentos aqui dispostos.

os refugiados perdem tal qualificação quando obtêm uma nova cidadania, para os refugiados palestinos isso é indiferente.

Talvez a principal problemática sob o ponto de vista demográfico é o protesto israelense contra a transmissão do status de refugiado aos seus descendentes, situação que lhes seria *sui generis*. Só poderiam ser considerados como refugiados aqueles que viviam na Palestina até 1948. Esta última peculiaridade não encontraria guarida na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e tampouco em seu Protocolo de 1967. Do mesmo modo, os princípios que regem o direito dos refugiados se referem ao retorno de indivíduos, e não de um “povo inteiro”.

Além do corpo jurídico específico sobre matéria de refugiados, Israel também alega que não há interpretação possível a ser exarada das resoluções dos órgãos das Nações Unidas que permita concluir existir um “direito de retorno” palestino. O principal documento referido – a Resolução 194 da Assembleia Geral das Nações Unidas – não possuiria, *per se*, sequer força vinculante. Além disso, ela havia sido rechaçada pelos países árabes quando de sua adoção, em dezembro de 1948, não podendo ser mais utilizada por estes mesmos países contemporaneamente em nome dos palestinos.

Quanto aos específicos termos da referida resolução, Israel entende que não é possível analisar o ponto de vista dos refugiados isoladamente, mas sim intrinsecamente dependente dos demais temas ali tratados, como o status final de Jerusalém. Além disso, a resolução menciona como fator condicionante ao retorno a disposição de “viver em paz com seus vizinhos”, o que, alega o governo de Tel Aviv, demonstrou a Segunda Intifada entre 2000 e 2005 não ser mais possível¹⁹⁹. Por fim, Israel afirma ainda que a resolução menciona que as compensações devem ser feitas pelos “governos responsáveis”, o que não poderia significar somente o Estado judaico.

199. A manifestação exata, em tradução livre do inglês, é: “O apoio entre a população palestina à onda de terrorismo que começou em setembro de 2000, bem como quando de todas as demais ocasiões no passado, acabou por precluir esta possibilidade [de viverem em paz].”

4. ANÁLISE JURÍDICA

4.1. Disciplina jurídica dos refugiados no direito internacional

O principal tratado internacional sobre a matéria é a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu respectivo Protocolo de 1967, constituindo verdadeira “carta magna” dos refugiados (PIOVESAN, 2016, p. 255-256). A Convenção foi elaborada para, conforme seu artigo 1º, “A” e “B”, proteger somente aqueles que adquiriram tal qualificação jurídica em razão de acontecimentos anteriores a 1º de janeiro de 1951 e fossem provenientes do continente europeu. O Protocolo de 1967 extinguiu tais limitações temporal e geográfica (MAZZUOLI, 2016, p. 830), permitindo conferir a referida proteção jurídica ao redor do globo.

Logo em seu artigo 1º, “A”, 2, é dada a definição de “refugiado”, a qual segue:

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

De fato, não é possível concluir da leitura do referido artigo a inclusão de descendentes de refugiados neste conceito, como afirmado por Israel. Todavia, esta análise não pode ser feita de modo isolado. O artigo 1º, “D”, da Convenção estipula que o que nela está previsto:

[N]ão será aplicável às pessoas que atualmente se beneficiam de uma proteção ou assistência de parte de um organismo ou de uma instituição das Nações Unidas, que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

Sendo os refugiados palestinos tutelados pela UNRWA, a aplicação dos termos da Convenção – particularmente para restringir direitos – é temerária do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos.

A coexistência de concepções diversas de “refugiado” não é estranha à prática jurídica internacional. A Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 inclui também, por exemplo, pessoas vítimas de agressão, ocupação ou dominação estrangeira, enquanto a Declaração de Cartagena de 1984 menciona conflitos internos e violações maciças de direitos humanos como razões do refúgio (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 258). Nesse sentido, se manifesta Flávia Piovesan (*Ibid.*, p. 259):

A definição ampliada e a definição clássica de refugiados não devem ser consideradas como excludentes e incompatíveis, mas, pelo contrário, complementares. O conceito de refugiado, tal como é definido na Convenção e no Protocolo, apresenta uma base jurídica apropriada para a proteção universal dos refugiados. Contudo, isso não impede a aplicação de um conceito de refugiado mais extenso, a ser considerado como um instrumento técnico efetivo para facilitar sua aplicação ampla e humanitária em situações de fluxos maciços de refugiados.

É evidente que o tratamento dado aos refugiados palestinos é, de fato, diverso daquele dado aos demais refugiados. No entanto, uma vez existindo previsão expressa de tal possibilidade na própria Convenção aplicável, não há qualquer ilegalidade do ponto de vista jurídico neste fato. Além disso, registra-se, a agência auxilia também refugiados que não sejam palestinos mas tenham sido deslocados em função dos conflitos na região, como a Guerra dos Seis Dias e invasão do Líbano por Israel em 1982²⁰⁰.

A análise dos *travaux préparatoires* da elaboração da Convenção de 1951 demonstra, inclusive, que a adição de seu artigo 1º, “D”, foi pensada tendo como foco exatamente os refugiados palestinos (AKRAM, 2011, p. 24). Tendo sido o referido tratado adotado dois anos após a criação da UNRWA, este entendimento foi adotado à época justamente pela compreensão de que os palestinos faziam jus a um tratamento diverso dos demais refugiados. Justifica a regulamentação diferente a sua perseguição em larga escala, não enquanto indivíduos, mas sim enquanto povo (*Ibid.*, *loc. cit.*). Deste modo, é factual que o direito internacional dos refugiados se aplica, em regra, às pessoas individualmente consideradas, mas pela natureza específica das razões que levaram ao êxodo palestino, a definição do artigo 1º, “A”, 2, não seria a mais adequada. Além disso, não há, seja em tratado ou costume internacionalmente reconhecido, distinção entre o direito de retorno de “indivíduos” e “povos”, de modo que a restrição do direito de um refugiado retornar voluntariamente a seu país com base neste fundamento não possui respaldo jurídico (*Ibid.*, p. 27).

Desta feita, o critério para identificação de um refugiado palestino será aquela constante das Instruções Consolidadas de Elegibilidade e Registro, formuladas pela UNRWA, as quais definem que podem ser registrados como tais aqueles:

200. Informado pelo próprio site da UNRWA, disponível em: <<http://www.unrwa.org/content/resolution-302>>

[C]uja residência habitual foi a Palestina durante o período de 1º de junho de 1946 a 15 de maio de 1948, e perderam tanto sua casa e meios de vida como resultado do conflito de 1948. Refugiados palestinos e descendentes de refugiados palestinos do sexo masculino, incluindo crianças legalmente adotadas, são elegíveis para registro para serviços da UNRWA²⁰¹.

No que tange o objetivo da sociedade internacional quanto a soluções para o status de refugiados, o artigo 34 da Convenção demanda que os Estados Contratantes facilitem a “assimilação e naturalização dos refugiados”. No mesmo sentido, o artigo 1º, “C”, 3, prevê que perderá a qualificação de refugiado aquele que “adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu”. É inequívoco que o texto encoraja que os refugiados em geral se estabeleçam em países que não os seus de origem, visando uma nova vida na qual pudessem gozar da plenitude de seus direitos humanos e sem receio de novas perseguições.

No entanto, o auxílio aos refugiados para que estes permaneçam em outro país não é a única função da ACNUR, ao contrário do que Israel alega. Doutrinariamente, podem ser listadas três soluções duradouras à situação de refugiados: A integração no país que os recebeu, o reassentamento em terceiro país, ou, destaque-se, o retorno voluntário ao país de origem (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 267).

O supracitado artigo 1º, “C”, da Convenção traz, em realidade, somente um dispositivo se referindo a reassentamento do refugiado em outro país – seja o que o recebeu ou um terceiro –, enquanto os demais fazem menção expressa à sua relação com o país de

201. Definição constante do item III, “A”, 1, das Instruções Consolidadas de Elegibilidade e Registro, em tradução livre, disponível em: <<http://www.unrwa.org/userfiles/2010011995652.pdf>>

origem. Se o direito aplicável aos refugiados em geral traz o seu retorno voluntário ao país de origem como um dos desfechos desejáveis²⁰², não há incoerência – e tampouco ilegalidade – no fato de que o mesmo objetivo seja almejado pela UNRWA, ainda mais diante do enunciado do artigo 11 da Resolução 194 da Assembleia Geral das Nações unidas, adiante analisado. Além disso, citando novamente os *travaux préparatoires* da elaboração da Convenção, o entendimento defendido pelos plenipotenciários que a produziram foi no sentido de que a solução duradoura aos refugiados palestinos demandaria não um reassentamento, mas sim sua repatriação a sua terra nativa (AKRAM, *op. cit.*, p. 24).

4.2. A Resolução 194

Em linhas gerais, a Resolução 194 objetivou implantar medidas que resolveriam, em maior escala, o conflito existente e, por consequência, o problema dos refugiados. É tratada por Israel como um documento cuja interpretação não deixa clara a existência de um “direito de retorno” dos refugiados palestinos. O presente estudo se compromete a analisar as interpretações dadas pelo governo de Tel Aviv à Resolução, a fim de se concluir se tais interpretações têm respaldo no direito internacional vigente. Enuncia o artigo 11 da Resolução, objeto central desta pesquisa:

Resolves that the refugees wishing to return to their homes and live at peace with their neighbours should be permitted to do so at the earliest practicable date, and that compensation should be paid for the property of those choosing not to return and for loss of or damage to property

202. Segundo dados divulgados pela ACNUR, em 2015 enquanto 107.100 refugiados foram reassentados, 201.400 foram repatriados, demonstrando que o retorno ao país de origem configura, em realidade, a regra. Dados disponíveis em: <<https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016-06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf>>.

which, under principles of international law or in equity, should be made good by the Governments or authorities responsible²⁰³;

O Estado de Israel alega que a Resolução 194 não é legalmente vinculante e, por isso, não garante aos refugiados palestinos o “direito de retorno”. É verdade que as resoluções da Assembleia Geral não são vinculantes e têm caráter recomendatório, porém, se reconhecermos que seu texto reflete princípios do direito costumeiro internacional e que, além disso, trata de matérias que encontram respaldo em convenções internacionais de direitos humanos, como por exemplo o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a interpretação dada por Israel à Resolução 194 cai por terra. Fica evidente que tal interpretação carece de razão se a analisarmos dentro da perspectiva do direito internacional. Nesse sentido, esclarece Malcolm Shaw (2010, p. 898):

Exceto em determinados assuntos internos, como o orçamento, a Assembleia não tem poder para vincular seus membros. Não é, nesse sentido, um órgão legislativo, e suas resoluções têm o simples valor de recomendações. Evidentemente, essas resoluções podem ser vinculativas se refletem as normas do direito consuetudinário internacional, e constituem exemplos significativos de uma prática estatal que pode levar à formação de uma nova norma consuetudinária, [...]

Sendo assim, o direito à repatriação dos refugiados palestinos existe, pois, como anteriormente demonstrado, dentre as soluções ao status de refugiado, esse é o mais amplamente reconhecido e im-

203. O texto completo da Resolução está disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194(III))>.

plementado, em todos os Estados ao redor do mundo (AKRAM, *op. cit.*, p. 25-26). Além de tudo, a leitura da Resolução 194 é alinhada com os princípios do direito internacional dos refugiados.

Os argumentos de Israel ainda sugerem uma interpretação da Resolução no sentido de que algumas condições teriam de ser implementadas para que os palestinos pudessem retornar. Há, por parte do Estado de Israel, o entendimento de que o retorno do povo palestino é uma questão de mera discricionariedade, não um direito a ser implementado por aquele Estado em benefício dos refugiados. Israel ainda vai além quando argumenta que, segundo a Resolução, o retorno dos refugiados estaria submetido à condição de que o povo palestino “viva em paz com seus vizinhos”, e que este reconhecesse o “direito de existir” de Israel (*Ibid.*, p. 30)

No entanto, o processo de produção da Resolução 194 mostra que as Nações Unidas entendem que os refugiados têm direito incondicional de retorno ao seu lar de origem, sendo certo que as resoluções posteriores se referem ao direito de retorno como um direito inalienável e natural (*Ibid.*, *loc. cit.*). Novamente, salienta Flávia Piovesan (*op. cit.*, p. 261).

A proteção internacional dos refugiados tem como fundamento a universalidade dos direitos humanos, que afirma que a dignidade é inerente à pessoa e dessa condição decorrem direitos, independentemente de qualquer outro elemento. Os refugiados são, assim, titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em todo momento, circunstância e lugar. A proteção internacional dos refugiados tem ainda por fundamento a indivisibilidade dos direitos humanos, que devem ser concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, ou seja, essa proteção alcança tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais, [...]

Há de se mencionar ainda a contradição que surge quando Israel toma posicionamentos conflitantes. A título de exemplo, pode ser citado o direito de retorno utilizado pelos refugiados judeus quando se deu por encerrada a Segunda Guerra Mundial. Nenhum Estado europeu declarou que os refugiados judeus, ainda que individualmente ou em massa, não tinham o direito de retornar aos seus lares. Enquanto isso, palestinos expulsos ou que saíram da região não poderiam voltar ainda que apenas alguns meses após a Guerra de 1948-49, mesmo diante da possibilidade de judeus assim fazerem baseados em uma reivindicação datada de 2 mil anos. (AKRAM, *op. cit.*, p. 32). Israel utilizou em seu favor princípios e regras do direito internacional dos refugiados que dizem não serem aplicáveis aos refugiados palestinos.

O governo de Tel Aviv também alega que houve rejeição à Resolução 194 por parte dos árabes, o que não garantiria a eles o direito de se basear nela atualmente para a defesa de suas reivindicações. Se levarmos em conta que houve rejeição de países árabes que não possuem ligação direta com o povo palestino, não poderia a manifestação de vontade soberana dos primeiros ser usada para restringir direitos do último. A título de exemplo, cita-se que um dos países árabes que votou contra a Resolução 194 foi o Iêmen. A utilização do posicionamento de um Estado distante mais de 2 mil quilômetros do conflito em muito contraria o princípio da autodeterminação dos povos exarado pela Carta das Nações Unidas.

Além do mais, o fato de que um país tenha votado contra a Resolução 194 ou que discorde de seus termos, não faz com que a mesma perca sua validade, mais ainda tendo em vista o sincronismo do texto da Resolução com as normas de direito internacional costumeiro sobre a matéria. Pode se concluir que ainda que qualquer posicionamento contrário se insurja contra algum aspecto do texto da Resolução, não deve prosperar e tornar inválido o que ali

está escrito, pois uma vez que esta foi aprovada seguindo o rito e o quórum previstos na Carta das Nações Unidas, não é um posicionamento contrário à mesma que gerará sua revogação.

Por fim, Israel alega que, quanto ao clamor dos refugiados palestinos de retornar, tal pleito compromete o seu “direito de existir”. Não fica claro, entretanto, como tal prerrogativa se manifestaria internamente. Se o Estado Israelense usa suas objeções para mostrar que tem o direito de manter um Estado com maioria judia e institucionalizar a discriminação contra um grupo religioso, certamente não há respaldo no direito internacional para tal (AKRAM, *op. cit.*, p. 34).

5. CONCLUSÃO

O esforço depreendido neste trabalho buscou averiguar a legalidade do posicionamento defendido por Israel quanto à questão. Teriam realmente os palestinos direito ao retorno ao território que ocupavam até 1948? Estes recebem um tratamento diferente dos demais tutelados pela ACNUR? A Resolução 194 lhes confere efetivamente algum direito? Caso positivo, ele está condicionado?

Quando realizado o cotejo entre o posicionamento oficial do governo de Tel Aviv e princípios e normas do direito internacional – tanto convencional quanto costumeiro – podemos perceber que, independentemente das razões alegadas, o Estado de Israel descumpriu normas cuja eficácia deveria observar.

Desvendado tal questionamento, é necessário que os membros da sociedade internacional mantenham a questão dos refugiados palestinos em sua pauta e adotem as medidas cabíveis para proporcionar uma solução permanente a este conflito que, como referido anteriormente, já dura quase sete décadas.

6. REFERÊNCIAS

ACNUR. **Global trends**: forced displacements in 2015. Disponível em: < <https://s3.amazonaws.com/unhcrsharedmedia/2016/2016->

[06-20-global-trends/2016-06-14-Global-Trends-2015.pdf](#) > .

Acesso em 24 set. 2016

AKRAM, Susan M. Myths and realities of the Palestinian refugee problem: Reframing the right of return, In: AKRAM, Susan M. et. al. **International Law and the Israeli-Palestinian conflict: a rights-based approach to Middle East peace**. Nova York: Routledge, 2011.

HOURANI, Albert. **Uma história dos povos árabes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ISRAEL. **Israel, the conflict and peace: answers to frequently asked questions**. Disponível em: < <http://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/FAQ/Pages/Israel-%20the%20Conflict%20and%20Peace-%20Answers%20to%20Frequen.aspx> > . Acesso em 24 set. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORRIS, Benny. **Um Estado, dois Estados**. São Paulo: Sêfer, 2014.

ONU. **ACNUR: Deslocamento forçado atinge recorde global e afeta 65,3 milhões de pessoas**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acnur-deslocamento-forcado-atinge-recorde-global-e-afeta-653-milhoes-de-pessoas/> > . Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Resolução 181 da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Disponível em: < [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181\(II\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/181(II)) > . Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Resolução 194 da Assembleia Geral das Nações Unidas.**

Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/194(III))> . Acesso em 24 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAID, Edward W. **A questão da Palestina.** São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

SHAW, Malcolm. **Direito internacional.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

UNRWA. **Consolidated Eligibility and Registration Instructions (CERI).** Disponível em: <<http://www.unrwa.org/userfiles/2010011995652.pdf>> . Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Resolution 302.** Disponível em: <<http://www.unrwa.org/content/resolution-302>> . Acesso em 24 set. 2016.

_____. **Who we are.** Disponível em: <<http://www.unrwa.org/who-we-are?tid=85>> . Acesso em 24 set. 2016.

REFUGIADOS E A “CEGUEIRA DE GÊNERO”

Charlotth Back²⁰⁴

Nos estudos de Direito Internacional dos Refugiados, a presença feminina no contingente de refugiados não pressupõe uma preocupação específica com relação à proteção das mulheres e com relação às violências de gênero sofridas por esse grupo antes, durante e depois da aquisição do status de refugiado. Ao estudarmos os deslocamentos massivos de refugiados, fica claro que tal contingente humano é, de um modo geral, classificado como um grupo homogêneo, sem que sejam levadas em consideração as pluralidades de gênero, etnia, raça ou orientação sexual ali presentes. Além disso, ainda hoje entende-se que as violências e as perseguições que dão ensejo às fugas dos refugiados são basicamente de cunho político, religioso, étnico, racial, sem serem consideradas as violências de gênero.

Ao longo das últimas décadas, com o aumento da visibilidade das crises de refugiados, que atingem todos os continentes e englobam homens, mulheres e crianças, é possível observar que, enquanto o Direito Internacional dos Refugiados continua a considerá-los um grupo homogêneo, ocorre uma certa mudança na abordagem e na prática do Alto Comissariado das Nações Unidas. O contingente humano vítima de perseguições e de violências que migra de seu local de origem deixou de ser visto como um grupo perfeitamente

204. Mestre em Relações Internacionais pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professora de Direito Internacional na Faculdade Nacional de Direito e em Defesa e Gestão Estratégica Internacional na Universidade Federal do Rio de Janeiro; Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores - Brasil.

uniforme. Existem ali pessoas pertencentes às mais diversas classes sociais, às mais diversas religiões e, como não poderia deixar de ser, pertencentes a ambos os sexos.

As distintas narrativas apresentadas pelos refugiados demonstram que todos, homens e mulheres, podem um dia ser atingidos por um conflito armado e, conseqüentemente, podem necessitar de refúgio fora do seu país. Não se pretende no presente trabalho considerar que as crises de refugiados de hoje são mais ou menos graves ou abrangente do que as crises do passado. No entanto, atualmente, a visibilidade destes contingentes humanos, em razão das redes sociais e dos meios de comunicação em massa, é, sem dúvida, maior do que em outros momentos históricos.

Diariamente, as histórias de pessoas refugiadas na mídia expõem dois aspectos que despertam interesse de estudo: a diversidade de gênero dos refugiados e a multiplicidade de formas de violações de direito humanos, que variam de acordo com o gênero da vítima. Hoje, uma grande parte dos refugiados é composta de mulheres jovens e adultas que, sozinhas ou acompanhadas de filhos e familiares, tentam fugir das mais diversas formas de violência, que vão de perseguições, desapropriações de bens até genocídios.

Nesse contexto, é fácil perceber que a guerra, o refúgio e suas conseqüências impactam homens e mulheres de maneiras diferentes. No cenário de guerra, as mulheres são vítimas de agressões, perseguições e torturas, como todos aqueles afetados pelos conflitos. No entanto, também sofrem com violências que têm no gênero sua fundamentação, como as violências sexuais, a chamada “tortura familiar”, as mutilações, as esterilizações, entre outras atrocidades. Ademais, muitas das mulheres que procuram refúgio fogem de regimes que oprimem as mulheres, que não reconhecem a igualdade de gênero, que toleram a violência e o abuso contra as mulheres, bem como permitem os casamentos precoces e forçados.

Quando conseguem fugir da região em que ocorrem essas práticas, em busca de melhores possibilidades de vida, continuam sujeitas a outras formas de violências, tanto no caminho para o refúgio como dentro dos acampamentos de refugiados – local que deveria oferecê-las proteção e cuidado. Tráfico de mulheres, estupro e violência obstétrica são muito comuns nestes ambientes. Como as mulheres refugiadas, na grande maioria das vezes, não estão acompanhadas de homens, ou são chefes de família – e precisam zelar pela vida dos seus filhos - a condição de refúgio as torna ainda mais vulneráveis.

Nos grupos de refugiados, os relatos femininos trazem o testemunho do uso do corpo feminino como um espaço de poder e de dominação, denunciam xingamentos com conteúdo depreciativo e humilhante, sinalizam estruturas políticas oriundas de sistemas patriarcais; ou seja, falam de violências de gênero nas suas mais variadas formas. Considerando que as mulheres refugiadas não têm apenas de fazer face a ameaças à sua segurança pessoal e à estigmatização social que tal situação acarreta, mas também são responsáveis pela segurança física, pelo bem-estar e pela sobrevivência das suas famílias, o presente *paper* pretende expor a necessidade de se ter uma perspectiva de gênero quando tratamos do Direito Internacional dos Refugiados.

Quem são os refugiados?

Já na Grécia antiga e em Roma, é possível reconhecer a existência de pessoas que fugiam de guerras e de dominações políticas, religiosas e étnicas para buscar refúgio em lugares diferentes das suas regiões de origem. Esta prática se prolonga por toda história moderna, com uma participação ativa da Igreja Católica, por meio do acolhimento de pessoas em templos religiosos. No entanto, é apenas no século XX que começa a ser desenhado um marco jurídico normativo de proteção dos refugiados de cunho universal.

A catástrofe humanitária e as atrocidades contra os seres humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial (1937-45) foram o

estopim para a criação de regras internacionais de proteção dos refugiados e de reconhecimento da concessão de refúgio. Com o surgimento de um contingente expressivo de refugiados europeus - judeus não arianos e opositores ao regime do nacional socialismo alemão -, a Liga das Nações passou a administrar os problemas de refúgio na Europa e em outros continentes afetados pelos deslocamentos humanos.

A configuração institucional atual, baseada no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), é fruto das negociações do pós Segunda Guerra que tomaram corpo na Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas de 1951, a qual culminou na criação do Estatuto dos Refugiados do mesmo ano. Este tratado foi modificado pelo Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, documento que ampliou o alcance da definição de refugiado (TRINDADE, 2003).

De acordo com o Estatuto dos Refugiados de 1951, no artigo 6º, considera-se refugiado

a pessoa que, como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e devido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raça, religião e nacionalidade ou opinião política, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em razão de tais temores ou razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira receber a proteção desse país, ou que, por carecer de nacionalidade e estar fora do país onde antes possuía sua residência habitual não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele.

O Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 amplia a abrangência do conceito acima, estabelecendo em seu artigo 1º,

item II, que o termo “refugiados” engloba qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo 1º da Convenção de 1951, retirando da seção A do artigo o efeito das expressões “em decorrência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” e “como consequência de tais acontecimentos”.

O refúgio, que inicialmente foi normatizado como um estado decorrente das violações ocorridas na Segunda Guerra, após o Protocolo de 1967 se relaciona às violações de direitos civis, a processos discriminatórios que sejam lesivos à pessoa, a limitações do direito à vida, às liberdades de expressão, de culto, às liberdades políticas, à discriminação racial, cultural, étnica ou de nacionalidade. Todas estas violações aos direitos humanos são consideradas comuns ao Direito Internacional dos Refugiados e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (TRINDADE, 2003).

O agente perpetrador dessas violações pode ser oriundo de entidade estatal ou de setores da população que não respeitem as normas vigentes. Ademais, no caso de existir omissão por parte das autoridades que têm dever de proteção, pode haver caracterização de perseguição e de violação de direitos humanos, o que pode ensejar o refúgio.

O que se nota, ao estudarmos a caracterização dos refugiados, é que estes são considerados como detentores de direitos fundamentais básicos, que precisam ser respeitados pelo Estado receptor, mas sem que se considere que existem diferenças marcantes dentro do próprio grupo dos refugiados. A questão do gênero ficou eclipsada por todas as outras violações e violências a que estão submetidos os refugiados.

Violências contra as mulheres refugiadas

De acordo com dados do ACNUR (2016), pelo menos metade das pessoas deslocadas hoje são mulheres e crianças. Segundo dados do Conselho Europeu para Refugiados e Exilados (2016), as mulheres representam, em média, um terço dos requerentes de

refúgio. Entre o início de 2015 e o mês de novembro do mesmo ano, cerca de 900 000 pessoas atravessaram o Mediterrâneo e chegaram à costa da Europa. As mulheres e as crianças representam cerca de 38 % do contingente total. Em janeiro de 2016, o ACNUR (2016) informou que as mulheres e as crianças representavam 55 % das pessoas consideradas refugiadas em todo o mundo. Estes números sinalizam que é mais do que urgente se pensar em uma perspectiva de gênero quando tratamos do tema dos refugiados e dos problemas por eles enfrentados.

As mulheres, por sua condição histórico social de vulnerabilidade, sofrem com violências nas mais diversas fases por que passam, desde o momento em que saem do seu lugar de origem até quando chegam ao seu destino definitivo. Cabe ressaltar que tal vulnerabilidade das mulheres não é inerente à sua natureza, mas é decorrente das condições históricas de opressão e de marginalização a que são submetidas em praticamente todas as culturas do mundo. Juntamente a estas condições, permanece a atribuição de debilidade e fragilidade femininas, como valores próprios das mulheres, o que acaba por justificar a submissão social, política, religiosa e cultural do sexo feminino (BEDIA, 2014).

A submissão feminina se exacerba durante os conflitos armados e permanece nos contextos de refúgio. A aplicação da violência sexual sistemática sobre civis, pessoas detidas ou sobre combatentes inimigos não é nova e tem sido utilizada, ao longo da história da humanidade, em quase todos os genocídios, ditaduras e conflitos armados (REID-CUNNINGHAM, 2008). Para conseguirem fugir dos conflitos, algumas mulheres são forçadas a manter relações sexuais como moeda de troca para “pagar” pelas documentações necessárias para viajar ou mesmo pela própria viagem (ACNUR, 2016).

Durante o caminho que percorrem em busca de um local seguro para se abrigarem, as mulheres são vítimas de redes criminosas de tráfico de pessoas que se aproveitam da frequente ausência de vias seguras de acesso aos campos de refugiados. Esta situação tem sido

muito comum junto àquelas que buscam caminhos para a entrada na UE, conforme relatório do Conselho Europeu para Refugiados e Exilado (2016). As mulheres jovens estão especialmente suscetíveis ao aliciamento para o tráfico e para a exploração sexual.

Quando finalmente chegam aos campos de acolhimento de refugiados, as mulheres ainda continuam suscetíveis aos mais diversos tipos de violência. Estas mulheres, mesmo neste lugar de proteção, são vítimas de violências sexuais, estão expostas ao risco de doenças sexualmente transmissíveis e são discriminadas por estarem sozinhas ou apenas com seus filhos. Para agravar a situação, os centros de acolhimento e de trânsito, de um modo geral, não satisfazem as necessidades mais básicas que previnem a violência baseada no gênero, como a existência de banheiros e de dormitórios separados para as mulheres.

No momento da reintegração na sociedade em que foram aceitas na condição de refugiadas, as mulheres são claramente estigmatizadas em razão de haver um senso comum no sentido de que os refugiados estão fora de seu país porque cometeram crimes e estão fugindo da punição. Por essa razão, as mulheres são frequentemente obrigadas a aceitar trabalho não declarado e em condições degradantes para poderem permanecer no país de chegada, o que inclui os casamentos forçados e a prostituição (NÍ AOLÁIN *et al*, 2015).

Ademais, considerando que o reagrupamento familiar constitui um direito humano fundamental dos refugiados, e que este é sistematicamente adiado ou violado, as mulheres, por serem aquelas que ficam encarregadas de manterem os filhos e a família nos contextos de guerra, são as primeiras vítimas da inobservância ou do adiamento da concessão deste direito.

O Direito Internacional dos Refugiados, o gênero e a proteção integral da pessoa humana

Historicamente, a proteção internacional da pessoa humana se divide em três vertentes: o Direito Internacional Humanitário, o

Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados. Essa divisão se baseia nas origens históricas distintas de cada uma destas vertentes e no contexto de aplicação de cada conjunto de regras de proteção. O Direito Internacional Humanitário surge em 1949 e, baseado nas quatro Convenções de Genebra de 1949 e nos seus Protocolos Adicionais de 1977, se aplica a pessoas que participam dos conflitos armados, aos prisioneiros dos conflitos, àqueles que deixaram as atividades de batalha e aos civis que permanecem nos locais de guerra.

A vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge no pós Segunda Guerra Mundial, tem como marcos normativos a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e suas normas se aplicam aos indivíduos desde o nascimento, em todos os momentos de sua vida. Já o Direito Internacional dos Refugiados, por sua vez, é comparativamente mais recente e se baseia no Estatuto dos Refugiados de 1951 e no seu Protocolo de 1967. As normas do Direito Internacional dos Refugiados são aplicáveis a pessoas que, por serem perseguidas ou alvo de violência, ultrapassam as fronteiras de seus países em busca de proteção e de abrigo.

Apesar de as temáticas identitárias e de gênero aqui tratadas não serem típicas da vertente do Direito Internacional dos Refugiados, e pertencerem mais ao âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, há que se considerar que as três vertentes de proteção internacional da pessoa humana são convergentes, especialmente em razão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, reconhecido pela Convenção de Viena de 1993. Tratar o rol de direitos humanos como indivisível em sua essência é reconhecer que a violação a um desses direitos implica necessariamente na violação de todos os direitos do indivíduo (COMPARATO, 2003). A interação normativa das três vertentes de proteção visa, nesse sentido, aumentar a complementariedade entre elas e a possibilidade de aplicação simultânea das regras a um mesmo caso concreto em um mesmo momento.

Utilizar-se simultaneamente de normas pertencentes a vertentes de proteção diferentes coaduna-se com o propósito comum às três vertentes: a salvaguarda integral do ser humano. Esta interação entre as normas do Direito Internacional dos Refugiados e as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos não é mera causalidade, mas faz parte, na verdade, de sua própria origem histórica, uma vez que foi a partir de considerações advindas das negociações da Declaração Universal de 1948 que surge a necessidade de se proteger de maneira destacada os refugiados, pelo reconhecimento de sua condição de extrema vulnerabilidade. Ademais, determinados direitos fundamentais são elencados e garantidos aos refugiados pelo próprio Estatuto de 1951 (TRINDADE, 2003).

Hoje, é amplamente reconhecida a inter-relação entre o problema dos refugiados, a partir de suas causas principais – as violações de direitos humanos – e, em etapas sucessivas, os direitos humanos: assim, estes últimos devem ser respeitados antes do processo de solicitação de asilo ou refúgio, durante o mesmo e, inclusive, depois dele. Dada a inter-relação acima, não há como negar que a questão de gênero se encontra na base de muitas das correntes de refugiados, já que, de acordo com as estimativas do ACNUR (2016), 71 % das mulheres requerentes de asilo na UE são provenientes de países que praticam a mutilação genital feminina, e que, muitas vezes, são sobreviventes deste ato.

Nem o Direito Internacional Humanitário, nem o Direito Internacional dos Refugiados excluem a possibilidade de aplicação concomitante das normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As aproximações e convergências entre essas três vertentes ampliam e fortalecem as vias de proteção da pessoa humana. Na Conferência de Direitos Humanos de 1993, tanto o ACNUR como a Cruz Vermelha buscaram, e conseguiram, que, na ata final da Conferência, fossem considerados os vínculos entre as três vertentes de proteção, de modo a promover uma consciência maior da

matéria em benefício daqueles que necessitam de proteção (TRINDADE, 2003). O reconhecimento da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional, com a observância dos direitos humanos em toda parte e em todo momento, “constitui um passo decisivo rumo à consagração de obrigações *erga omnes* em matéria de direitos humanos” (*idem*, p.345).

Estes últimos obrigam e se impõem aos Estados, e, em igual medida, aos organismos internacionais, aos grupos particulares e às entidades detentoras do poder econômico, principalmente aquelas cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. A emergência das obrigações *erga omnes* em relação aos direitos humanos, ademais, invalida um dos cânones da doutrina jurídica clássica segundo o qual o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados obrigava somente os Estados, “ao passo que o Direito Internacional Humanitário estendia suas obrigações em determinadas circunstâncias também aos particulares, como grupos armados, guerrilheiros, entre outros” (*idem*). Atualmente, já foi superada a visão compartimentalizada do passado, e constatamos as aproximações e as convergências entre as três grandes vertentes de proteção dos indivíduos. “Temos passado da compartimentalização à interação, em benefício dos seres humanos protegidos” (*idem*).

É exatamente nas situações de conflito e de violência generalizada que tendem a ocorrer as graves violações de direitos humanos e, por isso, cumpre ao Direito Internacional evitar abusos e distorções dos estados de exceção, mediante a extensão da obrigatoriedade de respeito aos direitos humanos em todas as fases desse processo: durante o conflito, na jornada para fugir do conflito, na chegada a um local seguro e no posterior estabelecimento definitivo em outro país.

O próprio ACNUR considera que o fenômeno contemporâneo dos deslocamentos em massa de pessoas que buscam refúgio em situação de afluência em grande escala tenha contribuído para assi-

nalar as vinculações entre o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, a Conclusão nº 22 (1981), aprovada pelo Comitê Executivo do ACNUR, enfatizou a necessidade de reafirmar regras mínimas básicas relativas ao tratamento de pessoas admitidas temporariamente e à espera de uma solução duradoura nas situações de busca de refúgio. As normas mínimas básicas aqui mencionadas são próprias do domínio dos direitos humanos, como o princípio da não discriminação, da igualdade e a vigência dos direitos civis fundamentais. É preciso haver um enfoque dos problemas dos refugiados tomando em conta também os princípios de direitos humanos.

