

TEMAS AVANÇADOS DE
DIREITO INTERNACIONAL
E DIREITOS HUMANOS

FICHA CATALOGRÁFICA

T278 Temas avançados de direito internacional e direitos humanos / organizador,
Paulo Augusto de Oliveira. – Salvador : Faculdade Baiana de Direito, 2016.
267 p.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-62756-53-5.

1. Direito internacional. 2. Direitos humanos. I. Oliveira, Paulo Augusto
de. II. Título.

CDD 341

Ficha catalográfica elaborada por Ivanildes Sousa CRB 5/1477.

PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA (ORG.)

Advogado em Direito Público. Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre e Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal.
Professor da Faculdade Baiana de Direito.

TEMAS AVANÇADOS DE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

Salvador
2016



Editoração eletrônica:

Carla Piaggio, Thalita Amorim | contato@carlapiaggio.com.br

Capa:

Amanda da Silva Gonçalves

Conselho Editorial:

Fredie Didier Júnior,
Gamil Föppel El Hireche,
Valton Pessoa,
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,
Nestor Távora,
Rodolfo Pamplona Filho,
Maria Auxiliadora Minahim.

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

Copyright: Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

SUMÁRIO

DIREITO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

ODIREITOÀGOVERNANÇADEMOCRÁTICANODIREITOINTERNA- CIONAL: ENTRE UMDIAGNÓSTICO, UMAPREVISÃO E SUA CONSO- LIDAÇÃO..... 13

Adriane Sanctis de Brito

1. Introdução 13
2. O diagnóstico de Thomas Franck 14
3. Os atuais sinais da democracia no Direito Internacional 18
4. Considerações finais: a consolidação de uma previsão? 28
6. Referências 29

CAPÍTULO II

DIREITOINTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO E TRIBU- NAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL: A RADICALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A TRANSCENDENTALIZAÇÃO DA ORIGEM DO ESTATU- TOS JURÍDICO-POLÍTICOS NACIONAIS 33

Arthur Roberto Capella Giannattasio

1. Introdução 33
2. A proposta tunisiana de criação de um TCI 39
3. Autodeterminação dos povos no sistema ONU 43
4. A autodeterminação dos povos interna e a definição do estatuto político entre
imanência e transcendência 48
 - 4.1. O pensamento político de Claude Lefort e a radicalização da política 48
 - 4.2. A autodeterminação dos povos politicamente radicalizada: a ênfase na ima-
nência da origem do direito e do poder 51
5. Constitucionalismo global e o desvio de rota do direito internacional público 53
 - 5.1. Os limites de um tribunal constitucional internacional: a transcendência da
origem do estatuto jurídico-político de um povo 53
 - 5.2. A hipostasiação institucional do direito internacional público e o enfraqueci-
mento de sua força normativa 57
6. Conclusão 62
7. Referências 63

CAPÍTULO III

UM LEGADO DA DÍVIDA ODIOSA: O DIREITO À EQUIDADE ECONÔ- MICA INTERGERACIONAL 69

Douglas Antônio Rocha Pinheiro

1. Uma carta ainda atual 69

2. Uma carta de crédito odiosa.....	71
3. Uma carta de pai para filho	74
4. Uma carta-proposta.....	77
5. Referências.....	80

CAPÍTULO IV

CODIFICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL 83

Francisco Antônio de M. L. Ferreira de Almeida

1. Introdução	83
2. Objectivos e efeitos da codificação do direito internacional	86
3. Codificação e desenvolvimento progressivo no direito internacional penal.....	91
3.1. A obediência a ordens superiores.....	96
3.2. Crimes contra a humanidade, genocídio e terrorismo	100
4. Bibliografia	108

CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO COMO NORMAS DE *JUS COGENS*: NÓTULAS INTRODUTÓRIAS 111

Paulo Augusto De Oliveira

1. Introdução	111
2. <i>Jus cogens</i>	112
2.1. <i>Jus cogens</i> : evolução e normatização	113
2.2. Consequências jurídicas da violação do <i>jus cogens</i>	116
3. Corrupção.....	116
3.1. Corrupção e direitos humanos	117
3.2. O princípio anticorrupção no ordenamento jurídico internacional	118
3.2.1. Convenção Interamericana contra a corrupção de 1996.....	119
3.2.2. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003	119
4. O princípio anticorrupção como normas de <i>jus cogens</i>	121
4.1. A consagração do princípio anticorrupção como norma de <i>jus cogens</i> de acordo com a Convenção de Viena de 1969.....	121
4.2. O princípio anticorrupção e seu relacionamento com os direitos humanos	122
4.3. A positivação do princípio anticorrupção como norma de <i>jus cogens</i> : interpretação e colisão de direitos	123
5. Considerações finais.....	124
6. Referências.....	125

CAPÍTULO VI

ESTADOS EMERGENTES E A SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS NATURAIS..... 129

Saulo José Casali Bahia

SUMÁRIO

1. Introdução	129
2. Primeiro movimento: realismo	129
3. Segundo movimento: globalismo	132
4. Terceiro movimento: pluralismo	133

DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO VII

PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO PELO DIREITO INTERNACIONAL: *JUS COGENS* E O CASO FAZENDA BRASIL VERDE..... 137

Danielle Annoni e Mônica Duarte

1. Considerações iniciais.....	137
2. Conceito de <i>jus cogens</i> e a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados.....	139
3. <i>Jus cogens</i> e obrigações <i>erga omnes</i>	142
4. Proibição da escravidão no direito internacional contemporâneo e o caso fazenda Brasil Verde.....	144
5. Considerações finais.....	147
6. Referências.....	147

CAPÍTULO VIII

LEIS DE AUTOANISTIA E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL: UM CONTRIBUTO A PARTIR DA ANÁLISE DOS CASOS *BARRIOS ALTOS VS. PERU* E *GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL* 149

Gabriel Prado Leal

1. Apresentação	149
2. O sistema americano de proteção aos direitos humanos.....	151
3. O <i>leading case</i> : Barrios Altos vs. Peru (2001).....	153
3.1. Contexto histórico peruano: a era Fujimori	153
3.2. O massacre de Barrios Altos e o processo na Corte Interamericana de Direitos Humanos	156
4. O caso mais recente: Gomes Lund e Outros vs. Brasil (2010)	159
4.1. Contexto histórico brasileiro: da ditadura à redemocratização	159
4.2. A guerrilha do Araguaia e o processo na Corte Interamericana	163
5. Análise comparativa: o caso peruano e o caso brasileiro.....	166
5.1. Ditadura e estado de crise	166
5.2. O inimigo interno e o seu combate pelo estado	168
5.3. A validade das leis de auto-anistia e a jurisprudência (vinculativa) da Corte Interamericana de Direitos Humanos	171
6. Conclusões	175
7. Referências.....	176

CAPÍTULO IX

DIREITOS HUMANOS: O MITO DA UNIVERSALIDADE..... 179

Geovane de Mori Peixoto

1. Introdução	179
2. Aportes conceituais sobre direitos humanos	180
3. Os direitos humanos e sua suposta universalidade	185
4. A crítica ao mito da universalidade dos direitos humanos	192
5. A afirmação dos direitos humanos por intermédio da interculturalidade.....	195
6. À guisa de conclusão	198
7. Referências.....	198

CAPÍTULO X

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA CENTRALIDADE DA PESSOA TRAFICADA 201

Giovanna Maria Frisso

1. Introdução	201
2. A responsabilidade internacional do Estado em casos de tráfico internacional de pessoas.....	205
3. O dever de investigar e o dever de julgar as violações de direitos humanos resultantes do tráfico internacional de pessoas	207
3.1. O Protocolo de Palermo como instrumento processual de defesa dos direitos humanos	214
4. O direito à reparação dos danos sofridos pela pessoa traficada	217
5. Conclusão.....	221
6. Referências.....	221

CAPÍTULO XI

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM RUANDA: OS CAMINHOS PARA A RECONCILIAÇÃO..... 225

Karine de Souza Silva e Cristina Prachthäuser Fusinato

1. Considerações preliminares	225
2. Breve contextualização do conflito em Ruanda.....	226
3. Justiça de transição em Ruanda	230
3.1. Mecanismos externos.....	232
3.2. Mecanismos internos	237
4. Avanços e desafios do modelo híbrido de justiça de transição ruandês.....	241
5. Considerações finais.....	247
6. Referências.....	249

SUMÁRIO

CAPÍTULO XII

AS COMISSÕES INTERNACIONAIS DE INQUÉRITO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS 253

Otávio Cançado Trindade

1. Introdução	253
2. Antecedentes históricos: o inquérito como instrumento de conciliação e arbitragem.....	255
3. As comissões de inquérito nas organizações internacionais	258
3.1. Operações de manutenção da paz e apuração de fatos.....	258
3.2. Responsabilização individual por meio de comissões de inquérito	259
3.3. A comissão de inquérito para a Líbia e a não renovação de seu mandato.....	263
4. Considerações finais.....	265
5. Referências.....	266

DIREITO INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

O DIREITO À GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NO DIREITO INTERNACIONAL: ENTRE UM DIAGNÓSTICO, UMA PREVISÃO E SUA CONSOLIDAÇÃO

Adriane Sanctis de Brito¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. O diagnóstico de Thomas Franck — 3. Os atuais sinais da democracia no direito internacional — 4. Considerações finais: a consolidação de uma previsão? — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em uma obra não tão conhecida quanto outras de sua autoria, Thomas Franck cunhou o termo *emerging right to democratic governance*, em 1992, para retratar um fenômeno que observava em âmbito internacional. Ele enxergava uma crescente preocupação com valores ditos democráticos e um uso recorrente do termo *democracia* como forma de demonstração de legitimidade. Para o autor, estavam traçados ali os primeiros indícios de um próprio direito à governança democrática.

Ainda que tenha sido o autor da obra que viria a fundar a preocupação com a democracia na literatura do direito internacional, Thomas Franck não foi o único a falar em uma legitimidade democrática. Imediatamente após o fim da Guerra Fria, algo como um princípio de legitimidade democrática foi registrado na doutrina por vários autores não só americanos, como também europeus. Ainda que tenham sido mais cautelosos em adotar um pensamento como o de Thomas Franck, os autores europeus defenderam que a ordem jurídica internacional estava pelo menos mais propícia (ou suscetível) ao princípio da democracia². Com esses debates, ainda que tenha passado por discussões acerca do escopo e conceitualização da democracia, ganhou peso a ideia de que o direito internacional contemporâneo estabelece alguns requisitos para uma *origem democrática* do poder no âmbito nacional.

1 Mestre em Direito Internacional e doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisadora em Direito Global e Desenvolvimento na Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

2 D'ASPREMONT, Jean. 1989-2010: The Rise and Fall of Democratic Governance in International Law. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, v. 3, 3 Sept. 2010. Oxford: Hart Publishing, 2011. p. 1.

Fica então em aberto a questão se houve, nos anos posteriores a esses estudos, uma real apropriação pelo direito internacional de tais valores democráticos. A forma como a democracia apareceu ao longo dos anos nas fontes de direito internacional e em suas aplicações pode ajudar a demonstrar o grau de expansão dessas ideias e sua própria adoção pelos Estados. Ainda, à parte de uma avaliação sobre essa expansão, cabe refletir sobre seus limites enquanto valores: até que ponto a consolidação da democracia como forma de legitimidade no direito internacional pode garantir as melhorias que normalmente são ligadas aos valores democráticos?

Para se inserir nessa reflexão, primeiro exploraremos o diagnóstico de Thomas Franck sobre um direito à governança democrática que estaria emergindo internacionalmente a partir da década de 1990. Em seguida, faremos um balanço de quais elementos de promoção da democracia são encontrados no direito internacional a partir dos anos 2000. Finalmente, traremos um balanço entre o diagnóstico e a previsão de Thomas Franck diante das consolidações de elementos democráticos nas fontes e práticas internacionais.

2. O DIAGNÓSTICO DE THOMAS FRANCK

Nos anos 1990, Thomas Franck traçou quatro ideias em quatro obras, que, segundo David Kennedy, “capturaram o melhor espírito da imaginação do direito internacional no fim do século vinte”³. O encaixe dessas ideias traz um quadro de como pensar as relações entre legitimidade, justiça e democracia nas construções do direito internacional.

O primeiro livro de Franck tratava sobre o poder da legitimidade, *The Power of Legitimacy Among Nations* (1990), uma extensão, em muitos aspectos, do que tinha sido o *How Nations Behave* de Louis Henkin, também da Escola de Manhattan⁴. O livro abordava a tão discutida questão de que muitas teorias de direito e de ciência política imputam à sanção um papel central na motivação de cumprimento do direito internacional⁵. Por essa visão, não seria provável que o direito

3 KENNEDY, David. Tom Franck and the Manhattan School. *International Law and Politics*, v. 35, 2003. p. 429. Tradução nossa.

4 “Escola de Manhattan” se refere ao pensamento construído por autores da New York University, dos Estados Unidos. Fala-se em “Escola de Manhattan” em oposição à “Escola de Yale”, dois dos maiores polos de pensamento do direito internacional e ciência política (Ibid., loc. cit.). “The key to modern humanitarianism about war is the idea of *legitimacy*” [...] Humanitarianism has come to control the use of force by affecting the attitudes of publics whose feedback will be relevant to the calculations of military necessity and proportionality. International humanitarianism about war is furthered both when the military pays attention to the CNN audience and when the vocabular of the CNN audience is realistic, as understood from the perspective of the military planner. The goal is harmonic converge between the military and humanitarian sensibility” (Ibid., p. 430).