A estratégia do ACNUR no tratamento dos refugiados sinaliza que o respeito aos direitos humanos deve estar presente em todas as etapas do refúgio: antes (prevenção), durante (proteção) e depois (solução duradoura). Sempre à luz das necessidades de proteção integral da pessoa humana, a dimensão dos direitos humanos deve abarcar as distintas etapas e as distintas necessidades por que passam os refugiados. A partir daí, é possível reconhecer na necessidade de se trazer a questão de gênero para dentro das normas de proteção dos refugiados.

Nesta linha de evolução e ampliação da proteção das vítimas, observa-se que a absorção da temática de gênero pelo Direito Internacional dos Refugiados modificaria de duas maneiras este campo normativo. Em primeiro lugar, ao se considerar a questão de gênero como fundamento para as perseguições e violações de direitos humanos, seria possível ampliar o critério de qualificação dos refugiados para aquelas mulheres que são obrigadas a se submeter, contra a sua vontade, a esterilizações e a mutilações genitais, bem como para aquelas que fogem de regimes opressivos e discriminatórios contra as mulheres. Isso traria como consequência a extensão da proteção que já se concede aos refugiados a pessoas com necessidades iguais - ou maiores - de proteção, como estas mulheres que fogem de regimes opressores.

Além disso, a abordagem de gênero no Direito Internacional dos Refugiados ajudaria a estabelecer procedimentos mais precisos a fim de garantir que as refugiadas sejam tratadas de forma adequada e não discriminatória nas diversas etapas do refúgio, o que inclui a etapa de reinserção social no país receptor. Reconhecer que a guerra e os deslocamentos forçados têm impactos diferentes nas mulheres significa também reconhecer a gravidade da violência sexual e a vulnerabilidades das vítimas destes crimes.

Inegavelmente as mulheres que sofreram violência sexual merecem e precisam de um tratamento diferenciado. Isso porque as vítimas de crimes sexuais passam por uma dupla violação: o abuso sofrido por elas, e carregado como uma ferida incurável por toda sua vida, e o conseqüente repúdio por parte de suas famílias, de seus pares e das comunidades em que irão se inserir, que ainda insistem em culpá-las pelo crime que sofreram. O ostracismo social e a dificuldade de denunciar estes crimes são características próprias dos casos individuais de violações e de violências sexuais, os quais se prolongam nos casos em que estas violências ocorrem em contexto de conflitos armados, de repressão e de refúgio (BALARDINI *et al*, 2012).

As vítimas de violência sexual seguem suportando o tabu do silêncio e todo o peso da carga cultural da sexualidade e da agressão que elas sofreram (BEDIA, 2014). Esta “cegueira de gênero”, que mantém escondidos os crimes contra a integridade sexual, física e emocional das mulheres, somente reforça práticas culturais e instituições político normativas desiguais e opressoras, as quais vitimam mulheres refugiadas diariamente.

Conclusão

Podemos dizer que o exercício do poder social, econômico e político tem sido desigual entre os sexos ao longo da história, em detrimento de um acesso igualitário aos direitos para as mulheres. A partir de estudos sobre a vida das mulheres, refugiadas ou não, e dos instrumentos normativos das três vertentes dos direitos huma-

nos, podemos falar sobre a existência de uma violência de gênero inserida em qualquer contexto socioeconômico e político, seja em ambiente de paz seja em ambientes de conflitos.

A relevância da perspectiva normativa de gênero, portanto, consiste em permitir analisar o impacto diferencial de uma prática, processo ou instituição sobre homens e mulheres e a forma em que são legitimadas, reforçadas ou revertidas as relações hierárquicas entre eles. Na questão que nos atinge, a perspectiva de gênero permitiria a análise da vida no centro de refúgio e no país de chegada, compreendendo o feminino como uma posição que excede a mulher e reflete, em traços brutais e violentos, a organização hierárquica habitual nas relações feminino-masculino na sociedade em geral. Ademais, o reconhecimento do gênero no Direito Internacional dos Refugiados é essencial para haver um tratamento especial que atenda às necessidades das mulheres jovens e adultas que estão em condição de refúgio e para que se abram possibilidades de denúncia e de punição daqueles que violaram os direitos humanos femininos.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS.

Site Institucional, 2016. Disponível em <http://www.acnur.org/>

BALARDINI, Lorena; OBERLIN, Ana; SOBREDO, Laura. Violência de gênero e abusos sexuais em centros clandestinos de detenção. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n.06. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BEDIA, Rosa Cobo. **Aproximaciones a la Teoría Crítica Feminista**.

Lima: CLADEM, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO EUROPEU PARA REFUGIADOS E EXILADOS. **Site Institucional**, 2016. Disponível em <http://www.ecre.org/>

NÍ AOLÁIN, Fionnuala; O'ROURKE, Catherine; SWAINE, Aisling. Transforming Reparations for Conflict-Related Sexual Violence: principles and practices. **Harvard Human Rights Journal**, vol. 28, 2015, pp. 97-146.

REID-CUNNINGHAM, Allison Ruby. Rape as a Weapon of Genocide. **Genocide Studies and Prevention**, vol.3.3, 2008, pp.279-296.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. I, 2^a edição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Cláudio Cerqueira Bastos Netto²⁰⁵

Introdução

Desde o início do século XX, a comunidade internacional se preocupa com a situação dos refugiados, que são as pessoas que precisam deslocar-se de seus países de origem por motivos de perseguição odiosa, guerra e/ou violação de direitos humanos. Ao passar dos anos, foram firmados instrumentos nacionais e internacionais com o fim de proteger essas pessoas, sendo o Brasil signatário de muitos destes, consubstanciando-se em uma preocupação humanitária.

Neste trabalho, vamos explorar as particularidades do refúgio e, quando oportuno, abordar suas diferenças e semelhanças com o instituto do asilo. Também será analisado o arcabouço legal que baseia o refúgio no ordenamento nacional, além de descrever características básicas do instituto.

1. Nomenclatura

Como aponta André de Carvalho Ramos²⁰⁶, os termos “asilo” e “refúgio” são usados como termos equivalentes, por vários doutrinadores. Na América Latina, especialmente no Brasil, esses termos

205. Mestrando em Direito Internacional pela UERJ. Graduado em Direito pela UERJ. Email: cbastosn@gmail.com

206. Carvalho Ramos, André de. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: *60 anos de ACNUR : perspectivas de futuro* / André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). — São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011. p.15

possuem significado diferente, e dão base a institutos diferentes. Até mesmo no âmbito do Alto Comissariado para as Nações Unidas sobre Refugiados (doravante ACNUR) há alguns textos que usam as palavras “asylum” e “refuge” denotando significado similar²⁰⁷. O próprio site do ACNUR ressalta que os termos “solicitante de asilo” e “refugiado” são confundidos, e define o solicitante de asilo como a pessoa que requereu o reconhecimento da condição de refugiado(a), mas ainda não teve sua situação definida²⁰⁸.

Carvalho Ramos faz importante observação ao afirmar que os referidos institutos são espécies do gênero “asilo em sentido amplo”. Nas palavras do autor:

Inicialmente, cabe assinalar o contexto comum no qual os dois institutos (refúgio e asilo político) convivem: o acolhimento daquele que sofre uma perseguição e que, portanto, não pode continuar vivendo no seu local de nacionalidade ou residência. Esse contexto de acolhida marca o gênero denominado “asilo em sentido amplo”: este consiste no conjunto de institutos que asseguram o acolhimento de estrangeiro que, em virtude de perseguição odiosa (sem justa causa), não pode retornar ao local de residência ou nacionalidade. Suas espécies são: 1) “asilo político”, que se subdivide em “asilo territorial”, “asilo diplomático” e “asilo militar”; [e] 2) refúgio²⁰⁹. (*grifo acrescentado*)

É oportuno, nesse momento, ressaltar que os conceitos de refugiado e de migrante são distintos. O refugiado está inserido num contexto que o faz deslocar-se por razões alheias a sua vontade, de

207. Ibid., p. 15

208. Disponível em: <http://www.acnur.org/a-quien-ayuda/solicitantes-de-asilo/>

209. Carvalho Ramos. Op. cit., p. 15

modo que o seu deslocamento é provocado por uma situação de perseguição e/ou violações de direitos humanos. O refugiado não deixam suas casas porque querem, mas porque precisam. Ademais, há todo um arcabouço legal que impõe requisitos e cria um regime diferenciado para os refugiados, com base na especialidade de sua situação. Os migrantes têm motivação diferente e não estão inseridos nesse contexto, apesar de que seus direitos humanos também devam ser respeitados, e sua condição de estrangeiro também pode colocá-los em situação de vulnerabilidade.

2. Amparo legal

2.1 Instrumentos internacionais

A comunidade internacional começa a se preocupar com a situação dos refugiados na primeira metade do século XX, e surgem alguns tratados sobre o assunto. As pessoas que pleiteiam o refúgio com base nesses tratados são chamadas de “refugiados estatutários”. Contudo, é pouco provável que as pessoas beneficiadas por esses tratados venham a pleitear o refúgio com base nesses tratados nos dias de hoje²¹⁰.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (doravante Convenção de 1951) é elaborada com o fim de solucionar o problema dos refugiados. A ideia era elaborar um documento único que pudesse definir os refugiados, em vez de elaborar diversos documentos diferentes. A Convenção foi adotada por uma Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, em 28 de Julho de 1951²¹¹. O artigo 1º (1) da Convenção de 1951 faz referência aos referidos tratados anteriores:

Art. 1º - Definição do termo “refugiado”

210. ACNUR. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. P. 5

211. Ibid., p. 5

A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de

1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

Em 1967, criou-se um Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, a fim de trazer novas situações geradoras de refúgio ao âmbito da Convenção de 1951. Ocorre que esta Convenção, em seu artigo 1(2), define que o refugiado é aquele que “[e]m consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e devido a um fundado temor de perseguição (...) se encontre fora do seu país de nacionalidade...”. Assim, o objetivo do Protocolo era incluir o amparo aos refugiados que não podiam retornar aos seus países em consequência de acontecimentos posteriores à data estabelecida na Convenção de 1951²¹².

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²¹³ e a Convenção Americana de Direitos Humanos²¹⁴ também garantem o direito de procurar e receber asilo. No caso desta, é o primeiro instrumento regional de direitos humanos de caráter convencional a proteger esse direito. Nota-se que aqui utilizamos a interpretação do asilo em sentido amplo, como gênero, assim como vimos anteriormente. Esse tema será explorado logo a seguir.

212. *Ibid.*, p. 6

213. O artigo XXVII da Declaração dispõe: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais”.

214. O artigo 22 (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe: “Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em um território estrangeiro, de acordo com a legislação do Estado e convenções internacionais, em caso de perseguição por delitos políticos ou não relacionados com crimes comuns”.

Ao passo que a situação dos refugiados evoluiu na América Latina, os países da região rediscutem parâmetros para a proteção dos refugiados em 1984, o que leva à assinatura da Declaração de Cartagena de 1984²¹⁵, na qual novos conceitos foram propostos, com o fim de estender o conceito de refugiado anteriormente estabelecido pelos tratados supra referidos. A terceira conclusão da Declaração de Cartagena assim diz:

Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (*grifo acrescentado*)

No trecho sublinhado, vemos um novo conceito que permite ao indivíduo solicitar refúgio quanto o seu país de origem estiver inserido num contexto de graves e generalizadas violações de direitos humanos, ou seja, não é uma perseguição individualizada ou a um grupo específico daquela comunidade, mas há um contexto em que todas as pessoas daquela sociedade vivem em uma situação de medo constante. Essa visão ampliada do conceito de refugiado, que inclui as graves e generalizadas violações de direitos humanos, foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que a inseriu no artigo 1º, inciso III, da lei 9.474/1997, o que a torna uma lei avançada. O Brasil já recebeu refugiados de Angola, Serra Leoa e Afeganistão com base nesse dispositivo²¹⁶.

215. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1

216. Carvalho Ramos, op. cit., p. 29.

2.2 Fontes domésticas do refúgio

O artigo 4º da CRFB/1988 estabelece, em seu inciso X, que a concessão de asilo político é um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Nesse ponto, Carmem Tiburcio ressalta que esse dispositivo constitucional deve ser interpretado “como um mandamento em favor da proteção do indivíduo que sofre perseguição de qualquer natureza, o que se coaduna com outro princípio positivado”²¹⁷, sendo esse o da proteção dos direitos humanos. Ademais, a autora afirma que “o legislador constituinte mencionou a concessão de asilo político como gênero e não como espécie. Portanto, não há que se limitar o princípio constitucional como favorável apenas à concessão de *asilo* e somente por perseguição por razões *políticas*”²¹⁸.

A posição de Tiburcio é acertada. Apesar de serem institutos jurídicos distintos, são todos espécie do gênero asilo, como vimos anteriormente, e este está consagrado no referido dispositivo constitucional como um dos “valores prezados pelo ordenamento jurídico brasileiro no campo das relações internacionais”²¹⁹. Nota-se que os princípios do artigo 4º veiculam noções fundamentais do direito internacional brasileiro, e, como ressalta Tiburcio, “vinculam igualmente os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo no desempenho de suas atribuições e constituem valores que compõem a ordem pública brasileira nas relações internacionais do país”²²⁰. Também cabe ressaltar que o solicitante de refúgio possui os mesmos direitos que um cidadão brasileiro, como dispõe o artigo 5º, da Constituição da República.

Um dos principais marcos legais no tema do refúgio é a lei 9.474/97, que prevê a definição do status de refugiado no Brasil e

217. Tiburcio, Carmem. Op. cit. P. 40

218. Tiburcio, Carmem. Op. cit.. P.41

219. Tiburcio, Carmem. Op. cit.. P. 49

220. Tiburcio, Carmem. Op. cit.. P. 50

cria o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que analisaremos posteriormente. Um dos principais direitos estabelecidos por essa lei é o direito de reunião familiar, previsto em seu artigo 2º, que garante ao refugiado que mantenha sua família consigo ao postular o refúgio em território brasileiro. Esse dispositivo garante que as famílias fiquem unidas após escapar uma situação de perseguição, o que é fundamental para tornar efetivo o instituto do refúgio.

No seu artigo 7º, a lei garante o respeito a outro pilar do Direito Internacional dos Refugiados, que é o princípio do *non-refoulement*²²¹. Esse princípio garante que o indivíduo que requerer refúgio não poderá ser deportado para Estado onde sua vida, liberdade ou integridade esteja ameaçada e/ou possa ser vítima de perseguição odiosa.

Outro grande avanço está em seu artigo 8º, que prevê que: “[o] ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes”. Este dispositivo representa uma importante proteção aos refugiados, pois muitas vezes esses precisam deixar suas casas às pressas, e não conseguem levar consigo a documentação necessária para ingressar regularmente no país. Em alguns casos, a situação de desespero do refugiado é tão grande que o leva a recorrer a falsificações ou outros meios ilegais para entrar no território brasileiro e requerer o refúgio. De acordo com o referido artigo 8º, essa irregularidade não impede a concessão do refúgio. É admirável o esforço do legislador brasileiro em entender a condição de vulnerabilidade dos refugiados e dar-lhes essa garantia.

Hoje, também está em vigor o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). Essa lei foi editada na época da Ditadura Militar, período no qual os direitos humanos eram massivamente violados pelo Estado brasileiro. Portanto, o Estatuto é focado em questões como a segurança nacional, e o faz, por exemplo, ao impor as condições

221. Também está garantido no artigo 33 da Convenção de 1951 e no artigo 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos

para expulsão do estrangeiro. Também chega a proibir que o estrangeiro admitido no território nacional exerça atividade política, em seu artigo 107. Logo, não se oferece a devida atenção à proteção aos direitos humanos. Com o intuito de corrigir esse defeito da legislação brasileira, há um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que objetiva alterar o marco normativo. É o Projeto de lei nº 2.516/2015, que hoje tramita na Câmara dos Deputados. Foram realizadas audiências públicas e consultas a sociedade civil para que o projeto seja melhorado e seja criado um novo marco normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Critérios objetivos

O refúgio tem como base de seu critério objetivo a perseguição odiosa ao indivíduo, que, como André de Carvalho Ramos²²² ressalta, não necessariamente se dá por razões políticas. Esta é apenas uma das causas que dão base ao refúgio, que também pode ser concedido se tal perseguição se der por outras matrizes, como religião, raça, nacionalidade, pertencimento a grupo social e opinião política. Assim, todas essas podem ser apontadas como critérios objetivos para concessão de refúgio²²³.

Ademais, segundo o mesmo jurista, é possível que o refúgio seja concedido apenas com base na nacionalidade do indivíduo, quando este não puder retornar ao seu Estado de origem em decorrência de graves e sistemáticas violações de direitos humanos na

222. Carvalho Ramos. Op. cit., p. 39-40

223. Carvalho Ramos (op. cit., p. 27) aponta como o caso das famílias da fé Bahá'í, vítimas de perseguição religiosa no Irã em 1986, que tiveram refúgio concedido pelo governo brasileiro, após negociação ativa do ACNUR com o então presidente José Sarney. Tal negociação beneficiou 300 famílias iranianas adeptas da referida fé que puderam se estabelecer no Brasil. Outro exemplo é o de minorias étnico-religiosa como os curdos Yazidi, que vivem na região norte do Iraque e são perseguidos pelo grupo terrorista Estado Islâmico, que os vê como infiéis. Dado o contexto de extermínio de milhares de pessoas adeptas ao iazidismo no Iraque, motivado pela crença dessas pessoas, qualquer pessoa que seja parte dessa comunidade está suscetível a receber o status de refugiado. A ONU confirmou a morte de 5.000 pessoas da religião Yazidi pelas mãos do Estado Islâmico. Mais informações em: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2016/aug/04/genocide-yazidi-isis-murderers-tried>

região, sendo desnecessária a perseguição propriamente dita. Nessa hipótese, pode ser feita uma análise da situação fática do país de origem do solicitante de refúgio para que o status de refugiado seja declarado. Seria o caso, por exemplo, dos cidadãos sírios que buscam refúgio em outros países em virtude da guerra civil que assola o país: não é necessário que essas pessoas provem que já tiveram seus direitos humanos violados, basta que sejam provenientes da Síria, país que, nos dias de hoje, sofre pelo violento conflito armado e massivas violações de direitos humanos.

4. Critério subjetivo

Para Carmem Tiburcio²²⁴, uma diferença entre o refúgio e o asilo é que este exige uma perseguição efetiva, ou seja, deve haver situação de perigo real que impede a pessoa de regressar ao seu país de origem, enquanto o refúgio pode ser concedido apenas com base em simples temor de perseguição. Nas palavras da autora:

O status de refugiado é concedido em razão de efetiva perseguição ou de simples temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, enquanto que a condição de asilado exige a efetiva perseguição – não bastando o temor – por crenças, opiniões e filiação política ou delitos políticos.

A explicação de Florisbal de Souza Del’Olmo²²⁵ é ligeiramente diferente. O autor ressalta como principal diferença entre os institutos o caráter coletivo do refúgio, que se baseia em ameaças generalizadas a

224. Tiburcio, Carmem & Barroso, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional* / Carmem Tiburcio e Luís Roberto Barroso. – Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 42

225. Del’Olmo, Florisbal de Souza. *Asilo Diplomático e Refúgio: Especialidades, Semelhanças e um Breve Estudo de Casos*. P. 5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9831384e2ed3938f>

um grande número de pessoas, enquanto o asilo visa a proteger uma pessoa determinada que sofra perseguição. Nas palavras do autor:

O instituto do refúgio, tal como o do asilo, destina-se à proteção de pessoas deslocadas de seu Estado por perseguição política ou ideológica. De modo geral, há um caráter coletivo no refúgio, uma vez que os deslocamentos em massa de pessoas resultam de ameaças generalizadas a parte do contingente populacional de um país, ao invés de uma perseguição a determinada pessoa, como no caso do asilo.

Falta a essas descrições do instituto a adição de um critério subjetivo para a concessão do refúgio. Tal critério passou a existir no Direito Internacional dos Refugiados após o advento da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, que proporcionou uma mudança na maneira que a expressão fundado temor de perseguição era interpretada. Em documento do ACNUR, clarifica-se:

A expressão “fundado temor de perseguição” é o elemento chave da definição, refletindo o ponto de vista dos autores da declaração em relação aos elementos constitutivos do conceito de refugiado. Com ela, substituiu-se o método anterior de definição de refugiado por categorias (i.e., pessoas de uma certa origem não gozando da proteção do seu país) pelo conceito geral de “temor” em razão de um motivo relevante. Por se tratar de conceito subjetivo, a definição contempla um elemento subjetivo que deve ser considerado a partir da pessoa solicitante de refúgio. Assim, a determinação da condição de refugiado fundamentar-se-á, principalmente, não em um julgamento da situação objetiva do país de

origem do solicitante, mas na avaliação das declarações por ele prestadas.²²⁶ (*grifo acrescentado*)

Assim, a mudança introduzida pela referida Convenção de 1951 deve ser vista como positiva, já que tornou o “fundado temor” em um critério verdadeiramente subjetivo, no qual o solicitante de refúgio pode expor a situação que o faz temer ser perseguido. Do contrário, a avaliação é meramente objetiva, e toca apenas a situação fática do país de proveniência do solicitante.

Esse critério subjetivo foi adotado no artigo 1º, inciso III, da lei 9.474/1997, como foi visto anteriormente.

5. Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE)

A lei 9.474/97 criou, em seu artigo 11, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que é o “órgão responsável por analisar os pedidos e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado, bem como por orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados”²²⁷. Portanto, o CONARE tem dupla função: julgadora, de julgar os pedidos de concessão de refúgio; e de suporte, ao articular medidas de assistência aos refugiados. Esse órgão é vinculado ao Ministério da Justiça e será composto da seguinte forma:

São membros natos do CONARE: um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Ministério do Trabalho; um representante do Ministério da Saúde; um re-

226. ACNUR. Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado. P. 12

227. <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/153-refugiados-e-o-conare>

presentante do Ministério da Educação e do Desporto; um representante do Departamento de Polícia Federal; um representante de organização não governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País. Nada impede o convite a representantes de outros entes para que participem da reunião, com direito a voz. Esse caráter governamental do Comitê é ainda acentuado com a possibilidade de recurso de revisão ao Ministro da Justiça, no caso de indeferimento do refúgio.²²⁸

A criação do CONARE demonstra que o governo brasileiro possui uma preocupação legítima com a proteção dos refugiados, no que tange ao processo de análise da concessão do refúgio e de suporte aos refugiados. Pode ser dito que o advento desse órgão foi um dos avanços decorrentes da lei 9.474/97.

Nota-se que o ACNUR, que não figura entre os referidos membros supra apontados, sempre será convidado a participar das reuniões do CONARE, com direito a voz, mas sem direito a voto, em respeito ao importante trabalho feito pela agência nesse campo. Pode ser dito que, até os dias de hoje, o ACNUR influencia a decisão tomada pelo CONARE sobre a concessão do refúgio, visto que frequentemente é chamado a se manifestar sobre a aceitação ou não da solicitação de refúgio²²⁹. Além disso, o ACNUR possui um importante papel na assistência de recursos materiais aos refugiados²³⁰.

6. Discricionariedade do Executivo na concessão do refúgio

228. Carvalho Ramos, op. cit. P. 30

229. Este procedimento é feito com base na previsão de diligências dispostas nos artigos 23 e 24 da Lei 9.474/97.

230. Carvalho Ramos, op. cit., p. 30

Carmem Tiburcio sinaliza uma característica que o asilo e o refúgio têm em comum: são concedidos de acordo com o poder discricionário do Executivo, e “não se pode afirmar que haja direito subjetivo a que o Estado brasileiro conceda refúgio ou asilo a indivíduo que se encontra em seu território, submetido a sua soberania”²³¹. Essa é a visão tradicional dos institutos, pela qual se entende que o asilo é direito do Estado, e não há qualquer direito subjetivo do indivíduo ao asilo. Logo, não há que se falar em judicialização do instituto. Em julgado sobre o tema, no qual um cidadão israelense requereu judicialmente o status de refugiado no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

2. O refúgio é reconhecido nas hipóteses em que a pessoa é obrigada a abandonar seu país por algum dos motivos elencados na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1957 e cessa no momento em que aquelas circunstâncias deixam de existir. Exegese dos arts. 1º, III, e 38, V, da Lei 9.474/97.

3. A concessão de refúgio, independentemente de ser considerado ato político ou ato administrativo, não é infensa a controle jurisdicional, sob o prisma da legalidade.

4. Em regra, o Poder Judiciário deve limitar-se a analisar os vícios de legalidade do procedimento da concessão do refúgio, sem reapreciar os critérios de conveniência e oportunidade. Precedentes do STJ.

5. Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defe-

231. Tiburcio, Carmem. Op. cit. P. 43

sa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro cujo pedido foi regularmente apreciado por órgão formado por representantes do Departamento de Polícia Federal; do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur) e dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e do Desporto, nos termos do art. 14 da Lei 9.474/1997. Precedentes do STJ e do STF.

6. A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado.²³²

Na decisão, admite-se que o Judiciário analise a legalidade do procedimento de concessão do refúgio, sem que o juízo de conveniência e oportunidade da administração seja afetado. André de Carvalho Ramos tem opinião contrária, e acredita que a evolução do Direito Internacional faz com que o tema não seja mais um assunto exclusivamente nacional. De acordo com o jurista:

[O] Direito Internacional dos Direitos Humanos atual ultrapassou essa visão clássica sobre a liberdade plena dos Estados no que tange ao asilo a estrangeiros. O asilo passou a ser regido também por tratados e por declarações de direitos humanos de claro conteúdo consuetudinário no plano internacional, o que gerou uma vigilância internacional das decisões outrora totalmente livres do Estado. (...) De fato, o asilo não é mais um tema exclusivamente nacional e não pode mais o Estado desprezar a necessidade de fundamenta-

232. STJ, *DJU* 28.fev.2012, RE 1174235/PR, Rel. Min. Herman Benjamin.

ção adequada (alegando que o asilo compõe seu “absoluto domínio reservado”) na decisão sobre o asilo, para que cumpra os tratados de direitos humanos. A discricionariedade nacional é regrada e sua fundamentação pode ser rechaçada pelos órgãos internacionais.²³³

O autor vai além e afirma que a decisão que concede o refúgio tem natureza declaratória, enquanto a que concede o asilo é constitutiva²³⁴. Dessa maneira, não se pode dizer que há direito a obter asilo, mas, segundo Carvalho Ramos, no caso do refúgio, há direito ao refúgio quando o solicitante cumprir com todos os requisitos para concessão do refúgio. Assim, o CONARE não pode, por razões políticas, indeferir o pleito de solicitante que atender às condições exigidas.

Conclusão

Nesse trabalho, propôs-se fazer uma breve exposição e dar um panorama geral do instituto do refúgio. Foram expostas as características básicas do refúgio, levando em conta os instrumentos legais que a ele dão sustento e algumas opiniões doutrinárias divergentes.

Podemos concluir que a inserção da lei 9.474/97 representou um avanço na proteção dos refugiados no Brasil, e essa lei pode servir de referência para outros países que tratam com seriedade a questão dos refugiados e buscam melhorar sua legislação nesse tema. Ademais, nota-se que a doutrina brasileira possui posições divergentes sobre alguns pontos do instituto do refúgio, e o diálogo dessas opiniões divergentes pode vir a ser útil para o fortalecimento do Direito Internacional dos Refugiados, que tem a finalidade de garantir uma proteção cada vez maior aos indivíduos que se deslocam por razões de guerra, perseguição, entre outros.

233. Carvalho Ramos. op. cit. p. 20

234. Carvalho Ramos, op. cit., p. 40

Bibliografia

ACNUR. *Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado.*

Carvalho Ramos, André de; Rodrigues, Gilberto & Assis de Almeida, Guilherme (orgs.). *60 anos de ACNUR : perspectivas de futuro* — São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011.

Del’Olmo, Florisbal de Souza. *Asilo Diplomático e Refúgio: Especialidades, Semelhanças e um Breve Estudo de Casos.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9831384e2ed3938f>

Tiburcio, Carmem & Barroso, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional* / Carmem Tiburcio e Luís Roberto Barroso. – Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

A PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO A PARTIR DA CRIMINALIZAÇÃO INTERNACIONAL DO DISCURSO DE ÓDIO

Eduardo Paredes²³⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa apontar, de forma geral, os caminhos para evitar o genocídio através da crítica ao modelo do Estado-nação, com os seus conceitos de nação, nacionalidade e nacionalismo, gerando um espaço propício ao discurso de ódio e criação do inimigo a ser eliminado dentro das fronteiras do Estado. As soluções mencionadas no presente artigo surgem a partir do direito internacional dos direitos humanos, notadamente o sistema global e regional de proteção dos direitos humanos através do conceito estabelecido na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

O primeiro capítulo tem por objetivo demonstrar a deficiência da estrutura do Estado-nação em reconhecer grupos culturalmente distintos do modelo nacional. Além disso, as válvulas de escape como direitos de minorias nacionais e étnicas são insuficientes para solucionar os obstáculos. Desta forma, aponta como uma solução em vista a adoção de modelos de Estados multinacionais²³⁶,

235. Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direitos Humanos pela PUC-Minas. Defensor Público Federal. Email: e.paredesdecarvalho@gmail.com.

236. O Estado multinacional é formado por diversas nações. Como ex. de Constituições multinacionais, temos as atuais Constituição da Bolívia, Equador, Bósnia-Herzegovina.

pluriétnicos²³⁷ ou multiculturais²³⁸, inserindo-se na categoria de Estado Pós-Moderno.

No segundo capítulo, busca-se demonstrar como a fisiologia do Estado-nação é propícia para ocorrência dos discursos de ódio e, conseqüentemente, do genocídio, quando nos momentos de crise os discursos infamantes da nacionalidade procuram identificar no diferente (minorias) o inimigo, que uma vez eliminado resolverá o problema da nação, retornando a tranquilidade e o cotidiano.

No entanto, como o presente artigo não tem por objetivo aprofundar a discussão do Estado pós-moderno, mas somente em apontar as falhas do Estado moderno como ambiente propício ao discurso de ódio e, conseqüentemente, a ocorrência do genocídio, ao construir a existência de um grupo nacional de um lado, e de outro, as minorias – que não se enquadram neste padrão de “projeto nacional”.

Ao contrário, o presente artigo tenta apontar soluções de fora-para-dentro, ou seja, do direito internacional para o direito interno, especialmente no que tange ao direito internacional de proteção aos direitos humanos e o seus sistemas de monitoramento e responsabilização por violação dos direitos humanos.

Assim, no último capítulo, faz-se uma abordagem da tipificação do crime de genocídio no cenário internacional, a partir da evolução do direito internacional dos direitos humanos, bem como a criação de um Tribunal Penal Internacional, instituído para punir os crimes de *jus cogens*, incluindo o genocídio. No entanto, o estatuto do tribunal não prevê o discurso de ódio, razão pela qual devem

237. O Estado pluriétnico é formado por diversas etnias e comunidades tradicionais. Como ex. de Constituições pluriétnicas, temos as atuais Constituição do Brasil, Colômbia e Alemanha. No entanto, salienta-se que o conceito de Kymlicka de Estado pluriétnico compreende Estados que receberam intensos contingentes de migrantes e refugiados, como os Estados Unidos da América.

238. O Estado multicultural é um conceito abrangente e envolve diversos grupos diferenciados, abrangendo os modelos multinacional e pluriétnico, mas também grupos minoritários não-nacionais e não-étnicos, como por ex. grupos minoritários por opção sexual, política, cultural, etc. Como ex. de Constituições multiculturais, temos as atuais Constituição do Brasil, Alemanha, Portugal interpretadas por suas Cortes Constitucionais.

ser encontradas soluções eficazes para sanar tal lacuna, no caso, a utilização do conceito previsto na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio e a jurisdição das Cortes regionais de direitos humanos.

1 O ESTADO-NAÇÃO E AS MINORIAS NACIONAIS E ÉTNICAS

O Estado-nação é um desdobramento do Estado moderno, onde a titularidade da soberania não pertence ao governante, mas à nação. Assim, criou-se o dogma de que para cada nação deve corresponder um Estado, servindo o conceito de nacionalidade como substrato para criação do Estado nacional, ou seja, a nação é composta pelo conjunto de pessoas que possui vínculo político com o Estado, seus nacionais, que em termos materiais correspondem a “grandes categorias de povos e sociedades com mais ou menos²³⁹ a mesma cultura uniforme”²⁴⁰ – língua, religião, música, poesia, história, símbolos e parentescos comuns, alguns dos elementos culturais utilizados para construção do “projeto nacional”, ou seja, do Estado nacional (LEWIS, 1985 *apud* ERIKSEN, 2010).

O nacionalismo por sua vez é um sentimento ou um movimento pelo qual determinado grupo étnico deve dominar politicamente um Estado. Desta forma, o Estado-nação é “um estado dominado por um grupo étnico, em que os definidores da identidade (tais como língua e religião) são frequentemente incorporados em seus simbolismo oficial e legislação²⁴¹” através do nacionalismo (ERIKSEN, 2010).

Assim, se pode afirmar que a nacionalidade possui um elemento objetivo, consistente na escolha política pelo Estado dos seus nacionais.

239. Para alguns autores, as nações são compostas de culturas únicas e não se diferencia de outros termos como tribos, etnias e grupos, a não ser pela diferença de tamanho (LEWIS, 1985, *apud* ERIKSEN, 2010).

240. Tradução livre do texto: “large categories of people or societies with more or less uniform culture” (ERIKSEN, 2010).

241. Tradução livre do texto: “is a state dominated by an ethnic group, whose markers of identity (such as language or religion) are frequently embedded in its official symbolism and legislation” (ERIKSEN, 2010).

E um elemento subjetivo²⁴², correspondendo as construções abstratas do sentimento nacional²⁴³ – um “sistema de representação cultural”²⁴⁴ (SCHWARZ, 1986 *apud* HALL, 2015), que por sua vez pode ser fomentado por movimentos nacionalistas pelo Estado ou pela própria sociedade, construindo a chamada “identidade nacional” (GELLNER, 1983 *apud* HALL, 2015; ANDERSON, 1991, *apud* ERIKSEN, 2010).

A partir desta construção, o Estado-nação passa a ter como política de Estado uma tendência integradora e assimiladora dos nacionais e de exclusão de outras pessoas ou grupos indesejados, nos quais não consideram parte da nação (GELLNER, 1983 *apud* HALL, 2015)²⁴⁵. Em outras palavras, a escolha dos nacionais e da construção da nação é uma opção política do Estado (elemento objetivo), o que significa, que apesar do sentimento nacional (ou elemento subjetivo), quem decide se uma pessoa ou um grupo de pessoas pertencente aquela nação é a “maioria”²⁴⁶ que governa o Estado-nação, representante “legítima” do ideário nacional. Portanto, as nações, as nacionalidades, através das suas bandeiras, símbolos, histórias, heróis, mitos, são “comunidades imaginadas” com o desiderato de dar cabo ao objetivo do Estado moderno, o desenvolvimento econômico e científico (ANDERSON, 1983 *apud* HALL, 2015; ERIKSEN, 2010).