5 HATHAWAY, Oona A.; KOH, Harold Hongju. *Foundations of International Law and Politics*. New York: Foundation Press, 2005. p. 135.

internacional mudasse o comportamento dos Estados. A linha de Thomas Franck, por outro lado, tomava como o fundamento e a fonte de efetividade do direito internacional justamente a legitimidade de suas normas e regras⁶. Ele partia da ideia de que a decisão de cumprir o direito internacional, por parte dos Estados, não tem como fonte o cálculo com base em seus interesses, mas está ligada à legitimidade de uma obrigação legal que é percebida como tal pelos Estados⁷.

Das obras de Thomas Franck de que viraram ideias familiares — como trata David Kennedy — *The Emerging Right to Democratic Governance* (1992) está em segundo lugar. Aqui também se vê o tema já conhecido das obras de Franck dos direitos humanos e de uma codificação de direitos (*entitlements*)⁸. O discurso nessa obra também é central: Thomas Franck aplica a legitimidade desenvolvida anteriormente para outros fins, demonstrando que “governos que não são considerados como democráticos não são percebidos como legítimos”⁹.

A terceira grande obra de Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (1995), retoma o tema de *The Emerging Right to Democratic Governance*, no sentido de a democracia ser um tipo do que ele chama de *fairness*, “uma ‘justiça’ [ou ‘equidade’] na capacitação de pessoas e povos”¹⁰. *Fairness* é um “sentimento, o resultado de uma participação no discurso”, se liga à própria substância em que se baseou a troca de ideias e vocabulário¹¹. Nesse livro Thomas Franck procura “recontar a história das doutrinas e práticas de direito internacional como episódios em uma conversa sobre *fairness*”¹². Os momentos dessa discussão: equidade, autodeterminação, proteção ambiental e, dentre outros, direito à democracia¹³.

Na quarta obra, *Empowered Self: Law and Society in the Age of Individualism* (1999), tem-se novamente condições emergentes de legitimidade, e uma nova condição de *fairness*: o indivíduo é livre e a escolha é central. Nesse sentido, a tolerância liberal seria preferível à intolerância não liberal. A ideia de que internacionalismo liberal seria superior corresponde à conquista do humanismo ocidental ante à intolerância.

Apesar de Thomas Franck ter lançado a expressão de um “direito à governança democrática” em 1992, o conjunto de suas obras ajuda a definir o que seria a ideia

6 Ibid., loc. cit.

7 HATHAWAY; KOH, op. cit., p. 135.

8 Ibid., p. 432.

9 Ibid., loc. cit. Tradução nossa.

10 “[...] a fairness in empowerment with persons and people” (FRANCK, Thomas M. *Fairness in International Law and Institutions*. New York: Oxford, 1995. p. 83). Tradução nossa.

11 KENNEDY, op. cit., p. 433-434.

12 Ibid., p. 434.

13 Ibid., loc. cit.

completa dessa construção. David Kennedy lembra que, depois da Segunda Guerra Mundial, se tornou cada vez mais comum se entender o ambiente legal e político global “como uma conversa extremamente geral realizada entre uma grande variedade de atores”¹⁴. Por tal entendimento, sujeitos, como os Estados, tomavam atitudes ante a um cenário de expectativas sobre suas prerrogativas. Assim, quando excediam sua autoridade, ou pagariam o preço — a ação poderia mais difícil ou poderia criar consequências negativas pelo fato de serem julgadas inapropriadas por outros atores —, ou o ato mudaria as expectativas dos outros atores, então essa atitude faria parte dali em diante do campo do que é compartilhado e, portanto, legítimo¹⁵. Não é uma questão de justiça, mas um lado *rule-oriented* da Escola de Manhattan, segundo o qual normas levam à *compliance* quando determinadas, simbolicamente validadas, coerentes, e inseridas em uma hierarquia normativa¹⁶.

Nesse sentido, Thomas Franck começa seu artigo de 1992 explicando que os signatários da Declaração de Independência dos Estados Unidos desejaram lançar duas propostas radicais: de que o governo tem seus poderes derivados do consentimento dos governados e de que um Estado ganharia uma colocação separada e igualitária da comunidade internacional demonstrando respeito pelas opiniões da humanidade¹⁷. Essa visão radical, segundo Franck, se conservou assim por duzentos anos, mas na época em que o autor escrevia, isso começava a ser modificar. Estava ocorrendo um processo em que os governos percebiam que sua legitimidade dependia de adotar o que se tinha como expectativa na comunidade internacional, algo que estava se tornando uma regra normativa: a democracia protegida internacionalmente¹⁸. E isso era demonstrado claramente, segundo Franck, nos casos da União Soviética e do Haiti, ambos exemplos de reações em que estados se aliaram contra líderes não democráticos.

O autor indica que estaria acontecendo gradualmente a passagem do *democratic entitlement* como uma prescrição moral para uma obrigação legal. Contudo, na transição da década de 1980 para a de 1990, esse processo teria se acelerado, pois se percebia uma necessidade dos próprios governos de se validarem no cenário internacional sendo vistos como democráticos¹⁹.

14 Ibid., p. 430.

15 KENNEDY, op. cit., p. 431.

16 Ibid., p. 432. Harold Koh e Oona Hathaway lembram que os trabalhos dos autores que focam na legitimidade procedimental, como Franck, têm como inspiração obras que seguem uma linha inaugurada por H. L. A. Hart. Ao contrário dos teóricos do direito natural, *direito* para Hart não seria algo que transcende tempo e espaço, e que deve ser revelado. O autor também critica a teoria de John Austin, da norma-comando, expressões de vontade aliadas à ameaça de punição (Cf. HATHAWAY; KOH, 2005).

17 FRANCK, Thomas M. Democracy as a Human Right. *Transnational Legal Policy*, v. 26, 1994. p. 46.

18 Ibid., loc. cit.

19 Ibid., p. 48.

Em princípio conviviam contra-tendências paralelamente a esse fenômeno de democratização: a “ditadura do proletariado” e a “modernização” (das ditaduras fascistas europeias da década de 1930). Mas, segundo o autor, as contra-tendências haviam entrado em colapso nos anos 1980, então não foram capazes de impedir a mudança de paradigma. Dizia o autor que capacidade de a comunidade internacional estender a legitimidade para governos nacionais não dependia apenas de se monitorar eleições ou de se reconhecer credenciais de um regime para a Assembleia Geral da ONU²⁰. “Está também em quanto essa atividade internacional evoluiu de *ad hoc* para o normativo: ou seja, o grau a que o próprio processo de legitimação se tornou legítimo”²¹.

Legitimidade, para Franck, “é a qualidade da norma, ou sistema de normas, ou um processo para produzir ou interpretar normas que leva tanto os produtores das normas quando os seus destinatários à *compliance* voluntária²². A legitimidade pode ser identificada por quatro indicadores: o *pedigree* — “profundidade das raízes da norma no processo histórico”; a determinação — “habilidade da norma em comunicar conteúdo”; a coerência — “consistência e conexão com os princípios informadores das normas”; aderência — “conexão vertical com a hierarquia normativa, culminando em uma norma final de reconhecimento, que incorpora os propósitos e valores principiológicos que definem a comunidade de Estados”²³. À medida em que uma regra ou um processo de produção normativa tenha essas quatro qualidades, isso determinará o grau de legitimidade com que é percebida.

Para analisar um direito emergente à governança democrática, Franck organiza três gerações de produção ou implementação de regras: normas democráticas que emergiram a partir da autodeterminação; as que se originaram do crescimento dos direitos humanos a partir da década de 1950 e que se foca na abertura do mercado de ideias (liberdade de expressão); e o subgrupo de regras que definem e monitoram um direito a eleições livres e abertas²⁴. Thomas Franck conclui de sua análise de cada uma das gerações que o direito à democracia (*democratic entitlement*) passou por um processo de evolução no campo normativo e no campo consuetudinário²⁵. A autodeterminação, para Franck, é raiz histórica de que nasceu o direito à democracia (*democratic entitlement*). Depois a liberdade de expressão como um direito humano reforçou esse direito, e então o título normativo à participação no processo eleitoral consolidou o direito. O mais novo título democrático

20 FRANCK, 1994, p. 51.

21 Ibid., loc. cit. Tradução nossa.

22 Ibid., p. 50. Tradução nossa.

23 Ibid., loc. cit.

24 Ibid., p. 52.

25 Ibid., p. 90.

já tinha em 1992 um alto grau de legitimidade, derivada seja de muitos textos que compunham o sistema normativo internacional, seja da prática de organizações regionais e universal, complementada pelas organizações não governamentais.

Thomas Franck afirma que, sim, os termos como “eleições”, “livres”, “justas” etc. ganham diferentes significados em diferentes culturas. Entretanto, demonstram uma convergência ampla de expectativas que atravessam barreiras políticas e culturais²⁶. Esse título democrático é celebrado quase universalmente não só pela razão de sinalizar uma cultura global fundamentada em regras comuns e instituições de implementação comunitárias, mas também porque abre economias estagnadas ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político²⁷.

Mas Franck afirmava em 1992 que faltava ainda preencher o critério da coerência para o *democratic entitlement*, o que poderia ser resolvido de algumas formas. Primeiro, democracias mais velhas deveriam se voluntariar para serem monitoradas, com o objetivo de que isso estimulasse os outros países a seguirem seu exemplo. Segundo, que um serviço de monitoramento confiável fosse estabelecido, com parâmetros e procedimentos claros sobre todas as etapas de votação. Terceiro, que o dever de a nação se submeter ao monitoramento estivesse aliado ao direito à não intervenção por estados atuando unilateralmente. Quarto, que governos legítimos tivessem a proteção contra golpes de estado assegurada pela comunidade internacional.

De modo mais mediato, o cumprimento do título democrático deveria também ser aliado “ao direito de representação nos órgãos internacionais, a benefícios fiscais, comerciais e de desenvolvimento, e às medidas de proteção coletiva da ONU e de organizações regionais”²⁸. Essas seriam medidas apenas para “tornar perfeito” o que já começou de maneira “maravilhosa”²⁹, segundo Thomas Franck.

3. OS ATUAIS SINAIS DA DEMOCRACIA NO DIREITO INTERNACIONAL

Antes da transição entre as décadas de 1980 e 1990, a própria palavra “democracia” era raramente encontrada no trabalho de juristas internacionais³⁰. Segundo Byers e Chesterman, durante a maior parte do século XX, o pequeno número de verdadeiras democracias e a incerteza sobre o conteúdo desse direito impediram o

26 FRANCK, 1994, p. 90.

27 Ibid., loc. cit.

28 Ibid., p. 91.

29 Ibid., loc. cit.

30 FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international law. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000. p. 1.

endosso geral de um princípio democrático³¹. Isso mudou no curso dos anos 1980, quando a democracia teve mais importância, porque (1) aumentou o número de Estados comprometidos legalmente com eleições abertas, multipartidárias e secretas; (2) surgiram novos discursos no direito internacional e nas relações internacionais enfatizando a democracia como um valor; (3) a comunidade internacional mostrou mais disposição para encorajar e pressionar os Estados a reconhecer eleições ou participar de monitoramentos³².

Nesse mesmo sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) antes parecia um veículo inadequado para promover um modo específico de governança. Primeiro, por ter sido organização criada com fundamento no princípio da igualdade soberana de estados com diversas ideologias. Mas principalmente porque, ainda que tivesse uma história extensa de monitoramento de eleições nos estados recém-descolonizados, não havia enviado uma missão de monitoramento a um Estado soberano até as eleições de 1990 na Nicarágua. Ainda, mesmo depois de começar a usar os poderes do capítulo VII da Carta para responder às catástrofes humanitárias em conflitos civis, parecia ser pequena a possibilidade de a ONU impor soluções para disputas internas³³.

Segundo Fox e Roth, ainda que organizações regionais tenham se comprometido com a democracia — a exemplo do disposto na Carta da OEA de 1948 e na Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, pareciam tampouco dispostas a se envolver³⁴. Já nos anos 2000, muitos aspectos do direito internacional ainda não são democráticos, mesmo os encontrados na prática de Estados democráticos³⁵. Assim, ainda que tenha havido mudanças no sentido das garantias da democracia coletiva, a falta do desenvolvimento de instituições parece impedir que se diga que se chegou a algo absoluto em termos de uma proteção da democracia por parte da comunidade internacional.

Contudo, é visível que a preferência pelo regime democrático afetou as instituições internacionais³⁶. Isso está presente, por exemplo, em pronunciamentos sobre o *status* e a definição do direito de participação política no Comitê de Direitos Humanos da ONU, na Comissão Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, na Organização dos Estados Americanos, na Organização para a Segurança e

31 BYERS, Michael; CHESTERMAN, Simon. "You, the People": pro-democratic intervention in international law. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000. p. 259-260.

32 *Ibid.*, p. 260.

33 FOX; ROTH, *op. cit.*, p. 2.

34 *Ibid.*, p. 2.

35 CRAWFORD, James. Democracy in International Law: a reprise. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000. p. 114-115.

36 FOX; ROTH, *op. cit.*, p. 2.

Cooperação na Europa, e na Assembleia Geral da ONU. Foi previsto, ainda em 1966, no artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o direito à participação política como direito humano, em termos democráticos liberais³⁷.

Em nível regional, destacam-se artigos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o artigo 23 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e também o artigo 21 da Carta Africana para os Direitos do Homem e dos Povos.

Para Jean d’Aspremont, as prescrições já presentes no ordenamento internacional antes da queda do Muro de Berlim sobre como o poder deveria ser exercido em nível doméstico — por conta de convenções de direitos humanos — e a proibição de alguns regimes políticos — como o *apartheid*³⁸ e regimes fascistas³⁹ —, foram suplementadas por uma nova forma de pensar os regimes. Isso, na opinião do autor, marcou um fenômeno notável, já que, com ele, foi superado o limite da autonomia constitucional clássica dos Estados. Então os anos 1989-2010 poderiam ser vistos como uma época em que a governança doméstica é regulada pelo direito internacional em uma extensão sem precedentes⁴⁰.

De fato, nos anos 1990, tanto a ONU como outras organizações intergovernamentais investiram no monitoramento de eleições e, por vezes, em ataques armados em prol do retorno de governantes eleitos democraticamente vítimas de golpes de Estado⁴¹. Em 1997, o relatório anual do Secretário Geral da ONU sobre o trabalho da organização afirmava uma tendência à democratização na América Latina no Caribe, com progresso no mesmo sentido na África. O documento traz o dado de que nos últimos cinco anos a ONU havia recebido pelo menos oitenta pedidos de assistência em eleições, e que era uma preocupação da organização que os Estados desenvolvessem instituições democráticas internamente em prol da sustentabilidade dos regimes. Finalmente, o relatório apontava a promoção do *rule of law* e o respeito aos direitos humanos como requisitos para a consolidação da democracia⁴².

Segundo Roth e Fox, talvez a mudança no direito internacional tenha ocorrido justamente a partir da nova postura das organizações internacionais, porque o fim

37 “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”.

38 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (INTERNATIONAL..., 1973); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (INTERNATIONAL..., 1965).

39 GA Res 36/162, UN Doc A/RES/36/162 (16 dez. 1981).

40 D’ASPREMONT, op. cit., p. 1.

41 FOX; ROTH, op. cit., p. 3.

42 Cf. parágrafos 37 a 39.

da Guerra Fria lhes apresentou um novo papel de reconstrução de Estados no mundo em desenvolvimento⁴³. Passou a ser comum que, depois de uma intervenção para reestabelecimento de um Estado, fossem promovidas eleições democráticas⁴⁴.

Hoje muitas organizações internacionais mantêm departamentos especializados em assistência para eleições, para a garantia da forma legítima da escolha de governantes⁴⁵. Isso difere do pensamento anterior de que eleições pertenciam ao rol de matérias exclusivamente domésticas. Mas, como dito, essa mudança pode estar relacionada à modificação do próprio papel das organizações internacionais, que atualmente se envolvem em praticamente todos os aspectos do *policy-making* nacional⁴⁶.

Koffi Annan relatava, em uma palestra de 2001, que no fim dos anos 1980 e nos anos 1990 a ONU ajudou a organizar e supervisionar eleições em uma série de países, como El Salvador, Moçambique ou Camboja. Não foram missões de *peacekeeping* clássicas: ajudavam-se os povos que tinham lutado uns contra outros por muito tempo a encontrar modos de conviver como cidadãos, em uma sociedade pacífica. É esse o tipo de missão que Koffi Annan dizia ter se tornado a mais típica na atualidade⁴⁷.

O Conselho de Segurança da ONU, em suas resoluções, já incentivou a governança democrática por razões como seu papel na promoção da reconciliação nacional, na segurança em estados em que houve guerra civil, na reconstrução das instituições. Além disso, enviou missões para organizar e promover eleições e, com base no monitoramento de duas eleições, se recusou a reconhecer regimes advindos de golpes contra líderes eleitos⁴⁸.

Gregory H. Fox tenta responder à pergunta de como um órgão, cuja responsabilidade primária, pela Carta da ONU, é a manutenção da paz e da segurança internacionais, chegou ao ponto de tratar da “questão mais doméstica de todas” que é o modo como a nação escolhe seus líderes. Diz o autor que a visão que o órgão construiu ao longo dos anos é uma visão instrumental da democracia, que tem como “forma de remodelar as políticas dos Estados para que a prevenção de

43 FOX; ROTH, op. cit., p. 5.

44 Com exceção apenas da Bósnia, em que a comunidade internacional se mostrou disposta a abrir mão das eleições quando estas se apresentavam como obstáculos para a implementação da paz (Ibid, loc. cit.).

45 Ibid., p. 5-6. Cf. CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. *Human Rights and Elections: A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*. Nova York, Geneva: 1994. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training2en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

46 FOX; ROTH, op. cit., p. 6.

47 ANNAN, A. Koffi. Why Democracy is an International Issue. *Cyril Foster Lecture*, Oxford University, United Kingdom, 19 June 2001, p. 2.

48 FOX, 2004, p. 69.

conflitos e as funções de administração funcionem como autossustentáveis⁴⁹. A governança democrática é tomada como auxiliadora do “bem-estar geral da sociedade de Estados em nome do qual age em matérias de segurança e paz”⁵⁰. O autor complementa que, pela análise das ocasiões em que o Conselho de Segurança falou de democracia, apenas no caso do *apartheid* fala-se do termo ligado a noções de justiça e equidade⁵¹.

Na extinta Comissão de Direitos Humanos foi aprovada em tal ano uma resolução⁵² com uma lista de “rights of democratic governance”⁵³. Em tal resolução foi feita ligação genérica entre democracia e outros direitos humanos — com afirmações de que dificilmente alguém poderia discordar, como diz Crawford⁵⁴. Entretanto, houve debates profícuos ante ao amplo apoio a uma resolução cubana que objetivava excluir a expressão “right to democracy”⁵⁵. Essa resolução, que quase conseguiu o número de votos necessários para ser aprovada, recebeu declarações dentre as quais estavam o temor de que tal “direito”

49 Ibid., loc. cit.

50 FOX, 2004, p. 81. Tradução nossa.

51 Ibid., loc. cit.

52 É interessante notar quais foram os votos referentes a tal resolução: “**In favour:** Argentina, Austria, Bangladesh, Bhutan, Botswana, Canada, Cape Verde, Chile, Colombia, Congo, Czech Republic, Democratic Republic of the Congo, Ecuador, El Salvador, France, Germany, Guatemala, India, Indonesia, Ireland, Italy, Japan, Latvia, Liberia, Luxembourg, Madagascar, Mauritius, Mexico, Morocco, Mozambique, Nepal, Niger, Norway, Pakistan, Peru, Philippines, Poland, Qatar, Republic of Korea, Romania, Russian Federation, Rwanda, Senegal, South Africa, Sri Lanka, Sudan, Tunisia, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America, Uruguay, Venezuela. **Against:** None. **Abstaining:** China, Cuba” (E/CN.4/1999/SR.57).

53 “[The Comission] Resolved, on the eve of a new century and millennium, to take all measures within its power to secure for all people the fundamental democratic rights and freedoms to which they are entitled,
1. **Affirms** that democracy fosters the full realization of all human rights, and vice versa;
2. **Also affirms** that the rights of democratic governance include, **inter alia**, the following:
(a) The rights to freedom of opinion and expression, of thought, conscience and religion, and of peaceful association and assembly;
(b) The right to freedom to seek, receive and impart information and ideas through any media;
(c) The rule of law, including legal protection of citizens rights, interests and personal security, and fairness in the administration of justice and independence of the judiciary;
(d) The right of universal and equal suffrage, as well as free voting procedures and periodic and free elections;
(e) The right of political participation, including equal opportunity for all citizens to become candidates;
(f) Transparent and accountable government institutions;
(g) The right of citizens to choose their governmental system through constitutional or other democratic means;
(h) The right to equal access to public service in one's own country; [...]
6. **Requests** human rights treaty bodies, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and human rights mechanisms of the Commission on Human Rights and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to pay due attention, within their mandates, to those elements of democratic governance outlined in paragraph 2 of the present resolution” (UNCR Res. 1999/57, Doc. E/CN.4/RES/1999/57).

54 CRAWFORD, op. cit., p. 117.

55 Cf. Press release HR/CN/99/61.

servisse de desculpa para intervenções em assuntos internos ou para validar ocupações, e a própria dúvida sobre seu suporte legal⁵⁶.

A prática dos Estados, desde 1993 foi inconsistente em relação a governos não democráticos, segundo Crawford⁵⁷. Houve casos de intervenções regionais em Serra Leoa e na Libéria, de apenas sanções econômicas e medidas de desaprovação nos casos de Mianmar e Nigéria, de tolerância no Congo e em Burundi, e até de cumplicidade na Argélia⁵⁸. Mesmo a autorização de intervenção no Haiti, em 1993, poderia ser justificada em termos mais específicos: o golpe de estado contrariava o processo eleitoral promovido com o monitoramento da própria ONU.

Também na questão de reconhecimento dos Estados podem ser apontadas algumas características que levam à constatação do uso da democracia. Apesar de a comunidade internacional não deixar de reconhecer Estados apenas por não serem democracias, Murphy aponta que isso muda em algumas situações, pois há uma ênfase na legitimidade democrática quando um governo democrático é deposto por um não democrático. No caso do Haiti, por exemplo, houve recusa da comunidade internacional em reconhecer o governo de fato enquanto Jean-Bertrand Aristide estava no exílio⁵⁹.

Outras questões dizem respeito ao reconhecimento de Estado e de sua admissão em organizações internacionais. Primeiramente, Murphy conta que uma emenda à Carta da OEA⁶⁰, que entrou em vigor em 1997, tornou esta a primeira

56 CRAWFORD, op. cit., loc. cit.

57 Ibid., loc. cit.

58 CRAWFORD, op. cit., p. 117.

59 MURPHY, Sean D. *Democratic Legitimacy and the recognition of States and Governments*. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000. p. 146.

60 Lê-se na Carta da OEA, já no seu preâmbulo: “Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região; certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem”. No artigo 2(b), “Para realizar os princípios em que se baseia e para cumprir com suas obrigações regionais, de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos estabelece como propósitos essenciais os seguintes: [...] Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não-intervenção; [...] Erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do Hemisfério”. Além de outros dispositivos que citam a democracia, o artigo 9 estabelece: “Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembléia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados. (a) A faculdade de suspensão somente será exercida quando tenham sido infrutíferas as gestões diplomáticas que a Organização houver empreendido a fim de propiciar o restabelecimento da democracia representativa no Estado membro afetado; [...] (d) Não obstante a medida de suspensão, a Organização procurará empreender novas gestões diplomáticas destinadas a coadjuvar o restabelecimento da democracia representativa no Estado membro afetado [...]”. Também no âmbito interamericano, foi adotada, em 2001, a Carta Democrática Interamericana. Cf. ORGANIZAÇÃO..., 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em: 25 set. 2011.

organização regional com previsão de suspensão de membro em caso de golpe. Exemplo de execução do dispositivo foi a suspensão de Honduras da OEA por conta da manobra que Manuel Zelaya do poder⁶¹. Outro exemplo foi a revogação da suspensão de Cuba, que tinha ocorrido em 1962⁶².

No mesmo sentido, o preâmbulo do tratado da UE, traz a ligação da organização com o *princípio da democracia*, e em seu artigo 6 (1) a indicação de que tal princípio, dentre outros, é comum aos direitos dos Estados-membros e ao *rule of law*. No artigo 11 (1) a consolidação da democracia aparece como um dos objetivos da política externa⁶³.

Murphy conta que, quando da fragmentação da União Soviética em 1989, Estados Unidos e comunidade europeia previram critérios de reconhecimento para os novos Estados. Esses critérios, em linhas gerais, diziam respeito à adoção da democracia e do Estado de Direito⁶⁴. Caso semelhante ocorreu quando da independência dos países da antiga Iugoslávia. A Bósnia, por exemplo, ainda que não apresentasse todos os elementos clássicos de Estado, foi reconhecida, enquanto a Macedônia, que já os apresentava, por muito tempo ficou com *status* incerto⁶⁵.

Um último ponto a se destacar é o da possível ocorrência de intervenções que poderiam ser chamadas de “pró-democráticas”. Discute-se ainda sobre a existência de uma exceção à proibição do uso da força unilateral, sem o aval do CS, com base na busca de implementar o regime democrático. Simone van den Driest trabalha com a seguinte definição de intervenção pró-democrática: “fenômeno que se refere a uma intervenção coletiva ou unilateral por terceiros estados, pacífica ou militarmente, com o (por vezes apenas alegado) motivo de se efetuar uma mudança de regime e restaurar ou estabelecer uma ordem democrática”⁶⁶.

A própria ideia do *emerging right to democratic governance*, comentada na parte anterior desse artigo, surge dos eventos ocorridos no fim dos anos 1980 e

61 CHACRA, Gustavo. OEA põe fim a isolamento e readmite Honduras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,oea-poe-fim-a-isolamento-e-readmite-honduras,726950,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2011.

62 MELLO, Patrícia Campos. OEA revoga suspensão de 1962 e abre caminho para a volta de Cuba. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,oea-revoga-suspensao-de-1962-e-abre-caminho-para-a-volta-de-cuba,381984,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2011.

63 Ainda, no artigo 177(2), “Community policy in this area shall contribute to the general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law, and to that of respecting human rights and fundamental freedoms”. E, no artigo 181a, “Community policy in this area shall contribute to the general objective of developing and consolidating democracy and the rule of law, and to the objective of respecting human rights and fundamental freedoms”.

64 Dentre as condições, estava a de respeitar a Carta da ONU, a Ata Final de Helsinque e a Carta de Paris (MURPHY, op. cit., p. 130-132).

65 Ibid., p. 138.

66 DRIEST, Simone van den. “Pro-democratic” intervention and the right to political self-determination: the case of Operation Iraqi Freedom. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 57, p. 29-72, 2010. p. 30.

começo dos anos 1990. Nesse sentido, os acontecimentos no Haiti foram um dos grandes focos dentro deste período, em que veio inclusive a se fundamentar as ideias de Thomas Franck⁶⁷. Questionando o que o exemplo do Haiti traz como aprendizado, Susan Marks observa que na análise de Thomas Franck, seu ponto de partida foi justamente a reação internacional ao que ocorreu no país em 1991⁶⁸.