A tendência homogeneizante e totalizante característica do Estado-nação encontra um ponto de tensão no reconhecimento do

242. “A ideia de um homem [sic] sem uma nação parece impor uma (grande) tensão à imaginação moderna. Um homem deve ter uma nacionalidade, assim como deve ter um nariz e duas orelhas. Tudo isso parece óbvio, embora, sinto, não seja verdade. Mas que isso viesse a parecer tão obviamente verdadeiro é, de fato, um aspecto, talvez o mais central, do problema do nacionalismo. Ter uma nação não é um atributo inerente da humanidade, mas aparece, agora, como tal...” (GELLNER, 1983 *apud* HALL, 2015).

243. As pessoas têm em mente a imagem de uma comunhão nacional (ANDERSON, 1991, *apud* ERIKSEN, 2010).

244. “As pessoas não são apenas cidadãos legais de uma nação; elas participam da ideia de nação tal como representada em sua cultura nacional. Uma nação é uma comunidade simbólica e é isso que explica seu ‘poder para gerar um sentimento de identidade e lealdade’.

245. Existem grupos “não-assimiláveis” (*non-meltable*), chamados pela antropologia de “grupos de entropia-resistente” (*entropy-resistant groups*) (GELLNER, 1983; 1997 *apud* ERIKSEN, 2010).

246. O termo deve ser compreendido em termos qualitativos.

direito à diferença e de não assimilação pelos grupos minoritários, que pretendem por sua própria decisão não fazer parte do “projeto nacional”, mas dentro da sua esfera de escolha do seus próprios destinos criar, fazer e viver modos próprios de vida.

Desta forma, o estático modelo de Estado-nação ao invés de reconhecer a existência de diversos grupos culturalmente distintos dentro do mesmo Estado, opta por eliminar ou excluir, aglutinando os grupos minoritários através da assimilação forçada no “projeto nacional”, em um caminho único: ou se integra ou se exclui.

Uma válvula de escape para manutenção do modelo de Estado-nação, é o reconhecimento de direitos específicos às minorias nacionais, correspondendo a “grupos numericamente inferiores em relação ao resto da população em uma sociedade, na qual é politicamente não-dominante” (ERIKSEN, 2010). Assim, as minorias nacionais são: em termos quantitativos, grupos diferenciados da maioria nacional; e, em termos qualitativos, minorias politicamente não-dominantes. E da mesma maneira que na análise da nacionalidade, as diferenças entre maioria e minoria são relacionais.

Além das minorias nacionais, um termo mais apropriado e genérico começou a ser empregado após a segunda guerra mundial para designar grupos culturalmente distintos dentro do território de um Estado-nação: etnia²⁴⁷ e etnicidade²⁴⁸, abrangendo além das minorias nacionais, também a maioria nacional e outros grupos, como por ex. comunidades tradicionais, imigrantes, refugiados, estrangeiros, etc. Além disso, o termo etnia passou a substituir o termo “raça”²⁴⁹ (ERIKSEN, 2010).

247. O termo deriva da palavra grega “ethnos”, que significava pagão ou selvagem.

248. “In everyday language the word ‘ethnicity’ still has a ring of ‘minority issues’ and ‘race relations’, but in social anthropology it simply refers to aspects of relationships between groups which consider themselves, and are regarded by others, as being culturally distinctive” (ERIKSEN, 2010).

249. Apesar da desconsideração biológica do termo, a expressão ainda é empregada no meio social como forma de discriminação à pessoas portadoras de determinado fenótipo, como decidido pelo STF no célebre caso Ellwanger (HC 82424).

Assim, o processo de humanização do direito internacional ocorrido durante o século vinte, intensificado nos últimos anos pela globalização, passou a influenciar a elaboração de novos modelos de Constituição e processos hermenêuticos desenvolvidos nas Cortes constitucionais e supremas de diversos países (TRINDADE, 2015). Quando o Estado-nacional passou a ser abalado nas suas estruturas, não mais por simples válvulas de escape, mas por meio de profundas alterações, em busca de um novo modelo, na qual se convencionou genericamente chamar de Estado pós-moderno.

O Estado pós-moderno não é uma receita acabada, mas um processo em construção e de forma multifacetada, que encontra na classificação de Will Kymlicka (1995), de Estado multinacionais, Pluriétnico ou Multicultural, germinando soluções que podem alvorecer as conquistas necessárias para solidificar a proteção internacional dos direitos humanos baseado na interculturalidade dos diversos grupos formadores do Estado.

2 ESTADO-NAÇÃO: DO DISCURSO DE ÓDIO AO GENOCÍDIO

As nações passam por momentos difíceis – graves abalos econômicos, convulsões sociais, flagelos de fome, que Sémelin (2009) chama de “traumatismo coletivo”. Nestas situações, o “projeto nacional” começa a ser profundamente afetado, causando uma crise na identidade nacional, que abre terreno para a “retórica imaginária”, quando os agentes políticos e sociais utilizam o discurso nacional para elevar os ânimos e as emoções coletivas. O próximo passo do discurso não envolve somente a elevação dos atributos nacionais, mas a segmentação social para encontrar o “outro” na sociedade, transformando-o através do discurso de ódio em inimigo e culpado das mazelas que rondam a nação (SÉMELIN, 2009).

A partir do discurso de ódio, amplificado pelos megafones dos líderes e formadores de opinião, o inimigo é criado e ganha corpo na

sociedade. A “retórica imaginária” cria, ao mesmo tempo, os líderes e os inimigos. Assim, os inimigos na maioria das vezes são “fantasmagóricos”, pois não existem, figuras criadas única e exclusivamente para acalmar a sociedade civil organizada dentro do Estado-nação em momentos de crise (SÉMELIN, 2009), tão inventados quanto as “comunidades imaginadas” utilizadas para construção da nação.

Os inimigos somente existem na consciência coletiva e não fora dela, como ocorreu nos genocídios da Alemanha Nazista, em Ruanda e na Ex-Iugoslávia, ou como os que aconteceram e acontecem com diversos povos indígenas na América Latina. É o que exemplifica Jacques Sémelin (2009):

Os discursos mais extremados apresentam essas figuras do inimigo como necessariamente assustadoras ou mesmo diabólicas. Por exemplo, antes mesmo que Hitler acesse ao poder, caricaturas da figura perniciosa do “Judeu” já circulavam há muito tempo. Em Ruanda, antes do genocídio, o mesmo ocorria em relação ao “Tutsi” e, nos anos 1980, antes da ascensão de Milosevic ao poder, circulava o boato, entre os sérvios de Kôsovo, de que os albaneses queriam, simplesmente, cometer contra eles um “novo genocídio”. Essa tentativa de canalização da angústia sobre um inimigo bem identificável já é uma maneira de responder ao traumatismo da população: explica-se de onde vem a ameaça. A partir dessa “transmutação” da angústia embrionária em medo concentrado por intermédio de uma “figura” hostil desenvolve-se o ódio contra esse “Outro” pernicioso. O ódio não é, neste caso, o ingrediente de base, que definiria previamente as relações “naturais” entre os grupos. É, antes, uma paixão construída, produzida,

ao mesmo tempo, por uma ação voluntária dos seus partidários extremos e por circunstâncias favorecendo a sua propagação. No final, a saída lógica e temível dessa dinâmica – da angústia ao ódio – recai, inevitavelmente, no surgimento, em uma determinada sociedade, do desejo de destruir o que lhe foi designado como causa do medo. É evidente que se trata ainda de um “desejo”: permanecemos no registro do imaginário. Mas é um imaginário de morte.

Nestas hipóteses, a lógica do Estado nacional é ainda mais perversa, porque ao invés de assimilar ou excluir, acaba por escolher uma opção que consegue ser ainda pior que as anteriores, a lógica da eliminação. Quando, então, os grupos que não se encaixam na *standard* nacional passam a ser culpados pelos erros e tropeços na condução do país²⁵⁰. A nação passa a ser incitada a participar do processo de criação do inimigo comum, que identifica o “outro” como o alvo a ser eliminado (SÉMELIN, 2009). A partir deste momento estamos na antecâmara do genocídio.

3 A PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O genocídio é o “núcleo fundamental da crueldade humana”, faz parte da natureza humana, desse modo “[a]s dinâmicas sociais que podem levar à ‘limpeza étnica’ e ao genocídio, aliás, já se encontram, em estado latente, nos pátios de recreio das escolas ou nos bairros das nossas cidades” (SÉMELIN, 2009). O seu oposto é o núcleo fundamental da alteridade humana – a dignidade da pessoa humana (GUIMARÃES, 2007). O bem e o mal estão guardados

250. A situação pode ser reproduzida em níveis menores, como regional, local, etc.

em nossa consciência e implementados pela estrutura do Estado, sempre prontos a serem revelados mediante sugestões do dia-a-dia.

Os massacres e destruição em massa sempre foram uma constante na história da humanidade. As guerras tribais, religiosas, políticas, o tráfico de escravos, a colonização das Américas com a eliminação em massa de indígenas são apenas alguns dos episódios deste trágico fenômeno da essência humana. No entanto, somente em 1944 o termo “genocídio” foi cunhado (RAMOS, 2015b), quando Raphael Lemkin, estudioso do “genocídio armênio”²⁵¹, o conceituou como:

A destruição de uma nação ou de um grupo étnico. O neologismo provém da união do vocábulo grego ‘genus’, que significa raça, nação ou tribo, e do sufixo latino ‘cidio’, matar. Lemkin descarta outros termos como ‘assassinatos em massa’ ou ‘extermínio’, por não fazerem referência ao motivo específico do crime de genocídio, qual seja, o de destruir um grupo, o que resulta sumamente importante para entender sua concepção e o diferencia de outros crimes internacionais, como os contra a humanidade.

(...)

O genocídio se manifesta, afirma Lemkin, através de um plano premeditado e destinado a destruir ou debilitar grupos de caráter nacional, religioso ou racial. O objetivo de tal plano é a desintegração das instituições políticas e sociais, da cultura, da língua, dos sentimentos de nacionalidade, da religião e da própria existência econômica dos grupos nacionais. Terminar com os direitos fundamentais – liberdade, vida, saúde, dignidade – não

251. O genocídio armênio ocorreu nos anos 1915-1917 pelos turcos, quando morreram e foram tirados de suas casas aproximadamente um milhão de armênios, que então viviam no Império Turco-Otomano. O genocídio armênio até hoje não foi reconhecido pelo Governo turco, mesmo após pressões internacionais.

só matando, mas, também, impedindo nascimentos mediante o aborto ou a esterilização forçada. O genocídio é um estado de criminalidade sistemática e se realiza em duas fases: a primeira consiste na destruição do modelo nacional do grupo oprimido, a segunda, na imposição de um modelo nacional do opressor sobre a população oprimida que permanece no território. As técnicas de genocídio apresentam um ataque concentrado e coordenado contra todos os elementos de uma nação. A destruição de uma nação supõe a perda de suas futuras contribuições ao mundo e ofende sentimentos de moralidade e de justiça (GORAIEB, 2012).

No entanto, o genocídio perdeu a oportunidade de entrar para história no Tribunal de Nuremberg. Em que pese o fundamento deste tribunal internacional ser a prática de “crimes contra os valores essenciais da comunidade internacional”, o que incluiria o crime de genocídio, por se tratar de crimes de *jus cogens* (RAMOS, 2015a), os criminosos não foram julgados sob este fundamento²⁵², mas tão somente por crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

No mesmo momento histórico, começa a ser desencadeado o processo de internacionalização dos direitos humanos. Além da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, muito embora não possua status de tratado, revela os valores superiores universais através da dignidade da pessoa humana, duas importantes convenções serviram para confirmar a humanização do direito internacional: o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos (1966) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Os dois “Pactos de 1966” somados aos valores superiores universais refletidos na Declaração Universal de Direitos Humanos

252 Muito embora o promotor britânico Sir Harley Schawcross tenha utilizado o termo na sua peça acusatória (GORAIEB, 2012).

sistematizaram o direito internacional dos direitos humanos, e formam o chamado *International Bill of Rights* (RAMOS, 2015a), em alusão aos direitos fundamentais encartados nas Constituições nacionais. E a partir desta Carta Internacional de Direitos Humanos, foram celebradas nas Nações Unidas outras sete convenções prevendo direitos específicos para grupos vulneráveis – as Convenções centrais (core Conventions) (TRINDADE, 2012).

Assim, surge um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, um sistema global, com base na Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) e nas Convenções Centrais, respectivamente, sistema da carta e sistema convencional, tendo como órgão de fiscalização o Conselho de Direitos Humanos²⁵³ e diversos Comitês para cada tratado, além de diversos outros instrumentos normativos e mecanismos específicos de monitoramento dos direitos humanos. De outro lado, diversas experiências regionais ocorreram, resultando em complexos sistemas de monitoramento, mas que tem como ponto comum a existência de Convenções e Cortes²⁵⁴ dedicadas a responsabilização dos Estados por violações aos direitos humanos, com abertura ao sistema global e às jurisdições nacionais, em um diálogo permanente e construtivo.

Além disso, os tratados de direitos humanos passaram a prever obrigações de caráter objetivo, que obrigam, após a ratificação, os Estados a respeitarem e promoverem os direitos humanos na ordem interna, diferentemente dos compromissos recíprocos das demais normas de direito internacional (TRINDADE; PEYTRIGNET; RUIZ DE SANTIAGO, 2003). Desta forma, os Estados não podem se eximir de salvaguardar os direitos humanos, seja pelo argumento de não cumprimento por parte de outros Estados, seja porque sua legislação interna, incluindo, sua própria Constituição, frutos do exercício soberano, são contrárias aqueles valores.

253. Antes de 2006, Comissão de Direitos Humanos.

254. Os sistemas interamericano, europeu e africano.

O fundamento jurídico das obrigações objetivas pode ser extraído do artigo 2 (1) do Pacto de Direito Civil e Político, reproduzido em outras Convenções centrais, que preveem o dever dos Estados de “assegurar e reconhecer” os direitos humanos (dever de garantia) ou por revelarem valores superiores universais. Deste modo, os Estados estão sujeitos ao “dever de garantia”, devendo prevenir, investigar e sancionar violações de direitos humanos ocorridas no âmbito de sua jurisdição (TRINDADE; PEYTRIGNET; RUIZ DE SANTIAGO, 2003).

Quando o Estado não toma providências para prevenir violações de direitos humanos, ou não investiga ou sanciona de forma adequada, mesmo que quem tenha praticado a ação ou omissão não sejam órgãos e agentes públicos, mas particulares, poderá ser responsabilizado internacionalmente por violações aos direitos humanos (TRINDADE; PEYTRIGNET; RUIZ DE SANTIAGO, 2003), como no caso do genocídio.

Da mesma maneira que no sistema onusiano, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos também preveem o “dever de garantia” e, assim, a obrigação objetiva de prevenir, investigar e sancionar violações de direitos humanos, conforme dispõe os artigos 1(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. E expressamente decidido por suas Cortes de Direitos Humanos, respectivamente, nos “casos hondurenhos” e no caso Irlanda vs. Reino Unido, posteriormente, confirmado por suas jurisprudências (TRINDADE; PEYTRIGNET; RUIZ DE SANTIAGO, 2003).

Desta maneira, o direito internacional dos direitos humanos, por corresponder aos valores superiores e universais da comunidade internacional, reproduz o conteúdo das obrigações *erga omnes*, sendo alguns destes direitos, também, normas de *jus cogens*, como a prevenção ao genocídio. Assim, todos os Estados e também os demais sujeitos e atores da comunidade internacional “têm interesse jurídico de exigir o cumprimento de tais obrigações” (RAMOS, 2015c).

Neste processo internacional de proteção dos direitos humanos foi celebrada a ~~auHAAAAAAA~~ Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, o primeiro tratado versando sobre direitos humanos, em 1948, um dia após a Declaração Universal, mas com vigência a partir de 1951. A Convenção conceituou o crime de genocídio²⁵⁵ e determinou através de mandados de criminalização, que os Estados tipificassem em seus ordenamentos jurídicos tal crime, a fim de prevenir e reprimir a sua prática.

Assim, a tipificação do crime de genocídio oferece uma resposta segura na tentativa de evitar a prática dos atos genocidas, especialmente, ao criminalizar a conduta de “incitação direta e pública a cometer o genocídio”, prevenindo a sociedade dos discursos de ódio inflamadores do genocídio, que transformam a eliminação do “outro” em solução para o “traumatismo social”. Deste modo, evitando a ocorrência do chamado “abismo genocida”: o lapso “entre querer matar e o ato propriamente dito” (SÉMELIN, 2009).

De qualquer sorte, um ponto negativo da Convenção contra o Genocídio é que ela não veio acompanhada da criação de um tribunal penal internacional, muito embora fosse sua intenção inicial. Assim, a punição do crime de genocídio dependeria da jurisdição doméstica dos Estados nacionais, mas como punir aqueles que praticaram atos (imaginariamente) em benefício da nação? Desta forma, durante muito tempo a norma do tratado virou letra morta, apresentando poucos casos de julgamento pelos tribunais nacionais²⁵⁶.

255. ARTIGO I: As Partes Contratantes confirmam que o genocídio quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.

ARTIGO II: Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

ARTIGO III: Serão punidos os seguintes atos: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a co-autoria no genocídio.

ARTIGO IV: As pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão punidas, sejam governistas, funcionários ou particulares.

256. O Brasil julgou seu primeiro caso nos noventa, que chegou ao STF através

Uma evolução começou a ocorrer, na medida em que começaram a surgir tribunais internacionais, inspirados na experiência de Nuremberg, como os Tribunais Internacionais Penais “ad hoc” para Ruanda e para Ex-Iugoslávia, ambos criados através do Conselho de Segurança da ONU (CSNU), quando novas possibilidades de punição do genocídio surgiram a partir da tipificação do crime em seus estatutos. Até que em 1998, houve a primeira condenação internacional pelo crime de genocídio, quando um dos responsáveis pelo genocídio em Ruanda, Jean-Paul Akayesu, foi condenado²⁵⁷.

Entretanto, a aparente solução definitiva somente surgiu com a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), uma corte permanente com jurisdição não só para julgar os crimes de genocídio, mas também os demais crimes de *jus cogens*: crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão. Na relação com as jurisdições nacionais, o tribunal tem caráter subsidiário (princípio da complementariedade), somente julgando os crimes de *jus cogens* nas hipóteses em que a jurisdição interna não for capaz, propositadamente ineficaz ou simulada em prevenir e punir tais crimes (RAMOS, 2015b)²⁵⁸.

O Tribunal foi criado através do “Estatuto de Roma” em 1998 e já foi ratificado por 123 países, mas ainda não são Estados-parte do tratado importantes atores internacionais, como os Estados Unidos da América e a China. Além disso, somente estão sujeitos à jurisdição do TPI, nacionais de países que já ratificaram o tratado ou quando aceitam posteriormente a submissão a sua jurisdição.

Contudo, apesar do Estatuto de Roma reproduzir literalmente a Convenção contra o Genocídio, ao definir o crime deixou de incluir no tipo a conduta do discurso de ódio, deixando de punir o principal

do RE 351487/RR. O caso envolvia o genocídio de indígenas da etnia Yanomami por garimpeiros. O caso ficou conhecido como Haximu, nome da comunidade onde residiam os indígenas.

257. Notícia veiculada em: <http://unictr.unmict.org/en/genocide>.

258. André de Carvalho Ramos ressalta que quem dará a última palavra se haverá o julgamento pelo TPI é o próprio tribunal penal internacional, inclusive podendo desconstituir os casos julgados pela jurisdição doméstica.

meio de prevenção do genocídio, o que deve ser considerado um retrocesso. Desta maneira, o Estatuto de Roma deve ser, urgentemente, reformulado para incluir o *hate speech* no tipo penal de genocídio, sob pena de retirarmos do âmbito de proteção penal internacional o seu mais importante significado: a prevenção da prática do genocídio.

No entanto, enquanto isto não ocorrer, é possível ser utilizado os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Como podemos verificar em dois casos julgados em 2015 pela Corte Europeia de Direitos Humanos envolvendo o genocídio armênio, perpetrado pelo Império Otomano anos antes da primeira guerra mundial, na qual acarretou o massacre e deslocamento forçado de cerca de quase dois milhões de armênios. O tema é intrincado e polêmico, na medida em que o governo Turco, sucessor do Império Otomano, assim como alguns países, recusam em assumir o trágico episódio.

No caso *Perinçek v. Suíça*, o autor da ação, um militante do Partido dos Trabalhadores da Turquia havia sido condenado pela Suíça por negar o genocídio Turco. O caso foi submetido à Corte Europeia de Direitos Humanos, que através da sua Grande Câmara reconheceu o direito de liberdade de expressão, consagrado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, afirmando que a jurisdição suíça não poderia condenar o político por não reconhecer o genocídio armênio. Ainda, a Corte afirmou que não poderia se pronunciar sobre a ocorrência ou não do genocídio armênio, pois se trata de um fato histórico. De outro lado, de forma surpreendente, reconheceu que situação diferente se reveste o holocausto nazista, porque a sua negação consistiria sempre em uma violação anti-democrática e anti-semita.

O outro caso julgado pela Grande Câmara envolveu *Vasiliauskas v. Lituânia*, um caso envolvendo um massacre cometido pelas tropas soviéticas em relação ao opositores do regime soviético. *Vytautas Vasiliauskas*, um ex-agente da KGB foi condenado pelo judiciário lituano por genocídio, no entanto, a Corte Europeia entendeu que o julgamento violou o princípio da legalidade, na medida em

que a Convenção contra o Genocídio não abarca grupos políticos, mas restringe-se grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

As discussões da Corte Europeia se assemelham ao caso Ellwanger julgado pelo Judiciário brasileiro, quando o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 82.424, compreendeu, em apertada síntese, que a liberdade de expressão deve ser limitada nos casos discursos de ódio²⁵⁹. De qualquer forma, deve ser ressaltado que tantos nos casos da Corte Europeia, quanto no caso brasileiro, os votos foram bastante dissidentes e a vitória se deu de forma muito apertada.

Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar dos diversos casos de genocídio praticados pelos países da América Latina em relação aos povos indígenas e comunidades negras tradicionais, foram poucos os casos que chegaram à Corte, que envolvesse a interpretação da Convenção Americana baseada na Convenção contra o Genocídio, como por ex. o caso Plano do Massacre de Sanchez vs. Guatemala e Aloeboetoe e outros vs. Suriname.

De qualquer forma, considerando que praticamente todos²⁶⁰ os países submetidos à Corte Interamericana e Europeia são Estados-parte da Convenção contra o Genocídio, a sua jurisdição pode exercer um importante papel na prevenção dos crimes de genocídio ao proibir os discursos de ódio, que correspondem às condutas de “incitação direta e pública a cometer o genocídio”, complementarmente às jurisdições domésticas, mas ocupando o espaço deixado pela lacuna do Estatuto de Roma para punição dos atos praticados na antecâmara do genocídio.

CONCLUSÃO

Na construção da alteridade, nasce os direitos humanos, fundamentado na dignidade da pessoa humana, qualidade presente em

259. Porém, será que o Judiciário teria a mesma postura em relação a outros genocídios, como no caso dos indígenas, assim como o fez o tribunal de direitos humanos europeu.

260. Nas Américas, não ratificaram a Convenção do Genocídio: a Guiana e o Suriname. Já a República Dominicana é apenas signatária da Convenção contra o Genocídio, ainda não a ratificou.

todos os seres humanos. Da mesma forma, a essência humana é capaz de transformar o “outro” em inimigo, em algo não humano, o que autorizaria a sua destruição e eliminação através do genocídio. Assim, o genocídio e a dignidade da pessoa humana são lados de uma mesma moeda: um negando-a e outro, afirmando-a. Então, o bem jurídico tutelado pelo crime de genocídio é a dignidade da pessoa humana através do direito à diferença, consagrando a “cidadania universal” de todos os seres humanos, mas reconhecendo que somos diferentes e estas diferenças devem ser protegidas.

O Estado-nação foi concebido na modernidade e apresenta uma estrutura propícia às divisões sociais estigmatizantes. Os grupos minoritários por diversas vezes são preteridos do diálogo nacional no cotidiano do Estado-nação. Porém, nos momentos de crise, a situação pode se agravar, quando as minorias passam a corresponder aos males dos acontecimentos. O genocídio é uma chama que está dentro dos seres humanos e encontra-se potencializada na estrutura do Estado-nacional, porém, depende de combustível para alimentá-la, como os discursos inflamados que transformam o “outro” em inimigo.

No plano das soluções para se evitar o genocídio, encontramos no âmbito interno, a construção de um novo modelo de Estado, em substituição ao Estado nacional – o que vem ocorrendo paulatinamente em diversas experiências constitucionais – através da consagração do que se convencionou denominar de Estado pós-moderno, focado na diversidade dos diversos grupos formadores do Estado, calcado na proteção dos direitos humanos a partir do diálogo intercultural, ao contrário do modelo nacionalista-homogeneizador do Estado-nação.

No plano internacional a solução passa pelo aprimoramento do sistema global de proteção dos direitos humanos, prevenindo e reprimindo duramente os “discursos de ódio”, como o fez a Convenção contra o Genocídio, mas não o fez o “Estatuto de Roma”. E a ampliação da utilização dos sistemas regionais de proteção através das suas Cortes, julgando os Estados por violação do dever de

prevenir e reprimir o crime de genocídio, especialmente, através da punição do discurso de ódio com base no conceito extraído da Convenção internacional.

REFERÊNCIAS

BARTH, Frederik. *Cosmologies in the making: a generative approach to cultural variation in inner New Guinea*. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 1987.

_____, Frederik. Etnicidade e o conceito de cultura. In **Antropológica**: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência Política. Niterói: EdUFF, 2005. n° 19, 2° sem. 2015. p. 15-30.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002: Promulga o **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. Ebook kindle.

ERIKSEN, Thomas Hylland. *Ethnicity and nationalism: anthropological perspectives*. Londres, Inglaterra: Pluto, 2010. E-book Kindle.

GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal Penal Internacional**: trajetórias legais em busca de justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HUSSERL, Edmund. **La idea de la Fenomenologia** (Spanish Edition). Ebook kindle.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Temas de Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Jorge Luis Fortes Pinheiro da Câmara, 2014.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford, EUA: Oxford University, 1995.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. 2ª ed., atual., ampl. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012c.

SÉMELIN, Jacques. **Purificar e destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios**. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Carta das Nações Unidas: uma leitura constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **A humanização do Direito Internacional.** 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: Derechos Humanos, Derecho Humanitario, Derechos de los Refugiados.* México, DF, México: Porrúa, 2003.

CONTRIBUIÇÃO PARA UMA TIPOLOGIA DO ÓDIO: DIFERENÇAS ENTRE O GENOCÍDIO E OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Elizabeth Goraieb²⁶¹ e Rodrigo Cerveira Cittadino²⁶²

Tanto o crime de genocídio quanto os crimes contra a humanidade constituem atos inumanos atrozes. À primeira vista, contudo, na ausência de uma avaliação técnico-jurídica, a expressão “crimes contra a humanidade”, devido à carga moral que evoca, pareceria englobar o genocídio dentro de sua tipificação. Com efeito, no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, esse último figurava entre os crimes contra a humanidade, quando se mencionava o assassinato e o extermínio por motivos políticos, raciais ou religiosos. Sem embargo, é sabido que, na atualidade, o Direito Internacional Penal estabelece distinções claras entre ambos os conceitos. Este trabalho tem como objetivo estudar essa diferenciação, à luz dos instrumentos internacionais pertinentes, da jurisprudência e da doutrina.

1. Crime de genocídio

O termo genocídio foi cunhado, em 1944, pelo jurista de origem polaca Raphael Lemkin, na obra *Axis Rule in Occupied Europe*.

261. Doutoranda em Direito Internacional pela UERJ. Bacharel em História pela UFRJ e em Direito pela UCAM. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Professora de Direito Internacional Privado do IBMEC e Professora de Direito Internacional Público e Privado da UCAM. E-mail: <egoraieb@hotmail.com>.

262. Mestrando em Direito Internacional pela UERJ. Bacharel em Relações Internacionais pela PUC-Rio e em Direito pela UERJ. E-mail: <cerveirac@hotmail.com>.

No entanto importa observar que Vespasien V. Pella, em março de 1935, em seu Projeto de Código Penal Internacional já falava “em extermínio... tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra de certos grupos étnicos, por motivos raciais, políticos ou religiosos” (1964, p. 149). Também Churchill, em mensagem ao povo inglês, pela BBC de Londres, em 1941, usou a expressão *crime sans nom* para denominar o tratamento dado aos povos subjugados pelos alemães sob o regime nazista (LEMKIN, 1946).

Por genocídio, Lemkin entende a destruição de uma nação ou de um grupo étnico (1944, p. 79). O autor descarta outros termos, como “assassinato de massas” ou “extermínio”, por não fazerem referência ao motivo específico do crime de genocídio, qual seja, o de destruir um grupo, o que resulta sumamente importante para entender sua concepção e o diferencia de outros crimes internacionais, como os crimes contra a humanidade.

O genocídio manifesta-se mediante plano premeditado e destinado a destruir ou a debilitar grupos de caráter nacional, religioso ou racial. O objetivo dessa política é a desintegração das instituições políticas e sociais, da cultura, da língua, dos sentimentos de nacionalidade, da religião e da própria existência econômica dos grupos nacionais. Busca-se suprimir os direitos fundamentais não só matando, mas também impedindo nascimentos mediante o aborto ou a esterilização forçada. O genocídio é um estado de criminalidade sistemática e realiza-se em duas fases: a primeira consiste na destruição do modelo nacional do grupo oprimido, e a segunda na imposição do modelo nacional do opressor sobre a população oprimida. Trata-se de ataque concentrado e coordenado contra todos os elementos de uma nação. A destruição de uma nação supõe a perda de suas futuras contribuições ao mundo e ofende os sentimentos de moralidade e de justiça (LEMKIN, 1944, p. 82-91).

Lemkin propõe a adoção do princípio da jurisdição universal para sua repressão, visto ser o genocídio um crime internacional

que, por sua própria natureza, é cometido pelo Estado ou por grupos que têm o apoio do Estado, causando tensões internacionais e necessitando, para sua persecução, da cooperação internacional.

Embora a palavra genocídio não apareça nem no Estatuto de Nuremberg (Carta de Londres, de 1945), nem em suas sentenças, foi utilizada pelo promotor britânico Sir Harley Schawkross e pelo promotor francês Charles Dubost para relatar o extermínio de povos e de raças pelos alemães nos territórios ocupados (GIL, 1999, p. 131). Considera-se que a Carta de Londres incluiu implicitamente o genocídio entre os denominados crimes contra a humanidade (art. 6º, c), definidos como: “o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, em execução ou em conexão com qualquer outro crime”.

Em 1946, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) enviou ao Sexto Comitê projeto de resolução, solicitando que o Conselho Econômico e Social estudasse o problema do delito de genocídio e informasse sobre a possibilidade de declará-lo “crime internacional”. O Sexto Comitê decidiu encarregar um subcomitê de elaborar o referido projeto de resolução, que foi submetido à Assembleia Geral. Pela Resolução 96 (1), de 1946, adotou-se, oficialmente, o termo e declarou-se ser o genocídio um crime de Direito Internacional, contrário aos Propósitos das Nações Unidas. Ressaltou-se a necessidade de elaboração de uma convenção a seu respeito.

Foi o Secretariado da ONU, com a colaboração de um Comitê de Juristas, do qual faziam parte Donnedieu de Vabres, Pella e Lemkin, que apresentou um projeto de convenção sobre genocídio, que incluía a previsão de criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente. Posteriormente, um projeto definitivo foi submetido à Assembleia Geral, que, pela Resolução 260 (III) A, de 1948, aprovou o texto da

Convenção para a Prevenção e a Repressão ao Crime de Genocídio (Convenção sobre Genocídio), em vigor desde 12 de janeiro de 1951.

A Convenção consagra formalmente a natureza e o alcance do crime, em seu art. I, ao reafirmar que o genocídio, seja em tempo de paz ou de guerra, é um delito internacional. O Estatuto de Nuremberg vinculava os crimes contra a humanidade – o genocídio figurando implicitamente entre eles – à efetivação de um estado de guerra; ou seja, na origem, o crime de genocídio exigia a presença de uma situação bélica. Já a Convenção sobre Genocídio, no art. I, define esse crime como possível fora do estado de guerra, o que traz entendimento muito mais abrangente e acertado.

O art. II menciona grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, excluindo os grupos políticos e culturais. Lemkin também excluiu ambos de sua definição sobre o genocídio, por achar esse posicionamento mais prudente devido ao precário equilíbrio das relações internacionais. Também foram essas as razões para que a Convenção não protegesse esses grupos.

López de La Viesca enumera três elementos estruturais para a configuração do genocídio: um elemento material, um componente subjetivo e um destinatário ou uma vítima determinada pela incidência da lesão. A conduta típica consiste na execução de um ou de vários atos criminosos enumerados da alínea *a* à alínea *e*, a saber: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (LÓPEZ DE LA VIESCA, 1999, p. 33-34).

O elemento subjetivo é a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal. Frise-se que essa intenção é o elemento subjetivo do injusto, não um motivo. Portanto, para a consumação do crime, não é preciso que o

autor alcance o resultado criminoso, basta que realize um dos elementos enumerados, desde que o faça com a intenção de destruir o referido grupo. Outrossim, a prova da intenção exigirá normalmente a concorrência de um número elevado de vítimas sempre que o autor não tiver declarado expressamente sua intenção; mas esse é um problema tão somente de prova (GIL, 1999, p. 140).

Ainda em relação ao art. II, outra indagação impõe-se: o que se deve entender pela expressão “no todo ou em parte”? Quando se pode dizer que a destruição é quantitativamente suficiente para que se produza o delito? O extermínio de poucas, ou mesmo de uma só pessoa, com intenção de destruir todo o grupo, constituiria genocídio? A ambiguidade legislativa enseja a crítica unânime pela doutrina. O que se entende por destruição parcial? O melhor entendimento não se refere ao quantitativo das vítimas e sim à existência do elemento subjetivo, a intenção de destruição de um grupo. Essa é a opinião que prevalece na doutrina (GIL, 1999, p. 143). A questão dos números parece ser o ponto de partida de uma premissa incorreta, a de haver pelo menos uma pessoa morta para que o crime de genocídio seja considerado como cometido. Na verdade, o fato de a definição referir-se a “qualquer um” não significa que alguém deva morrer para que o crime seja caracterizado (SUNGA, 2000, p. 199).

Por último, o genocídio requer que o ato criminoso tenha sido cometido com a intenção de destruir um grupo, mais precisamente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A maior dificuldade é estabelecer critérios objetivos sobre conceitos como “raça”, “etnia” ou “nação”. O bem protegido no crime de genocídio é a existência de determinados grupos humanos, mas a intenção não precisa abranger o extermínio de todo o grupo necessariamente; pode configurar-se em subgrupos.

Mantenha-se em mente que o genocídio é um plano idealizado por um poder político – ou por um grupo que exerça de fato o controle sobre um território – e executado por certo número de pes-

soas. Lemkin já definia como um plano coordenado de diferentes ações dirigidas à destruição dos fundamentos essenciais da vida de grupos nacionais, com o fim de aniquilar esses grupos (1944, p.79).

Os arts. II e III da Convenção sobre Genocídio foram repetidos *in extenso* nos arts. 4º e 2º, respectivamente, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) e do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). O Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) repete, no art. 6º, o art. II da Convenção sobre Genocídio, mas suprime o art. III dessa última, não incorporando as disposições relativas à associação, à incitação e à coautoria. Deve-se observar, no entanto, que o art. 25 (§ 3º, e), que define a esfera da responsabilidade individual, pune aquele que instiga, direta e publicamente, o genocídio.