Contudo, segundo Byers e Chesterman pode-se tomar o caso da intervenção no Haiti em 1994 como, de um lado, um caso em que a democracia foi coadjuvante entre os elementos que levaram à intervenção, e por outro, pode-se interpretar que houve pedido prévio de intervenção pelo próprio Estado⁶⁹.

Susan Marks analisa outra fase da intervenção no Haiti, que corresponderia ao período de depois da eleição de Aristide à presidência em 2000⁷⁰, além de uma

67 MARKS, Susan. What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance? *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 507-524, 2011. p. 519.

68 *Ibid.*, p. 519.

69 Jean-Bertrand Aristide foi eleito presidente em 1990 no Haiti, com 67% dos votos, numa eleição certificada por monitoramento internacional. Em setembro do ano seguinte ele foi retirado do poder por um golpe de estado, o que foi formalmente condenado pela OEA, com sanções diplomáticas e econômicas por seus membros. O CS não adotou resolução sobre o tema, porque a China e outros países não aliados estariam temendo um envolvimento maior do CS em questões que, tradicionalmente, eram de competência interna. Já a AG condenou a ação pela resolução AG Res 46/7 (1991). A recusa do governo ditatorial de reestabelecer o poder a Aristide e a perseguição sistemática de seus aliados levou eventualmente ao CS a impor um embargo econômico em junho de 1993, em resolução fundamentada no capítulo VII, a Res 841 (1993) do Conselho de Segurança. Dentre os argumentos para a adoção da resolução estavam alegações que constituíam uma concepção atípica de perigo à paz e segurança internacional. Resoluções posteriores — SC Res 917 (1994); SC Res 933 (1994); SC Res 940 (1994) — falaram em perigo à paz e segurança na região. Um elemento considerado era de que levadas de refugiados poderiam, em algumas circunstâncias, constituir um perigo para a paz e a segurança internacional, o que serviu de argumento ao menos em parte para resoluções do CS, como na Res. 688 (1991) — proteção dos curdos iraquianos —, CS Res. 819 (1993), CS Res. 824 (1993), CS Res. 836 (1993), CS Res. 918 (1994) e CS Res. 929 (1994). No caso do Haiti, esse argumento era pouco persuasivo, visto o número pequeno de refugiados ante aos três outros conflitos. Ainda, os EUA já estavam agindo para o número de refugiados diminuir, com um programa de interdição. Segundo Byers e Chesterman, parece ter sido o embargo imposto em junho de 1993 que levou a junta militar a aceitar o *Governors Island Agreement*, pelo qual o Presidente Aristide voltaria ao poder. As sanções foram suspensas em agosto de 1993, mas houve colapso do acordo quando os apoiadores de Aristide retomaram o poder em setembro e outubro do mesmo ano. O CS respondeu a isso impondo sanções pelas resoluções CS Res. 875 (1993) e Res. 917 (1994). Dois dias depois, o CS aprovou a Res. 940 (1994). Seis semanas depois o governo dos EUA respondeu ao convite com planejamento de uma força internacional de que suas tropas comporiam a maioria. Mas houve, antes da invasão, um acordo para retornar Aristide ao poder, o que se faria em 15 de outubro de 1994. A questão interessante a que se referem os autores como necessária de análise é *se e em que grau* a interrupção da democracia no Haiti constituiu base para a Res. 940. A democracia parece ser, para eles, apenas um dos diversos fatores destacados na resolução como perigo à paz e segurança internacional. Ainda, pela ordem em que a citação da expressão aparece na resolução e pelo fato de o golpe de Estado ter seguido eleições monitoradas. Esse *status* subsidiário só seria confirmado pela Res 841 de 1993, que fala de crise humanitária. O que mais diminui o valor da Res 940 como um precedente sobre um direito à intervenção pró-democrática armada é a ênfase que existiu na requisição à ONU pelo governo de Aristide em exílio, em julho de 1994, e o fato de a Resolução 940 ter sido adotada claramente em resposta a esse pedido, até por ter sido adotada dois dias depois. É amplamente reconhecido, segundo os autores, que um convite deste tipo legítima uma intervenção unilateral ou coletiva sem a autorização do CS (BYERS; CHESTERMAN, op. cit., p. 284).

70 Desta vez ele foi removido do poder pelas forças anteriores pró-democráticas, em um avião oficial estadunidense, exilando-se, posteriormente, na África do Sul. No mesmo dia o CS recebeu uma nota de

terceira, que surgiu com uma catástrofe natural, o terremoto de janeiro de 2010. Sobre as três fases, a autora conclui que a promoção da democracia se conserva no trabalho da ONU e em outras organizações internacionais, e que ela continua a ser associada com eleições, ainda que fortemente ligada com segurança, desenvolvimento e reconstrução⁷¹. Mesmo assim, o caso para não confirma a hipótese de haver exceção ao artigo 2(4) para intervenções armadas pró-democráticas, já que houve a autorização do CS, assim como o consentimento do governo anteriormente deposto.

Em 1998, Karsten Nowrot e Emily W. Schabacker diziam que a maioria da doutrina entendia que intervenções pró-democráticas sem autorização do Conselho de Segurança eram incompatíveis com a regulação do uso da força. Contudo, em se tratando da intervenção em Serra Leoa (1997-1998), talvez fosse necessário rever esta ideia. Isso porque, ante à reação internacional positiva, que lhe conferira legitimidade, poder-se-ia cogitar uma mudança dos requisitos do direito internacional para o uso da força⁷².

Já Byers e Chesterman utilizam o caso de Serra Leoa para provar a inexistência de um direito à intervenção unilateral ou coletiva pró-democrática, com base na ausência de autorização do CS⁷³. Nesse caso, apesar de ter havido o aval *ex post facto* da intervenção por parte do Conselho de Segurança, não se pode concluir que o que ocorreu em Serra Leoa comprove a existência de um direito ou dever de assegurar o regime democrático pelo uso da força. Primeiro, porque houve aval do conselho de Segurança, mesmo que depois de ocorrido o fato. Segundo, mesmo que fosse considerado como um caso de intervenção armada pró-democrática, ante à resolução do CS o caso deixaria de servir de exemplo, já que entraria na disposição de exceção já prevista pela Carta da ONU ao artigo 2(4).

resignação dele e autorizou a colocação de uma força interina composta por EUA e França para reestabelecer a democracia no país. Ela seria depois substituída pela MINUSTAH — Missão da ONU de estabilização do Haiti (MARKS, op. cit., p. 521).

71 Ibid, loc. cit.

72 NOWROT, Karsten; SCHABACKER, Emily. The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone. *The American University International Law Review*, Washington, v. 14, p. 321-412, 1998. p. 378-380.

73 Em maio de 1997 o governo eleito de Serra Leoa foi retirado do poder pelas forças armadas (AFRC). Serra Leoa havia estado em guerra civil desde que a instabilidade na Libéria cruzou a fronteira em 1991. O golpe de estado teve reação regional e internacional. A ECOWAS, que já tinha tropas de *peacekeeping* no país, deixou clara sua determinação de reverter a situação. Uma semana depois, a União Africana condenou o golpe de forma unânime e autorizou a ECOWAS a reagir militarmente para restaurar o governo democrático. Em outubro de 1997 o CS adotou a Resolução 1132, justificando que a situação constituía um perigo à paz e a segurança internacionais. Para que a junta militar abrisse mão do poder, autorizou ECOWAS sob o capítulo VIII a suspender fornecimento de material de guerra à AFRC. Em março de 1998 o CS, depois do retorno do presidente democraticamente eleito, com as resoluções 1156 (1998) e 1171 (1998), colocou fim ao embargo. Ante a conservação do conflito entre governo e rebeldes, o CS determinou que a UNOMOSIL monitorasse a situação da segurança na região, o desarmamento e a observância do direito internacional (BYERS; CHESTERMAN, op. cit., p. 288).

Também dois casos mais atuais são considerados diretamente ligados a mudanças de regime: do Iraque em 2003 e da Líbia em 2011. No caso da intervenção ao Iraque⁷⁴, a justificativa para a intervenção armada se baseava no artigo 51, sobre legítima defesa⁷⁵. Mesmo que tenha havido, em meio aos discursos dos interventores, o destaque do fato de não se tratar de país democrático, isso não poderia ser tomado como prova direta de que a intervenção objetivava a mudança de regime.

Já o caso da intervenção na Líbia em 2011⁷⁶, a princípio parece ter caráter humanitário, ainda que a democracia apareça em papel secundário. Na Resolução

74 Em agosto de 2002 os Estados Unidos acusaram o Iraque de descumprir resoluções das Nações Unidas que diziam respeito à necessidade de se livrarem de pretensas armas de destruição em massa e de cooperarem de forma irrestrita com os inspetores da Organização. Isso foi reforçado no discurso do presidente norte-americano na 57ª Assembleia das Nações Unidas. Em resposta, a Resolução 1441 (2002), pela qual o “Iraque deveria, dentre outras medidas, apresentar relatório sobre seus programas de destruição em massa até 8 de dezembro de 2002, o que foi aceito pelo governo de Bagdá em 13 de novembro — um dia após seu parlamento tê-lo rejeitado mediante o argumento de que feriria sua soberania” (LAFER, Celso. Sobre a questão do Iraque. *Mudam-se os tempos: Diplomacia Brasileira — 2001/2002*. Brasília: FUNAG, 2002, v. 2. p. 110-114). Ante ao não cumprimento do Iraque, na reunião 4644 do Conselho de Segurança, foi dito, tanto pelo representante dos Estados Unidos, quanto pelo representante do Reino Unido, que a questão da intervenção no Iraque deveria ser discutida por aquele Conselho, segundo previsão da resolução anterior. E se isso não ocorresse, ou não houvesse qualquer medida interventiva, não se poderia colocar qualquer óbice para a ação de Estados-membros com o fim de defenderem a si mesmos contra perigos apresentados pelo Iraque. Houve tentativas frustradas dos Estados Unidos de conseguir a maioria dos votos dos membros do Conselho de Segurança para que se apoiasse uma intervenção a título de dar legitimidade à ação norte-americana que iria ocorrer, mas a questão acabou por não ser definida oficialmente. Como consequência já esperada, em 18 de março de 2003, George W. Bush discursava sobre a invasão ao Iraque, que iria ocorrer por parte dos Estados Unidos, com a ajuda de alguns países, a fim de se retirar “Saddam Hussein e seus aliados terroristas do poder” antes que estes escolhessem “um conflito mortífero no auge de sua força”. Dizia Bush que os Estados Unidos haviam optado por enfrentar a ameaça naquele momento, no lugar onde ela surgiu, antes que ela se materializasse subitamente nos céus e cidades americanas.

75 Cf. STATEMENT by President Bush: United Nations General Assembly — UN Headquarters. New York: United Nations, 12 Sept. 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/webcast/ga/57/statements/020912usaE.htm>>. Acesso em: 11 maio 2010. E, também, cf. SECURITY Council meeting 4644. 8 Nov. 2002. Disponível em: <http://www.undemocracy.com/securitycouncil/meeting_4644#pg003-bk01-pa05>. Acesso em: 20 maio 2011.

76 Muammar Kadafi permaneceu por 42 anos no poder como líder da Líbia. De 16 a 20 de fevereiro houve manifestações a favor da saída de Kadafi, com destruição de prédios, bloqueio de ruas e incêndios. De 21 de fevereiro a 5 de março os rebeldes receberam ajuda das forças armadas desertoras e começaram a tomar cidades das regiões oeste e leste da Líbia, enquanto Kadafi mantinha o controle de Trípoli. De 6 a 18 de março Kadafi retoma parte das cidades em poder dos rebeldes, encurralando-os até Ajdabiya. A partir de 16 de março, ocorre nova etapa, após criação de zona de exclusão aérea na Líbia pela ONU. A coalizão formada por Reino Unido, EUA, França e mais oito países iniciam bombardeio nas áreas de controle do ditador. Sobre isso, cf. OS QUATRO atos da crise na Líbia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/os-quatro-atos-da-crise-na-libia,133645.htm>>. Acesso em: 20 maio 2011. No dia 23 de agosto os rebeldes líbios conseguem tomar o complexo de Kadafi na capital, cf. REBELDES vencem resistência e tomam complexo de Gaddafi em Trípoli. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/963947-rebeldes-vencem-resistencia-e-tomam-complexo-de-gaddafi-em-tripoli.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2011. Em 1º de setembro uma conferência em Paris reuniu 63 países “amigos da Líbia” para discutir quais seriam os próximos passos após a queda de Kadafi, cf. VILA-NOVA, Carolina. Otan manterá ataques até achar Gaddafi. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0209201101.htm>>. Acesso em: 2 set. 2011. Dentre outros planos, esteve o de democratização, cuja coordenação caberá à ONU junto com a liderança do Conselho de Transição.

1973 (2011), o CS destaca as violações de direitos humanos cometidas, o que retira qualquer dúvida de que tiveram um caráter humanitário. Entretanto, analisado o contexto do “despertar árabe” ou da “primavera árabe”, não se pode negar que a os “rebeldes” da Líbia fazem parte de um movimento em prol da democracia nos povos árabes, partido de forças que não estavam no poder. Muitas matérias reportaram que os aviões da OTAN ou de países aliados, chegavam a extrapolar, ao mesmo tempo, os termos em que o CS determinou como zona de exclusão aérea — permissão apenas para aviões que visassem proteger os civis — e do embargo de armas — já que lançavam, via aérea, armamento para auxílio dos rebeldes⁷⁷. Esse extrapolamento do mandato dado pelo CS não estavam protegidos pela exceção correspondente ao artigo 2(4). Soma-se a isso a aparente aprovação internacional desses extrapolamentos, pela omissão de desacordos. Contudo, o caso não é suficiente para provar, de forma isolada, a emergência de uma exceção ao princípio da não-intervenção informado pela democracia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CONSOLIDAÇÃO DE UM PREVISÃO?

Thomas Franck diagnosticou, nos anos 1990, o surgimento de um direito à governança democrática, que emergia de uma tendência de proteção da democracia por parte da comunidade internacional. O autor previa, à época, que a consolidação desse direito viria com um fortalecimento institucional para proteção desse tipo de regime, que possibilitasse expandir as normas democráticas para além de suas origens visíveis até então, a autodeterminação, os direitos humanos (como a liberdade de expressão) e o próprio direito a eleições livres e abertas.

Não há dúvidas de que atualmente o direito internacional é promotor da democracia. Por pontos que passam do apoio cada vez maior ao *regime change* por organizações internacionais, à consolidação da preferência por um regime democrático em diversas fontes de direito internacional, o diagnóstico de Thomas Franck parece ter se fortalecido nos anos 2000.

Contudo, ainda que os monitoramentos em prol de regimes democráticos tenham se expandido conforme propunha Thomas Franck, não há indícios de que isso tenha movido toda a comunidade internacional em direção à proteção da democracia, como era sua previsão de consolidação de um direito que apenas estava *emergindo* nos anos 1990. Ainda que seja prova do fortalecimento das instituições internacionais em um assunto antes considerado doméstico, os monitoramentos se preocupam centralmente com a educação procedimental e nem sempre são sinônimo de manutenção dos regimes democráticos.

⁷⁷ BOSCO, David. Humanitarian Inquisition. *Foreign Policy*, 1 Sept. 2011. Disponível em: <http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/09/01/humanitarian_inquisition?page=full>. Acesso em: 4 set. 2011.

As medidas de proteção dos regimes democráticos de que falava Thomas Franck certamente se desenvolveram por diversos meios, especialmente de acompanhamento periódico pelas organizações internacionais de direitos humanos, que trazem isso como objetivo em seus principais documentos. Contudo, não se consolidou na linha da intervenção pró-democrática, por exemplo. É possível afirmar que é ainda ilícita intervenção armada que busque a proteção do regime democrático, ainda que seja um futuro desdobramento possível.

Finalmente, não havendo dúvida de que houve pelo menos alguma consolidação da democracia como elemento protegido pelo direito internacional, cabe sempre levantar as questões que colocou Susan Marks: “esses fenômenos trouxeram emancipação para os explorados e oprimidos do mundo? Contribuíram positivamente para a redução da pobreza [...] internamente e entre países?”⁷⁸. Ainda que nem o diagnóstico nem a previsão de Thomas Franck indicassem as mudanças concretas trazidas pela democracia — que parecia, inclusive, ter um valor em si mesma —, levantar reflexões sobre as razões pelas quais está sendo consolidada no direito internacional é um chamado a tornar visíveis não só seus destinatários, como também a perceber seus limites de transformação.

6. REFERÊNCIAS

- ANNAN, A. Koffi. Why Democracy is an International Issue. *Cyril Foster Lecture*, Oxford University, United Kingdom, 19 June 2001.
- BOSCO, David. Humanitarian Inquisition. *Foreign Policy*, 1 Sept. 2011. Disponível em: <http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/09/01/humanitarian_inquisition?page=full>. Acesso em: 4 set. 2011.
- BYERS, Michael; CHESTERMAN, Simon. “You, the People”: pro-democratic intervention in international law. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000.
- CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. *Human Rights and Elections: A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*. Nova York, Geneva: 1994. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training2en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

78 “The institutions of democratic governance have indeed spread around the world; democracy promotion constitutes today a huge industry; and pacts for democratic development open up a new frontier in contractarian practice and thought. But — so these critics invite us to ask — have those phenomena brought emancipation to the world’s exploited and oppressed? Have they contributed positively to the reduction of poverty and helped efforts to redress the massive disparities of wealth and opportunity within and between countries? Have they improved the lives of the vast majority of the inhabitants of this planet to any significant extent at all? The fourth and final way of responding to the question ‘What has become of the emerging right to democratic governance?’ returns not with an answer, but with these questions” (MARKS, op. cit., p. 519).

- CHACRA, Gustavo. OEA põe fim a isolamento e readmite Honduras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,oea-poe-fim-a-isolamento-e-readmite-honduras,726950,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2011.
- CRAWFORD, James. Democracy in International Law: a reprise. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000.
- D'ASPREMONT, Jean. 1989-2010: The Rise and Fall of Democratic Governance in International Law. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, v. 3, 3 Sept. 2010. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- DRIEST, Simone van den. "Pro-democratic" intervention and the right to political self-determination: the case of Operation Iraqi Freedom. *Netherlands International Law Review*, Amsterdam, v. 57, p. 29-72, 2010.
- FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. Introduction: the spread of liberal democracy and its implications for international law. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000.
- FRANCK, Thomas M. Democracy as a Human Right. *Transnational Legal Policy*, v. 26, 1994.
- _____. *Fairness in International Law and Institutions*. New York: Oxford, 1995.
- HATHAWAY, Oona A.; KOH, Harold Hongju. *Foundations of International Law and Politics*. New York: Foundation Press, 2005.
- INTERNATIONAL Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. New York: United Nations, 21 December 1965. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
- INTERNATIONAL Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of *Apartheid*. New York: United Nations, 30 November 1973. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201015/volume-1015-I-14861-English.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2011.
- KENNEDY, David. Tom Franck and the Manhattan School. *International Law and Politics*, v. 35, 2003.
- LAFER, Celso. Sobre a questão do Iraque. *Mudam-se os tempos: Diplomacia Brasileira — 2001/2002*. Brasília: FUNAG, 2002, v. 2.
- MARKS, Susan. What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance? *The European Journal of International Law*, v. 22, n. 2, p. 507-524, 2011.
- MELLO, Patrícia Campos. OEA revoga suspensão de 1962 e abre caminho para a volta de Cuba. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,oea-revoga-suspensao-de-1962-e-abre-caminho-para-a-volta-de-cuba,381984,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2011.

- MURPHY, Sean D. Democratic Legitimacy and the recognition of States and Governments. In: FOX, Gregory H.; ROTH, Brad R. (Ed.). *Democratic Governance and International Law*. Cambridge: University Press, 2000.
- NOWROT, Karsten; SCHABACKER, Emily. The Use of Force to Restore Democracy: International Legal Implications of the ECOWAS Intervention in Sierra Leone. *The American University International Law Review*, Washington, v. 14, p. 321-412, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta Democrática Interamericana*. Washington, 11 set. 2001. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm>. Acesso em: 25 set. 2011.
- OS QUATRO atos da crise na Líbia. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 22 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/especiais/os-quatro-atos-da-crise-na-libia,133645.htm>>. Acesso em: 20 maio 2011.
- REBELDES vencem resistência e tomam complexo de Gaddafi em Trípoli. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/963947-rebeldes-vencem-resistencia-e-tomam-complexo-de-gaddafi-em-tripoli.shtml>>. Acesso em: 2 set. 2011.
- SECURITY Council meeting 4644. 8 Nov. 2002. Disponível em: <http://www.undemocracy.com/securitycouncil/meeting_4644#pg003-bk01-pa05>. Acesso em: 20 maio 2011.
- STATEMENT by President Bush: United Nations General Assembly — UN Headquarters. New York: United Nations, 12 Sept. 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/webcast/ga/57/statements/020912usaE.htm>>. Acesso em: 11 maio 2010.
- VILA-NOVA, Carolina. Otan manterá ataques até achar Gaddafi. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0209201101.htm>>. Acesso em: 2 set. 2011.

CAPÍTULO II

**DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO
CONTEMPORÂNEO E TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL: A RADICALIZAÇÃO DA POLÍTICA
E A TRANSCENDENTALIZAÇÃO DA ORIGEM DOS
ESTATUTOS JURÍDICO-POLÍTICOS NACIONAIS**

Arthur Roberto Capella Giannattasio¹

O [legislador] de Lacedemônia sacrificou a vida
para obter de seus concidadãos a promessa de
não modificarem nenhuma de suas ordenações².

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A proposta tunisiana de criação de um TCI — 3. Autodeterminação dos povos no sistema ONU — 4. A autodeterminação dos povos interna e a definição do estatuto político entre imanência e transcendência: 4.1. O pensamento político de Claude Lefort e a radicalização da política; 4.2. A autodeterminação dos povos politicamente radicalizada: a ênfase na imanência da origem do direito e do poder — 5. Constitucionalismo global e o desvio de rota do direito internacional público: 5.1. Os limites de um tribunal constitucional internacional: a transcendência da origem do estatuto jurídico-político de um povo; 5.2. A hipostasiação institucional do direito internacional público e o enfraquecimento de sua força normativa — 6. Conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O projeto de construção de um Constitucionalismo Global em torno de uma comunidade internacional de princípios pode ser exemplificado contemporaneamente pela proposta da criação de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) incumbido de preservar regimes jurídicos constitucionais nacionais. Segundo essa perspectiva, um TCI seria o último nicho de resistência da proteção de direitos fundamentais e da Democracia nos Estados nacionais.

1 Professor Doutor em Tempo Integral da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie — *Campus Higienópolis* (FD/UPM). Professor Convidado do *Global Law Program* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV, DIREITO-SP). Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da *Academics Stand Against Poverty* (ASAP), Chapter Brazil.

2 MONTAIGNE, Michel. Dos Costumes e da Inconveniência de Mudar sem Maiores Cuidados as Leis em Vigor. In: _____. *Ensaios*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 62.

A proposta de criação de um TCI, que é objeto deste estudo, foi oficialmente apresentada no discurso do então Presidente da Tunísia, o Sr. Mohamed Marzouki³, realizado em 27 de setembro de 2012, durante os Debates Gerais da 67ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas — AGONU⁴. A proposta foi repetida pelo mesmo Chefe de Estado mais duas vezes na AGONU: (i) um ano depois, em 26 de setembro de 2013, nos Debates Gerais da 68ª Sessão Ordinária da AGONU⁵, e, (ii) dois anos depois, em 25 de setembro de 2014, nos Debates Gerais da 69ª Sessão Ordinária da AGONU⁶.

Para o ex-Presidente tunisiano, a discussão sobre a criação de tal mecanismo internacional deveria se tornar agenda prioritária da AGONU⁷ e ser encaminhada o quanto antes para a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI/ONU)⁸. Segundo sua perspectiva, apenas deste modo a Organização das Nações Unidas (ONU) conseguiria cumprir adequadamente sua missão de manter a paz e a seguranças internacionais, pois um TCI completaria o quadro institucional dessa Organização.

Isso porque, para ele, a criação de tal mecanismo garantiria a partir da ordem internacional estruturada no interior do sistema ONU (i) a permanência global de Estados Democráticos de Direito, (ii) o afastamento de projetos políticos nacionais que eliminem a competição política e as regras do jogo Democrático, e (iii) o não trasbordamento violento e/ou armado de qualquer instabilidade política interna para o plano internacional.

Apesar de ser necessária a referência histórica ao discurso tunisiano para compreender por quê e de que forma foi inaugurada a reflexão contemporânea sobre os limites e as possibilidades de construção de um TCI⁹, o objetivo deste

3 Mohamed Moncef Marzouki foi o Presidente eleito no regime constitucional de transição da Tunísia, após renúncia do antigo Chefe de Estado, Zine El Abidine Ben Ali, que exercia o cargo de Presidente da Tunísia desde novembro de 1987. Mohamed Marzouki exerceu seu cargo entre dezembro de 2011 e dezembro de 2014, tendo sido substituído pelo atual Presidente Mohamed Beji Caid Essebsi, o qual iniciou seu mandato em dezembro de 2014, após eleições realizadas de acordo com o novo regime constitucional tunisiano.

4 MARZOUKI, Mohamed Moncef. *Statement before the 67th General Assembly of the United Nations*, 27 Sept. 2012. Washington: United Nations, 2012. Disponível em: <<http://gadebate.un.org/node/453>>. Acesso em: 18 jan. 2016. Duração do áudio: 7:02-11:29 min; 13:30-14:30 min.

5 MARZOUKI, Mohamed Moncef. *Statement before the 68th General Assembly of the United Nations*, 26 Sept. 2013. Washington: United Nations, 2013. Disponível em: <<http://gadebate.un.org/68/tunisia>>. Acesso em: 18 jan. 2016. Duração do áudio: 10:02-11:05 min.

6 Id. *Statement before the 69th General Assembly of the United Nations*, 25 Sept. 2014. Washington: United Nations, 2014. Disponível em: <http://downloads.unmultimedia.org/wss/ga69/en/69_TN_en.mp3>. Acesso em: 18 jan. 2016. Duração do áudio: 11:55-13:41 min.

7 Id., 2012. Duração do áudio: 13:30-14:30 min.

8 Id., 2014. Duração do áudio: 13:30-13:40 min.

9 O tema parece ter adquirido nos últimos anos, no Brasil e fora dele, uma crescente importância nas discussões acadêmicas e práticas sobre o futuro do Direito Internacional. A título exemplificativo, mencione-se o

texto não é estudar a proposta de Mohamed Marzouki tal qual apresentada nessas oportunidades. Este texto também não tem a pretensão de examinar ou comparar tais propostas para identificar suas eventuais variações no tempo. Muito menos se objetiva aqui avaliar os eventuais desdobramentos institucionais possíveis a serem dados por estudos sobre o tema a serem realizados pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI/ONU)¹⁰, ou por outras instituições ou iniciativas intelectuais pessoais¹¹.