Após a Conferência de Roma, coube à Comissão Preparatória elaborar os *Elementos dos Crimes*, previstos no art. 9º do Estatuto do TPI. Esse documento tipifica as seguintes condutas (art. 6º, da alínea a à e): a morte de membros do grupo; a lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; a submissão intencional do grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; a imposição de medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. O resultado deve atingir uma ou várias pessoas que pertença(m) a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O autor deve ter a intenção de destruir, no todo ou em parte, o referido grupo, e seu comportamento deve inscrever-se no quadro de uma série de comportamentos análogos (ICC, 2011, p. 2-3).

Outra questão relevante é a possibilidade de considerar-se o estupro como ato de genocídio. A resposta veio no Caso *Akayesu*, julgado pelo TPIR: o Procurador integrou a violência sexual no Ato de Acusação, pois não somente Akayesu nada havia feito para impedir os massacres e as violações sexuais perpetradas contra

as mulheres tutsis, mas também preconizou e ordenou, junto à população hutu, aquelas violações; entendeu-se que havia a finalidade de aniquilar física e psicologicamente as mulheres tutsis, sua família e sua comunidade (ICTR, 1998, p. 10-11 e 177). O TPIR julgou que as violências sexuais constituem ato de genocídio quando cometidas com a intenção de eliminar um grupo de pessoas da mesma raça e origem (ASKIN, 1999, p. 107).

O art. 6º do Estatuto do TPI prevê especificamente o elemento subjetivo para configurar o crime de genocídio. É essa intenção que o difere de outros delitos. Se, no curso de um conflito armado, os atos de destruição de um grupo forem cometidos sem a intenção de destruí-lo, não há o crime de genocídio, podendo existir um crime contra a humanidade. O recurso às armas de destruição massiva, como as armas nucleares, não constitui em si mesmo o crime de genocídio (BAZELAIRE & CRETIN, 2000, p. 71).

Esta questão foi enfrentada pelo TPII no Caso *Jelisić*. O Ato de Acusação aponta Jelisić, conhecido como “Adolfo Sérvio”, como responsável pelo crime de genocídio, devido aos atos cometidos com a intenção de destruir parte importante da população muçulmana que vivia na Bósnia, como grupo nacional, étnico e religioso, bem como por ter matado sistematicamente muçulmanos no campo de prisioneiros de Lučka, em Brčko, no norte bósnio (ICTY, 1999b, p. 1) A Câmara de Primeira Instância fundamentou sua decisão na análise dos elementos constitutivos do genocídio. Primeiro, o elemento material da infração, constituído por um ou por vários atos enumerados no § 2º do art. 4º do Estatuto: decidiu-se, após uma análise minuciosa do caso, que, embora não seja necessário o estabelecimento, de maneira precisa, do número de vítimas, o elemento material estava presente (ICTY, 1999b, p. 20). Em segundo lugar, quanto ao elemento subjetivo (ou moral) da infração, que consiste na intenção especial de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como não ficou provada

a existência de um projeto de destruição do grupo muçulmano nos campos de concentração de Lučka, a Corte reconheceu a culpabilidade do acusado por crimes contra a humanidade e pela violação das leis e dos costumes da guerra, absolvendo-o da acusação de genocídio (ICTY, 1999b, p. 30-31 e 33).

O TPII, notadamente no Caso *Tadić*, observou que o crime de perseguição a um grupo ou a uma coletividade, uma das formas do crime contra a humanidade (art. 5º do Estatuto do TPII e art. 7º, § 1º, *h*, do Estatuto do TPI), tem semelhança com o crime de genocídio. Na análise feita, o autor do crime de perseguição escolhe suas vítimas em razão de pertencerem a um grupo humano determinado, privando-as do direito ao exercício legal de suas liberdades fundamentais (ICTY, 1997, p. 271-272). A respeito desse crime, destaque-se que, no Caso *Jelisić*, o TPII fez referência ao Caso *Eichmann*: nele, o Tribunal do Distrito de Israel concluiu que os atos cometidos pelo acusado com a finalidade de exterminar o povo judeu representaram *ipso facto* a perseguição por motivos nacionais, raciais, religiosos e políticos, condenando-o por crimes contra a humanidade (ICTY, 1999b, p. 21). Em contrapartida, no Caso *Kayishema*, o TPIR entendeu que ficou provada a intenção específica requerida para o crime de genocídio e condenou o acusado pelos atos de extermínio e de assassinato contra a população tutsi na Cidade de Kibuye (ICTR, 1999, p. 233).

Conclui-se que, se os fatos não constituírem crime de genocídio, o crime contra a humanidade será determinado com mais facilidade.

2. Crimes contra a humanidade

Em sua origem, a noção de crimes contra a humanidade consistia basicamente numa extensão do direito que regia a condução das hostilidades no curso de uma guerra, o *jus in bello*. Apenas após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, nos termos do Estatuto de

Nuremberg, reconheceu-se formalmente que certos atos praticados durante o conflito configuravam crimes contra a humanidade (BASSIOUNI, 2011, p. 92-94). Naquela época, o *jus in bello* não abrangia violações de caráter não internacional, decorrentes de conflitos internos, ou de perseguições comandadas por um Estado contra seus nacionais. Dessa maneira, os crimes contra a humanidade tais como enunciados na Carta de Londres foram conectados ao contexto de uma guerra entre Estados, vale dizer, para que lhes fosse conferida a qualidade de crimes *internacionais*, foi preciso vinculá-los ao *jus in bello*, pelo chamado nexu bélico (BASSIOUNI, 2011, p. 112).

Entre os avanços do período pós-Nuremberg, merecem realce os estatutos do TPII e do TPIR. Esses dois instrumentos suscitaram novas mudanças nos elementos dos crimes contra a humanidade, especialmente em razão da natureza doméstica dos conflitos em que foram perpetrados os delitos sob a competência desses órgãos judiciais (DEGUZMAN, 2000, p. 351). Mais tarde, em julho de 1998, em conferência sob os auspícios da ONU, foi acolhido o Tratado de Roma, que instituiu pela primeira vez um TPI de vocação permanente, competente para apreciar o cometimento de crimes contra a humanidade, pelo art. 7º de seu Estatuto.

Entre as modificações mais importantes introduzidas pelo Estatuto do TPI, cabe citar: a) a supressão do nexu bélico e do requisito da intenção discriminatória; b) a ampliação do elenco de atos típicos, com destaque para ofensas à dignidade sexual e para os delitos de desaparecimento forçado e de *apartheid*; c) a reiteração da exigência de que os fatos típicos sejam cometidos “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”; e d) a manutenção da necessidade de que a prática delitiva seja fruto da “política de um Estado ou de uma organização” (TPI, 1998).

Curiosamente, as cortes internacionais surgidas após o Tratado de Roma não se contentaram em simplesmente seguir a conceitualização de crimes contra a humanidade por ele fornecida. Desse

modo, no âmbito da Corte Especial para Serra Leoa (CESL), por exemplo, excluiu-se o requisito de que os atos puníveis integrassem uma política estatal (RSCSL, 2001). Já no que concerne às Câmaras Extraordinárias das Cortes do Camboja (CECC), também foi rechaçado o aspecto governamental, mas reintroduziu-se a exigência de discriminação, na linha do Estatuto do TPIR (ECCC, 2004).

O preciso delineamento do conteúdo normativo dos crimes contra a humanidade clarifica os valores morais que devem ser respeitados e promovidos internacionalmente. A quantidade de requisitos típicos e seu rigor não podem ser de tal ordem que restrinjam excessivamente a aplicabilidade de suas normas. Nesse sentido, conquanto Bassiouni defenda que o principal elemento que converte os atos típicos dos crimes contra a humanidade – homicídio, tortura, agressão sexual, entre outros (todos puníveis ordinariamente pelo direito interno de vários países) – em abusos condenados pelo direito internacional é o aspecto governamental, a saber, a exigência de instigação ou de direção da conduta delitiva por um Estado (2011, p. 10), a jurisprudência dos tribunais internacionais tem flexibilizado esse e outros requisitos.

2.1. O nexu bélico

No Estatuto de Nuremberg, requeria-se que os crimes contra a humanidade estivessem conectados à deflagração ou à condução de uma guerra entre Estados. Essa exigência foi replicada no Estatuto do TPII, com a diferença de que, nesse caso, bastava que se cuidasse de conflito interno (ICTY, 2009). Não obstante, tem-se entendido que esse elemento constitutivo não mais compõe a definição de crime contra a humanidade consagrada pelo costume internacional. Foi a posição do TPII no Caso *Tadi*, de 1997 (ICTY, 1997, p. 225-226).

2.2. Ataque generalizado ou sistemático e política governamental

Como traço distintivo dos crimes contra a humanidade com relação aos tipos penais correlatos do direito interno, aponta-se que os atos inumanos devem ser cometidos como parte de um ataque mais abrangente. O Estatuto do TPIR elenca expressamente esse requisito e demanda que se verifique uma conexão entre a ação individual levada a cabo pelo autor do delito e uma agressão de maior escala (ICTR, 2010). Por seu turno, o TPII interpretou seu estatuto no sentido de aduzir esse elemento constitutivo, não constante do texto (ICTY, 2000, p. 13).

O Estatuto do TPI conceitua o termo ataque como “a prática múltipla de atos (...) de acordo com a política de um Estado ou de uma organização” (TPI, 1998), no entanto esse entendimento não é pacífico, e a jurisprudência internacional tem oscilado em suas posições. O TPII definiu ataque como “a course of conduct involving the commission of acts of violence” (ICTY, 2001, p. 140). Em contraste, uma das câmaras do TPIR considerou que essa palavra significava apenas qualquer das ações enumeradas em seu estatuto, que poderia mesmo prescindir de violência física, como na hipótese da implementação de um regime de apartheid (ICTR, 1998, p. 146). Outra câmara dessa mesma corte asseverou que a ideia de ataque excluiria “acts carried out for purely personal motives and those outside of a broader policy or plan” (ICTR, 1999a, p. 51). Adicionalmente, tem-se compreendido que o ataque não precisaria estender-se por uma área geográfica demasiado vasta. O consenso mínimo acerca do conceito é que uma sucessão de atos isolados, contra vítimas desconexas, estaria fora de seu escopo (DEGUZMAN, 2011, p. 11). Quanto à presença de uma intenção discriminatória, sabe-se que é desnecessária, salvo nos âmbitos do TPIR (ICTR, 2010) e das CECC (ECCC, 2004), por enunciação explícita em seus estatutos.

Discute-se se os adjetivos generalizado e sistemático seriam cumulativos ou alternativos. Durante a Conferência de Roma de 1998, quando o Estatuto do TPI foi submetido à assinatura dos Estados, ambas as óticas contaram com representantes: a segunda recebeu o apoio da maioria, mas a primeira era defendida pelos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, entre outros países. O compromisso que emergiu estaria refletido nas exigências de que se perpetrem atos múltiplos e de que se verifique uma política estatal ou de uma organização orientando os crimes. Para alguns, o critério alternativo, afinal vitorioso, ter-se-ia transformado em critério cumulativo, devido à correspondência entre, de um lado, o adjetivo generalizado e a multiplicidade de atos e, de outro, o adjetivo sistemático e a política de Estado ou organizacional. DeGuzman assinala que o costume internacional não chancela essa interpretação restritiva: a tendência jurisprudencial tem sido equivaler a generalidade à escala da vitimização – mesmo que um só ato seja praticado, contanto que redunde em elevado número de vítimas (2011, p. 12). No que tange à sistematicidade dos crimes, os tribunais têm afastado o requisito da política governamental ou de uma organização (ICTY, 1997, p. 239; ICTY, 2002, p. 29-30).

Em consequência, tem-se admitido que atores não estatais também podem praticar crimes contra a humanidade, sendo irrelevante para o amoldamento dos fatos às figuras típicas a ocorrência, *e.g.*, de uma política de extermínio em curso. Bassiouni é crítico ferrenho dessa perspectiva, propugnando que o elemento da política estatal seria imprescindível para a caracterização dos crimes contra a humanidade. Nem mesmo se poderia cogitar da política de uma organização estranha ao Estado, na medida em que o art. 7º (§ 2º) do Estatuto do TPI, ao aludir a essa possibilidade, estaria na verdade fazendo referência a organizações internas ao aparato governamental (2011, p. 24).

De toda sorte, na prática, os traços da generalidade e da sistematicidade dos atos perpetrados não têm imposto grandes difi-

culdades em sede probatória às cortes internacionais *ad hoc* (DEGUZMAN, 2011, p. 14).

2.3. Agressão dirigida contra uma população civil

O alvo primário dos crimes contra a humanidade precisa ser uma população civil, não importando se nacional ou estrangeira. A palavra população tem sido interpretada como significando tão somente uma vitimização em larga escala (ICTY, 2002, p. 27-28). Não se requer alvejar em sua inteireza o núcleo populacional de uma área geográfica específica e sim basta que a quantidade de vítimas seja substantiva e que se demonstre alguma conexão entre elas (ICTR, 2004, p. 115). Como resultado, o termo população tem meramente reiterado o elemento da generalidade do ataque.

Quanto a quais indivíduos ou grupos constituem civis, os tribunais internacionais têm-se baseado no direito internacional humanitário, que rege os conflitos armados, no intuito de proteger todas as pessoas que não estejam ativamente engajadas nas hostilidades (ICTR, 1999b, p. 34). Os critérios que diferenciam combatentes e não combatentes têm sido alargados para alocar entre esses últimos movimentos de resistência e todos aqueles que deixaram de participar da movimentação bélica (ICTY, 2000, p. 72).

Por um lado, é de lamentar-se que os crimes contra a humanidade, que não mais se vinculam ao nexu bélico, de maneira que também podem ocorrer em períodos de paz, se pautem na definição de civil própria dos crimes de guerra. Disso resulta que o pessoal militar, *e.g.*, acaba sendo excluído do conjunto de vítimas potenciais desses delitos, uma limitação que, consoante Cassese, contraria a finalidade do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário (2006, p. 949). Não obstante, como a maioria dos crimes contra a humanidade tem sido cometida efetivamente em conflitos armados, há pouca jurisprudência concernente ao *status* da população civil em tempos de paz (DEGUZMAN, 2011,

p. 15). Um dos raros exemplos foi a manifestação do TPIR no Caso *Kayishema* (1999) no sentido de que, na ausência de uma situação bélica, todas as pessoas são civis, salvo as que tiverem o dever de manter a ordem pública (ICTR, 1999a, p. 53). Apesar desse pronunciamento, talvez a melhor postura seja concluir que, na paz, qualquer distinção perde relevância: todo indivíduo desarmado é civil.

2.4. Elementos objetivo e subjetivo

A fim de que configure um crime contra a humanidade, o ato individual praticado deve, por sua natureza ou por suas consequências, fazer parte de um ataque generalizado ou sistemático. Esse elemento objetivo não exige, no entanto, que a conduta tenha sido realizada em meio ao ataque, ou seja, o delito existe mesmo se o ato individual distanciar-se temporal ou geograficamente da agressão maior, desde que esteja conectado a ela de alguma forma (ICTY, 2002, p. 30-31). Remanesce sem resposta se a ação atribuída ao autor deve, *por si só*, ser suficiente para satisfazer aos critérios de generalidade e de sistematicidade, ou se, ao contrário, esses requisitos podem ser preenchidos se o ato individual for considerado *no conjunto* de um ataque dirigido contra uma população civil (DEGUZMAN, 2011, p. 16).

Paralelamente, o elemento subjetivo dos crimes contra a humanidade consiste na ciência do sujeito ativo de que sua ação integra uma agressão generalizada ou sistemática. É o que se extrai do art. 7º (§ 1º) do Tratado de Roma, bem como é esse o entendimento prevalente na jurisprudência (ICTY, 2000, p. 83-85). Em certas ocasiões, as cortes internacionais flexibilizaram ainda mais o nível de conhecimento esperado do autor: em lugar de estar ciente, bastaria que ele, pelas circunstâncias, devesse estar ciente, ou que assumisse o risco de que seu ato fizesse parte de um quadro de violência mais abrangente (ICTY, 2000, p. 83-84; ICTY, 2001, p. 146). Sem embargo, o Estatuto de TPI não parece contemplar essa última hipótese, visto que, no art. 30 (§ 3º), define conhecimento como “a consciência de que existe uma circunstância ou de que um efei-

to irá ter lugar, em uma ordem normal dos acontecimentos” (TPI, 1998). Ainda, assinale-se que, segundo as explicações consolidadas no texto *Elementos dos crimes*, ter ciência do ataque não implica conhecer todas suas características nem cada detalhe da política estatal ou organizacional em andamento, mas o perpetrador há de ter *algum* conhecimento a respeito (ICC, 2011, p. 5).

Os motivos do perpetrador são irrelevantes para a avaliação do elemento subjetivo. Tampouco é necessário que esteja presente qualquer intento discriminatório, exceto no crime de perseguição (ICTY, 1999a, p. 125-126 e 135). A propósito, é justamente a dispensabilidade desse aspecto psicológico especial que estrema os crimes contra a humanidade do crime de genocídio, que se singulariza pela intenção de destruir determinado grupo.

3. Conclusão

A semelhança do conceito de genocídio com o de crime contra a humanidade provoca, com frequência, certa confusão. Alicia Gil sintetiza a relação entre os dois tipos penais explicando que, se, histórica e dogmaticamente, eles tiveram a mesma origem, a evolução de ambos conduziu a sua diferenciação atual. Hoje, só se pode afirmar que o genocídio é um crime contra a humanidade se for utilizado um conceito amplo desse último. Por essa ótica, o genocídio pode ser considerado um crime contra a humanidade *lato sensu*, mas nem todo crime contra a humanidade é um genocídio (1999, p. 133-134). Tecnicamente, contudo, o crime contra a humanidade *stricto sensu* distingue-se do genocídio porque nesse último está presente uma intenção especial, qual seja, a de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Bibliografia

ASKIN, Kelly D. Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status. **The American Journal of International Law**, v. 93, p. 97-123, 1999.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application**. New York: Cambridge University Press, 2011.

BAZELAIRE, Jean-Paul; THIERRY, Cretin. **La justice pénale internationale**. Paris: Press Universitaires, 2000.

CASSESE, Antonio. The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law. **Journal of International Criminal Justice**, v. 4, issue 5, p. 933-958, 2006.

DEGUZMAN, Margaret M. Crimes against humanity. **Research Handbook of International Criminal Law**, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2010-9, p. 1-25, January 21, 2011.

DEGUZMAN, Margaret McAuliffe. The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity. **Human Rights Quarterly**, v. 22, p. 335-403, 2000.

ECCC. **The Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of the Cambodia**. 27 October 2004.

GIL, Alicia Gil. **El genocidio y otros crímenes internacionales**. Valencia: Colección Interciencias, 1999.

ICC. **Elements of Crimes**. 2011.

I

CTR. **Prosecutor v. Akayesu**, Case No. ICTR-96-4, Judgment, Sept. 2, 1998.

ICTR. **Prosecutor v. Kamuhanda**, Case No. ICTR-95-54A-T, Judgment, Jan. 22, 2004.

ICTR. **Prosecutor v. Kayishema**, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, May 21, 1999.

ICTR. **Prosecutor v. Rutaganda**, Case No. ICTR-96-3, Judgment & Sentence, Dec. 6, 1999.

ICTR. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.
United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda.
31 January 2010.

ICTY. **Prosecutor v. Blaškić**, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber Judgment, Mar. 3, 2000.

ICTY. **Prosecutor v. Kunarac**, Case No. IT-96-23, Judgment, Feb. 22, 2001.

ICTY. **Prosecutor v. Kunarac**, Case No. IT-96-23/1-A, Appeals Judgment, Jun. 12, 2002.

ICTY. **Prosecutor v. Tadić**, Case No. IT-94-1, Judgment, May 7, 1997.

ICTY. **Prosecutor v. Tadić**, Case No. IT-94-1-A, Appeals Judgment, July 15, 1999.

ICTY. **The Prosecutor v. Jelisić**, Case No. IT-95-10-T, Judgment, 14 Dec. 14, 1999.

ICTY. **Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia.** September 2009.

LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe**. Washington D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1944.

LEMKIN, Raphael. Le crime de génocide. **Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques**, n. 24, oct. – déc., 1946.

LÓPEZ DE LA VIESCA, Evaristo. **El delito de genocidio: consideraciones penales y criminológicas**. Madrid: EDERSA, 1999.

PELLA, Vespasien V. **La guerre-crime et les criminels de guerre: réflexions sur la justice pénale internationale: ce qu'elle est et ce qu'elle devrait être**. Neuchatel: Éditions de la Baconnière, 1964.

RSCSL. Agreement between the United Nations and the government of Sierra Leone on the establishment of a Residual Special Court for Sierra Leone. **Basic RSCSL Documents**. 2001.

SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da corte penal internacional criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TPI. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. 1998.

LEGITIMIDADE EM RISCO: O CONSELHO DE SEGURANÇA E A INTERVENÇÃO DA OTAN NA LÍBIA

Guilherme de Jesus France²⁶³

Introdução

O princípio da vedação do uso da força pelos Estados nas Relações Internacionais encontra-se consagrado na própria Carta das Nações Unidas, em seu art. 2º (4). Ele comporta, todavia, algumas exceções, dentre as quais se destaca a autorização, pelo Conselho de Segurança, para que a força seja utilizada em nome da manutenção da paz e da segurança internacional, conforme previsto no art. 42 da Carta.

Durante a Guerra Fria, o Conselho de Segurança não foi capaz de assumir a responsabilidade primária de manter a paz e a segurança internacional, conforme a previsão do art. 24 da Carta. Isso se deu, principalmente, por conta do elevado grau de tensão entre as superpotências e por conta do chamado ‘poder de veto’, garantido aos cinco membros permanentes do Conselho. De fato, o veto foi utilizado 279 vezes, entre 1945 e 1985, e a ameaça de uso do veto, muitas vezes mais relevante, foi usada incontáveis vezes nesse mesmo período por EUA, URSS, Grã-Bretanha, França e China (Gray, 2008, p. 255).

Com o fim da Guerra Fria, o papel do Conselho de Segurança como organismo responsável pela manutenção da paz internacional finalmente se concretizou. Multiplicaram-se as circunstâncias em que foi concedida autorização para que Estados ou organiza-

263. O autor é mestrando em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela UERJ e em Relações Internacionais pela PUC-RIO.

ções regionais fizessem uso da força, em geral com base no Cap. VII da Carta, e ganhou importância o processo pelo qual essa autorização é concedida e como ela é posta em prática. Ao longo dessas duas décadas, muitos foram os momentos em que se questionaram diversos aspectos desse mecanismo.

A necessidade de se autorizar que terceiros façam uso da força só surgiu a partir do momento em que a previsão, feita pelos fundadores da ONU, de que os Estados forneceriam tropas ao Conselho, formando uma espécie de exército permanente nunca se materializou. Afinal, o art. 43 da Carta previa tal possibilidade como mecanismo para que o CS tivesse capacidade rápida e eficiente de resposta a ameaças à paz internacional (Gray, 2008, p.254).

Essa prática foi caracterizada por Quigley (1996, p.250) como análoga à privatização, porque o Conselho, ao invés de levar à frente a ação militar ele próprio, estaria ‘subcontratando’ o trabalho para Estados ou organizações regionais. Esse autor ressalta, contudo, que os Estados que, usualmente, se mostram disponíveis a realizar esse trabalho costumam ter interesses particulares.

Dentre as questões que se encontraram, repetidamente, como alvos de críticas se destacam: a falta de precisão dos termos empregados na resolução autorizando o uso da força, a falta de limitação temporal para o exercício do mandato, a falta de mecanismos de prestação de contas, por meio dos quais Estados e organizações regionais poderiam ser responsabilizados por eventuais desvios de conduta e a falta de clareza quanto ao objetivo final da ação militar (Blokker, 2000). Todas essas questões são efeitos da imprecisão²⁶⁴ das resoluções adotadas pelo Conselho de Segurança.

Desde a intervenção militar em resposta à invasão do Kuwait pelo Iraque até os diversos momentos nos quais o Conselho de

264. Faz-se isso, utilizando, a *contrario sensu*, a definição de precisão estabelecida pela literatura de legalização: precisão se refere ao grau em que as regras definem, sem espaço para dúvidas, a conduta que exigem, proíbem ou autorizam. A precisão reduz o espaço aberto à interpretação. Regras precisas, em geral, são muito elaboradas, detalhando condições específicas de aplicação e explicitando os comportamentos prescritos ou proibidos nos mais variados cenários (Abbot et al, 2000, p. 413).

terminou intervenções ao longo do processo de desintegração da Iugoslávia, essas críticas estiveram presentes e, de alguma forma, levaram a uma mudança de comportamento, por parte do Conselho de Segurança. As resoluções “evoluíram” e passaram a atender algumas das demandas feitas pelos diversos Estados²⁶⁵. Essa questão, no entanto, voltou à tona com a Resolução 1973 (2011) e a intervenção militar na Líbia, ficando evidente que é uma questão extremamente atual e relevante na política internacional.

O argumento central do presente artigo é que a imprecisão das resoluções por meio das quais o Conselho de Segurança autoriza o uso da força gera críticas e questionamentos, os quais, por sua vez, prejudicam a sua legitimidade. Isso tem consequências importantes, como será visto, para o seu funcionamento futuro.

O presente artigo será apresentado da seguinte forma: inicialmente, apresenta-se o arcabouço teórico que fundamenta o conceito de legitimidade, fundamental para o presente trabalho; em seguida, será discutido, em detalhe, a intervenção da OTAN na Líbia, as críticas e questionamentos; por fim, serão apresentadas breves conclusões sobre as questões discutidas.

2. Legitimidade

Inicialmente, é importante conceituar legitimidade, conceito-chave para o presente trabalho. Legitimidade, conforme pensada por Ian Hurd (2007, p.7), se refere à crença normativa de um ator de que uma regra ou instituição deve ser obedecida. É uma qualidade subjetiva, que é definida pelas percepções dos atores em relação às instituições e às regras. Essas percepções podem ter como origem tanto a substância ou conteúdo das regras, quanto o procedimento ou fonte a partir do qual ela foi constituída. Elas afetam o comportamento porque são internalizadas pelos atores, passando a definir como eles percebem seus próprios interesses.

265. Para um relato mais detalhado dessa evolução histórica, cf. FRANCE, G. *Autorização para o Uso da Força pelo Conselho de Segurança: questionamentos e legitimidade*. Monografia, PUC-RIO, 2013.

Essa internalização acontece quando a noção do ator sobre seus próprios interesses passa a ser constituída, pelo menos parcialmente, por forças externas – no caso, padrões, leis, regras e normas comuns. Quando um ator acredita que uma regra é legítima, a decisão sobre a obediência a essa regra deixa de ser motivada somente pelo cálculo do interesse daquele ator, ou pelo medo de retribuição; aquela decisão passa a ser tomada em função de um sentimento interno do que é certo/errado e de obrigação. Dessa forma, a obediência à regra ou à instituição se torna a habitual; passa a ser o ponto de partida do processo de tomada de decisão (Hurd, 2007, p. 31).

Legitimidade é uma qualidade que pode se referir a uma organização formal, a uma instituição informal ou mesmo a uma prática ou determinada regra. O foco dado por Hurd (2007, p.9), ao qual nos filiaremos, é a legitimidade do Conselho de Segurança da ONU entre os Estados e, especialmente, como críticas a uma dada prática, no caso, à autorização para o uso da força têm afetado a legitimidade do Conselho para empreender esse tipo de ação.

Um elemento importante trazido por Hurd (2007, p.49) para o estudo sobre legitimidade é o uso dos símbolos, que podem ser definidos como objetos investidos de um poder social além de suas capacidades materiais. O poder social dos símbolos tem origem numa crença comum àqueles membros da sociedade de que o objeto representa uma instituição (organização formal, princípio compartilhado, memória popular comum) com uma fonte independente de poder. O simbolismo é a forma pela qual uma instituição pode emprestar seu poder para os atores da sociedade, expandindo, assim, o seu alcance. É fundamental que tanto aquele que usa o símbolo, quanto a sua audiência compreendam o seu significado.

Os símbolos são elementos essenciais na relação entre o nível sistêmico e unitário, transportando poder e informação de um para o outro. Instituições legítimas produzem símbolos, que são reconhecidos pelos atores e utilizados como forma de poder. A ONU,

por exemplo, faz uso extensivo de símbolos, seja para legitimar a instituição, seja para comunicar, agir ou delegar poder (Hurd, 2007, p. 50). A autorização para o uso da força é essencialmente uma delegação e, nesse sentido, pode ser entendida como um símbolo.

Os símbolos podem ser usados, no sistema internacional, como ferramentas de poder de duas formas diferentes: sendo instrumentalizados pelos Estados que os utilizam e dando poder às instituições que os possuem para que atuem como guardiãs. O uso dos símbolos, contudo, deve ser feito dentro dos limites aceitos pela sociedade, não podendo fugir dos termos originalmente imaginados sob o risco de deixarem de ser aceitos pela sociedade. Essas fronteiras são definidas em função do entendimento intersubjetivo dos Estados sobre o sentido adequado daquele símbolo, o que depende também da forma como a instituição que lhe deu origem o utiliza. Quando a conexão entre o símbolo e a instituição que fornece o seu poder se rompe, o símbolo perde sua credibilidade perante a audiência (Hurd, 2007, p. 58).

O surgimento de questionamentos, por parte de diversos Estados, em relação à concessão de mandatos para o uso da força imprecisos é fruto da utilização desse símbolo fora das fronteiras inicialmente previstas e atualmente aceitas por parte da audiência. O aumento desses questionamentos é consequência da perda de credibilidade desse símbolo, que, por sua vez, ameaça a própria legitimidade da organização que o origina.

Os atores mais fortes não podem dominar a instituição sem que a legitimidade de todo o processo se torne ameaçada. Um exemplo de situação em que se percebe uma tentativa de dominação, por parte dos mais fortes, no Conselho de Segurança é justamente a preferência por mandatos que autorizam o uso da força com baixos níveis de precisão. Os Estados mais fortes buscam, por meio dessa estratégia, preservar sua liberdade de atuação e se isentar de eventuais problemas, mas ainda sim ter sua atuação vista como legíti-

ma, perante a sociedade internacional, já que teria sido autorizada pelo CS (lê-se: recebeu o símbolo de uma instituição legítima).

Essa tentativa, que, em diversas situações, é bem-sucedida tem suas consequências, conforme previsto por Hurd (2007, p. 38). O exercício de poder, por meio dos símbolos, exige uma dose de cumplicidade dos mais fracos, o que abre espaço para que eles façam exigências e demandas de forma a atenuar esse exercício e preservar a instituição que impõe limites ao comportamento dos mais fortes. Ao questionar se a finalidade de um mandato está sendo efetivamente buscada, se haverá mecanismos de monitoramento efetivos, se existem limitações, temporais, geográficas e militares para como a força armada pode ser utilizada, os Estados mais fracos exigindo que os mais fortes atuem dentro de limites mais estritos.

A imprecisão no processo de autorização do uso da força, a medida mais radical que pode ser tomada pelo Conselho de Segurança, põe em risco a legitimidade dessa instituição porque leva os diversos atores a perceberem esse mecanismo institucional não como guardião de normas e regras internacionais aplicáveis a todos, mas como uma ferramenta para o exercício do poder dos mais poderosos. A utilização de instrumentos menos precisos pode permitir que os Estados mais poderosos tenham mais flexibilidade para buscar seus interesses pela redução dos obstáculos a ações unilaterais e dos custos de ações nesse perfil, gerando questionamentos.

Ao analisar o comportamento dos Estados com relação a três aspectos do funcionamento do Conselho de Segurança (estabelecimento da agenda, eleição de membros não-permanentes e autorização para o uso da força), Hurd (2007, p. 112) chega à conclusão que não há razões materiais para a busca dos símbolos do CS. A única explicação para o desejo, por tantos Estados, de se ver associado ao CS é o reconhecimento do poder que esse organismo tem em função das crenças sobre a sua legitimidade.

Compreender o que pode estar ameaçando essa legitimidade se torna ainda mais importante nesse contexto. Sem legitimidade,

o CS não fornece os incentivos para que os Estados lidem com os problemas de segurança internacional dentro do seu âmbito. Esses Estados poderão escolher fazê-lo por meio de outros organismos ou mesmo de forma unilateral, o que representaria uma significativa e perigosa mudança no funcionamento da política internacional.

3. Intervenção na Líbia

Durante o processo que acabou ficando conhecido como “Primavera Árabe”, foi a situação política e humanitária na Líbia que mais chamou atenção da comunidade internacional, gerando uma resposta por parte do Conselho de Segurança, a qual será discutida.

Inicialmente, manifestantes pacíficos saíram às ruas para se opor ao regime político liderado por Muammar Qaddafi. Dentro de um curto período de tempo, contudo, essas manifestações, fortemente reprimidas pelo aparato de segurança do governo líbio, se transformaram em um movimento de rebelião armada, organizada com o objetivo de remover Qaddafi do poder. Aos poucos, esse movimento ganhou controle de diversas cidades e se organizou em volta do Conselho Nacional de Transição (CNT). Com a intensificação dos conflitos entre as forças oficiais e o CNT e o aumento do número de violações de direitos humanos, principalmente contra civis, o Conselho de Segurança das Nações Unidas tomou ação (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 159).

Com o apoio de diversas organizações regionais relevantes, como a Liga Árabe, o Conselho adotou, em 26 de fevereiro de 2011, a Resolução 1970. Por meio dessa resolução, aprovada sob a égide do Capítulo VII da Carta da ONU, se impôs um embargo à venda de armas para a Líbia, foram congelados os bens e recursos do governo líbio e a situação foi referida ao Tribunal Penal Internacional para investigação.

Essa medida acabou não se mostrando suficiente para interromper o avanço das forças oficiais contra as áreas sob controle do CNT, com destaque para a cidade de Bengazhi. Dessa forma, foi

aprovada a Resolução 1973 (10 votos a favor e 5 abstenções – China, Rússia, Brasil, Índia e Alemanha), que:

Authorizes Member States that have notified the Secretary-General, acting nationally or through regional organizations or arrangements, and acting in cooperation with the Secretary-General, to take all necessary measures, notwithstanding paragraph 9 of resolution 1970 (2011), to protect civilians and civilian populated areas under threat of attack in the Libyan Arab Jamahiriya, including Benghazi, while excluding a foreign occupation force of any form on any part of Libyan territory, and requests the Member States concerned to inform the Secretary-General immediately of the measures they take pursuant to the authorization conferred by this paragraph which shall be immediately reported to the Security Council;

(...) Decides to establish a ban on all flights in the airspace of the Libyan Arab Jamahiriya in order to help protect civilians; (ONU, 2011a)

Alguns dos países que se abstiveram apontaram suas preferências por um processo político como forma de por fim aos conflitos, notando também suas posições contrárias ao uso da força e à intervenção nos assuntos internos de outros países. Outros, como a Índia, já apontavam alguns dos problemas que voltariam à tona durante a realização das operações militares

The Council has today adopted a resolution that authorizes far-reaching measures under Chapter VII of the United Nations Charter, with relatively little credible information on the situation on the ground in Libya. We also do not have

clarity about details of enforcement measures, including who will participate and with what assets, and how these measures will exactly be carried out (Índia, apud ONU, 2011b)

Por meio do uso da expressão “*all necessary measures*” estava se autorizando o uso da força para que os objetivos apontados fossem alcançados, além do estabelecimento de uma zona de exclusão aérea. Introduziu-se como limite, apenas, a proibição do envio de tropas terrestres de ocupação. Merece destaque, também o fato de que essa resolução representa a primeira vez na história que o Conselho autorizou uma intervenção militar baseada na chamada Responsabilidade de Proteger (R2P), contra a vontade de um governo ainda em funcionamento (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 161).

É importante realizar um esclarecimento, nesse momento, sobre o escopo do presente trabalho. Autorizações para o uso da força, pelo Conselho de Segurança, são um mecanismo empregado em diversas circunstâncias, desde contrapor uma agressão desmotivada até impedir tragédias humanitárias. Já o conceito de R2P pode ser usado para legitimar diversos tipos de ações por parte da ONU, tanto as listadas no cap. VI da Carta, quanto àquelas no cap. VII. Assim, apesar de no presente caso se intercederem, não devem ser confundidas. O presente trabalho se preocupa com o mecanismo de autorização para o uso da força.

Em março de 2011, EUA, França e Reino Unido deram início a uma campanha de bombardeio contra diversos alvos na Líbia, com objetivo de dar cumprimento à resolução aprovada. Posteriormente, a OTAN assumiu o controle da missão militar internacional que recebeu o nome de “Operation Unified Protector”.

O uso da força foi autorizado apenas com o objetivo de proteger civis e regiões ocupadas por civis, com destaque para a cidade de Benghazi. Surgiram, contudo, diversos questionamentos por

conta de ações tomadas pela OTAN, que foram percebidas como fora do escopo do autorizado pelo Conselho de Segurança. O contínuo bombardeio do centro de comando do governo Qaddafi, em Trípoli, no final de abril, principalmente, foi visto como sinal de que a OTAN estava indo além do mandato concedido pelo Conselho de Segurança e passando a atuar no sentido de promover uma mudança de regime, uma meta não contemplada pela Resolução 1973 (2011) (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 164-168).

Não há dúvidas que a estrutura de comando e controle do governo líbio, incluindo a pessoa do Coronel Qaddafi, representava uma ameaça às populações civis – o próprio Qaddafi sinalizou sua intenção de eliminar a oposição e todos que estivessem no seu caminho (Bilefsky & Landler, 2011). A questão que se discutiu era a necessidade de as forças líbias representarem uma ameaça iminente para que fossem, legalmente, alvos para ação militar ou se bastava umnexo causal mais distante entre a ameaça à vida de civis e os possíveis alvos (Christiansen, 2011, p. 773-775). A imprecisão dos termos empregados na Resolução 1973 deixou essa questão, que seria fonte de controvérsia, em aberto.

Vladimir Putin, primeiro-ministro russo, se manifestou enfaticamente contra a atuação da OTAN, destacando que a mudança de regime pelo assassinato de Qaddafi não estava autorizada pelo CS – *“They said they didn’t want to kill Gaddafi. Now some officials say, yes, we are trying to kill Gaddafi. Who permitted this, was there any trial? Who took on the right to execute this man, no matter who he is?”* (Bryasnski, 2011). O governo chinês, por sua vez, emitiu o seguinte comunicado:

[China] urges the international community to strictly abide by the spirit of the relevant UN Security Council resolution and not take any actions that exceed the authority granted by the resolution. We have always urged a political solution to

the current crisis in Libya returns to peace and stability as soon as possible (China, apud Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 166-167).

A liderança sul-africana se manifestou, em diversos momentos, de forma contrária e crítica ao que tinha se passado na Líbia. O Presidente Jacob Zuma, em uma reunião do Conselho de Segurança se manifestou no seguinte sentido:

The consequences of the actions that were carried out in Libya in the name of the Security Council have spilled over into other countries of the region. A problem that was confined to one country, Libya, has now grown into a regional problem. It is the view of the AU that resolution 1973 (2011) was largely abused in some specific respects. [...]

It is also important that those who implement the decisions of the Security Council interpret those decisions correctly. They should also be held accountable for the actions they take in implementing the Security Council's binding mandates. Unless we take that serious view, the Security Council will be undermined and lose credibility and respect in the eyes of the world (África do Sul, apud ONU, 2012)

Ao assumir a presidência rotativa do Conselho de Segurança, em janeiro de 2012, o representante sul-africano clamou pela abertura de uma investigação para verificar se as previsões daquela resolução tinham sido respeitadas pela OTAN, no exercício do mandato concedido.

However, as noted by President Zuma on January 12 from this very seat, the abuse and disregard

of basic rule of law requirements in the implementation of Resolution 1973 remains a serious cause of concern. South Africa therefore fully supports the call for this Council to undertake deliberate measures to satisfy itself whether those who implemented its resolution 1973, correctly interpreted its provisions. They should also be held accountable for the actions they took in implementing this Council's decisions (África do Sul, 2012).

Líderes de diversas organizações regionais relevantes também manifestaram descontentamento em relação à operação realizada na Líbia. O Secretário-Geral da Liga de Estados Árabes Amr Moussa se manifestou no sentido de que “*What has happened in Libya differs from the goal of imposing a no-fly zone and what we want is the protection of civilians and not bombing other civilians*” (Rosenberg, 2011). A Assembleia da União Africana declarou que era da opinião de que “*the continuation of the NATO-led military operation defeats the very purpose for which it was authorized in the first place, i.e. the protection of the civilian population*”. Já o Presidente da Comissão dessa mesma organização declarou que as ações das forças da OTAN eram ilegais e iam além dos limites da Resolução 1973 (Abass et al., 2011, p. 4).

De outro lado, o apoio às forças rebeldes, lideradas pelo CNT, tanto por meio de operações secretas de treinamento, quanto pelo fornecimento de armas e munição, foi percebido não só como um excesso em relação à Resolução 1973, mas também como uma violação direta aos termos da Resolução 1970 (2011), que impunha um embargo sobre o fornecimento de armas à Líbia, como lembrado pelo Ministro de Assuntos Estrangeiros russo Sergei Lavrov (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 168). O apoio militar da OTAN durante a ofensiva final dos rebeldes, que culminou com a tomada de Trípoli e o assassinato de Qaddafi, também, pode ser argumentado, não estava contemplado nos termos da Resolução 1973.

De fato, esse apoio militar colocou em risco muitos civis que se encontravam nas áreas sob controle do regime Qaddafi, indo, portanto, na direção oposta dos objetivos da referida resolução. Além disso, diante da possibilidade de os rebeldes utilizarem o armamento fornecido contra civis e áreas ocupadas por civis, as forças da OTAN seriam obrigadas, pelos termos da resolução, a enfrentá-los. Por fim, ressalta-se que a vitória das forças de oposição não estava entre os objetivos previstos na Resolução 1973 (Christiensen, 2011, p. 772).

Alguns autores argumentam que a interpretação “expansiva” dada pela OTAN ao mandato concedido pelo Conselho de Segurança criou uma suspeita em relação à prática da intervenção humanitária levada a frente pelos principais países do Ocidente, se tornando um impedimento à implementação da Responsabilidade de Proteger em outras situações (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 170). Diplomatas sul-africanos já indicaram, por exemplo, que o país se sentiu traído pela interpretação aplicada à Resolução 1973 (2011) pela OTAN.

As controvérsias quanto ao uso da força, autorizado com base na Responsabilidade de Proteger levaram alguns autores a questionar se esta seria a última vez que esse princípio seria empregado dessa maneira (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 171). Outros argumentaram que o sucesso da operação na Líbia poderia sinalizar que esse princípio, finalmente, receberia as ferramentas necessárias para ser operacionalizado (Weiss, 2011, p. 287). A discussão sobre Responsabilidade de Proteger e intervenções humanitárias, de forma geral, foge ao escopo do presente trabalho. Assinala-se, contudo, que, da mesma forma que os capacetes azuis e a bandeira da ONU, a doutrina da Responsabilidade de Proteger pode ser entendida como um símbolo da ONU, o qual pode ser conferido para legitimar determinada ação. É, portanto, um símbolo que corre o risco de perder o seu significado caso seja utilizado fora das fronteiras inicialmente previstas e aceitas pela comunidade internacional (Hurd, 2007, p. 58).

A centralidade do Conselho de Segurança durante todo o processo de decisão referente à Líbia foi percebida, por muitos autores

e políticos, como um ponto positivo. A necessidade de uma clara base legal para a ação militar foi repetidamente reiterada pela OTAN e seus membros, com claro objetivo de evitar as controvérsias que seguiram a ação militar tomada no Kosovo. O problema da ambiguidade, intencional ou não, dos mandatos concedidos pelo CS, sob o Cap. VII da Carta, e interpretações controversas, contudo, voltou à frente do debate (Christiensen, 2011, p. 778).

De fato, a interpretação dos mandatos concedidos pelo Conselho de Segurança foi inclusive discutida durante uma reunião sobre a proteção de civis em conflitos armados. Nessa ocasião, a Índia mostrou preocupação quanto a *“Who watches the guardians? There is a considerable sense of unease about the manner in which the humanitarian imperative of protecting civilians has been interpreted for actual action on the ground.”* (ONU, 2011c). Já a China, lembrando a situação da Líbia, apontou que *“We are opposed to any attempt to willfully interpret the resolutions or to take actions that exceed those mandated by the resolutions. In implementing the resolutions, efforts must be made to avoid yet greater civilian casualties.”* (ONU, 2011c).

Esses questionamentos se referem claramente à percepção de que Estados Unidos, Reino Unido e França, por meio da OTAN, fizeram uso dos símbolos da ONU para efetivar uma mudança de regime na Líbia, algo que, claramente não estava autorizado na Resolução 1973 (2011). Esses episódios acabam fortalecendo a impressão de que os Estados mais fortes, após adquirirem a base legal para uma intervenção (no caso, uma Resolução do CS), em virtude da falta de restrições, acabam conduzindo as operações militares, como se unilateral fosse. Prejudica-se, assim, a legitimidade do Conselho que passa a ser visto apenas como um instrumento dos mais poderosos.

Christiensen (2011, p. 771) aponta que a adoção de um texto contendo “ambiguidades intencionais”, o que importa numa menor precisão, tem como objetivo mascarar eventuais diferenças entre os Estados. E, nesse sentido, o ponto de Bellamy e Williams (2011) de

que o consenso seria mais difícil de ser alcançado para resoluções mais precisas encontra fundamento na prática.

No entanto, o foco em uma determinada situação ou crise, levando a aprovação de resoluções imprecisas e controversas, não pode afastar a noção de que essa prática tem um impacto profundo na legitimidade do Conselho de Segurança, criando dificuldades posteriores para a tomada de decisão em situações tão ou mais graves que a inicial. É o que se percebe ter ocorrido quanto à situação na Síria, que será brevemente discutida na conclusão.

4. Breves Conclusões

Como assinalado em alguns momentos, uma das principais consequências da perda de legitimidade do Conselho de Segurança em relação ao mecanismo discutido é a indisposição de diversos Estados em autorizar o uso da força em momentos posteriores, pon-do em risco a posição desse órgão como principal responsável pela manutenção da paz e da segurança internacional.

Durante as discussões, no Conselho de Segurança, sobre a situação da Síria, foi exatamente isso que aconteceu. China, Rússia, Brasil, Índia e África do Sul, dentre outros, tem se mostrado reticentes frente à possibilidade de aprovar uma resolução sobre a Síria, temendo que situação semelhante à Líbia se repetisse. Naturalmente, existem motivações diversas (políticas, econômicas, etc.) e particulares a cada um desses países para se opor a uma atuação mais incisiva por parte do CS na Síria, mas a experiência da Líbia acaba sendo mais um motivo para essa recalitrância.

Diplomatas russos, por exemplo, já assinalaram que não era possível encarar a situação da Síria separadamente da experiência da OTAN na Líbia, ressaltando o temor de que a interpretação das resoluções referentes à Líbia, pela OTAN, poderia se tornar um modelo de atuação futura. Muitos assinalam que os russos se sentiram “traídos” pela atuação da OTAN, que foi muito além

da resolução a favor da qual a Rússia votou. Dessa maneira, não apoiariam nenhuma resolução que pudesse abrir a porta para que essa situação se repetisse (Hadar *et al.*, 2012, p.8).

Já o representante da África do Sul assinalou que resoluções recentes do CS tinham sido interpretadas de forma abusiva e que suas implementações tinham ido muito além dos mandatos concedidos. Sobre um rascunho de resolução, um representante desse mesmo país destacou seu temor de que se estivesse, novamente, abrindo a porta para a realização de uma missão com objetivo de mudança de regime (Christiansen & Ulfstein, 2013, p. 170).

Conforme fica mais evidente a dificuldade de o Conselho de Segurança chegar a uma conclusão aceitável por todos os membros permanentes, se tornam mais altos os apelos para que se atue fora do âmbito do Conselho (Hadar *et al.*, 2012). Ações unilaterais se tornam mais prováveis nesse cenário, o que vai contra toda a estrutura desenhada pela Carta da ONU.

Como forma de responder a essas preocupações, que, como dito, surgiram após a intervenção na Líbia, algumas sugestões foram feitas. Dentre elas, a proposta brasileira referente à “*Responsability while Protecting*” (RwP)²⁶⁶. Nenhuma delas, no entanto, foi adotada ou sequer recebeu apoio amplo. Assim permanece a crise de legitimidade do Conselho de Segurança, crise esta que ameaça sua capacidade de exercer sua função primordial: garantir a manutenção da paz e da segurança internacional.

5. Referências Bibliográficas

ABASS, A.; KINGAH, S.; NITA, S. Regional Responses to the Libyan Crisis. *UNU-CRIS Policy Brief*, n.1, 2011.

266. Essa proposta procura responder diversos dos questionamentos que foram apontados no curso do presente trabalho, como: “(d) *The authorization for the use of force must be limited in its legal, operational and temporal elements and the scope of military action must abide by the letter and spirit of the mandate conferred by the Security Council or the General Assembly, and be carried out in strict conformity with international law (...); (h) Enhanced Security Council procedures are needed to monitor and assess the manner in which resolutions are interpreted and implemented to ensure responsibility while protecting*” (ONU, 2011d).

ABBOT, K.; KEOHANE, R.; MORAVESIK, A.; SLAUGHTER, A; SNIDAL, D. The Concept of Legalization. *International Organization*, v.54, n.3, p. 401-419, 2000.

ABBOTT, K.; SNIDAL, D. Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, v.54, n.3, p. 421-456, 2000.

ÁFRICA DO SUL. Statement by H.E. Baso Sangqu Permanent Representative of South Africa in the debate in the Security Council on the «Justice and the Rule of Law». Nova York, 19 jan. 2012. Disponível em: < http://www.southafrica-newyork.net/speeches_pmun/view_speech.php?speech=389378 > . Acesso em: 26 ago. 2016.

BELLAMY, A.; WILLIAMS, P. The new politics of protection? Côte d'Ivoire, Libya and the Responsibility to Protect. *International Affairs*, v. 87, n. 4, p. 825-850, 2011.

BLOKKER, N. Is the Authorization Authorized? Power and Practice on the UN Security Council to Authorize the Use of Force by 'Coalitions of the Able and Willing'. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 541-568, 2000.

BILEFSKY, D.; LANDLER, M. As U.N. Backs Military Action in Libya, U.S. Role is Unclear. *New York Times*, 17 de mar. 2011. Disponível em: < <http://www.nytimes.com/2011/03/18/world/africa/18nations.html?pagewanted=all&r=0> > . Acesso em: 26 maio 2016.

BRIANSKY, G. Putin: Libya coalition has no right to kill Gaddafi. *Reuters*, Copenhagen, 26 abr. 2011. Disponível em: < <http://www.reuters.com/article/2011/04/26/us-russia-putin-libya-idUSTRE73P4L920110426> > . Acesso em: 26 maio 2013.

CHRISTIANSEN, H. International Measures for the Protection of Civilians in Libya and Côte d'Ivoire. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 60, n.3, p. 767-778, 2011.

CHRISTIANSEN, H.; ULFSTEIN, G. The Legality of the NATO bombing in Libya. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 62, n.1, p. 159-171, 2013.

GRAY, C. *International Law and the Use of Force*. 3 ed. Nova York: Oxford University Press, 2008.

HADDAR, L.; HEYDEMANN, S.; KATZ, M; ZIADEH, R. Crisis in Syria: What are the US Options? *Middle East Policy*, v. 19, n. 3, 2012.

HURD, I. *After anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1973 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Nova York, 17 mar. 2011a. *UN Website*, s.d. Disponível em: < [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973%20\(2011\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1973%20(2011)) >. Acesso em: 26 maio 2016.

_____. UN Doc. S/PV 6498. Nova York, 17 Mar. 2011b. *United Nations Website*, s.d. Disponível em: < http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.6498 > Acesso em 26 maio 2016.

_____. UN Doc. S/PV 6531. Nova York, 10 maio 2011c. *United Nations Website*, s.d. Disponível em: < http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.6531 > Acesso em 26 maio 2016.

_____. Letter dated 9 November 2011 from the Permanent Representative of Brazil to the United Nations addressed to the Secretary-General. Nova York, 11 nov. 2011d. Disponível em: Acesso em 22 jun. 2016.

_____. UN Doc S/PV 6702. Nova York, 12 jan. 2012. Disponível em: < http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.6702 > . Acesso em: 26 ago. 2016.

QUIGLEY, J. “Privatization” of Security Council Enforcement Action. *Michigan Journal of International Law*, v. 17, p. 249-283, 1996.

ROSENBERG, M. Arab League Criticizes Libya Air Strikes. *Wall Street Journal*, Cairo, 20 mar. 2011. Disponível em: < <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704433904576212691237646216.html> > . Acesso em: 26 maio 2016.

WEISS, T. RtoP Alive and Well after Libya. *Ethics & International Affairs*, v. 25, n. 1, p. 287-292, 2011.

O TERRORISMO INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Gustavo Marchi Bento*

Introdução

Noam Chomsky, semiólogo norteamericano, em sua obra “Piratas e Imperadores”, faz referência a uma história narrada por Santo Agostinho. Alexandre, o Grande, teria abordado um pirata e perguntado: “Como ousa molestar o mar?”; ao que o pirata teria respondido: “E você, como ousa molestar o mundo inteiro? Pois eu, enquanto o faço com apenas um navio sou chamado de ladrão; e você, que faz com uma marinha inteira, é chamado de Imperador” (CHOMSKY, 2006).

O autor chama atenção para como a linguagem pode servir de instrumento político, legitimador. Oferece vasta exemplificação de como essa arma linguística, sobretudo por meio da mídia internacional, vem sendo usada pelas potências ocidentais e seus aliados como meio pacificador de exercer sua função de “Imperador”. Assim, a construção negativa da imagem do Oriente Médio é cirurgicamente concebida por meio de expressões orwelianas; isto é, por meio de expressões que, se despidas de uma reflexão crítica, levam a crer em algo diferente ou oposto do que de fato ocorre.

Chomsky usa como um dos exemplos o “processo de paz”, entre Israel e Palestina. Importantes jornais de alcance internacional teriam usado desse termo de uma maneira peculiar. Noticiava-se que os palestinos não teriam aceitado o “processo de paz”. Mas, subjacentemente, essa expressão significava apenas o acordo se-

gundo as condições israelenses, sendo desprezadas as propostas e tentativas de negociação palestinas – embora o entendimento dessa sutileza não estivesse tão disponível, justamente por causa da informação seletiva expedida pela grande mídia (Chomsky, 2006).

O direito não deixa de ser uma expressão da linguagem, é um sistema de códigos linguísticos por meio do que se estabelece comunicação social (LUHMAN, 2009). E, nesse sentido, é um poderoso instrumento para conferir a áurea de “Imperador” àquele que exerce a mesma atividade repudiante do “pirata”, mas em larga escala. Assim, numa leitura “externa”, este artigo visa analisar, no sistema ONU, a aplicação do princípio do contraditório àqueles sobre os quais se impõe o rótulo “terrorista”, categorização que se poderia equiparar, *mutatis mutandis*, à de pirata. A metodologia adotada para tanto será a análise bibliográfica e documental.

A simbiose poder/saber

Foucault demonstra que poder e saber não são categorias antagônicas, em que uma se oporia à outra; visão presente, inobstante, por exemplo, na ideia marxista segundo a qual a posição do proletário em relação aos meios de produção limitaria seu conhecimento. Para o pensador francês, pelo contrário, as disposições de poder são pré-requisitos ao saber. Entenda-se o saber aqui numa maneira abstrata, não que somente àquele que possuísse poder seria disponível o saber; pois este não é uma “coisa em si mesma”, desmembrada da realidade social, só existe enquanto socialmente construído. O conhecimento não é obstado pelo poder, mas, ao contrário, é oportunizado por este (FOUCAULT, 2005).

O poder estabelecido na sociedade ditará o que, e como, saber. A educação básica, por exemplo, nem sempre foi majoritariamente implementada em instituições, com vários alunos ao mesmo tempo. Nem mesmo o objeto desse estudo é fixamente estabelecido, varia no tempo e no espaço, de acordo com o poder sedimentado.

O ensino religioso compulsório em escolas, por exemplo, diz muito sobre o grupo social em que ele é ministrado.

Nas questões jurídicas não é diferente. O processo judicial (de conhecimento) é uma forma de saber, que carrega também a dicotomia o que/como conhecer. As normas jurídicas podem ser divididas em substantivas e em adjetivas: em imperativos que obrigam, proíbem ou facultam, e em normas processuais, que versam sobre os procedimentos judiciais. Ambas estabelecem um saber, que são, respectivamente, rotulador e procedimental (que confere, incidentalmente, o rótulo). Este último, embora hoje pareça evidente que – em virtude do princípio da instrumentalidade processual (DIDIER, 2016) - busque a verdade (ou seja, conceder o “rótulo” àquele que teve a conduta conforme a tipificação jurídica), nem sempre teve, necessariamente, de modo objetivo, essa razão de existir. Isto é, o processo judicial nem sempre teve condições formais instrumentalmente direcionadas para a averiguação da realidade. A verdade jurídica não necessariamente condiz com a verdade de fato, e a hipótese de serem idênticas fica ainda mais improvável quando o próprio procedimento judicial não o pretenda formalmente.

Como aponta Foucault, na Grécia Arcaica, o saber jurídico-processual era obtido por meio do que o autor chamou de “jogo da prova”; um gênero de procedimentos composto por desafios, disputas. Não se buscava com essa prática a “verdade”, mas o vencedor, aquele que teria a razão segundo o procedimento, que poderia observar diversos critérios: força, habilidade, resistência, prestígio social. Na Grécia Clássica, com o advento da democracia, o autor afirma que nasceu o “direito de opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade”; e elucida com a história de Édipo-Rei. Contra este, e em prejuízo deste, indivíduos simples puderam opor seu testemunho, relatar o que viram e, para sua afirmação ser aceita, não precisaram passar pelo “jogo da prova”, por uma disputa. Na Europa da Idade Média, contudo, desconcentrado o poder político,

e também por influência do direito germânico, um modelo muito parecido ao da Grécia Arcaica passa a vigorar; em que, por exemplo, a palavra de um nobre recebia, de uma maneira fixa e rígida, mais valoração do que a de um servo.

O autor explica que a resolução de conflitos pelo “jogo da prova” na Idade Média se tornou uma maneira muito efetiva de aquisição de riqueza e, diante dessa utilidade, o poder de resolução de conflitos teria sido centralizado; nascendo, então, a figura do soberano. Surgiria também, em decorrência necessária a partir da ideia de soberano, o que se entende por “infração”; um desrespeito à ordem, que não teria necessariamente como pré-requisito o dano a outrem; seria uma ofensa à soberania. Não seria factível que o governante atuasse direta e pessoalmente na reparação de todas as infrações, muito menos por meio do “jogo da prova”. Disso, necessária também foi a criação de “procurador”, que substituiu o soberano nos litígios, e “inquérito”, que substituiu o jogo da prova. Neste período, houve a retomada de elementos da Grécia Clássica (FOUCAULT, 2005).

Percebe-se, portanto, que, mudando-se o poder, muda-se também o que e como se conhece. Com o surgimento da soberania, processo de conhecimento foi modelado e adaptado conforme o poder do soberano, de modo que este pudesse perdurar com o poder. O poder dependia dessa forma de saber, e a própria forma de saber não existiria assim se diverso fosse o poder estabelecido.

Foucault, portanto, deixa a lição de que as formas de saber, e aqui dê-se enfoque ao saber produto de processo judicial, dispõem-se de acordo com a acomodação de poder. E o contrário também é válido. Aliás, o filósofo demonstra que historicamente há uma simbiose entre poder e saber. “O poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber”. A respeito de inquérito, por exemplo, também expressa:

“Não creio, no entanto, que o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma es-

pécie de progresso de racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciários que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário. O inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer. Estaríamos enganados se víssemos no inquérito o resultado natural de uma razão que atua sobre si mesma, se elabora, faz seus próprios progressos (...)" (FOUCAULT, 2005).

Desse modo, o processo também se apresenta como uma forma de saber que, não somente é segundo o poder vigente, mas também é sustentáculo deste. O contraditório pretende-se parte dessa forma de saber, e, se aplicado, é corolário à verdade. Aliás, é claro também neste ponto o estreito vínculo entre como e o que saber. Pelo “jogo da prova” não seria possível sustentar, pelo menos racionalmente, que o resultado do processo seria, necessariamente, conforme os fatos fundamentos da litigância. Como afirmou Beccaria, a verdade não se encontra nas fibras musculares do acusado (BECCARIA, 2015). Diversamente, no procedimento em que se observa o princípio do contraditório, a tendência à verdade é fundamento, está intrinsecamente atrelada àquele, visto que garante o poder de convencimento a ambas as partes.

A paz e a segurança universais do Conselho de Segurança das Nações Unidas

O direito, conforme exposto, é uma forma de saber, gerada por uma acomodação de poder que lhe é, concomitantemente, necessidade e produto. No sistema ONU, dentro da estrutura de poder

por meio da qual há o princípio do contraditório, encontra-se centralmente posicionado o Conselho de Segurança das Nações Unidas e, sobretudo, os seus cinco membros permanentes (EUA, Rússia, Reino Unido, França e China). Sua proeminência não advém tão somente de poder político, mas também de “poder jurídico”, isto é, também de como o mundo é conhecido por meio do sistema ONU. E entre esses dois há a interdependência analisada por Foucault.

O Capítulo I da Carta da ONU trata dos “propósitos e princípios” da instituição. Formaliza nessa seção uma série de garantias. Uma leitura fria desses dois primeiros artigos facilmente leva ao fetichismo da instituição, seu “endeusamento”. O texto normativo pretende finalmente efetivar a soberania, a igualdade jurídica entre os Estados, o direito sobre a força; por fim, e sobretudo, “a paz e a segurança internacionais”.

Apesar disso, a Organização não almeja estabelecer “a paz”. Não porque não o prometa, mas simplesmente porque não é possível. “A paz” – assim como “a segurança” – não existe objetivamente, *per si*, não é algo concreto, tangível; mas, pelo contrário, só existe enquanto é idealizada. E, portanto, só pode se apresentar sob uma determinada forma, que não pode deixar de ser relativa. Isto é, ser segundo certos critérios variáveis, conforme a quem ela sirva; com valores, ideais e crenças próprios. Na concepção de Paul Valéry à 1ª Guerra Mundial, por exemplo, a paz pode ser entendida como “a guerra em outro lugar” (apud, EINSTEIN, FREUD, 2005).

A Carta das Nações Unidas não define os critérios para se entender alguma situação como uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Apenas atribui ao Conselho de Segurança o poder discricionário para determiná-la como tal e, assim, agir em nome dos membros da organização; isso é o que determina a interpretação combinada dos artigos 24 e 39. Desse modo, a definição fica à mercê de premissas políticas, que são variáveis conforme o interesse incidente. Nada obsta que sejam manipuladas segundo a conveniência ao Conselho.

Na realidade, mais adequado seria referir-se aos 5 membros permanentes do órgão: EUA, França, Reino Unido, Rússia e China. Além do poder de veto que possui cada um deles - o que permite que no mínimo cada qual tenha o poder de determinar quais medidas não serão adotadas - têm a influência, ensejada pela posição fixa no órgão e pelo poder que historicamente exercem, sobre os outros 10 que ocasionalmente o comporão. Corroborando ainda, o art. 106 da Carta dispõe que, antes da entrada em vigor dos acordos especiais do art. 43, cabe às partes da Declaração das Quatro Nações (EUA, Reino Unido, Rússia, China) e à França - isto é, aos 5 membros permanentes do CSNU -, discutir ação conjunta para manutenção “da paz e da segurança internacionais”. Essa disposição, juntamente com o poder de veto dos 5 permanentes, deixa claro seu superior poder dentro da organização e, por conseguinte, sobre o resto do mundo.

Desse modo, “a segurança e a paz internacionais” se estabelecem como fator de aparente consenso, de legitimidade, para que o CSNU, podendo manipular as premissas que as definem (sempre incidentalmente), atuem conforme a conveniência individual dos 5. Assim ocorre, por exemplo, com o veto da Rússia - país fornecedor de armas ao regime sírio e possuidor de base militar no território deste - à intervenção humanitária na Síria.

Assim, é demonstrada a materialização no sistema ONU do entrelaçamento entre saber e poder. O poder dos membros permanentes do Conselho lhes permite determinar quando há ameaça à paz e à segurança internacionais, e em que momento se deve agir coercitivamente. E esse mesmo saber lhes permite exercer poder. “Paz e segurança internacionais” são o mantra legitimador, o código jurídico-linguístico por meio do que o poder-saber se realiza.

Além dessa “cláusula aberta”, o CSNU tem ubiquidade no texto da Carta; mesmo no Capítulo IV, por exemplo, em que se trata da Assembleia Geral, o Conselho não deixa de protagonizar. Forçoso não admitir a submissão da Assembleia Geral - que conta

com a representatividade de todos os membros da ONU - a ele. A título de ilustração:

“Artigo 12. 1. Enquanto o Conselho de Segurança estiver exercendo, em relação a qualquer controvérsia ou situação, as funções que lhe são atribuídas na presente Carta, a Assembleia Geral não fará nenhuma recomendação a respeito dessa controvérsia ou situação, a menos que o Conselho de Segurança a solicite.”

O Capítulo VII, contudo, é o grande trunfo do órgão, uma vez que lhe atribui competência para agir coercitivamente; com ou sem uso da força armada. O art. 41 trata de medidas sem o uso bélico e, ainda que expresse *poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas*, não é tão tímido o artigo 48:

“A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os Membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.”

Em razão desse poder, constata-se no histórico de atuação do Conselho que, mesmo que sem uso de forças armadas, resoluções suas levaram a efeitos lesivos a direitos humanos. No Iraque, por exemplo, como demonstra Aziz Tuffi Saliba, essas medidas tiveram sua legalidade internacionalmente contestada, justamente por resultarem em lesões humanitárias (SALIBA, 2009).

O artigo 42, por sua vez, cuida da ação militar do Conselho. Dispõe que essa atuação deverá ocorrer quando o disposto no artigo anterior se mostrar ineficiente. Urge observar que pode o órgão,

julgando aquelas medidas inadequadas, atuar diretamente com a força armada – ou seja, sem usar previamente das prerrogativas disponibilizadas pelo 41 -, com a atuação que “julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”.

Para além disso, o CSNU também é responsável, segundo art. 94 (2), por assegurar a efetividade das decisões da Corte Internacional de Justiça. Desse modo, aparece o inconveniente que há na dependência da efetividade das decisões jurídicas em relação a um órgão político. Isso fica demonstrado no Caso Nicarágua, em que a decisão da Corte, desfavorável aos Estados Unidos, membro permanente do Conselho, teve sua efetividade desestabilizada. A CIJ tinha uma “verdade sem poder” contra um “poder sem verdade”, do CSNU.

Está de fato sendo desconsiderada a Resolução 377/1951 – “Uniting for Peace” ou “Resolução Acheson” -, da Assembleia Geral. Não obstante seja plausível o questionamento sobre a conformidade da medida com a Carta, a Assembleia atribuiu a si mesma a competência para, no caso de, diante de ameaça ou abalo da paz e da segurança internacionais, inação do Conselho em razão de veto dos “P5”, fazer as vezes deste órgão. Isto é, determinar medidas coercitivas para garantir a paz e a segurança internacionais.

Tal resolução, que a princípio demonstraria uma abertura para fragilizar a “onipotência” do Conselho, pelo contrário, apenas ratificou sua robustez. A medida foi utilizada pela Assembleia apenas uma vez, na questão do Canal de Suez, em 1956, tempo em que a Assembleia Geral era composta por aproximadamente 60 membros. Daquele tempo até o presente, embora tenha havido vários outros episódios em que houve situação semelhante – como é o caso questão síria – não foi a Resolução 377/51 reutilizada. Isso pode ser explicado pelo número de países que passaram a integrar a Assembleia. A necessidade de diálogo dos 5 membros permanentes com os outros que compõem a ONU, sopesada com o interesse daqueles em se manter hegemônicos, não se apresen-

ta, então, conveniente. Tamanha partilha do poder seria capaz de desestabilizar a hegemonia certa dos 5 membros.

Disso destaca-se que a ONU não necessariamente atua consensualmente e que, apesar de ser uma “organização”, é a forma internacionalmente vigente para aplicação de poder-saber, pertencente, de fato, a algumas poucas potências. A ONU, contudo, pretende-se universal, o (6), artigo 2º, mostra claramente essa perspectiva. Apesar disso, esse projeto não é centrípeto, mas centrífugo; um restrito número de Estados se reuniu e, só posteriormente, alcançou quase a totalidade do mundo. A Organização foi formada pelos 5 vencedores da 2ª Guerra Mundial, o que fica claro (além de pela leitura histórica dos acontecimentos) pela interpretação conjuntas dos artigos 53(2) e 106 da Carta. A ONU não é tanto fruto do consenso quanto é do poder, do poder-saber de Foucault. À época de seu nascimento, de quando surgiu a Carta, com a linguagem desta, que, implicitamente, demonstra consenso mundial, havia 51 membros; o número hoje é o equivalente a quase 4 vezes ao original.

Portanto, as determinações do CSNU são mais uma forma histórica de estabelecimento da verdade, que só existe dessa maneira em razão do poder de que depende e, ao mesmo tempo, sustenta.

O contraditório e as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas

O princípio do contraditório, entendido como garantia de o réu ter conhecimento de todas as acusações ou manifestações que lhe são prejudiciais e de poder amplamente opor-lhes defesa capaz de influenciar (DIDIER, 2016), será analisado nos âmbitos administrativo e judicial. O instituto é um princípio geral de direito; ou seja, é uma norma comum aos ordenamentos jurídicos domésticos. Desse modo, conforme o artigo 38, c), do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, configura-se como fonte do direito internacional. Além disso, é direito humano reconhecido pelo artigo 14 do Pacto Internacional

sobre Direitos Civis e Políticos (XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966), que impõe a necessidade de aplicação do princípio, pelo menos em âmbito judicial.

O meio por que vêm se realizando as sanções a “terroristas” é a inclusão do nome do indivíduo à lista do Comitê de Sanções da ONU, fundado em 1999, pela Resolução 1267, do Conselho. O adicionamento do nome à lista gera a necessidade, por força do art. 25 da Carta, de os membros da organização aplicarem as sanções determinadas pelo Conselho a todos os sujeitos da lista, unitariamente.