Antes, este artigo apresenta uma crítica à própria ideia de constituição de um TCI. A crítica ao projeto de um TCI pretende apontar a dialética civilizacional subjacente a um projeto de realização de um Constitucionalismo Global. O objetivo deste texto é, assim, introduzir um tensionamento discursivo em tal proposta, de tal maneira que a perturbação de tal narrativa possa revelar os potenciais desvios de rota derivados de uma institucionalização de um TCI, os quais podem ser associados ao projeto maior de Constitucionalismo Global.

engajamento acadêmico recente de alguns autores brasileiros e não brasileiros sobre o tema: cf. AQUINO, Sérgio; RIBEIRO, Talvanni. Fundamentos para a Viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 7-14, set./dez. 2016; cf. BANDEIRA, Gonçalo. Tribunal Constitucional Internacional: Auto de Ciência. *Notandum*, n. 41, p. 7-14, maio/ago. 2016; cf. CARDUCCI, Michele. Tre Sfide per una Proposta Rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 15-24, set./dez. 2016; cf. CHEMILLIER-GENDREU, Monique. Obliger les États à tenir Parole. *Le Monde Diplomatique*, Sept. 2013. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2013/09/CHEMILLIER_GENDREAU/49597>. Acesso em: 18 jan. 2016; cf. CUNHA, Paulo. La Cour Constitutionnelle Internationale (ICCo): Une Idée qui fait son Chemin. *Notandum*, n. 38, p. 21-26, maio/ago. 2015; cf. GHACHEM, Asma. Plaidoyer pour une Idée Tunisienne: l'Institution d'une Cour Constitutionnelle Internationale. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 43-50, set./dez. 2016; cf. SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e Integração (Constitucional) Europeia. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 71-76, set./dez. 2016, cf. TAVARES, André. The Role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its Democratic Principles. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 77-82, set./dez. 2016. Além disso, em evento organizado nos dias 16 e 17 de junho de 2015 na Universidade Mohammed V, em Rabat (Marrocos), intitulado *Une Cour Constitutionnelle Internationale au Service du Droit Démocratique et du Droit Constitutionnel*, no qual diversos professores brasileiros e não brasileiros apresentaram comunicações orais sobre o tema (KAS, 2015), tais como Gustavo Monaco, Dominique Rousseau, André Ramos Tavares, Christian Tomuschat, entre outros. A própria Ordem dos Advogados do Brasil — Seção de São Paulo (OAB/SP) — organizou, em 22 de maio de 2015, um evento sobre o tema, intitulado *Tribunal Constitucional Internacional*, com a participação de Paulo Cunha e a presidência da mesa por Hélcio Dallari (OAB/SP).

- 10 Foi formado em 2011 um Comitê *ad hoc* de Especialistas pelo Governo tunisiano para discutir um primeiro esboço de um Projeto para um Tribunal Constitucional Internacional. Presidido à época pelo então Presidente tunisiano Mohamed Marzouki, o Comitê foi composto por juristas de diferentes países, a saber: Yadh Ben Achour (Tunísia), Monique Chemillier-Gendreau (França), Ghazi Gherairi (Tunísia), Ferhat Horchani (Tunísia), Maurice Kamto (Camarões), Slim Laghmani (Tunísia), Ahmed Mahiou (Argélia), Christian Tomuschat (Alemanha). Foi com base nas reflexões deste Comitê que Mohamed Marzouki apresentou sua proposta à AGONU, em 2012 (GHACHEM, op. cit., p. 44).
- 11 A propósito, como será visto no item 2, a seguir, entidades estrangeiras, como a *Konrad Adenauer Stiftung* (KAS), da Alemanha, e o *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (International IDEA), da Suécia, entre outras, estão participando das discussões em torno do desenho institucional adequado de um tal mecanismo internacional.

Dentro de um discurso tradicional em Direito Internacional, a proposta de criação de qualquer Tribunal Internacional porta consigo a força simbólica de progresso da ordem jurídica internacional. O poder retórico da proposta reside na convicção de que todo projeto de Tribunal Internacional representa um passo adicional em direção (i) ao progresso social favorável à preservação da humanidade, e (ii) ao tortuoso e delicado processo de aperfeiçoamento de técnicas e mecanismos de Direito Internacional. Em outras palavras, “[t]he proliferation of tribunals completes the missing piece in international law’s institutional architecture while strengthening the fabric of the law”¹².

A criação de um Tribunal Internacional é uma ideia que tradicionalmente parece portar consigo um valor positivo *per se*¹³. Nesse sentido, poucos juristas ousam se colocar expressamente contra a criação de qualquer Tribunal Internacional. Percebida como boa em si mesma, os juristas se opoem no máximo à percepção de sua efetiva necessidade ou às formas específicas de seu desenho institucional. Mas jamais se contestam suas virtudes supostas¹⁴, pois qualquer oposição poderia soar como posição ultrapassada em Direito Internacional ou como favorável a uma regressão no processo de desenvolvimento histórico-institucional do Direito Internacional.

Este trabalho assume, contudo, uma perspectiva crítica localizada fora dessa chave analítica centrada no binômio retórico progresso-regressão¹⁵. Como se poderá ver a seguir, questiona-se aqui, não a necessidade ou as condições de factibilidade de um projeto de TCI, mas o julgamento *a priori* de que toda construção de um

12 SKOUTERIS, Thomas. *The Notion of Progress in International Law Discourse*. The Hague: TMC Asser, 2010. p. 8.

13 Basta lembrar, por exemplo, que Hans Kelsen (2010) atribui a esta solução institucional nova a chave para construir a paz internacional pelo Direito Internacional (GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. A Juridificação de Conflitos Políticos no Direito Internacional Público Contemporâneo: Uma Leitura Política da Paz pelo Direito de Hans Kelsen a partir do Pensamento Político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015b. No prelo).

14 THIRLWAY, 2001, p. 255 apud SKOUTERIS, op. cit., p. 8.

15 De matriz evolucionista, tal avaliação baseada em um discurso que contrapõe progresso e regresso em Direito Internacional é epistemologicamente rejeitada por este texto, na medida em que sustenta uma percepção perniciososa ao desenvolvimento espontâneo das instituições jurídicas. Sobre o evolucionismo, cf. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. Problemas sobre a Pesquisa em Direito no Brasil: Uma Perspectiva. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010a; cf. Id. International Human Rights: A Dystopian Utopia. *ARSP — Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, v. 100, n. 4, p. 514-526, 2014. Sobre a tradição do uso do binômio progresso-regressão em Direito Internacional para qualificar as inovações institucionais internacionais, cf. ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMAN, Oliver. How is Progress Constructed in International Legal Scholarship? *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 425-444, 2014; cf. SKOUTERIS, Thomas. The Vocabulary of Progress in Interwar International Law: An Intellectual Portrait of Stelios Seferiades. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 823-856, 2005; cf. Id., op. cit.; cf. TSAGOURIAS, Nicholas. Nicolas Politis’ Initiatives to Outlaw War and Define Aggression and the Narrative of Progress in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 255-266, 2012.

Tribunal Internacional é, em si mesma, boa. Por meio de uma crítica à proposta de construção do TCI, este artigo questiona a virtude suposta que é automaticamente atribuída a todo e qualquer projeto de criação Tribunais Internacionais.

Saliente-se que não se trata de invalidar todo e qualquer projeto de construção de um Tribunal Internacional. Desde Hans Kelsen¹⁶, sabe-se que a criação de um tal mecanismo judiciário internacional com jurisdição compulsória se mostra como chave fundamental para aumentar a garantia do respeito ao *rule of Law* nas relações internacionais. Por esse motivo, concorda-se que essa virtude deve ser reconhecida, mantida e estimulada¹⁷.

De todo modo, como se poderá verificar mais adiante, a crítica deste projeto não se dirige genericamente a todo e qualquer proposta de construção de um Tribunal Internacional. Reconhecendo as virtudes de tais mecanismos para o reforço da observância do *rule of International Law*, este artigo ressalta, por outro lado, a presença de limites sérios em projetos de Tribunais Internacionais que contribuam para a instauração de um Constitucionalismo Global. Com isso, este artigo critica apenas propostas de criação de Tribunais Internacionais que busquem contribuir para a afirmação e a consolidação do projeto de instauração de um Constitucionalismo Global — tal qual a proposta do TCI.

Este texto explicita um dos dilemas do projeto contemporâneo de Constitucionalismo Global a partir da crítica à criação de um TCI. Argumenta-se que esta proposta, apesar de bem intencionada, (i) é inadequada para cumprir sua própria missão, uma vez que opera contra a afirmação espontânea de regimes jurídico-políticos nacionais, e (ii) hipostasia o Direito Internacional Público, na medida em que atribui a este uma missão que o (a) desvia de sua rota originária e (b) desqualifica o papel e a força normativa deste.

Para tanto, será feita uma releitura interdisciplinar do instituto jurídico da autodeterminação dos povos baseada na Filosofia Política de Claude Lefort. Utiliza-se aqui um método qualitativo de análise documental centrado em consulta de documentos normativos internacionais, documentos históricos audiovisuais e em revisão bibliográfica.

16 KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

17 Cf. KOSKENNIEMI, Martii. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, jan. 2007. Como ressalta Koskenniemi (op. cit., p. 4-9), o sucesso dessa lógica estimulou a proliferação de mecanismos internacionais de solução de controvérsias, judiciais e arbitrais, o que teria determinado aquilo que se chama Fragmentação do Direito Internacional Contemporâneo. Sobre a fragmentação em Direito Internacional, além de Koskenniemi (op. cit.), cf. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004; cf. NASSER, Salem. Global Law in Pieces: Fragmentation, Regimes and Pluralism. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 105, Aug. 2014.

Os documentos normativos a serem consultados são os textos contemporâneos compreendidos como base jurídica de reconhecimento ou declaração de existência da autodeterminação dos povos, como a Carta da ONU (1945), as Resoluções nº 1514 (XV), de 1960, e nº 2625 (XXV), de 1970, ambas da AGONU¹⁸, e os Pactos Internacionais da ONU de Direitos Civis e Políticos (1966) e de Direitos Econômicos, Culturais (1966), todos em sua versão inglesa. Os documentos históricos a serem consultados consistem nos registros audiovisuais dos três discursos apresentados à AGONU por Mohamed Marzouki, na versão traduzida para o inglês¹⁹. A literatura que sustenta de a reflexão crítica deste texto é composta por obras de Claude Lefort, mas este texto recorre também a autores que examinaram o tema da autodeterminação dos povos sob uma perspectiva de Dogmática Jurídica Internacional. Com isso, serão aproximados (i) o repertório crítico lefortiano sobre formas jurídico-políticas da sociedade de (ii) uma reflexão realizada no interior da Dogmática Jurídica Internacional.

Dessa forma, o artigo está dividido em quatro partes. A primeira parte (2) apresenta a proposta de construção de um TCI, tal qual exposta por Mohamed Marzouki

18 Ainda que se possa contestar o caráter de juridicamente vinculante de tais textos normativos, não se pode ignorar que tiveram ao menos importante dimensão política para alterar as bases do sistema internacional (descolonização, no caso da Resolução 1514) e para tentar manter um sistema de convivência pacífica durante a Guerra Fria (no caso da Resolução 2625). Nesse sentido, cf. CASELLA, Paulo. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 910; cf. MCWHINNEY, Edward. *Self-determination of Peoples and Plural-ethnic States*. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2002. p. 181-182.

19 Cf. Marzouki (2012, 2013, 2014). A referência aos discursos de Mohamed Marzouki não tem qualquer pretensão de personalizar a proposta, nem mesmo de captar a condição psicológica individual deste ator político. O pressuposto desta análise consiste precisamente em reconhecer que, quando ele manifesta seu discurso na AGONU enquanto Presidente da Tunísia em contexto de pós-queda de Governo Ditatorial, este ator assume um papel social específico e institucionalmente enviesado. De acordo com essa perspectiva, entende-se que atuar como mera “boca de um discurso”, que ele manifesta uma narrativa que — apesar de concordar com ela —, não é “sua”, ou exclusivamente sua. Trata-se de uma perspectiva por ele “presentada”, mas que se origina de um caldo discursivo institucional ou sistêmico que independe do próprio ator. Nesse sentido, neste texto, metodologicamente se descentra do sujeito e se recentra na instituição/sistema jurídico-político no qual ele se insere e do qual ele participa. Nesta condição, diferencia-se o ator da instituição e percebe-se que, na condição toda especial de Chefe de Estado na AGONU, o ator fala algo que não é seu ou somente seu: apenas comunica ou transmite aos demais atores presentes na AGONU, e para aqueles que posteriormente terão acesso aos registros da reunião, as significações e as intencionalidades produzidas pelo sistema institucional que ele traz consigo perante a AGONU.