A princípio, o procedimento assim acontecia: qualquer Estado estava apto a propor a inclusão do suspeito e, caso nenhum dos 15 membros se opusesse a isso em até 48 horas, o nome seria incluso. Dessa forma, muito espaço estava disponível à arbitrariedade; a suspeita mais pretensiosa ou interesses quaisquer, desde que não contrariados pelos membros do Conselho, poderiam ocasionar gravosamente lesão a direitos humanos, tais como a liberdade de ir e vir, o direito à posse e à propriedade etc. Após, o 11 de setembro de 2001, o número de nomes adicionados à lista, como explica Saliba, cresceu exponencialmente, na continuidade da praxe que não exigia detalhes satisfatórios para a inclusão de nomes (SALIBA, 2009).

Com a ocorrência de inclusões arbitrárias, estas foram amplamente contestadas internacionalmente. Caso emblemático, por exemplo, foi a adição, por iniciativa dos EUA, do nome de 03 cidadãos naturalizados suecos, nascidos na Somália: Abdirisak Adem, Abdulaziz Abdi Ali, Yusaf Ahmed Ali. Com isso, os bens desses indivíduos foram congelados pelo governo da Suécia, inclusive conta bancária, e assim permanecendo durante anos.

O jusinternacionalista Ove Bring, da Universidade de Estocolmo afirmou que as medidas tomadas estavam contrárias à “decência judicial ordinária” (apud, SALIBA, 2009). O editor de jornal econômico sueco, com seu inconformismo, elucidou a insatisfação de seus conterrâneos:

“Não faço a menor ideia se eles são culpados do que são acusados; o que me deixa perplexo é a completa violação de direitos humanos [...]. Não consigo entender como, num país que é supostamente governado pelo direito, se possa condenar certos indivíduos, sem um julgamento, sem deixá-los ver as provas e sem lhes possibilitar recorrer” (SALIBA, 2009).

Desse modo, somente na segunda tentativa do governo sueco, e após intensas negociações deste com os EUA, os nomes foram retirados (SALIBA, 2009).

Apenas gradualmente, e não espontaneamente, o Conselho foi começando a impor a si um maior detalhamento para que se procedesse à inclusão. Iniciou-se, assim, com a Resolução 1.526/2004; depois, com a Resolução 1.617/2005, que estabeleceu uma “check-list”; e a Resolução 1.735/2006, que trouxe um formulário a ser observado (SALIBA, 2009).

Importa observar que somente em 2006, com a Resolução 1.730, é que se deu vazão para que o próprio indivíduo pedisse a retirada de seu nome da lista do Comitê. Até então, somente o Estado de que fosse nacional o sujeito poderia fazê-lo. No entanto, a resolução não traz avanço considerável; muito menos em se tratando de contraditório. O Estado de que é cidadão o indivíduo pode não desejar fazer o pedido. É o que ocorreu, por exemplo, no caso Kadi, em que o empreendedor Yassin Abdullah Ezzedine al-Kadi, de origem saudita, teve seus bens congelados na Europa; e no caso de um casal na Bélgica, Nabil Sayadi e Patrícia Vinck, respectivamente, presidente e secretária de uma instituição islâmica de caridade, a Fondation Secours Mondial. Nesses casos, os indivíduos também permaneceram anos sofrendo as sanções.

Inobstante, mesmo com a possibilidade de o próprio sujeito lesado fazer a solicitação, o princípio do contraditório não é minimamente contemplado. Não são publicadas as razões por que se entendeu que há envolvimento da pessoa com terrorismo. Muito menos as provas ou fundamentos de tal entendimento são demonstrados. Tampouco é facultada ao indivíduo a apresentação de argumentação ou provas. Sua manifestação fica estritamente limitada ao pedido de retirada do nome (SALIBA, 2009). Note-se, portanto, que nenhum dos sustentáculos do princípio são satisfeitos: não se pode ter conhecimento das acusações ou entendimentos que lhe são prejudiciais; nem se tem o poder de opor defesa com capacidade de convencimento.

O contraditório judicial

O sistema ONU, como já explicitado, ao receber os princípios gerais de direito como fonte de direito internacional e ao estabelecer o artigo 14 do Pacto Sobre os Direitos Civis e Políticos, prevê, objetivamente, a necessidade de observância do princípio do contraditório. No entanto, antes mesmo da efetivação desse princípio basilar, é necessário haver processo; seja administrativo, seja judiciário.

A segunda parte do caput do art. 14 do Pacto enuncia: *Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente.* É nesta norma que reside, concomitante e paradoxalmente, a garantia e a arbitrariedade destinada ao tratamento jurídico em relação aos “terroristas”. A Corte Internacional de Justiça tem competência para julgar Estados, não indivíduos; portanto, não poderia analisar judicialmente demandas de indivíduos supostamente envolvidos com terrorismo. O Tribunal Penal Internacional, pode julgar, por exemplo, crimes contra a humanidade, e tem competência para julgar pessoas físicas. Mas estas não possuem legitimidade processual para acioná-lo.

Desse modo, esse dispositivo legal, que pode ser entendido como um código linguístico, é uma típica expressão orwelliana. Por

um lado, estabelece uma garantia muito cara ao direito processual: a competência do juízo, que é corolário para um julgamento imparcial; haja vista que seria normativamente estabelecida, e não *ad hoc*, segundo interesses políticos. Contudo, é essa mesma competência que, na questão de terrorismo, obsta que a pessoa humana tenha direito a um procedimento judicial no âmbito da ONU; pois não há, neste, um tribunal ou corte competente para julgar a demanda de um “terrorista”. Por impor o mais, não oferece o mínimo. O instituto – competência judicial – apresenta-se como “direito” da pessoa, mas, em termos fáticos, é o próprio impedimento daquilo que (linguisticamente) impõe. Na ideia de direito a um juízo competente, está implícita a de direito a julgamento. Não obstante, embora *implícito*, do direito a um tribunal competente não é *pressuposto* o direito a um julgamento. Assim, paradoxalmente, o Sistema impõe que o tribunal julgador seja competente para tanto, mas não oferece o órgão judicante para que isso efetivamente possa ocorrer.

A norma do artigo 14 do Pacto claramente se destina, como garantia fundamental, a todos os membros da Organização, que devem observá-la na seara doméstica. Contudo, por autoridade do princípio da boa fé, esse imperativo direciona-se também para a própria ONU. Como organismo central do direito internacional, precisa observá-lo. Além disso, em seus autodeclarados propósitos e princípios, fica patente o compromisso firmado com o direito internacional e, portanto, com os princípios gerais de direito, entre os quais se encontra o princípio do contraditório.

Portanto, no sistema ONU, ainda não se verifica diálogo processual com os “terroristas”. Entre as alternativas a isso, nas quais também se encontra a ação armada por parte dos indivíduos (“terrorismo”), está o julgamento por tribunais regionais. Não obstante, as próprias disposições jurídicas da Carta dificultam que haja nestes o contraditório. É o que se verifica no caso Kadi, por exemplo. Isso ocorreu com base num argumento de poder (poder-saber) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Apesar de Kadi ter

apresentado as patentes violações a direitos humanos ocorridas em seu desfavor, tais como o direito a propriedade e proporcionalidade, a ser ouvido, a uma fiscalização jurisdicional efetiva, a sentença negou provimento sustentando que o Tribunal não teria competência para julgar resoluções do Conselho de Segurança. Também foi arguido que, embora essas violações fossem diametralmente contra o direito europeu, a combinação dos artigos 25 e 103 da Carta da ONU haveria tornado necessária a submissão do Tribunal a tais antijuridicidades. O artigo 25 dispõe: *Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.* Já o artigo 103 dispõe:

“No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

Desse modo, fechou-se materialmente o “diálogo”. O saber já estaria, de acordo com o argumento, determinado pelo poder. Não caberia apresentar provas ou o que fosse, a decisão do Conselho já havia decidido, e isso teria em si a importância jurídica. A decisão política do órgão teria força jurídica. Note-se como a linguagem, neste caso a linguagem jurídica, faz-se instrumento legitimador e de exercício do poder-saber, o qual, nesse contexto, nega a efetivação do princípio do contraditório.

Outra saída à observância do contraditório seria o julgamento por tribunais domésticos. No entanto, essa opção se mostra de efetividade pouco provável. A influência internacional da maioria dos países, se comparada, por exemplo, à da União Europeia, é ínfima. Portanto, o peso da “autoridade política” do artigo 25 da Carta, apresentar-se-ia muito maior, restando improvável a possibilidade,

de fato, de um tribunal doméstico julgar, mesmo incidentalmente, os efeitos de uma resolução do Conselho.

O julgamento, por parte da Corte Internacional de Justiça, em abstrato, de resolução do Conselho de Segurança, embora louvável, careceria de emenda à Carta e, além disso, não teria utilidade para o princípio do contraditório em relação a “terroristas”, uma vez que a Corte tem competência para julgar Estados, não indivíduos. Incidentalmente, a CIJ, como aponta Saliba, já vem julgando resoluções do Conselho (SALIBA, 2009), e pode vir a julgá-las abstratamente; mas, pelo mesmo motivo (*Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte*; Estatuto da CIJ), a questão não interessa aos fins deste trabalho.

Conclusão

Não há hoje, administrativa ou juridicamente, um diálogo com os “terroristas”. No âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas, não há observância do princípio do contraditório; não lhes é oferecido esse direito humano. Este é previsto para o âmbito jurídico, e proporcionaria uma mínima alteridade, pois, ao menos dentro dos padrões internacionalmente vigentes, os indivíduos acusados de terrorismo seriam ouvidos.

No entanto, a falta, que impede tanto o caráter instrumental quanto o de garantia fundamental do contraditório, é ainda mais elementar, primitiva. Não há para os “terroristas” o direito a um julgamento dentro do sistema ONU, pura e simplesmente, não há direito a processo judicial. Antes de se falar em contraditório, devido processo legal, é preciso haver processo; caso contrário, todos esses valores posteriores são destituídos de qualquer utilidade. E é neste ponto que se encontra o caráter “polêmico” do discurso do contraditório nas questões relativas a terrorismo.

Para Foucault, todo discurso tem um viés regular, e outro polêmico. O primeiro se consubstanciaria no sentido comum do discurso, na

semântica simples e geralmente esperada. O segundo, de outra forma, mostra a perspectiva do discurso, sua construção finalisticamente orientada. O autor entende o discurso como *um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais* (FOUCAULT, Michel, 2005).

O direito, como código da linguagem, é um substrato para se construírem discursos e é uma eficaz ferramenta para que prepondera o viés “regular” de discursos que são eminentemente “polêmicos” em sua natureza. Assim, as normas do direito internacional não podem ser analisadas sem uma visão crítica, que passe pelo crivo da ideia de poder (sobretudo o poder do Conselho); sob pena de expressões orwellianas – tais como, no contexto do terrorismo, a de “princípio do contraditório” – serem ingênua e passivamente entendidas; isto é, analisadas apenas pelo sentido “regular” do discurso.

Nessa mesma esteira, é importante observar que não há um conceito normativamente definido a respeito de “terrorismo”. Assim, a ideia parece naturalmente ligada ao mundo árabe-muçulmano, sem que essa categoria seja atribuível a ações armadas do Ocidente, que não raro são muito mais graves. Estas (ocidentais), costumam ser nominadas “retaliações”, ou “legítimas operações preventivas contra o terrorismo” (CHOMSKY, Noam, 2006). Como afirma Chomsky, *a linha ideológica não é anunciada, mas presuposta* (CHOMSKY, Noam, 2006). Nisso se encontra o caráter “polêmico” do discurso do “terrorismo”.

Este trabalho não tem a presunção de solucionar o problema da falta do diálogo e das lesões a direitos humanos no contexto da atuação da ONU nas questões que versem sobre terrorismo. Não obstante, poderia ser proveitosa a criação, dentro da Organização, de um órgão judicante, imparcial, garantidor do contraditório e com a máxima legitimidade possível em relação ao Oriente Médio, para que indivíduos pudessem opor suas demandas. Outra medida a se pensar seria a responsabilização individual dos membros do Conselho no que concerne à sua atuação dentro do órgão.

Bibliografia

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: EDIJUR, 2015.
- CHOMSKY, Noam. **Piratas e Imperadores: O Terrorismo Internacional no Mundo Real**. Rio de Janeiro: BERTRAND BRASIL, 2006.
- DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2015. v.1.
- EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund Schlomo. **Um diálogo entre Einstein e Freud: Por que a Guerra?**. Santa Maria: FADISMA, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo; CITTADINO, Rodrigo Cerveira. **A Responsabilidade de Proteger no Direito Internacional Público: A Intervenção Militar como Último Recurso**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- SALIBA, Aziz Tuffi. **Conselho de Segurança da ONU: Sanções e Limites Jurídicos**. Curitiba:Juruá, 2009.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVAS DA UNIÃO EUROPEIA*

Isabella Almeida de Sá e Benevides²⁶⁷ e Raissa Pose Pereira²⁶⁸

*“Nous ne coalisons pas des États, nous unissons
des hommes”*

Jean Monnet

1. Introdução: reflexos da internacionalização e globalização na sociedade internacional contemporânea

Na sociedade internacional contemporânea, evidenciam-se diversos reflexos dos fenômenos da globalização²⁶⁹, como o surgimento de novos atores transnacionais,²⁷⁰ a expansão do comércio além

267. * As autoras agradecem especialmente à Professora Paula Wojcikiewicz Almeida e à turma do Curso Regionalismo Comparado, da Cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio, pelas valiosas contribuições. O presente artigo também se encontra no prelo da Revista do Programa de Direito da União Europeia: cátedra Jean Monnet da FGV Direito Rio, nº 7, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

Mestranda em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada. E-mail: isabella.bnv@gmail.com.

268. Assistente de pesquisa do Centro de Relações Internacionais da Fundação Getúlio Vargas sediado no CPDOC. Graduanda em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: rapose@ufrj.br

269. O termo “globalização” tem sido utilizado por muitos autores para abranger o processo iniciado com a ascensão dos mercados financeiros globais permanecendo até os dias de hoje. Conforme define Peter N. Stearns, a globalização é um processo de transformação de fenômenos locais em globais mediante a combinação de forças econômicas, socioculturais, tecnológicas e políticas. In: STEARNS, Peter N. *Globalization in World History*. London and New York: Routledge. 2010, p.1.

270. BAPTISTA, Ferreira Patrícia; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 801-820, 2014, p. 802.

das fronteiras estatais²⁷¹ e a internacionalização da vida privada. Um número crescente de questões nacionais e domésticas se tornaram internacionais, transformando-se em objetos de cooperação entre os atores nacionais, privados ou públicos, em um plano além do nível estatal. Os Estados, para satisfazerem os seus interesses nacionais em determinadas áreas, passaram a atuar além de suas fronteiras.²⁷²

Dentre as diversas características da globalização do século XXI, cabe ressaltar a superação, por meio de novas tecnologias, dos obstáculos das fronteiras dos Estados para a interação, a aproximação entre empresas e pessoas de distintas nacionalidades e domicílios, e a massificação das comunicações.²⁷³ Tais grandes avanços permitiram a melhoria da capacidade produtiva da sociedade, da criatividade cultural e do potencial de criação.²⁷⁴

Entretanto, se todos esses efeitos são realmente em prol do bem-estar geral é outra discussão.²⁷⁵ Segundo Susan Strange, o vocábulo *globalização* é um eufemismo político para a contínua americanização das práticas culturais e de consumo.²⁷⁶ Ainda, de acordo com o

271. MARQUES, Cláudia Lima. *Introdução: Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 319-350, 2008, p. 321, 322.

272. DELBRUCK, Jost. *Globalization of Law, Politics, and Markets - Implications for Domestic Law - A European Perspective*. Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 1, Iss. 1, Article 2, 1993, p. 10, 11. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/2>>. Acesso em 23 out 2015.

273. MARQUES, Cláudia Lima. Op.cit., p. 321, 322.

274. CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v.2. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 93.

275. "Contemporary concerns about globalization are rather difficult to avoid. Growing interdependence enriches some people and marginalizes others. Some professional observers counsel that these economic changes are inevitable, while others mobilize in protest and opposition to unregulated and often rapid change. There are clear gains in community sensitivities. Genocide in Rwanda or a destructive tsunami in the Indian Ocean are events that are no longer 'too distant' to heed. There are mixed gains in activities such as outsourcing. Selected poorer areas gain new jobs while other areas lose employment to places with lower wage structures. There are also clear losses in terms of such activities as globalized crime and pollution, as well as the more rapid dissemination of disease." In: GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. *Globalizations, global histories and historical globalities.*, In: *Globalization and global history*. GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. (eds.). London: Routledge, xviii, p.1-15, 2006, 302 p., p. 1.

276. STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World*

sociólogo Loïc Wacquant, a categoria “globalização” é falsamente ecumênica e é encoberta por uma estrutura de dominação em determinados países com posição subordinada na estrutura das relações econômicas internacionais.²⁷⁷

De toda forma, os efeitos da integração econômica e política da globalização diversificaram e multiplicaram as relações interestatais. O discurso nacionalista, com prisma na noção de soberania legislativa de outrora, tornou-se ultrapassado para a conjuntura atual, na qual a competência dos sistemas de integração – intergovernamental, como o MERCOSUL, ou supranacional, como a União Europeia – é confirmada através da cessão voluntária de parcela de sua soberania.²⁷⁸

Acompanhando a internacionalização dos direitos humanos, a observância dos direitos humanos vem sendo apreciada por foros não tradicionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia (adiante TJUE, ou Tribunal de Luxemburgo). O TJUE, apesar de ter seu foco principal no direito comunitário²⁷⁹, também possui jurisprudência acerca de direitos humanos.²⁸⁰

Antônio Augusto Cançado Trindade constata a existência de um processo histórico de humanização do Direito, em especial do Direito Internacional. O *novo Direito Internacional para a pessoa humana*, em última instância para toda a humanidade, revela-se através das manifestações da humanização que obtêm como fundamentos os princípios gerais de direito e a manifestação de uma consciência jurídica universal.²⁸¹

Economy. (Cambridge studies in international relations; 49). New York: Cambridge University Press, 1996, p. xiii.

277. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. (Tradução André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, 174 p., p. 8.

278. ARROYO, Diego P. Fernández. Op. Cit, p. 91-94.

279. PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. *A Dictionary of the European Union*. Londres: Europa Publications, 2ª ed., 2004, 425 p., p. 98.

280. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão eletrônica), p. 12.

281. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 410 p., p. 308, 309.

Ao lado dos benefícios e malefícios que acompanham os processos da globalização, revelam-se preocupações em lidar com os danos deles decorrentes e proteger a pessoa humana, cuja dignidade é ameaçada pela globalização e mundialização do comércio.²⁸² É preciso, portanto, salvaguardar os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos.

2. Direitos fundamentais nos novos tempos

As terminologias utilizadas para designar os direitos essenciais da pessoa humana variam de um Estado para outro e até mesmo no plano internacional, seja na doutrina ou nos diplomas. Os dois termos mais utilizados no século XXI são *direitos humanos* e *direitos fundamentais*.²⁸³

Esses direitos visam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e estão ligados aos valores da igualdade, liberdade²⁸⁴, segurança e propriedade, possuindo, para muitos autores, a mesma substância. Cláudio Brandão, por exemplo, entende que os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem conexão e o mesmo conteúdo, sendo a diferença entre ambos apenas de forma, e não concernente à substância.²⁸⁵ Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda destaca que os direitos fundamentais representam direitos decorrentes do Direito Internacional.²⁸⁶

282. JAYME, Erik. *O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, p.3-20. In: O novo direito internacional - estudos em homenagem a Erik Jayme. Claudia Lima Marques; Nadia de Araújo. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1, 2.

283. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 46, 47.

284. Para análise do conceito dos direitos fundamentais e da importância da liberdade para este, ver: MARQUES, Clarissa. *O conceito de direitos fundamentais*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

285. BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao estudo dos direitos humanos*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5.

286. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 130. Apud: MARQUES, Clarissa. *O conceito de direitos fundamentais*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156.

Com o propósito de uma vida com dignidade, liberdade, segurança e igualdade para os indivíduos, procura-se garantir um conjunto mínimo de direitos imprescindíveis para tanto: os direitos humanos. Esses são incorporados em tratados e convenções internacionais, constituindo obrigações internacionais estatais, e podem também ser inseridos em constituições, tornando-se direitos fundamentais.²⁸⁷

Nessa concepção da doutrina, o que diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais, portanto, é a positivação em seus respectivos planos de consagração. Enquanto os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, em tratados e convenções internacionais, aqueles direitos humanos que se encontram positivados formalmente como institutos jurídicos dos ordenamentos internos dos Estados – em regra nos sistemas constitucionais, isto é, nas normas internas supremas, as constituições – são chamados de direitos fundamentais.²⁸⁸

Robert Alexy afirma que embora o conceito formal²⁸⁹ de direitos fundamentais seja útil, é necessário ir além desse para compreender a real natureza dos direitos fundamentais. O seu conceito substancial ultrapassa não só o simples fato do direito ser garantido pela constituição, mas também o pressuposto de que esses direitos fundamentais são direitos humanos transformados em direito constitucional positivado,²⁹⁰ uma vez que as “constituições podem conter direitos que não foram classificados como direitos humanos e também pode haver direitos humanos que não entraram em constituição alguma”.²⁹¹

287. RAMOS, André de Carvalho. *Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR*. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, Nº 6, Agosto 2015, p. 48-68, p. 49.

288. NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 396.

289. “A *formal concept* is employed if fundamental rights are defined as rights contained in a constitution or in a certain part of it, or if the rights in question are classified by a constitution as fundamental rights, or if they are endowed by the constitution with special protection, for example, a constitutional complaint brought before a Constitutional Court.” In: ALEXY, Robert. *Discourse Theory and Fundamental Rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library, Vol. 77, Holanda: Springer, 2006, p. 15.

290. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 15-17.

291. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 17. Tradução livre.

Diante disso, nota-se a existência de uma relação intrínseca entre ambos os direitos. Diferentes catálogos de direitos fundamentais são, na prática, direitos estabelecidos em diversas constituições com o intuito de transformar direitos humanos em direito positivo. É essa base dos direitos fundamentais que deve ser principalmente considerada: o alicerce dos direitos fundamentais positivados no direito constitucional é, essencialmente, os direitos humanos.²⁹²

3. Direitos fundamentais na perspectiva da União Europeia

a. O Tratado de Lisboa e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

O silêncio a respeito de um catálogo de direitos fundamentais na União Europeia perdurou nos tratados europeus durante um longo período. Os tratados cingiam-se apenas a mencionar a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, também chamada de Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Os direitos fundamentais, provenientes das constituições dos Estados membros,²⁹³ eram caracterizados como princípios gerais do direito da União Europeia.²⁹⁴

Um notório avanço na proteção de liberdades e direitos ocorreu na União quando a adoção do Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007 e em vigor desde 1 de dezembro de 2009, tornou a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (adiante Carta, ou CDFUE) formalmente vinculante para as insti-

292. *Ibid.*, p. 17.

293. BRAVO, Alvaro A. Sánchez. *El Respeto de los derechos humanos en la Unión Europea: de la Carta Europea a la crisis económica*. In: CENCI, Daniel Rubens; BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente* [versão eletrônica]. Curitiba: Multideia, 2013, 274 p., p. 49-74, p. 49, 50.

294. Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 1. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em 14 out 2015.

tuições da UE e para os Estados membros na esfera de suas atuações no direito comunitário.²⁹⁵ O Tratado, que alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, também apresentou a CEDH como uma base jurídica para a UE e a adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos como uma obrigação da organização supranacional.²⁹⁶

Antes do Tratado de Lisboa, a proteção dos direitos fundamentais na Europa era proveniente da interpretação jurisprudencial, seja do Tribunal de Justiça da União Europeia, que ao reconhecer direitos fundamentais acabou os criando no quadro europeu, ou da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH, ou Corte de Estrasburgo), em sua interpretação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e de Liberdades Fundamentais.²⁹⁷ Carecia-se de um resguardo mais efetivo dos direitos fundamentais no âmbito da comunidade europeia, pois a proteção da Corte EDH era direcionada à garantia e promoção dos direitos humanos em seu caráter universal. O TJUE colaborou nesse sentido ao reconhecer direitos fundamentais nos tratados da comunidade.

Contudo, foi com o Tratado de Lisboa que foram assegurados de forma mais substancial princípios, direitos e liberdades no nível regional da União Europeia, através da estipulação, no Tratado da União Europeia, da obrigatória observância da Carta de Direitos Fun-

295. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi elaborada em 2000 e sofreu modificações em seu texto em 2007; mas, a sua disposição no Tratado da União Europeia como de observância obrigatória e vinculante só ocorreu em dezembro de 2009 com a adoção do Tratado de Lisboa. In: DE BÚRCA, Gráinne. *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?*. (September 1, 2013). Forthcoming, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 20 (2013); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-51. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2319175>>. Acesso em 12 out 2015.

296. WENNERSTRÖM, Erik. *EU Accession to the European Convention on Human Rights - The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?*, p. 375. (February 1, 2013). *Europarättslig Tidskrift* (Vol. 2, 2013). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122. Acesso em 13 mar 2016.

297. BLANKE, Hermann-Josef. *The Protection of Fundamental Rights in Europe*. In: BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Eds.) *The European Union after Lisbon - Constitutional Basis, Economic Order and External Action*. Berlin: Springer, 2012, 582 p., p. 159.

damentais da União Europeia, que passou a possuir o mesmo valor jurídico dos tratados, como denota-se precisamente do artigo 6.1.²⁹⁸ Conforme prevê o mencionado tratado, as instituições, os órgãos e os Estados membros da UE também devem observar os direitos fundamentais previstos na Carta, que reforça os direitos da CEDH.²⁹⁹

Depreende-se da redação do artigo 6º do Tratado da União Europeia³⁰⁰ que os direitos fundamentais devem ser garantidos na União em conformidade com o estabelecido nos direitos, princípios e liberdades da CDFUE (art. 6.1), e nos princípios gerais e direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (arts. 6.1 e 6.2). Além disso, o artigo 2º do TUE já expõe que a União Europeia tem como fundamentos os valores do respeito pelos direitos humanos, pelo Estado de direito e pela igualdade, democracia, dignidade humana e liberdade, sendo esses valores partilhados pelos Estados membros da União.³⁰¹

298. *Ibid.*, p. 159.

299. WENNERSTRÖM, Erik. *Op. Cit.*, p. 375.

300. "Artigo 6º.

1. **A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.** De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. **A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.** Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. **Do direito da União fazer parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.**" Artigo 6º, Tratado da União Europeia. (grifos nossos)

301. "Artigo 2º

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres." Artigo 2º, Tratado da União Europeia. (grifos nossos)

Atinam-se os ensinamentos de Klaus-Dieter Borchardt sobre os direitos fundamentais dos cidadãos europeus como parte dos conceitos e valores fundamentais no coração da União Europeia:

“The fundamental values and concepts at the heart of the EU also include the fundamental rights of individual citizens of the Union. The history of Europe has for more than 200 years been characterised by continuing efforts to enhance the protection of fundamental rights. Starting with the declarations of human and civil rights in the 18th century, fundamental rights and civil liberties have now become firmly anchored in the constitutions of most civilised states. This is especially true of the EU Member States, whose legal systems are constructed on the basis of the rule of law and respect for the dignity, freedom and the right to self-development of the individual. There are also numerous international conventions on the protection of human rights, among which the European Convention on Human Rights is of very great significance.”³⁰²

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que fortalece os direitos humanos previstos na CEDH, foi criada em 2000 com o propósito de ampliar a consciência e promover os direitos fundamentais na UE, por meio da política externa, política de segurança ou da cidadania, por exemplo. Modificações foram introduzidas em seu texto em 2007 – este abrange atualmente, além de disposições gerais, artigos sobre justiça, solidariedade, liberdade, igualdade, dignidade e direitos dos cidadãos europeus.³⁰³

302. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf> Acesso em 12 out 2015.

303. PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. Op. Cit., p. 44, 45.

Nota-se que, apesar da Carta ter se tornado juridicamente vinculante, o Reino Unido e a Polônia não aceitaram a aplicabilidade dos direitos fundamentais com base na CDFUE. Considera-se que estes não desejaram ceder a sua soberania para tratar questões relacionadas a minorias ou questões religiosas. De toda forma, tais Estados membros permanecem com o dever de respeitar a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia,³⁰⁴ que já havia reconhecido princípios garantidores de direitos individuais fundamentais como parte do direito comunitário, estando eles previstos nas tradições constitucionais ou nas constituições dos Estados membros.³⁰⁵

b. A atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia para a proteção dos direitos fundamentais

Antes das modificações supracitadas advindas com o Tratado de Lisboa, evidenciava-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia um vocabulário repleto de princípios e de direitos fundamentais. Isto é, mesmo na ausência de positivação dos direitos fundamentais nos tratados da UE, eles eram afirmados como princípios gerais do direito da comunidade europeia,³⁰⁶ de forma a cooperar consideravelmente para a valorização, proteção e desenvolvimento dos direitos fundamentais.³⁰⁷

“O Tribunal de Justiça há muito que sublinha a necessidade de respeitar os direitos fundamentais de cada um. A sua vasta jurisprudência fixa

304. BORCHARDT, Klaus-Dieter. Op. Cit.

305. CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 6ª ed., 2010, 774 p. 348.

306. BARCELOS, Paulo. *Vitangelo Moscarda's Syndrome. The Charter of Fundamental Rights and European Constitutionalization*. In: ANGELIS, Gabriele De; BARCELOS, Paulo (eds.). *The long quest for identity: political identity and fundamental rights protection in the European Union. Lisbon philosophical studies uses of language in interdisciplinary fields*, vol. 4. Pieterlen: Peter Lang, Bern. 2013, 239 p., p. 32.

307. BRAVO, Alvaro A. Sánchez. Op. Cit., p. 49-74, p. 50.

normas de proteção fundamentadas num conjunto de fontes de direito: as disposições dos Tratados, designadamente a Carta dos Direitos Fundamentais da UE; as convenções internacionais às quais os Tratados se referem — nomeadamente a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a Convenção de Genebra de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados; os direitos fundamentais tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros; e os instrumentos jurídicos internacionais nos quais os Estados-Membros são Partes, bem como aqueles nos quais a UE é Parte.”³⁰⁸

A jurisprudência referida foi consagrada constitucionalmente no artigo 6º do Tratado da União Europeia. Dessa forma, se um ato da União Europeia violar qualquer direito fundamental do cidadão, o Tribunal poderá declará-lo inaplicável, ou inválido, ou decidir anulá-lo.³⁰⁹ Outrossim, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia fortalece os já previstos direitos humanos da CEDH, o Tribunal de Luxemburgo tem a capacidade e possibilidade de colaborar para a efetivação e proteção dos direitos humanos na União Europeia.³¹⁰

Observa-se que o TJUE, conforme o artigo 19 do Tratado da União Europeia³¹¹, deve garantir o respeito do direito comunitário na aplica-

308. Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 2. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em 14 out 2015. (grifos nossos)

309. CAMPOS, João mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. Op. Cit., p. 348.

310. WENNERSTRÖM, Erik. Op. Cit., p. 376.

311. “Artigo 19º

1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar

ção e interpretação dos tratados. Ele o faz através de sua jurisdição voluntária, contenciosa e do julgamento de recursos de decisões dos tribunais especializados e do Tribunal Geral instituídos na UE.³¹²

Nos processos da jurisdição voluntária, por exemplo, o Tribunal de Justiça da União Europeia julga a validade de atos das instituições da União, indica a interpretação adequada e correta do direito comunitário, e, de forma consultiva, versa sobre determinados atos para concluir se são compatíveis ou não com a Constituição da UE, resguardando a ordem jurídica da União Europeia. Já nos processos de competência contenciosa proveniente dos tratados, nos quais a ordem jurídica supranacional também é protegida, o TJUE pode atuar como tribunal constitucional, tribunal de justiça cível e criminal, tribunal fiscal e aduaneiro, e jurisdição internacional.³¹³

Há determinados princípios fundamentais que são provenientes da natureza particular da União Europeia. A primazia do direito comunitário, o efeito útil das disposições dos tratados, a aplicabilidade direta, o equilíbrio institucional, a preferência comunitária, a igualdade de tratamento e a não discriminação são alguns desses princípios que merecem destaque.

uma tutela jurisdicional efectiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.
2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-Membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais. O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-Membro. Os juízes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juízes do Tribunal Geral são escolhidos de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos 253º e 254º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-Membros, por seis anos. Os juízes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados.

3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados: a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou colectivas; b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos actos adoptados pelas instituições; c) Nos demais casos previstos pelos Tratados.” Artigo 19, Tratado da União Europeia.

312. CAMPOS, João mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. Op.Cit., p. 191.

313. Ibid. p. 191-194.

c. A polémica adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, elaborada em 1950 no âmbito do Conselho da Europa, entrou em vigor em 1953, com o objetivo de assegurar o reconhecimento e aplicação universais e efetivos dos direitos previstos nela e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.³¹⁴ Embora tenha sido ratificada por todos os Estados membros da UE, e em que pese o Tratado de Lisboa estabeleça que a União também deva aderir-la, isso ainda não ocorreu.

Parte da doutrina considera que o maior empecilho para a discutida adesão é que novos mecanismos jurídicos viriam a regular a União Europeia, de forma que esta ficaria à mercê da supervisão judicial externa de um regime de tratado internacional.³¹⁵ Ou seja, assim como os Estados membros da UE, a organização supranacional também se submeteria à Corte de Estrasburgo no que tange às questões relacionadas a direitos fundamentais.³¹⁶

No entanto, a citada submissão colocaria a União formalmente sob o escrutínio externo, podendo tornar a observância de tais direitos mais eficiente.³¹⁷ Tanto os estrangeiros localizados no território da União, quanto os seus próprios cidadãos poderiam demandar a atuação jurisdicional da Corte Europeia de Direitos Humanos, com base na CEDH, para contestar os atos das instituições da organização europeia.³¹⁸

314. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Roma, 4.11.1950.

315. GRAGL, Paul. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*. Modern Studies in European Law, Volume 39, 2013, 333 p., p.1.

316. Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em 14 out 2015.

317. NERGELIUS, Joakim. *The accession of the EU to the European Convention on Human Rights: A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*. Estocolmo: Swedish Institute for European Policy, Report N°3, June 2015, p. 17. Disponível em: <<http://www.sieps.se/en/publications/reports/the-accession-of-the-eu-to-the-european-convention-on-human-rights-a-critical>>. Acesso em 14 mar 2016.

318. Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em 14 out 2015.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos hoje possui quatorze protocolos adicionais ratificados por todos os membros da União Europeia, visando a expansão da proteção dos direitos humanos. O Protocolo nº 14, que entrou em vigor em junho de 2010, alterou o artigo 59 da CEDH,³¹⁹ complementando a previsão do artigo 6.2 do TUE para a mencionada adesão.