Para mais informações sobre esse descentramento metodológico do sujeito para o sistema, cf. GARCIA, Margarida. Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 182-209, jan. 2014. p. 190-196 — ainda que a autora trate, neste texto, de pesquisas realizadas no âmbito da Criminologia. No mesmo sentido, cf. o método descrito por GABBAY, Daniela; OLIVEIRA, Fabiana; CUNHA, Luciana. Hipóteses e Metodologia de Pesquisa. In: GABBAY, Daniela; CUNHA, Luciana (Org.). *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 35-37 —, em uma pesquisa empírica sobre a percepção de atores institucionais de órgãos do Poder Executivo (Ministérios, Institutos) e do Poder Judiciário (Juizes Federais, Estaduais, Procuradores de Justiça) sobre temas relacionados a Direito Previdenciário e a Direito do Consumidor no Brasil.

nas três AGONU. A segunda parte (3) examina os textos normativos internacionais acima apontados, em conjunto com a literatura indicada, a fim de expor as linhas principais que caracterizam a autodeterminação dos povos. A terceira parte (4) se dedica ao pensamento lefortiano (4.1) e ressignifica o conceito de autodeterminação dos povos a partir de uma radicalização da Política (4.2). A quarta parte (5) estabelece, por fim, a conexão da concepção de autodeterminação dos povos ressignificada com os limites de adoção de um TCI (5.1) e, em seguida, indica as consequências do discurso do Constitucionalismo Global sobre o Direito Internacional Público e sua missão (5.2).

2. A PROPOSTA TUNISIANA DE CRIAÇÃO DE UM TCI

Acontece-nos hoje o que diz Tucídides das guerras civis de sua época; empregam eufemismos para qualificar as piores paixões políticas, para apresentá-las de um ângulo favorável, desculpar-lhes os atos, alterar e atenuar as idéias que teriam despertado se usassem seus verdadeiros nomes. E tudo isso a pretexto de reformar nossas consciências e nossas crenças: “o pretexto é honesto”²⁰.

A atual proposta de criação de um TCI foi oficialmente apresentada em três oportunidades pelo então Presidente da Tunísia, o Sr. Mohamed Marzouki: (i) em 27 de setembro de 2012, nos Debates Gerais da 67ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (AGONU), (ii) em 26 de setembro de 2013, nos Debates Gerais da 68ª Sessão Ordinária da AGONU, e (iii) em 25 de setembro de 2014, nos Debates Gerais da 69ª Sessão Ordinária da AGONU. Tais declarações se sustentaram em estudos realizados previamente por uma Comissão *ad hoc* de Especialistas organizada pelo Governo Tunisiano²¹ e foi seguida por eventos acadêmicos no mundo com objetivo de aprofundar ou difundir a ideia²².

20 MONTAIGNE, op. cit., p. 63.

21 GHACHEM, op. cit., p. 44.

22 Seguindo a proposta tunisiana, foi organizada em 3 de maio de 2013, no Palácio de Cartago, em Túnis, na Tunísia, pelo então Presidente Mohamed Marzouki, em conjunto com a *Konrad Adenauer Stiftung* (KAS), da Alemanha, e o *International Institute for Democracy and Electoral Assistance* (INTERNATIONAL IDEA), da Suécia, a Conferência Internacional *L'établissement d'une Cour Constitutionnelle Internationale: Une Mesure pour Prévenir le Détournement des Institutions Démocratiques* — cf. INTERNATIONAL IDEA. International Constitutional Court Proposed to Protect Democracy. *International IDEA — What's New*, Stockholm, 4 May 2013. Disponível em: <<http://www.idea.int/wana/international-constitutional-court-proposed-to-protect-democracy.cfm>>. Acesso em: 18 jan. 2016; cf. OSTRY, Hardy. Demokratie weltweit sichern. *Konrad Adenauer Stiftung — Veranstaltungsbeiträge*, Berlin, 6 May 2013. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/de/33.34279/>>. Acesso em: 18 jan. 2016. Desde então, a KAS organizou dois outros encontros para aprofundar as discussões sobre o tema, a fim de lhe dar um direcionamento prático, para apresentar uma proposta mais bem desenvolvida para a CDI/ONU, a saber: em 12 de junho de 2014, em Túnis, na Tunísia, o Congresso *Errichtung eines Internationalen Verfassungsgerichtshofes: Voraussetzungen für eine Nachhaltigkeit*, e, nos dias 16 e 17 de junho de 2015, em Rabat, no Marrocos, o Congresso *Ein Internationales Verfassungsgericht im Dienst des demokratischen Rechts und des Verfassungsrechts* (KAS), evento já mencionado. Cita-se, ainda, mais uma vez, o evento realizado na

Inserida em um contexto pós-Primavera Árabe²³ e de consequente reconstrução do regime jurídico-político do país, a proposta de Mohamed Marzouki busca atribuir ao Direito Internacional o papel de garante externo final de regimes jurídicos nacionais não ditatoriais. O elemento central de seu projeto consiste em constituir um novo mecanismo jurisdicional internacional que opere como órgão internacional de vigilância de eventual captura antidemocrática das instituições jurídico-políticas nacionais²⁴.

Em 2012, Mohamed Marzouki²⁵ tinha a preocupação clara em apresentar para o mundo a profunda modificação do regime jurídico-político tunisiano: reiteradamente afirmava que ele e seu país reconheciam ser a ditadura uma doença que ameaçava a paz, a segurança e a prosperidade de todos os povos e em qualquer país. Para ele, deveria ser considerada como algo efetivamente nocivo, uma epidemia de de violência e de ódio entre os povos.

Por esse motivo, segundo ele, um projeto bastante ambicioso deveria ser assumido pela ordem internacional dentro do sistema ONU e de acordo com seu aparato legal, com o objetivo de eliminar globalmente algo que, para ele, era a pior das doenças contagiosas: a ditadura enquanto opção possível de regimes jurídico-políticos nacionais²⁶. Conforme sua perspectiva, a ditadura usa os instrumentos democráticos para minar a própria Democracia, na medida em que instrumentaliza a legalidade para construir sua legitimidade baseada em eleições fraudulentas e, com isso, reafirmar o *status quo* de opressão e de sufocante da oposição²⁷.

Nesse sentido, para Mohamed Marzouki, seria fundamental para a ONU usar o artigo 22 de sua Carta e adotar mais uma instituição subsidiária para cumprir

cidade de São Paulo, Brasil, sob organização da OAB/SP. Como afirmado acima, não é objetivo deste estudo entender os desdobramentos práticos dados à proposta de Mohamed Marzouki de construção de um TCI. Nesse sentido, não se examina neste texto o conteúdo até o presente momento desenvolvido do projeto, nem se houve o envio efetivo deste para a CDI/ONU, ou mesmo se a CDI/ONU iniciou alguma discussão sobre o tema. Fica aqui registrado o convite para futuras investigações conjuntas sobre o tema.

23 Ficaram conhecidos como "primavera árabe" os protestos e as revoltas deflagrados em dezembro de 2010 em países árabes localizados no norte da África e no Oriente Médio (Tunísia, Líbia, Egito, Iêmen, Argélia, Síria, Bahrein, Marrocos, Jordânia e Omã). A primavera árabe apenas foi mencionada, aqui, para indicar o contexto político interno e regional a partir do qual o ex-Presidente da Tunísia apresentou sua proposta. Todavia, a análise a seguir não tem qualquer preocupação em desenvolver relações entre a proposta tunisiana e a primavera árabe. Assim, note-se que não é objetivo deste artigo tratar de tais movimentos políticos (origens, desenvolvimento ou consequências), razão pela qual ele não será abordado mais adiante neste texto.

24 Para Mohamed Moncef Marzouki (2014, cf. 13:30-13:41 min), os países do sul deveriam abrigar uma tal instituição, tendo ele indicado a Tunísia para ser a sede do TCI. Segundo sua declaração, a proposta seria encaminhada imediatamente à Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (CDI/ONU) para posteriores análise e desenvolvimento — com a esperança de que ela visse a luz do dia o mais breve possível.

25 MARZOUKI, 2012. Duração do áudio: 5:12-5:44 min.

26 Ibid. Duração do áudio: 6:33-6:58 min.

27 Ibid. Duração do áudio: 7:45-9:03 min.

sua missão e manter paz e segurança internacionais mediante o combate internacional da ditadura: um TCI. Este órgão seria, para o então Presidente tunisiano, o mecanismo que faltava para completar o quadro institucional da ONU e, por isso, deveria ser incluído na agenda da AGONU a partir da 68ª Sessão como forma de dar concretude à missão de humanidade estampada na Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²⁸.

Este TCI seria, segundo Mohamed Marzouki, o complemento do Tribunal Penal Internacional (TPI). De acordo com sua visão, se o último tribunal atua em caráter repressivo com relação a crimes praticados por ditadores, o primeiro seria responsável por uma atuação preventiva que visaria a prevenir o enraizamento jurídico, político e institucional da ditadura²⁹.

Dentro dessa perspectiva, o TCI representaria precisamente um último nicho institucional, de caráter internacional, para que as oposições nacionais pudessem encontrar formas e fôrmas jurídicas para canalizar democraticamente sua discordância em relação ao *establishment* e, com isso, contestá-lo — principalmente no que se refere à realização de eleições fraudulentas. Ele operaria, assim, como um reforço internacional a todas as formas de resistência cívica que se encontram oprimidas, assegurada a contenção de déspotas³⁰.

Dessa forma, o objetivo do TCI consistiria em atuar contra eleições fraudulentas, cartas ilegais e constituições não democráticas e, para tanto, sua competência deveria se centralizar em (i) julgar controvérsias nacionais em todo na legalidade ou ilegalidade de eleições nacionais, (ii) reconhecer e certificar o caráter efetivamente democrático de regimes jurídico-políticos nacionais, e (iii) conceder recomendações sobre aprofundamento do regime democrático para todo país que assim requeresse ajuda³¹.

O discurso de 2013 de Mohamed Marzouki destacou ainda uma vez a importância de um TCI como instrumento destinado a combater a ditadura e seu enraizamento nas experiências jurídico-políticas nacionais. Enquanto instrumento internacional adicional de proteção dos povos, um TCI deveria ser concebido e estruturado para afastar a ditadura como uma opção de forma de organização jurídico-política de povos³².

28 Ibid. Duração do áudio: 9:03-10:57 min; 13:30-14:30 min. Bandeira (op. cit.) também associa a criação do TCI ao discurso de afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Sobre o DIDH e sua relação com o TCI, cf. item 5.1, abaixo.

29 Ibid. Duração do áudio: 7:02-7:45 min.

30 MARZOUKI, 2012. Duração do áudio: 7:45-9:03 min; 10:59-11:29 min.

31 Ibid. Duração do áudio: 9:03-10:57 min.

32 Id., 2013. Duração do áudio: 7:45-8:05 min.

Ademais, a ação de um TCI seria fundamental para proteger os Direitos Humanos, pois não permitiria perseguições políticas pelo Estado, nem promoveria guerras civis³³. Por esse motivo, o TCI deveria ser um órgão com função de atuação eminentemente preventiva, bloqueando a ação ditatorial desde o início. A ausência de um reconhecimento internacional do Governo ditatorial garantiria que um tal regime não encontrasse condições nacionais para se formar e se desenvolver³⁴.

Em seu discurso de 2014, Mohamed Marzouki³⁵ enfatizou ainda uma vez que um TCI seria necessário para garantir a estabilidade das instituições democráticas na Tunísia pós-primavera árabe e em outros países no globo. De acordo com sua percepção, este novo Tribunal Internacional garantiria que forças internas e externas não conseguiriam modificar de maneira ilegítima o regime político democrático de um país e, deste modo, paralisaria todas as fontes de violência e de guerra³⁶.

Seu argumento se baseava novamente no reconhecimento do sucesso do TPI, pois ele teria promovido o “punish[ment of] despots who have abused the rights of their people”³⁷. Para ele, além deste mecanismo judicial de punição de indivíduos pela ordem internacional, dever-se-ia pensar em um outro Tribunal Internacional que detivesse competência jurisdicional para (i) prevenir a manutenção de déspotas no Poder, (ii) decidir sobre eleições (a) falsas, (b) ilegítimas, e que (c) levem à instalação de um Governo pela força, e (iii) dar conselhos para todo e qualquer povo livre³⁸.

Podem ser notados alguns elementos comuns nas três proposições de Mohamed Marzouki, a saber: o TCI (i) seria um mecanismo internacional a ser instituído no interior do sistema ONU, (ii) teria como missão fundamental combater (a) de forma preventiva (b) a instauração de ditaduras, (iii) seria marcado como uma Corte internacional voltada à proteção e à difusão da Democracia e dos Direitos Humanos, e (iv) deteria competência para (a) julgar controvérsias nacionais em todo na legalidade ou ilegalidade de eleições nacionais, abrangendo

33 Ibid. Duração do áudio: 8:10-9:27 min.

34 MARZOUKI, 2012. Duração do áudio: 9:30-9:50 min; 10:02-11:05 min.

35 Id., 2014. Duração do áudio: 11:55-13:41 min.

36 Segundo a declaração de Mohamed Marzouki (2014, cf. 2:33-3:30 min; 4:11-4:18 min; 8:58-9:28 min), apesar de haver na Tunísia, naquele momento, esforços democratizantes voltados à promoção de reconciliação interna mediante divisão democrática do acesso e do exercício do Poder entre as diferentes partes da sociedade, ainda havia grande potencial de instabilidade política. Isso porque ele identificava a presença de forças potencialmente desestabilizadoras (i) externas, originadas de (a) planejamento de práticas terroristas e assassinatos políticos a serem realizados no interior da Tunísia, ou de (b) instabilidade política de outros governos vizinhos ou próximos (especialmente Líbia e Síria), e (ii) internas, pois grupos internos mais fortes que tradicionalmente apoiaram o regime ditatorial anterior e continuavam a apostar em soluções militares dos conflitos.