Como a ratificação desse protocolo criou as condições necessárias para a adesão da UE à CEDH,³²⁰ um Projeto de Acordo de Adesão³²¹ foi submetido em 2011 ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Neste projeto, a União Europeia teria os mesmos direitos e obrigações de um Estado membro.³²² Entretanto, em 18 de dezembro de 2014, o texto do projeto foi considerado incompatível com o direito comunitário europeu pelo Tribunal de Justiça da União Europeia,

319. "Artigo 59

1. A presente Convenção está aberta à assinatura dos membros do Conselho da Europa. Será ratificada. As ratificações serão depositadas junto do Secretário - Geral do Conselho da Europa. **2. A União Europeia poderá aderir à presente Convenção.** 3. A presente Convenção entrará em vigor depois do depósito de dez instrumentos de ratificação. 4. Para todo o signatário que a ratifique ulteriormente, a Convenção entrará em vigor no momento em que se realizar o depósito do instrumento de ratificação. 5. O Secretário-Geral do Conselho da Europa notificará todos os membros do Conselho da Europa da entrada em vigor da Convenção, dos nomes das Altas Partes Contratantes que a tiverem ratificado, assim como do depósito de todo o instrumento de ratificação que ulteriormente venha a ser feito. Feito em Roma, aos 4 de Novembro de 1950, em francês e em inglês, os dois textos fazendo igualmente fé, num só exemplar, que será depositado nos arquivos do Conselho da Europa. O Secretário-Geral enviará cópias conformes a todos os signatários." Artigo 59, Convenção Europeia de Direitos Humanos. (grifos nossos)

320. Wennerström, Erik. Op. Cit., p. 375.

321. "O **Projeto de Acordo** contém as disposições consideradas necessárias para que a União possa aderir à CEDH. Um primeiro grupo dessas **disposições diz respeito à adesão propriamente dita e introduz os mecanismos processuais necessários para permitir uma adesão efetiva.** Um segundo grupo das referidas disposições, de caráter puramente técnico, **prevê, por um lado, as alterações a esta Convenção que se impõem atendendo ao facto de esta ter sido redigida para se aplicar aos Estados-Membros do Conselho da Europa, quando a União não é nem um Estado nem um membro dessa organização internacional.** Por outro lado, estão previstas **disposições relativas a outros instrumentos ligados à CEDH,** bem como as cláusulas finais sobre a entrada em vigor e as notificações dos atos de ratificação ou de adesão." In: TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, *Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 49. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>>. Acesso em 14 mar 2016.

322. DEITOS, Marc Antoni. *A Adesão Da União Europeia À Convenção Europeia Dos Direitos Humanos: Rumo A Uma Quarta Camada De Proteção Dos Direitos Humanos.* Direitos Fundamentais & Justiça - ano 7, nº 24, p. 113-133, jul./set. 2013

no Parecer Consultivo nº 2/13, que desatendeu o dever de aderir à CEDH estipulado no artigo 6.2 do Tratado da União Europeia.³²³

O Tribunal de Luxemburgo elencou uma série de obstáculos para a adesão, afirmando, inclusive, que o projeto em questão não havia sido redigido de forma a assegurar a autonomia da UE. Criticou-se a possibilidade de os indivíduos alegarem, diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, em seus pleitos contra a União, que atos jurídicos baseados no direito da UE violam seus direitos fundamentais. Como poderia um tribunal internacional externo decidir sobre a legislação da União sem ferir a sua autonomia?³²⁴ É uma das polêmicas questões que ainda circundam o tema.

Diante das dificuldades expostas pelo TJUE, questiona-se se a adesão da União Europeia à CEDH ainda é possível, e se ainda é desejável,³²⁵ isto é, se ela seria realmente benéfica para os direitos humanos.³²⁶ Para tornar possível a adesão, serão necessárias negociações futuras acerca das recomendações do Tribunal de Luxemburgo, cujas características dominantes perpassam a consideração de que a UE não pode ser vista pela Corte de Estrasburgo da mesma forma que um Estado, sendo necessário considerar suas características comunitárias.

Consoante o Tribunal de Justiça da União Europeia, a competência da Corte EDH e o poder de suas instituições representariam também uma incompatibilidade com as características particulares do direito comunitário europeu.³²⁷ Reiteram-se, desse modo, o cará-

323. GOTEV, Georgi. *Court of Justice rejects draft agreement of EU accession to ECHR*. Disponível em: <<http://www.euractiv.com/sections/eu-priorities-2020/court-justice-rejects-draft-agreement-eu-accession-echr-310983>>. Acesso em 14 nov 2015.

324. GRAGL, Paul. Op. Cit., p. 1.

325. LOCK, Tobias. *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*. *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, p. 239-273, 2005.

326. NERGELIUS, Joakim. Op. Cit., p. 9.

327. TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, *Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 156 e ss. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>>. Acesso em 14 mar 2016.

ter não estatal da União Europeia e os cuidados que serão necessários para salvaguardar sua valorizada autonomia.

Ademais, segundo o parecer, como a União Europeia estaria subordinada à Corte Europeia de Direitos Humanos, a CEDH deveria ser coordenada com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, para que a unidade, a efetividade e a primazia do direito comunitário europeu não fossem violadas. Ressalta-se que o TJUE considerou que a adesão à CEDH não pode implicar na exigência de que os Estados membros monitorem a observância de direitos fundamentais por outros Estados. De acordo com o exposto no parecer, tal requisito seria contrário ao direito da União, que impõe a confiança mútua como uma obrigação de seus Estados membros.³²⁸

Ainda que o Parecer Consultivo nº 2/13 do TJUE tenha exposto inúmeros obstáculos, espera-se a continuidade do processo de adesão da União à Convenção Europeia de Direitos Humanos, pois esta possibilitaria que indivíduos entrassem com demandas diretamente contra a UE, podendo responsabilizar o seu Estado nacional, ou a própria União na qual seu Estado se insere. A proteção dos direitos humanos seria, a princípio, fortalecida internamente e externamente.³²⁹

Não obstante, a fim de responder se a referida adesão ainda é desejável, é preciso refletir sobre as concessões que precisavam ser feitas consoante o Tribunal de Luxemburgo. Na opinião de Tobias Lock, caso atualmente a proteção dos direitos humanos seja maior do que em eventual cenário de adesão sob as condições do TJUE, esta não se torna mais ambicionada.³³⁰

A Corte Europeia de Direitos Humanos determinou, no caso *Bosphorus*³³¹, a sua jurisdição para analisar os casos contra medidas

328. TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, *Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>>. Acesso em 14 mar 2016.

329. POLAKIEWICZ, Jörg. *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?* (September 26, 2013). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2331497>>. Acesso em 14 nov 2015.

330. LOCK, Tobias. Op. Cit., p. 267.

331. CORTE EDH, *Bosphorus v. Irlanda*, 45036/98, 30 de junho de 2005.

nacionais que implementassem ou derivassem, de forma direta ou indireta, das obrigações do direito da UE – indicando, portanto, que possui o poder de analisar a compatibilidade dos atos da União com os standards da CEDH. Porém, a Corte considerou que a União Europeia oferece uma proteção de direitos fundamentais equivalente aos padrões da Convenção Europeia de Direitos Humanos – presunção então chamada de *Bosphorus presumption* –, e que por isso não deve estar sujeita ao constante escrutínio da Corte de Estrasburgo.³³²

Por conseguinte, a adesão à CEDH permitiria a revisão da *Bosphorus presumption*, pois não só os Estados membros da UE teriam assinado a Convenção, mas também a própria União Europeia – o que significa que as ações e omissões dos Estados membros e da União poderiam ensejar nas suas respectivas responsabilidades internacionais. Assim, mais violações de direitos humanos seriam levadas à Corte de Estrasburgo, e atribuir-se-ia a responsabilidade internacional ao violador real, seja a União Europeia, que estaria vinculada às decisões da Corte EDH, ou algum Estado membro.³³³

Com a esperada conclusão do processo de adesão, se ficar evidente que a União Europeia ofereceu uma proteção dos direitos humanos manifestamente deficiente, a *Bosphorus presumption* poderá ser afastada e a Corte de Estrasburgo poderá determinar a violação da CEDH pela União. Destarte, a eficácia da proteção oferecida pelo sistema da Convenção aumentaria com a adesão em tela, sendo um passo promissor para a proteção dos direitos humanos.³³⁴

4. Conclusão

Como visto, a globalização traz consigo a compreensão de que as atuações locais devem estar interligadas a um pensamento glo-

332. ANDREADAKIS, Stelios. *Problems and Challenges of the EU's Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future*. In: Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts. MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS Lucy (Eds.). Reino Unido: Hart Publishing, p. 47-66, 2015, p. 61-62.

333. LOCK, Tobias. Op. Cit., p. 268-269.

334. ANDREADAKIS, Stelios. Op. Cit., p. 61-63.

bal. Reconhecer a transcendência de diversas questões relevantes além das fronteiras estatais,³³⁵ como a proteção e promoção dos direitos humanos, é primordial para o resguardo da dignidade inerente à condição humana.

No âmbito da União Europeia, a jurisprudência do TJUE foi essencial para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos europeus quando ainda não havia um catálogo positivado de tais direitos no direito comunitário. A CDFUE, por sua vez, reuniu em seu texto os direitos fundamentais na conjuntura da atuação dos Estados membros e das instituições da organização supranacional, tendo em vista os Tratados da União Europeia.³³⁶

Quanto ao processo de adesão da União à CEDH, a análise crítica do Parecer Consultivo nº 2/13 do TJUE é um relevante passo para um aprofundamento das discussões sobre o tema e pode colaborar para as negociações futuras sobre o Projeto de Adesão. O debate permite que se busquem soluções que, de um lado, mantenham a viabilidade e autonomia da União Europeia, e, por outro, assegurem o acesso à justiça, a proteção e promoção dos direitos humanos, e a reparação para aqueles que sofreram violações desses direitos.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Discourse Theory and Fundamental Rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library, Vol. 77, Holanda: Springer, 2006.

ANDREADAKIS, Stelios. *Problems and Challenges of the EU's Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future*. In: *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*.

335. ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109, 2005, p. 91-92.

336. Parlamento Europeu. *Respeito dos direitos fundamentais na União*, p. 3. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.2.pdf>. Acesso em 14 out 2015.

MORANO-FOADI, Sonia; VICKERS Lucy (Eds.). Reino Unido: Hart Publishing, p. 47-66, 2015, p. 61-62.

ARROYO, Diego P. Fernández. *El Derecho Internacional Privado en el Inicio Del Siglo XXI*. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109, 2005.

BAPTISTA, Ferreira Patrícia; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito administrativo global: uma nova ótica para a regulação financeira de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARCELOS, Paulo. *Vitangelo Moscarda's Syndrome. The Charter of Fundamental Rights and European Constitutionalization*. In: ANGELIS, Gabriele De; BARCELOS, Paulo (eds.). *The long quest for identity: political identity and fundamental rights protection in the European Union*. Lisbon philosophical studies uses of language in interdisciplinary fields, vol. 4. Pieterlen: Peter Lang, Bern. 2013, 239 p.

BLANKE, Hermann-Josef. *The Protection of Fundamental Rights in Europe*. In: BLANKE, Hermann-Josef; MANGIAMELI, Stelio (Eds.) *The European Union after Lisbon - Constitutional Basis, Economic Order and External Action*. Berlim: Springer, 2012, 582 p.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union law*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2010, p. 24. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf> . Acesso em 12 out 2015.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao estudo dos direitos humanos*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAVO, Alvaro A. Sánchez. *El Respeto de los derechos humanos en la Unión Europea: de la Carta Europea a la crisis económica*. In: CENCI, Daniel Rubens; BEDIN, Gilmar Antonio (org.). *Direitos Humanos, Relações Internacionais & Meio Ambiente* [versão eletrônica]. Curitiba: Multideia, 2013, 274 p., p. 49-74.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 6ª ed., 2010, 774 p.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v.2. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORTE EDH, Bosphorus v. Irlanda, 45036/98, 30 de junho de 2005.

DE BÚRCA, Gráinne. *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?*. (September 1, 2013). Forthcoming, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20 (2013); NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-51. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2319175>> . Acesso em 12 out 2015.

DEITOS, Marc Antoni. *A Adesão Da União Europeia À Convenção Europeia Dos Direitos Humanos: Rumo A Uma Quarta Camada De Proteção Dos Direitos Humanos*. *Direitos Fundamentais & Justiça* - ano 7, nº 24, p. 113-133, jul./set. 2013.

DELBRUCK, Jost. *Globalization of Law, Politics, and Markets - Implications for Domestic Law – A European Perspective*. Indiana

Journal of Global Legal Studies, Vol. 1, Iss. 1, Article 2, 1993, p. 10, 11. Disponível em: < <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol1/iss1/2> > . Acesso em 23 out 2015.

GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. *Globalizations, global histories and historical globalities.*, In: Globalization and global history. GILLS, Barry K.; THOMPSON, William R. (eds.). London: Routledge, xviii, p.1-15, 2006, 302 p.

GRAGL, Paul. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.* Modern Studies in European Law, Volume 39, 2013, 333 p.

GOTEV, Georgi. *Court of Justice rejects draft agreement of EU accession to ECHR.* Disponível em: < <http://www.euractiv.com/sections/eu-priorities-2020/court-justice-rejects-draft-agreement-eu-accession-echr-310983> > . Acesso em 14 nov 2015.

JAYME, Erik. *O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização*, p.3-20. In: O novo direito internacional – estudos em homenagem a Erik Jayme. Claudia Lima Marques; Nadia de Araújo. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LOCK, Tobias. *The future of the European Union's accession to the European Convention on Human Rights after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable?*. European Constitutional Law Review, Vol. 11, p. 239-273, 2005.

MARQUES, Clarissa. *O conceito de direitos fundamentais.* In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). Direitos humanos e fundamentais em perspectiva. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Introdução: Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 319-350, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 130. Apud: MARQUES, Clarissa. *O conceito de direitos fundamentais*. In: BRANDÃO, Cláudio (Coord.). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERGELIUS, Joakim. *The accession of the EU to the European Convention on Human Rights A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice*. Estocolmo: Swedish Institute for European Policy, Report N° 3, June 2015, p. 17. Disponível em: < <http://www.sieps.se/en/publications/reports/the-accession-of-the-eu-to-the-european-convention-on-human-rights-a-critical> > . Acesso em 14 mar 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 6. ed, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

TJUE, 18 de dezembro de 2014, Parecer 2/13, *Adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, par. 49. Disponí-

vel em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PT>> . Acesso em 14 mar 2016.

PHINNEMORE, David; MCGOWANP, Lee. *A Dictionary of the European Union*. Londres: Europa Publications, 2ª ed., 2004, 425 p.

POLAKIEWICZ, Jörg. *EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?* (September 26, 2013). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2331497>> . Acesso em 14 nov 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Derechos humanos y el mecanismo híbrido del MERCOSUR*. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, N° 6, Agosto 2015, p. 48-68.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão eletrônica).

STEARNS, Peter N. *Globalization in World History*. London and New York: Routledge. 2010.

STRANGE, Susan. *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. (Cambridge studies in international relations; 49). New York: Cambridge University Press, 1996.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 410 p.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. (Tradução André Telles). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, 174 p.

WENNERSTRÖM, Erik. *EU Accession to the European Convention on Human Rights – The Creation of a European Legal Space for Human Rights or the Last Stand for the Normative Supremacy of the Strasbourg System?*, p. 375. (February 1, 2013). *Europarättslig Tidskrift* (Vol. 2, 2013). Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2734122. Acesso em 13 mar 2016.

CARTA DA ONU: A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Philippe Carvalho Raposo³³⁷

INTRODUÇÃO

A tese da constitucionalização do Direito Internacional é relativamente antiga, embora seja amplamente desconhecida pela sociedade brasileira, inclusive no meio jurídico. Em 1984, Verdross e Bruno Simma publicaram um trabalho afirmando que a Carta da ONU havia atingido o *status* de Constituição da comunidade universal dos Estados. Remontando a uma época ainda mais antiga, o anfitrião da Conferência de São Francisco (1945), Harry Truman, fez alusão, no seu discurso de encerramento, a um poder constituinte originário quando da celebração da Carta das Nações Unidas³³⁸.

Além disso, o texto fundacional das Nações Unidas legitima-se, ainda que de forma retórica, pela vontade dos povos nacionais³³⁹, os quais, reunidos por representantes na Conferência de São Fran-

337. Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em História, Política e Bens Culturais na Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ)

338. "The Constitution of my own country came from a Convention which--like this one--was made up of delegates with many different views. Like this Charter, our Constitution came from a free and sometimes bitter exchange of conflicting opinions. When it was adopted, no one regarded it as a perfect document. But it grew and developed and expanded. And upon it there was built a bigger, a better, a more perfect union. This Charter, like our own Constitution, will be expanded and improved as time goes on. No one claims that it is now a final or a perfect instrument. It has not been poured into any fixed mold. Changing world conditions will require readjustments--but they will be the readjustments of peace and not of war." - Harry Truman, 1945.

339. Assim prevê o preâmbulo da Carta, *in verbis*: "NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS".

cisco, decidiram constituir não apenas a ONU, mas também uma nova ordem jurídica internacional dela decorrente. O mundo pós-guerra, assim, vivenciou sua reconstitucionalização no ano de 1945. Sob essa linha de raciocínio, Bardo Fassbender e Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade sintetizaram as características do “tipo ideal de Constituição” que estariam presentes na Carta, dentre as quais: o fato de a mesma ter sido celebrada em “momento constitucional”; a instituição de um sistema internacional de governança; o estabelecimento de uma hierarquia entre normas, com prevalência das obrigações decorrentes da Carta (artigo 103); a perenidade do documento constitutivo; a própria denominação de “Carta” atribuída; o histórico de “temas constitucionais” negociados no âmbito das Nações Unidas; e a universalidade decorrente da atual adesão por 193 Estados.

Tais características reunidas revelam a natureza jurídica *sui generis* da Carta nas relações internacionais contemporâneas, conforme se passará a demonstrar.

A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Primeiramente, merece registro que a Carta das Nações Unidas foi celebrada em “momento constitucional”³⁴⁰, tanto pelo rompimento com o passado associado aos flagelos das duas guerras, como também pela institucionalização de uma nova ordem jurídica pautada por regras e princípios internacionais. A ampla mobilização política entre os líderes dos Estados signatários, a redefinição de uma identidade política a ser observada no pós-guerra, a valorização dos direitos humanos sob a supervisão das Nações Unidas, a reaproximação entre o Direito e a moral e a afirmação do império do direito – *rule of law* nas relações entre Estados evidenciam a natureza excepcional do momento e do instrumento aprovado na Conferência de São Francisco.

340. Bruce Ackerman.

A perspectiva constitucional de Harry Truman, já mencionada, é condizente com a imagem de arquitetos político-jurídicos de uma nova ordem internacional, tal como ocorre quando os Estados se reconstituem em momentos históricos de ruptura em suas respectivas ordens jurídicas internas. A adoção da Carta e a criação da ONU representam “decisões constitutivas”, a partir das quais indivíduos não mais estão sujeitos, exclusivamente, à soberania dos seus respectivos Estados. Na visão de Jürgen Habermas, indivíduos tornam-se também membros de uma sociedade global politicamente constituída, embora ainda sem um governo mundial. Trata-se da ideia de *world constitution without a world government*, estágio inicial para a realização do projeto kantiano de República mundial. Para Habermas, *the overwhelming idea of a world republic (I. Kant) seemed to require the intermediate step of a voluntary association of peaceable states who still remain sovereign*.

O projeto de sociedade internacional instituído pela Carta da ONU corrobora a excepcionalidade do momento em que a mesma foi adotada. Dentre as inúmeras classificações do que vem a ser uma Constituição, destacam-se as de Konrad Hesse e de Carl Schmitt por se aplicarem decisivamente à Carta da ONU. Para o primeiro, a Constituição delineia a ordem jurídica fundamental de uma comunidade pública, bem como determina princípios em torno dos quais a unidade política dessa comunidade deve ser constituída³⁴¹. Para o segundo, uma Constituição é simplesmente uma decisão política fundamental³⁴². Ambas as definições sustentam a tese de que a Carta da ONU, adotada em “momento constitucional”, é a Constituição da sociedade internacional.

Para além do “momento constitucional”, a Carta de 1945 institucionalizou um verdadeiro sistema de governança entre os Estados-membros. Bardo Fassbender faz-se explícito quando argumen-

341. HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 10 (1993).

342. SCHMITT, Carl, Verfassungslehre 23 (1928).

ta que o sistema de governança instituído pela Carta é um dos seus mais importantes elementos de constitucionalidade. Embora inexista, na ONU, uma clara separação entre os Poderes, a Carta é explícita ao criar órgãos como a Assembleia-Geral, o Conselho Econômico e Social e o Conselho de Segurança, aos quais se somam o Secretariado e a Corte Internacional de Justiça. As funções de cada um desses órgãos principais e suas subsidiárias serão abordadas no próximo capítulo, cabendo aqui ressaltar que o sistema de governança global instituído pela Carta dota-a de natureza constitutiva na medida em que, diferentemente de outras organizações internacionais, as Nações Unidas congregam foros de discussão sobre todos os temas que norteiam as relações internacionais, sendo extraordinária sua amplitude.

Em torno dos órgãos principais da ONU, gravita todo um conjunto complexo e funcional de órgãos subsidiários, programas, fundos, comissões regionais, agências especializadas, departamentos e escritórios, os quais dotam as Nações Unidas de um aparato burocrático-administrativo sem precedentes em toda a história das relações internacionais, embora recheado de imperfeições. Esse sistema de governança criado em 1945, e desde então gradual e progressivamente aprofundado, revela não apenas a natureza constitucional da Carta, como também a tese de uma administração pública internacional atualmente existente. É nesse sentido que o processo de regulação de questões de interesse público internacional – *governança global* vem crescentemente sendo exercido para além das esferas meramente estatais. Para Pierre-Marie Dupuy, a ONU é a organização mundial *par excellence*, inexistindo dúvidas a esse respeito. É esse o argumento orgânico-institucional para justificar a tese constitucional da Carta da ONU, que estabeleceu uma “*moldura institucional para a tomada de decisões e a alocação de funções essenciais na comunidade internacional*”³⁴³.

343. Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade.

Outra característica marcadamente constitucional da Carta da ONU, a qual representa uma novidade no Direito Internacional, é a positivação de uma hierarquia entre normas segundo a qual, em caso de conflito entre as obrigações decorrentes da Carta e obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas com base na Carta, conforme prevê seu artigo 103³⁴⁴. Trata-se de uma incipiente hierarquização normativa no Direito Internacional.

Na mesma linha de raciocínio, normas constitucionais do direito interno dos Estados igualmente prevalecem sobre a legislação infraconstitucional. A analogia é auto-explicativa para corroborar a tese de constitucionalidade da Carta das Nações Unidas. Nesse sentido, via de regra, as resoluções do Conselho de Segurança detêm hierarquia superior aos tratados *ordinários* de Direito Internacional (artigo 103), evidenciando um dos mais célebres *constitutional features* do texto constitutivo.

Além dessa embrionária hierarquização do Direito Internacional, evidencia-se outra característica *sui generis* da Carta da ONU no que diz respeito à subordinação de terceiros Estados dela não-signatários. O artigo 2 (6) da Carta prevê que a ONU fará com que os Estados não-membros ajam de acordo com os princípios do artigo 2 em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e segurança internacionais. Além disso, o próprio artigo 103 aplicar-se-á em face de Estados não-membros da ONU, na medida em que obrigações assumidas em virtude da Carta têm hierarquia superior a tratados celebrados, inclusive, entre Estados não-membros das Nações Unidas. Tais dispositivos da Carta se aplicam a todos os Estados nacionais, de forma irrestrita, no que vem a ser uma exceção ao disposto no artigo 34 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969),

344. Artigo 103. No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.

que preceitua que “*um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento*”. O estabelecimento, pela Carta da ONU, de obrigações para terceiros sem o devido consentimento é elemento embrionário de verticalização da Carta da ONU e, de forma mais ampla, do próprio Direito Internacional contemporâneo, de modo que as relações internacionais não são mais exclusivamente empreendidas de forma exclusivamente horizontal.

Nesse mesmo sentido são as determinações do Conselho de Segurança, sob o amparo do Capítulo VII da Carta, em especial o artigo 39, quando prevê que o CSNU poderá adotar medidas com base nos artigos 41 e 42 a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais, o que inclui interrupção completa ou parcial das relações econômicas e dos meios de comunicação, bem como levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a “ação que julgar necessária” para resolver os conflitos. Tais dispositivos refletem uma certa erosão na regra do consentimento dos Estados em se vincular a normas internacionais, relativizando, em última instância, o próprio voluntarismo que fundamentava, antes de 1945, a obrigatoriedade do Direito Internacional. Desde a adoção da Carta das Nações Unidas, o voluntarismo não mais é suficiente para explicar a obrigatoriedade do Direito Internacional, raciocínio esse consistente com o artigo 53 da Convenção de Viena, celebrada em 1969.

A Carta da ONU é caracterizada, também, por sua perenidade, no sentido de perpetuidade e resistência aos tempos líquidos³⁴⁵ típicos da hodiernidade. É notável que a Carta da ONU prevê dispositivos de emenda, mas não de denúncia ou extinção – prática usual dos tratados internacionais gerais. Por isso, a Carta da ONU pretende-se eterna tal como as Constituições nacionais dos Estados³⁴⁶. Juridicamente, a cláusula de retirada não está prevista

345. Zygmunt Bauman.

346. Na prática, podem os Estados deixar de participar dos foros e discussões das Nações Unidas por razões específicas, mediante declaração unilateral, tal como o fez o governo da Indonésia que, por comunicado em 1965, anunciou a decisão de retirada das Nações Unidas. Por meio de telegrama, em 1966, anunciou-se a retomada da sua

na Carta da ONU, embora haja previsão de expulsão dos Estados-membros que violarem persistentemente os princípios da Carta, na forma do artigo 6, o que ocorreria por decisão da AGNU, mediante recomendação do CSNU. A inexistência de cláusula de denúncia é outro elemento de constitucionalidade.

O sistema de emendas à Carta da ONU, por sua vez, possui rito qualificado e subordina, inclusive, os Estados reticentes que não venham a concordar com eventual modificação do texto original. Prevê o artigo 108 que as emendas, uma vez adotadas pelos votos de 2/3 (dois terços) dos membros da AGNU e ratificadas de acordo com os respectivos métodos constitucionais também por 2/3 (dois terços), incluindo todos os membros permanentes do Conselho de Segurança, entrarão em vigor para todos os membros da ONU, inclusive aqueles que a rejeitaram ou se abstiveram no âmbito da AGNU, ou que não as tenham ratificado de acordo com o direito interno. Trata-se de outra redução do papel do consentimento estatal no direito internacional dos tratados, evidenciando uma crescente tendência de verticalização.

Não deve ser desmerecido o argumento doutrinário de que a nomenclatura de “Carta” atribuída ao documento constitutivo da ONU evidencia sua excepcionalidade perante os demais tratados do Direito Internacional. Para além de um documento que constitui uma organização internacional, a Carta revela-se instituidora de um contrato social entre os Estados, a partir do qual se debruçam as atuais tendências evolutivas do Direito Internacional, dentre as quais a institucionalização, a funcionalização, a humanização, a objetivação, a jurisdicionalização e a universalização³⁴⁷.

A “história constitucional” das Nações Unidas, gradualmente desenvolvida de 1945 até hoje, é argumento sustentado por autores como Bardo Fassbender e Otávio Augusto Drummond Cançado

regular participação.

347. Jorge Manuel Moura Loureiro de Miranda.

Trindade para referir-se ao fato de que grandes debates que têm influenciado a comunidade internacional – dentre os quais, o colonialismo e a autodeterminação dos povos, os direitos humanos, a discriminação racial, o direito do meio ambiente, o regime de armas nucleares, dentre outros –, foram todos, sem exceção, discutidos e negociados no seio da ONU, “fórum natural” para discussões de tal envergadura. De fato, nenhuma outra organização internacional detém maior competência ou legitimidade do que a ONU para lidar com temas de natureza global e que dizem respeito a um interesse público internacional. Trata-se, aqui, de mais um elemento de constitucionalidade da Carta decorrente da própria evolução dos órgãos e das instituições subsidiárias das Nações Unidas.

O conceito de “interesse comunitário”³⁴⁸ e de “interesse público internacional” é relativamente pouco explorado pela doutrina, em detrimento do “interesse público” interno dos Estados, pilar dos Direitos Constitucional e Administrativo. Tal como há, para os Estados nacionais, questões que dizem respeito a valores fundamentais para a manutenção da própria existência e preservação da sua soberania – defesa das áreas de fronteira, imigração, águas jurisdicionais, recursos naturais, propriedade privada e respeito às instituições, dentre outros –, há também, para a comunidade internacional dos Estados, valores considerados fundamentais, os quais encontram-se no cerne das preocupações soberanas, tais como meio ambiente, direitos humanos, preservação da paz e segurança internacionais, refugiados, terrorismo, *etc.* Trata-se dos interesses de ordem pública internacional, cuja consciência e valorização decorre da própria Carta da ONU, sobretudo quando considerados os princípios e objetivos nela delineados.

Por fim, não menos importante, está o argumento da universalidade. A ONU abrange, atualmente, a virtual totalidade dos Estados nacionais existentes, totalizando 193 Estados membros, além de ob-

348. Bruno Simma.

servadores permanentes (Estados não-membros, a exemplo da Santa Sé e do Estado da Palestina³⁴⁹, e organizações intergovernamentais) os quais, juntos, conformam a mais abrangente organização internacional já existente em toda a história das relações internacionais. Originariamente, foram 51 os Estados signatários da Carta, em 1945. Em 1955, o número havia aumentado para 76, com a adesão dos Estados de Israel (1949), Itália, Espanha e Portugal (1955), dentre outros. Com a adesão do Japão (1956), 17 Estados africanos recém-descolonizados (1960) e novos Estados recém-independentes no Oriente Médio (1971), dentre outros, a ONU atingiu 132 membros no início da década de 1970. Com a adesão das Alemanhas (1973), das ex-colônias portuguesas (1975) e dos antigos Estados soviéticos (1993), a ONU atingiu 189 Estados-membros na virada do milênio. Por fim, agregou a Suíça (2002), o Timor-Leste (2002), Montenegro (2006) e o Sudão do Sul (2011), atingindo os atuais 193 Estados-membros e refletindo a virtual totalidade de Estados nacionais.

A vocação universalista das Nações Unidas, conquistada gradativamente ao longo das últimas sete décadas, evidencia a natureza constitucional da Carta, dotando a organização de uma excepcionalidade sem precedentes no Direito Internacional das Organizações Internacionais. A admissão de novos membros deve ser efetivada por decisão da AGNU, mediante recomendação do CSNU (artigo 4 (2)), revestindo-se tal processo de uma roupagem bifásica. Todos os Estados supra citados internalizaram a Carta da ONU aos seus ordenamentos jurídicos internos, o que representa a aceitação universal na íntegra, e sem reservas, dos seus dispositivos.

A equiparação da Carta a uma Constituição decorre da noção de comunidade jurídica internacional dos Estados cada vez mais presente nos estudos acadêmicos de Direito das Relações Internacionais. Não obstante, o argumento de que a Carta veio a ser uma Constituição internacional faz da questão um verdadeiro “leito de

349. Resolução A/RES/67/19 da Assembleia-Geral (2012).

Procusto”, assim referido por Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade, na medida em que se procura enquadrar os dispositivos da Carta em um conceito ideal de Constituição, distorcendo por vezes a realidade com vistas a garantir a unidade teórica com medida única – daí a metáfora emprestada junto à mitologia Grega.

De qualquer forma, como afirma Fassbender, a Carta não é mero documento constitutivo das Nações Unidas, pois é também constitutivo da comunidade jurídica internacional pós-1945 como um todo. A comunidade de direito dela decorrente faz-se pautada pelas regras e valores previstos naquele documento normativo, limitando e regulando o comportamento individual e coletivo dos Estados. Nenhuma das OIs atuais pretendem-se em tal grau abrangentes e universais como a ONU, resultando na centralidade desta organização perante o sistema internacional dos Estados. Note-se que a expressão “comunidade internacional dos Estados” é previsto na Convenção de Viena de 1969, bem como já foi mencionada, por vezes, pela CIJ, tal como no Caso “*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica x Espanha)*”.

Há muitos na doutrina que defendem, ainda, que a Constituição da sociedade internacional não é representada, exclusivamente, pela Carta da ONU, mas por um conjunto de normas que podem, ou não, ser encontradas na Carta, incluindo normas costumeiras do Direito Internacional e as próprias normas imperativas – *jus cogens*, com previsão no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁵⁰.

Se, por um lado, Verdross e Simma consideram a Carta da ONU como a Constituição da comunidade internacional, outros como Tomuschat consideram que a Constituição da sociedade internacional vai além da própria Carta, incluindo também docu-

350. “Artigo 53 (..) Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

mentos de alta relevância pública internacional como os Pactos de Direitos Humanos de 1966, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e, dentre outros, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

De qualquer modo, a partir da premissa de que a sociedade internacional dos Estados é uma comunidade jurídica dos Estados, pautada pelo Direito Internacional, somada à premissa de que a Carta da ONU possui natureza constitucional, conforme os argumentos trazidos neste capítulo, o processo dedutivo silogístico resulta na tese de que se encontra em vigor uma **comunidade constitucional dos Estados**, tese essa ainda pouco debatida na doutrina, sem que isso implique afirmar a existência de um governo mundial – o qual, por sua vez, inexistente na atualidade. E para quem entenda que o conceito de Constituição aplica-se tão somente à ordem nacional dos Estados, esquecem-se que municípios, estados federativos e distritos federais têm, igualmente, suas próprias Constituições (denominadas Lei Orgânica, Constituição Estadual e Constituição Distrital, a depender da nomenclatura adotada pelos Estados), daí não ser possível argumentar pela impossibilidade de uma Constituição existir sob a égide jurídica internacional.

Por fim, afirmar que a Carta da ONU – por si só, ou em conjunto com outros documentos normativos de elevado interesse público comunitário – é a Constituição da sociedade internacional dos Estados não exclui a validade das críticas quanto aos déficits de legitimidade institucional e à ausência de freios e contrapesos no âmbito das Nações Unidas, assuntos a serem abordados no próximo capítulo.

CONCLUSÃO

Considerando que governança não é sinônimo de governo, a ONU pode ser interpretada como um **sistema constitucional rudimentar capaz de ser desenvolvido**, no futuro, em torno de uma sistema mais sólido e sofisticado. Por ora, no entanto, prevalece o

entendimento da Corte Internacional de Justiça no sentido de que a ONU não é um super-Estado³⁵¹, embora seja dotada de funções tipicamente governamentais. A ONU fotografa a sociedade internacional tal como ela é: imperfeita e desigual. Ao futuro pertence o aprofundamento institucional desse sistema de governança global sem precedentes na história.

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. The 'Federal Analogy' and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue. *EJIL* (1997) pp. 1-28

BATTINI, Stefano. *Il Diritto amministrativo oltre i confine*. Giuffrè Editore, 2008.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Comentário à Carta das Nações Unidas*. CEDIN, 2008.

CALL, Charles T. & COUSENS, Elizabeth M. *Ending Wars and Building Peace*. International Peace Academy, 2002.

CASINI, Lorenzo. *Beyond the State: the emergence of global administration*. *Global Administrative Law: The Casebook*. Third edition, 2012.

CASSESE, Così S. *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*. *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, pp. 331-57.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Organização das Nações Unidas no quadro da futura sociedade política mundial*. Reforma da ONU. FUNAG, 2009.

351. *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*. Advisory Opinion, 1949.

- CRONIN, Bruce. The two faces of the United Nations: the tension between intergovernmentalism and transnationalism. *Global Governance*, Lynne Rienner. Vol. 8, No. 1, 2002. pp. 53-71.
- DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*.
- FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter as Constitution of the International Community. *Bundeswehr University Munich*, 2009.
- GILPIN, Robert. *War and Change in World Politics*. New York: Cambridge University Press, 1981, p. 41-44.
- HABERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ed. Renovar, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. A Political Constitution for the Pluralist World Society? *Journal of Chinese Philosophy*, 2014.
- IKENBERRY, John G. *After Victory*. Princeton University Press, 2000.
- KATZENSTEIN, Peter J. *International Relations Theory and the Analysis of Change*. *Global Changes and Theoretical Challenges*. Lexington Books, 1989.
- KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 2006.

KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. STEWART, Richard B. The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, 2005. pp. 15-62.

MACDONALD, Ronald St. J. The Charter of the United Nations as a World Constitution. *International Law Studies*, vol. 75. *International Law Across the Spectrum of Conflict*. Michael N. Schmitt (Editor).

MENEZES, Wagner. Reforma da Organização das Nações Unidas: Perspectivas & Proposições a partir do Direito Internacional. Reforma da ONU. FUNAG, 2009.

MENEZES, Wagner. A ONU e o Direito Internacional Contemporâneo. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. FUNAG, 2007. pp. 325-342.

MOSLER, Hermann. The international society as a legal community. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 140, IV, 1974, p.18

PETERS, Anne. Global Constitutionalism Revisited. *International Legal Theory*, Vol. 11. 2005.

ROSENAU, James N. Thinking Theory Thoroughly. *The Scientific Study of Foreign Policy*, rev. ed. London: Frances Pinter, 1980, p. 19-31.

ROSENAU, James N. & CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge, 1992.

SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 250, VI, 1994, p. 230-233

SLAUGHTER, Anne-Marie. *Governing the Global Economy through Government Networks. Role of Law in International Politics*, 2000.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. TAVARES, Sergio Maia. *Direito interno e Direito internacional: integração sistemática*.

TRINDADE, Otávio Augusto Drummond Cançado. *A Carta das Nações Unidas: uma leitura Constitucional*. Del Rey Editora, 2012.

VERDROSS, Alfred. *The Constitution of the International Legal Community*, 1926.

PENAS CORPORAIS NA SHARIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO TRABALHO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS

Rafael Zelesco Barretto³⁵²

1. Introdução

O presente trabalho visa estudar a permanência de castigos corporais nos Estados muçulmanos, bem como sua justificativa na *Sharia*, ou lei islâmica. O primeiro capítulo compila dados acerca da aplicação destas penas nos diferentes países sob influência do Islã. Para isto, recorreu-se à rica documentação do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, particularmente aos relatórios elaborados no procedimento do Exame Universal Periódico. Trata-se de um diálogo institucional sobre a situação dos direitos humanos em todos os membros da ONU, realizado no âmbito do CDH. Neste Exame, ao qual todo país é submetido de três em três anos, todos os membros do Conselho (além de qualquer outro filiado à ONU que o deseje) podem questionar livremente os representantes do Estado examinado, tendo por base relatórios feitos por organizações da sociedade civil e pelas agências de direitos humanos da ONU. Este estudo compartilhará, pois, da base de informações do CDH.

A seção seguinte do trabalho examina as fontes da *Sharia* – tanto o Corão quanto a tradição da vida de Maomé, ou *Sunna* – em busca da justificativa interna para tais punições.

352. Mestre e doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor dos cursos de Direito e de Relações Internacionais do Centro Universitário Lasalle do Rio de Janeiro (Niterói). E-mail: < rafaelzb2010@gmail.com >.

Por fim, a seção 4 busca entrever as possibilidades de evolução da *Sharia* no tocante ao respeito do direito penal pelo corpo do criminoso. É preciso deixar claro de antemão que o texto se insere na área do direito internacional dos direitos humanos, não da teologia islâmica. Não cabe, portanto, apontar interpretações da lei islâmica que a harmonizem com os direitos fundamentais. Este é um debate que só pode ser conduzido dentro da tradição e da crença muçulmanas. O que se pretende é examinar se, e até que ponto, as fontes jurídicas da *Sharia* deixam margem para uma aplicação mais consentânea com os valores fundamentais da comunidade internacional.

2. As penas corporais no Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos

Ao analisar os Exames dos países islâmicos no Conselho de Direitos Humanos da ONU, nota-se que o catálogo de penas corporais que aplicam não é muito vasto, mas bastante vívido.

Na Arábia Saudita, segundo informes do Comitê Contra a Tortura, são formas legais de punição, expressamente sancionadas e aplicadas nos julgamentos, os açoitamentos públicos, a amputação de membros e a violência contra os olhos do acusado (*eye-gouging*, que pode causar a perda do órgão) (ACNUDH, 2008a, pag. 6; ACNUDH, 2013a, pag. 5). O Secretário Geral das Nações Unidas manifestou preocupação com o novo Código Penal iraniano de 2008, o qual admite as penas de morte, flagelação e amputação de membros. O Irã (ACNUDH, 2014a, pag. 4) e o Iêmen (ACNUDH, 2013d, pag. 7) também preveem a pena de lapidação para o adultério, assim como os estados nigerianos que adotam a *Sharia* (ACNUDH, 2013b, pag. 8). No Paquistão, manter uma relação sexual fora do casamento constitui conduta passível de punição por açoites (ACNUDH, 2012d, pag. 7). Punições físicas são comuns neste país (ACNUDH, 2012c, pag. 6). O mero encontro privado de um homem com uma mulher, caso não se trate de um casal, acarreta um ano de prisão no Iêmen, de acordo

com uma proposta de modificação ao Código Penal denunciada pela Anistia Internacional (ACNUDH, 2009a, pag. 5). Na Líbia, embora raramente aplicados na prática, castigos como flagelação e amputação estão previstos na legislação penal, inclusive a amputação cruzada (mão direita e pé esquerdo) para o crime de assalto em estradas (ACNUDH, 2015a, pag. 6). A situação é semelhante na Indonésia (ACNUDH 2012a, pag. 4), enquanto no Iêmen, tais penas são rotineiramente aplicadas (ACNUDH, 2013c, pag. 5). Já as Ilhas Maldivas exibem uma vasta gama de crimes puníveis através de açoitamento (ACNUDH, 2015b, pag. 5). O Irã também prevê a pena de crucificação em sua lei penal (ACNUDH, 2014c, pag. 3).

No Egito (ACNUDH, 2014b, pag. 6), na Indonésia (ACNUDH, 2012a, pag. 8) e no Paquistão (ACNUDH, 2012d, pag. 13), nota-se a previsão legal da pena capital para crimes de baixa gravidade e tipificação insuficiente, inclusive apostasia e blasfêmia. Já a Argélia reduziu recentemente, em seu Código Penal, o número de crimes passíveis de punição capital (ACNUDH, 2012b, pag. 6). O Marrocos, pelo contrário, aumentou a lista de tais delitos, porém mantendo a prática de comutar muitas das condenações à morte (ACNUDH, 2008, pag. 6). Ademais, o Irã (ACNUDH, 2009b, pag. 4) prevê que diversas punições corporais sejam públicas.

3. O direito penal na *Sharia*

3.1 Os crimes corânicos

Na *Sharia*, os chamados crimes *hudud* são entendidos como “direito de Deus”, isto é, meios pelos quais Deus impede que alguns comportamentos, abominados por Ele, sejam cometidos. (BADERIN, 2003, pag. 78; GIORDANI, 1985, pag. 290)

O primeiro é o furto: sua pena é a amputação da mão, conforme o versículo corânico: “Ao ladrão e à ladra, cortai as duas mãos em pagamento pelo que tiverem lucrado: um exemplo imposto por Deus. Deus é poderoso e sábio.” (5:38)

O segundo crime *hudud* é tipificado como rebelião, roubo armado ou assalto em estradas, que acarreta em uma das seguintes penas:

O castigo dos que fazem a guerra a Deus e a Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra é serem mortos ou crucificados ou terem as mãos e os pés decepados, alternadamente, ou serem exilados do país: uma desonra neste mundo e um suplício no Além. (5:33)

Há uma nota explicativa na edição oficial (aos cuidados do governo saudita) do Corão em português, especificando que o uso da pena de morte refere-se ao homicídio; a crucifixão corresponde à punição do crime de latrocínio; a amputação cruzada (mão direita e pé esquerdo) é aplicada ao assaltante que não mata; enquanto que o banimento castiga a tentativa. Partindo deste “tipo penal”, alguns juristas concluem que o homicídio simples também seria crime “*hudud*”. No entanto, nota-se que a letra do versículo é por demais ampla para afirmar isto com certeza. Mashood Baderin (2003, pag. 78) e Hashim Kamali (2008, pag. 190) não arrolam o homicídio entre os *hudud*.

Também parece haver uma controvérsia em relação ao alcance deste tipo penal pouco definido: segundo Baderin (2003) e Raymond Charles (1956, pag. 35), pune-se qualquer roubo armado. Para Hashim Kamali (2008, pag. 193), trata-se somente de roubo em estradas. Uma tradição muçulmana narra que tal versículo foi ditado por Maomé após a captura de um grupo que roubara alguns de seus camelos (SHIRAZI, [s.d.], cap. 36). Daí possivelmente a associação com o crime de assalto em estradas.

O terceiro crime *hudud* consiste no adultério ou fornicação, cujas penas são respectivamente morte por apedrejamento ou cem açoites. O adultério é a união carnal entre pessoas casadas (não entre si), ou entre um casado e um solteiro. Já a fornicação é a relação fora do casamento. O texto corânico assim dispõe: “2. À adúltera e ao adúltero,

açoitai a cada um deles com cem açoites. E que não vos tome compaixão alguma por eles, no cumprimento do juízo de Allah, se credes em Allah e no Derradeiro Dia. E que um grupo de crentes testemunhe o castigo de ambos.” (24:2) Aqui fica bem claro o entendimento dos crimes *hudud* como “direitos (subjativos) de Deus”, que decorreriam de uma ordem direta do Criador. É por esta razão que os juristas muçulmanos costumam defender a imutabilidade dos *hudud*.

Em relação ao adultério, que trai o vínculo conjugal, a punição correspondente – lapidação – também é fixa, porém não se encontra prevista no Corão, e sim na *Sunna*³⁵³, que inclusive revela uma inconsistência com o livro sagrado neste ponto. Entretanto, a punição prevista na tradição parece gozar da aceitação geral, vez que todos os juristas islâmicos concordam com tal solução (BADERIN, 2003, pag. 79). Isto apesar de o versículo corânico acima falar claramente em “adúltero”.

A quarta espécie de *hudud* é integrada pela falsa acusação de adultério, penalizada com oitenta açoites: “4. E aqueles que acusarem de adultério uma mulher honrada sem apresentar quatro testemunhas, castigai-os com oitenta açoites, e nunca mais lhes aceiteis o testemunho. São eles os depravados.” (24:4)

Este trecho reforça uma visão da mulher bastante comum no Corão: seu maior bem parece ser a castidade, que é apresentada de forma quase obsessiva em alguns trechos, e separada de outras virtudes que também seriam desejáveis.

Há duas outras condutas cujo lugar entre os crimes *hudud* é discutido: trata-se dos crimes de apostasia e de beber vinho.

3.2 A pena para a apostasia

Em relação à primeira, sua tipificação e pena não se encontram previstas no Corão da mesma forma que os demais *hudud*: os

353. “Stoning is in the Book of Allah for those who commit adultery, men or women when they are muhsan and when there is clear proof of pregnancy or a confession.” (IBN ANAS, [s.d.], 41:1-10)

versículos que tratam da apostasia são unânimes em descrever a ira e os castigos de Deus na vida futura – porém não impõem à comunidade dos crentes o dever de punir o apóstata. Relembre-se que os crimes *hudud* são expressões de direitos de Deus. Por isso é que estão expressos de modo tão claros no Livro. Ora, a apostasia, ainda que abominável para Maomé, não está prevista no Corão como um dos direitos de Deus face à *Umma*.

A base da condenação da apostasia e de sua pena (morte) está num *hadith*, supostamente pronunciado pelo profeta, constante da *Sunna*, cuja tradução para o inglês nos é fornecida por Baderin (2003, pag. 124): “*anyone who changes his religion, kill him*”. Outro *hadith* corre no mesmo sentido:

The blood of a Muslim who confesses that none has the right to be worshipped but Allah and that I am His Apostle, cannot be shed except in three cases: In Qisas³⁵⁴ for murder, a married person who commits illegal sexual intercourse and the one who reverts from Islam (apostate) and leaves the Muslims. (AL BUKHARI [s.d.], 9:83:17)

Muitos juristas, no entanto, encontram dificuldades em incluir tal conduta na categoria dos *hudud*, pois trata-se de uma tradição solitária, enquanto que o respaldo corânico (RIZVI, [s.d.]) é dúbio:

208. Ó vós que credes, submetei-vos a Deus e não sigais as pegadas do demônio: ele é vosso inimigo declarado. (2:208)

36. Não pertence a crente alguma e a crente alguma, quando Deus e Seu Mensageiro decidirem algo, escolher outra opção. E quem desobedecer a Deus e a Seu Mensageiro comete um erro manifesto. (33:36)

354. Retribuição.

Encontram-se, no entanto, diversos versículos mais receptivos à liberdade religiosa:

256. Não há compulsão na religião. Pois já se separou a verdade do erro. Quem rejeita Tagut, o rebelde³⁵⁵, e crê em Deus, ter-se-á assegurado a uma ansa que nunca quebrará. Deus ouve tudo e sabe tudo. (2:256)

108. Dize: Homens! Deus vos revelou a verdade. Quem a segue, é a si próprio que beneficia. E quem a rejeita, é a si próprio que prejudica. Não sou vosso tutor. (10:108)

An-Na'Im (2008, pag. 119) aponta alguns versículos corânicos no qual parece clara a possibilidade de apóstatas continuarem a conviver junto aos crentes:

137. Aos que creram, depois renegaram, depois creram e renegaram de novo e insistiram na renegação, Deus jamais perdoará, e Ele jamais os guiará para a senda da retidão.

138. Anuncia aos hipócritas que um doloroso castigo os aguarda.

[...]

143. Indecisos, mutáveis, não pertencem nem a uns nem aos outros. Aquele que Deus desencaminha, tu não o podes guiar. (4:137-144)

Também há uma tendência, na jurisprudência islâmica, em alargar o campo da apostasia, considerando como tal outros comportamentos que seriam ofensivos à religião. Tradicionalmente,

355. Satanás.

entendia-se que a apostasia poderia ocorrer de três modos: através de crenças (AN-NA'IM, 2008, pag.119), ações (SHIRAZI, [s.d.], cap. 31) e palavras (SHIRAZI, [s.d.], cap. 23). Entretanto, também existem versões mais elaboradas de apostasia, por comportamentos ambíguos e que se estendem para além do tradicional “renegar a fé”. Por exemplo, um clérigo iraniano do século XX, o aiatolá Shirazi, menciona que o ato de rasgar o Corão está contido no pecado de apostasia. Também alguns pecados graves, pelo fato de serem eventualmente cometidos em Meca, considerada cidade santa, ou contra a Caaba (o santuário presente em Meca) podem ser equiparados à apostasia. O aiatolá Shirazi [s.d., cap. 49] vai mais longe, e afirma:

Since disrespect of Qur'an is Harām and it is one of the necessities of faith if one wilfully tramples the Qur'an under his feet, or throws it in Najasat his action is evidently an act of disrespect of religion and denial of respect for Qur'an. In these circumstances this man is an infidel. It is allowed to spill his blood except that he confesses, that it was in a bout of anger and that he was not in his senses.

Abdullahi Ahmed An-Na'Im (2008, pag. 121) se preocupa com o fato de o pecado de blasfêmia (usar linguagem ofensiva contra a religião) ser considerado, por alguns estudiosos, como apostasia. Também a equiparação da heresia à apostasia é problemática, pois, para muçulmanos mais severos, heresia é qualquer manifestação externa da fé que não pareça suficientemente sincera. Tais conceitos indeterminados e vagos encorajam a manipulação e abuso do termo “apostasia”, e sua utilização para propósitos políticos (BIELEFELDT, 2000, pag. 177).

Ainda, Ann Elizabeth Mayer (1999) denuncia que os aderentes da religião Baha'i no Irã e da seita muçulmana Ahmadita no

Paquistão sofrem perseguição oficial por conta de uma interpretação elástica das disposições sobre apostasia. Porém, sua rotulação como apóstatas apresenta legitimidade dúbia, por ter sido veiculada através de uma ordem presidencial do governo paquistanês em 1984 (PAQUISTÃO, 1984).

3.3 O delito de ingestão de álcool

O último crime considerado *hudud* é a ingestão de bebidas alcoólicas. A proibição está prevista nos seguintes versículos do Corão, os quais se encontram listados na ordem em que foram ditados:

43. Ó vós que credes, não vos aproximeis da oração enquanto ébrios, até que saibais o que dizeis. (4:43)

219. Interrogar-te-ão sobre o vinho e os jogos de azar. Responde: ‘Neles, há culpa grave e alguma utilidade para os homens. Mas neles, a culpa é maior que a utilidade.’ [...] Assim Deus esclarece Suas revelações. Quiçá reflitais. (2:219)

90. Ó vós que credes, o vinho, os jogos de azar, os ídolos e as flechas da adivinhação são obras repugnantes do demônio. Evitai-os. E possais prosperar!

91. O que o demônio quer é introduzir o ódio e a inimizade entre vós por meio do vinho e dos jogos de azar e vos desviar da recordação de Deus e da prece. Não vos absteréis deles? (5:90-91)

Repare-se que a proibição foi instituída de modo progressivo: Num primeiro momento, o Corão só recrimina os que participarem da oração em estado de embriaguez. A seguir, foi ditado o versículo sobre o mal da bebida ser maior do que o seu bem, com o que se buscava conscientizar os crentes para que se dispusessem a abrir

mão de tal prazer. Por fim, chegou-se à proibição drástica, na qual o álcool é identificado com a obra demoníaca.

Nota-se, entretanto, que a ingestão de bebidas alcoólicas não aparece como um crime com pena prevista. A proibição possui mais o caráter de recomendação. Hashim Kamali (2008, pag. 191) não considera o consumo de álcool como crime *hudud*, nem tampouco a apostasia, pois a pena não está indicada no Corão como nos demais crimes. Já Baderin (2003, pag. 79) explica que a maioria dos juristas classifica a embriaguez como *hudud* (logo, tendo pena fixa), enquanto que outros a consideram um crime do tipo *ta'zir* (cuja quantificação da punição é deixada a cargo do juiz). Para os primeiros, a punição está prevista na *Sunna*, e comporta quarenta ou oitenta açoites, dependendo da escola jurídica (ABIAD, 2008).

No seio do Conselho de Direitos Humanos da ONU, entretanto, não foram encontradas reclamações dirigidas aos Estados islâmicos por conta desta proibição. Muito provavelmente, a previsão de penas tão drásticas teve por efeito impossibilitar o comércio e distribuição de tais bebidas nos países que dizem aplicar a *Sharia*, diminuindo com isso o número de ocorrências.

4. Possibilidades de evolução dos aspectos penais da *Sharia*

A previsão destas penas, embora chocante no século XXI, se insere plenamente no contexto histórico da elaboração do Corão e da *Sunna*. É correto afirmar que tais castigos (açoitamento, exílio, amputação, crucificação, apedrejamento e morte) não destoavam da prática comum à época e ao lugar da compilação do Livro. Na realidade das sociedades nômades e das pequenas cidades de negociantes como Meca e Medina, os crimes possuíam um efeito desagregador incomparavelmente maior que os delitos hoje em dia. Além disso, os meios de investigar um crime e encontrar o criminoso eram extremamente falhos, e não havia autoridade pública

encarregada de julgar ou punir eventuais perpetradores. Portanto, a ameaça da pena corporal não parece muito afastada da proporcionalidade que hoje se recomenda ao legislador penal.

No contexto da Arábia do século VII, o advento do Islã causa uma mudança positiva neste tema. Pois a pena, que anteriormente era deixada ao livre arbítrio da vítima ou de sua família, agora passa a estar limitada pela gravidade do dano causado (Talião), conforme uma prescrição expressa do Corão³⁵⁶, e por prescrições morais e genéricas recomendando a moderação e a paciência. Também se personaliza a pena, impedindo a vingança sobre a família ou tribo do ofensor – esta recairá somente sobre o agressor ou sua propriedade.

As penas dos crimes *hudud*, expressamente previstos na *Sharia*, foram impostas de acordo com a gravidade dos crimes. Para isto, é evidente que foram consideradas as circunstâncias concretas da época. Por exemplo, o crime de assalto em estradas revestia-se de caráter tão reprovável que era o único delito para o qual se utilizava a pena de crucifixão – enquanto um homicida poderia até mesmo ser perdoado, caso a família da vítima aceitasse suas desculpas. O maior desvalor do primeiro delito relaciona-se com seu maior estigma social, eis que o saque de caravanas poderia condenar uma tribo inteira à falta de suprimentos, ou desencorajar o comércio intertribal e até internacional, que na Arábia medieval era indispensável ao modo de vida organizado.

Da mesma forma, o crime de apresentar uma falsa acusação de adultério contra mulher casta tinha sua razão de ser à época: num ambiente que desvalorizava e oprimia o sexo feminino, essa previsão deve inclusive ser louvada como carregada de bom senso. Caso não houvesse previsão deste tipo de *hudud*, qualquer marido malicioso poderia livrar-se de uma mulher simplesmente testemunhando falsamente sobre seu comportamento. A pena de oitenta açoites desencorajava, em primeiro lugar, o abuso contra as mulhe-

356. "126. Se tiverdes de vos vingar, vingai-vos na medida em que fostes agredidos. E se tolerardes com paciência, melhor será para vós." (16:126)

res, que o Islã mantinha em situação submissa – logo, mais vulnerável. Ainda, protegia-se a veracidade no convívio social – hoje, nas sociedades de massa, não é necessário que a mentira seja punida pelo Estado, ao passo que em uma tribo o potencial desagregador de uma mentira não deve ser subestimada.

Já as disposições em relação ao apóstata eram compreensíveis no contexto da primitiva sociedade islâmica, na qual a religião pessoal conduzia invariavelmente a uma postura política, favorável ou não ao governo de cada sociedade. Com efeito, a oposição religiosa encontrada por Maomé ao início de sua pregação em Meca não demorou para tornar-se política, forçando seu exílio em Medina em 622.

Outro crime para o qual a *Sharia* prevê uma punição forte é o estupro, punido com o apedrejamento do ofensor (BARRETTO, 2004, pag. 32). É evidente que as comunidades muçulmanas não contavam, em suas origens, com possibilidades reais de segregar o criminoso para apostar em sua reabilitação, dadas suas características tribais, seminômades e familiares. Por fim, pode-se argumentar com certo grau de razão que existem sociedades (e o contexto da elaboração do Corão mostra ter sido a sociedade árabe uma delas) nas quais a violência é, por vários motivos (em geral ligados à sobrevivência), mais aceitável, com menor influência sobre a coesão social. Portanto, a aplicação de uma pena de tamanha crueldade por todos os homens da tribo nem sempre representava algo desproporcional.

Desta forma, podemos ver como os crimes previstos de modo especial no Corão constituíam uma resposta da nova religião a problemas efetivos que ameaçavam a vida dos árabes à época da elaboração do livro sagrado. Evidentemente, esses problemas não permaneceram os mesmos na sociedade contemporânea: num Estado superpopuloso, como o são quase todos os países modernos, a mentira já não causa, por si, uma ruptura social. O roubo em estradas não causa danos particularmente sensíveis à economia das cidades. E a mudança de religião não acarreta uma atitude de con-

fronto ao Estado, como ocorria quando Maomé lutava para ensinar a seus discípulos o caminho de Deus. Havendo mudado as circunstâncias de forma tão drástica, não parece necessário seguir ao pé da letra as disposições penais específicas do Corão. O modo como elas serão harmonizadas com as exigências do século XXI, no entanto, é uma discussão que deve ser travada no interior das sociedades muçulmanas. O que se intenta neste texto é apresentar as possibilidades e exigências de mudança que estão latentes na *Sharia*.

No campo do direito penal islâmico, Nisrine Abiad (2008, pag. 25) fornece numerosos exemplos que só ratificam como a interpretação é parte necessária na aplicação da *Sharia*: a pena para o crime de beber vinho foi definida num *hadith* atinente à vida do profeta Maomé, que puniu um homem que havia perpetrado tal conduta com 40 chibatadas. Mais tarde, porém, o segundo califa Omar prescreveu o número de 80 açoites, em uma analogia com o crime de falsa acusação de adultério, pois quem toma álcool pode embriagar-se, e, conseqüentemente, tenderá a dizer mentiras com muita facilidade (IBN ANAS, [s.d.], 42:2). Hoje, a escola xafeíta pune tal ato com 40 golpes, enquanto as outras escolas seguem a tradição de Omar, aplicando 80 chibatadas. Alguns clérigos xiitas recomendam uma escala nas punições relativas aos reincidentes, alcançando inclusive a pena de morte.

Além disso, o crime de *zina*, relação sexual extramarital, também necessita certa dose de interpretação – ainda que os juristas se arrisquem a ingressar em terreno indecoroso – de forma a definir que tipo de ato, dentre os vários tipos de condutas sexuais, constitui exatamente o tipo penal integrante do Corão (ABIAD, 2008, pag. 24).

O aparentemente simples crime de furto, para o qual a pena é a amputação da mão, também exige uma instância interpretativa, pois o texto do Corão permite interpretações exigindo o corte de uma ou

das duas mãos³⁵⁷. Os juristas fixaram requisitos mínimos para que um ato seja considerado furto punível de acordo com o *hudud*. Estes são: o objeto deve ser tirado de modo subreptício; deve tratar-se de bem móvel; o agente não pode estar na posse do bem; a coisa roubada deve estar em local fechado ou vigiado. Tais requisitos não estão presentes no versículo corânico que torna o furto uma espécie de *hudud*, e sua fundamentação na *Sunna* é discutida. Algumas das especificações feitas pelas diversas escolas jurídicas incluem (ABIAD, 2008, pag. 23): o valor do bem roubado deve equivaler a, no mínimo, 8,91 gramas de prata ou 1,06 gramas de ouro (escolas malequita e xiitas) ou 29,7 gramas de prata (escola hanafita); a pena não será aplicada para roubo de comida perecível (escola hanafita); na execução da pena, só se amputará quatro dedos, eis que o polegar e a palma da mão são necessários para as orações (xiitas); quando algo é roubado de uma casa, o bem deve ser completamente retirado da casa para caracterizar o crime *hudud* (IBN ANAS, [s.d], 41:31). Vale ressaltar a existência de uma tradição islâmica a qual refere que Omar, o segundo califa, determinou que, em épocas de fome e extrema necessidade, a pena de amputação da mão imposta a ladrões não fosse aplicada (BIELEFELDT, 2000, pag. 168).

Também se discute sobre a extensão em que o arrependimento evitaria a punição. Em relação a este último elemento, vale trazer à baila uma interessante observação de Hashim Kamali (2008, pags. 190-194). Este professor malaio observa que todos os versículos corânicos que prescrevem algum crime *hudud* com sua pena são imediatamente seguidos por outro verso admitindo a remissão da pena pelo arrependimento. Realmente, é o que ocorre no caso do furto:

38. Ao ladrão e à ladra, cortai as duas mãos em pagamento pelo que tiverem lucrado [...]

357. Cf. versões do Corão arroladas ao final do texto.

39. Quem se arrepender e se emendar após cometer uma prevaricação, por Deus será perdoado. Deus é clemente e misericordioso. (5:38-39)

Também para assalto em estradas:

33. O castigo dos que fazem a guerra a Deus e a Seu Mensageiro e semeiam a corrupção na terra é serem mortos ou crucificados ou terem as mãos e os pés decepados, alternadamente, ou serem exilados do país: uma desonra neste mundo e um suplício no Além,

34. Com a exceção daqueles que se arrependem antes de serem dominados por vós. Deus é perdoador e misericordioso. (5:33-34)

E tanto para o adultério quanto para sua falsa comunicação:

2. A adúltera e o adúltero, castigai cada um deles com cem açoites; e não tendes pena deles na religião de Deus se credes em Deus e no último dia. E que um grupo de crentes assista ao castigo.
[...]

4. E aqueles que acusarem de adultério uma mulher honrada sem apresentar quatro testemunhas, castigai-os com oitenta açoites e nunca mais lhes aceiteis o testemunho. São eles os depravados,

5. Exceto os que se arrependem e se emendam. Deus é perdoador e misericordioso. (24:2-5)

Portanto, a conclusão de Kamali possui um certo peso: diante das disposições em sentido contrário previstas logo abaixo dos versos penalizantes, o resultado é um espaço de liberdade conferi-

do ao juiz, que aplicará a pena que entender melhor. Nada parece impedir, então, o estabelecimento, pelo Estado, de leis penais que regulem adequadamente a questão, visando auxiliar o juiz e dotá-lo de parâmetros para suas decisões.

Bielefeldt (2000, pag. 169) dá nota de uma tendência encontrada em diversos governos e cursos de direito islâmicos, de manter a “validade teórica” da pena, questionando, contestando ou até dificultando sua aplicabilidade. As penas dos crimes *hudud* são, então, consideradas de modo análogo, como uma expressão gráfica da reprovabilidade dos atos penalizados. Mesmo os países que dizem aplicar tal aspecto da *Sharia* costumam impedir tacitamente sua execução, diminuindo os prazos prescricionais, dificultando a comprovação dos crimes e restringindo a interpretação dos tipos penais em questão. Outro modo de diminuir a aplicabilidade dos *hudud* é apoiando-se nos tribunais recursais (nos quais a influência do governo costuma ser maior) para cassar as sentenças de primeira instância, em geral aproveitando-se de falhas formais ou de comprovação (vista como) deficiente (ACNUDH 2008b, pag. 4).

Conclusão

Ao fim destas páginas, vale reforçar a utilidade do Exame Universal Periódico do Conselho de Direitos Humanos da ONU para prover a comunidade internacional de subsídios fáticos que permitem ter um panorama relativamente acurado do respeito ao indivíduo nos diversos Estados.

Em relação às penas corporais na *Sharia*, a primeira conclusão a que se pode chegar refere-se ao uso, frequentemente espúrio, de termos islâmicos por governos autoritários desejosos de criminalizar minorias ou dissidentes. O delito de apostasia, cuja presença entre os crimes *hudud* sequer é consenso na comunidade muçulmana, mas é ativamente combatido por governantes despóticos, é ilustrativo a respeito.

Em segundo lugar, nota-se que a *Sharia* não arrola crimes e penas de modo aleatório, mas obedecendo à lógica adequada para a sociedade árabe do século VII, quando Maomé ditou o Corão. Há uma racionalidade por trás dos crimes *hudud*, a qual não é de difícil compreensão uma vez que se decida por uma análise histórica dos versículos.

Em seguida, é preciso atenção para o fato de que as próprias sociedades islâmicas já se encarregaram, através dos séculos, de promover mudanças tácitas em sua aplicação das disposições penais da *Sharia*.

Por fim, ressalte-se que, assim como a aplicação criminal da *Sharia* evoluiu, acompanhando a marcha da comunidade islâmica do século VII à modernidade, ela possui capacidade de prosseguir evoluindo.

Referências:

ABIAD, Nisrine. **Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: a Comparative Study**. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008.

ACNUDH. Documento **A/HRC/WG.6/1/MAR/2**, de 31.03.2008. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>. Acesso em: 01.10.2016.

_____. Documento **A/HRC/WG.6/4/SAU/2**, de 20.11.2008. [2008a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/4/NGA/3**, de 27.11.2008. [2008b]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/5/YEM/3**, de 19.02.2009. [2009a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/7/IRN/3**, de 30.11.2009. [2009b]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/13/IDN/3**, de 09.03.2012.
[2012a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/13/DZA/2**, de 23.03.2012.
[2012b]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/14/PAK/3**, de 26.07.2012.
[2012c]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/14/PAK/2**, de 13.08.2012.
[2012d]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/4/SAU/3**, de 24.07.2013. [2013a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/17/NGA/3**, de 31.07.2013.
[2013b]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/18/YEM/3**, de 07.11.2013.
[2013c]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/18/YEM/2**, de 11.11.2013.
[2013d]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/20/IRN/3**, de 07.08.2014.
[2014a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/20/EGY/3**, de 08.08.2014.
[2014b]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/20/IRN/2**, de 18.08.2014.
[2014c]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/22/LBY/3**, de 23.02.2015.
[2015a]

_____. Documento **A/HRC/WG.6/22/MDV/3**, de 02.03.2015.
[2015b]

ALCORÃO. Tradução de Mansour Challita. Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, [1977].

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. **Islam and the secular State: negotiating the future of Shari'a**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

BADERIN, Mashood A. **International human rights and Islamic law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? *In*: BALDI, César Augusto. **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: ed. Unisinos, 2000.

CHARLES, Raymond. **Le droit musulman**. 6. édition. Paris: PUF, 1956.

GIORDANI, Mário Curtis. **História do mundo árabe medieval**. Petrópolis: Vozes, 1985.

HOLY QUR'AN. Tradução inglesa de M.H.Shakir. Nova York: Tahrike Tarsile Qur'an, 1983. Disponível em: < <http://quod.lib.umich.edu/k/koran/> > . Acesso em: 09.09.2016.

IBN ANAS, Imā Malik. **Al-Muwatta**. Disponível em: < <http://ahadith.co.uk/maliksmuwatta.php> > . Acesso em: 10.09.2016.

KAMALI, Mohammad Hashim. **Shari'ah law: an introduction**. Oxford: One world, 2008.

KORAN. Tradução francesa de M.Savary. Paris: Librairie Garnier Frères, 1883.

MAYER, Ann Elizabeth. **Islam and human rights: Tradition and politics**. 3rd edition. Boulder, Colorado: Westview Press, 1999.

NOBRE ALCORÃO. Tradução de Helmi Nasr. Medina: Complexo do Rei Fahd para Imprimir o Alcorão Nobre, [2005 ou 2006].

REPÚBLICA ISLÂMICA DO PAQUISTÃO. Decreto [s.n.] de 1984. Lei paquistanesa contra os ahmaditas. Disponível em: < <http://www.thepersecution.org/50years/paklaw.html> > . Acesso em: 01.10.2016.

RIZVI, Sayyid Muhammad. **Apostacy in Islam**. Disponível em: < <http://www.al-islam.org/organizations/aalimnetwork/msg00529.html> > . Acesso em: 16.09.2011.

SAHIH AL-BUKHARI. [coleção de episódios da vida de Maomé.] Disponível em <http://www.usc.edu/schools/college/crcc/engagement/resources/texts/muslim/hadith/bukhari/023.sbt.html#002.023.475>, acesso em 10.10.2016.

SHIRAZI, Aiatolá Abdul Husayn Dastaghaib. **Greater sins: the complete book**. Bombaim: Islamic Study Circle [19—]. Disponível

em: < http://www.al-islam.org/greater_sins_complete/ > .
Acesso em: 15.09.2016

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75 g/m².