37 MARZOUKI, 2014. Duração do áudio: 11:46-11:55 min.

38 Ibid. Duração do áudio: 11:55-13:41 min.

eleições (1) falsas, (2) ilegítimas, e que (3) levem à instalação de um Governo pela força, (b) reconhecer e certificar o caráter efetivamente democrático de regimes jurídico-políticos nacionais, e (c) conceder recomendações sobre aprofundamento do regime democrático para todo país que assim requeresse ajuda.

3. AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS NO SISTEMA ONU

Um legislador sábio só deve considerar, no Estado, no gênero humano ou nas sociedades particulares de que é composto, a sua aptidão à vida feliz e o gênero de felicidade de que são capazes. Isto não significa que deva haver a mesma constituição e as mesmas leis em toda parte³⁹.

O termo autodeterminação dos povos teria sido mencionado pela primeira vez no século XX ao final da Primeira Guerra Mundial pelo então Presidente estadunidense Woodrow Wilson. Em seus Catorze Pontos, de 8 de janeiro de 1918, ele teria se referido a nacionalidades sob controle do Império Austro-Húngaro e da Império Turco-Otomano e teria indicado que estas não deveriam ser impedidas de se autogovernarem por meio de Estados independentes⁴⁰.

Não adotado pelo Tratado de Versailles (1919) e pela Liga das Nações, o conceito adquiriu relevância para o Direito Internacional após o final da Segunda Guerra Mundial, na medida em que foi expressamente incorporado na Carta da ONU (1945) e invocado no movimento de descolonização⁴¹.

A autodeterminação dos povos foi indicada nos artigos 1º, parágrafo 2º, e 55 da referida Carta. O instituto foi mencionado no artigo 1º, parágrafo 2º, com o intento de indicar um dos propósitos da ONU, que seria desenvolver relações amigáveis entre nações como forma de reforçar a paz universal. Nesse sentido, tais relações amigáveis seriam baseadas no respeito à igualdade de direitos entre os povos e à autodeterminação deles. Por esse motivo, a ONU atuaria no sentido de garantir o respeito à autodeterminação de cada povo, como forma de assegurar o desenvolvimento de relações amigáveis e pacíficas no âmbito internacional.

39 ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 61.

40 Cf. MCWHINNEY, op. cit., p. 179. E, também, cf. SUKSI, Markku. Keeping the Lid on the Secession Kettle: a Review of Legal Interpretations concerning Claims of Self-Determination by Minority Populations. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 12, p. 189-226, 2005. p. 189. Todavia, segundo McWhinney (op. cit., p. 177), a expressão não se encontra em lugar algum desse documento do então Presidente Woodrow Wilson. Para ele, a autodeterminação teria origens no Iluminismo do século XVIII e na subsequente Revolução Francesa.

41 Cf. CASELLA, op. cit., p. 97-98; cf. EAGLETON, Clyde. Self-determination in the United Nations. *The American Journal of International Law*, v. 47, n. 1, p. 88-93, jan. 1953. p. 88 e 91; cf. KIRGIS JR., Frederic. The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era. *The American Journal of International Law*, v. 88, n. 2, p. 304-310, Apr. 1994. p. 304; cf. MCWHINNEY, op. cit., p. 178; cf. ZEMANEK, Karl. *General Course on Public International Law*. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 1997. p. 117.

O artigo 55 do mesmo Tratado indica que a atuação da ONU no que se refere à promoção de cooperação internacional econômica e social ocorreria no sentido de criar condições de estabilidade e bem-estar necessárias para relações amigáveis e pacíficas entre as nações. Essa atuação abrangeria (i) a promoção do aumento dos padrões de vida, do pleno emprego, e de condições de progresso e desenvolvimento econômico e social, (ii) resolução de problemas internacionais econômicos, sociais, de saúde e outros relacionados, (iii) cooperação internacional cultural e educacional, e (iv) respeito universal e observância aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais, sem distinção relativa à raça, sexo, idioma ou religião. Essas medidas seriam essenciais, de acordo com a Carta, para garantir o respeito à igualdade de direitos entre os povos e à autodeterminação deles.

Apesar de reconhecido o princípio da autodeterminação dos povos nesse instrumento, é apenas com o movimento de descolonização na segunda metade do século XX, especialmente nas décadas de 1950 e 1960, que ele parece ter adquirido uma maior concretude⁴².

É nesse contexto que a AGONU aprova a Resolução 1514 (XV), de 14 de Dezembro de 1960, denominada *Declaration on the granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*. Nela, a AGONU reconheceu o quanto a permanência de países e povos na condição de colônia era uma profunda restrição à liberdade e, por isso, uma ameaça grave à paz internacional⁴³. Por esse motivo, em diversos dos considerandos dessa resolução a AGONU reitera reconhecer o aumento de conflitos no período em busca de independência e, portanto, a importância de se buscar eliminar o mais rápido possível todas as formas de colonização.

No que se refere à autodeterminação dos povos, a referida Resolução declarou em seu parágrafo 2º que, no processo de afirmação de sua independência, todos os povos têm o direito à autodeterminação, isto é, o direito de determinar livremente seu estatuto político e de livremente perseguir seu desenvolvimento econômico, social e cultural⁴⁴. E, por esse motivo, a ONU trabalharia com seus

42 Cf. CASELLA, op. cit., p. 97 e 250-251; cf. EAGLETON, op. cit.; cf. HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 171; cf. KIRGIS JR., op. cit., p. 305; cf. SUKSI, op. cit., p. 198; cf. VINAIXA, Rosario. *El Nuevo Alcance de la "Opinio Iuris" en el Derecho Internacional Contemporaneo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991. p. 105; cf. ZEMANEK, op. cit., p. 33 e 117.

43 Conforme relatado por McWhinney (op. cit., p. 180), tal resolução não foi adotada por unanimidade, mas pelo voto favorável de 89 (oitenta e nove) países, nenhum voto contrário e 9 (nove) abstenções, dentre as quais de grandes impérios coloniais europeus, tais como Bélgica, Espanha, França, Portugal e Reino Unido.

44 Este é precisamente o teor do art. 1º dos dois Pactos Internacionais assinados em 1966: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse sentido, as considerações feitas nas próximas linhas sobre a Resolução 1514 (XV) se aplicam, neste texto, aos dois Pactos Internacionais.

órgãos internos (como o Conselho de Tutela) para assegurar a transferência incondicionada de poderes de auto-governo a todos os povos ainda não independentes naquele momento, sem qualquer distinção de raça, credo ou cor, para que pudessem atingir o mais rápido possível sua liberdade⁴⁵.

Nesse sentido, há que se perceber que a autodeterminação dos povos está relacionada a uma dimensão política fundamental: liberdade. Como forma de expressão da condição de povo soberano, a autodeterminação dos povos tem por conteúdo jurídico o reconhecimento de que cada povo livre deve ter assegurada pela ordem internacional condições de possibilidade para ele próprio definir as regras elementares que estruturam sua vida pública: seu regime jurídico-político, sua forma de produção econômica, suas estruturas sociais fundamentais, a dinâmica de produção de bens culturais, entre outros.

A independência de povos e países colonizados passava, assim, pelo reconhecimento de que todos deteriam perante a ordem jurídica internacional igualdade de condições para definir livremente sua forma de Estado, sua forma de Governo, a tradição jurídica a ser seguida, o modelo econômico a ser adotado, entre outros. A liberdade de um povo estava associada, desse modo, à autodeterminação, e esta, à possibilidade de um povo não ter qualquer ingerência externa — de outros povos — na orientação de suas decisões internas fundamentais.

Deste modo, Democracia ou Ditadura, Monarquia ou República, Estado Federal ou Unitário, Capitalismo ou Socialismo, Estado laico ou confessional, entre outros: o Direito Internacional deteria a função limitada de apenas reconhecer a cada povo a igualdade de escolher livremente, em termos institucionais, seu próprio projeto civilizacional. Isso significa que o Direito Internacional se limitaria a assegurar que não haveria, na definição do estatuto de cada povo, qualquer interferência que não se originasse do interior de seus próprios movimentos internos de caráter político, econômico e social que dinamizassem o processo de modificação ou de reafirmação de sua cultura.

Em contexto de acirramento da Guerra Fria, a mesma AGONU aprovou a Resolução 2625 (XXV), de 24 de outubro de 1970, intitulada *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*. Por meio desta Resolução, a AGONU expressou sua preocupação com a crescente

45 Para uma análise conservadora desse auxílio a povos para adquirirem a independência, cf. Eagleton (op. cit.), para quem se deveria respeitar os investimentos realizados pelas metrópoles em suas ex-colônias. Por outro lado, um argumento interessante por ele levantado consiste em precisamente questionar a possibilidade de a ordem internacional e as antigas metrópoles poderem decidir, unilateralmente, quais colônias estavam ou não prontas para se autodeterminarem, ou quais as condições — inclusive temporais — para tanto.

interferência em assuntos internos de países por meio de recursos econômicos, militares, entre outros⁴⁶.

Nesta Resolução são reafirmados 7 (sete) princípios jurídicos entendidos como cruciais para a manutenção de relações amigáveis e pacíficas entre os povos, dentro de uma perspectiva de cooperação, razão pela qual todos os Estados deveriam se comprometer a seguir tais princípios em suas relações com os demais. Apesar de cada um estar relacionado entre si, os que mais se relacionam com o tema deste texto são: (i) não intervenção em assuntos internos de qualquer Estado, (ii) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, e (iii) igualdade soberana dos Estados.

No que se refere ao primeiro princípio, a Resolução reiterou que os povos possuem o direito inalienável de escolher seus sistemas político, econômico, social e cultural sem qualquer interferência de outro Estado. Por isso, todo Estado ou grupo de Estados deveria abdicar do uso de qualquer meio, armado, econômico, ou outro qualquer, que pudesse interferir na definição livre por cada povo de sua regras elementares da vida pública. Em outras palavras, qualquer ingerência ou ameaça de ingerência na determinação do próprio estatuto fundamental de cada povo deveria ser evitada.

Nesse sentido, note-se que a intervenção em tais assuntos internos, sob qualquer de suas formas, é considerada expressamente como uma violação do Direito Internacional. Por se tratar de uma privação do exercício da auto-compreensão política necessária para que cada povo possa construir consuetudinariamente para si seu repertório simbólico que define para ele mesmo como ele se auto-compreende, a Resolução entende que isso desestabilizaria a possibilidade de desenvolvimento de relações amigáveis e cooperativas entre os povos. Afinal, a reiteração de tal postura sufocaria em cada povo a possibilidade de conhecer e afirmar sua própria identidade cultural.

No que se refere ao segundo princípio, a Resolução em grande parte repete alguns dos preceitos da Resolução 1514 (XV), tais como eliminar o quanto antes o colonialismo, autodeterminação como definição do próprio estatuto político, econômico, social e cultural, Estado evitar interferir no exercício livre da autodeterminação, entre outros.

Todavia, a Resolução 2625 (XXV) estabelece parâmetros adicionais para entender o sentido onusiano dado à autodeterminação dos povos. São considerados como modos de realizar a autodeterminação dos povos: (i) o estabelecimento de um Estado Soberano e independente, (ii) a criação de uma associação livre ou um

⁴⁶ Segundo McWhinney (op. cit., p. 181-182), essa resolução foi adotada por unanimidade e consistiu praticamente na reafirmação do Código Soviético de Coexistência Pacífica, o qual se preocupou em estabelecer as regras do jogo das relações entre os blocos que dividiam o mundo durante a Guerra Fria.

processo de integração com um Estado independente, (iii) a livre definição por um povo de outro estatuto político para si próprio. Ademais, a mesma Resolução indica que a autodeterminação dos povos não significaria um direito internacional à secessão, pois não poderia significar, de qualquer forma, o rompimento da unidade nacional ou uma autorização à violação da integridade territorial de um Estado.

Por fim, no que se refere ao terceiro princípio, a Resolução aponta que o exercício livre da autodeterminação de estatuto político, econômico, social e cultural por um povo é, dentre outros elementos, uma forma de assegurar a igualdade soberana de Estados.

Assim, os documentos jurídicos internacionais onusianos sobre autodeterminação dos povos reconhecem neste instituto os seguintes elementos: a possibilidade de um povo (i) decidir de maneira livre, isto é, sem interferências externas por parte de outros Estados as regras elementares que estruturam sua vida pública. Esse elemento abrange, assim, a capacidade de um povo controlar por so só seu destino político (da *Pólis*), isto é, de (ii) definir para si próprio seu estatuto jurídico-político, econômico, social e cultural, (iii) criar um novo Estado Soberano — inclusive mediante declaração de independência (no caso de ex-Colônias), e (iv) associar-se a outros Estados em processo de integração.

Para evitar a ameaça à paz e a segurança internacionais por meio de processos de emancipação política coletiva que implicassem o rompimento da unidade nacional e integridade territorial de Estados, o sistema ONU reconhece ainda que a autodeterminação dos povos não deve significar somente a possibilidade de criação de um Estado Soberano novo. A autodeterminação dos povos é compreendida também como a necessidade de se criar mecanismos jurídicos nacionais de proteção de minorias — principalmente de povos autóctones ou de minorias étnicas, sem que isso signifique uma autorização a uma metástase de declarações de independência.

Para tanto, o discurso de autodeterminação dos povos seria uma narrativa voltada a justificar a garantia de liberdades públicas fundamentais relacionadas à participação política, o reconhecimento da possibilidade de minorias continuarem a praticar suas próprias tradições — ou seja, a segurança de preservação e de influência política, econômica e social das mais diferentes formações culturais e étnicas em Estados plurinacionais. Em outras palavras, tratar-se-ia de evitar um conhecido e corrosivo processo de homogeneização cultural interna mediante assimilação, perseguição, aniquilamento ou expulsão de minorias étnicas, linguísticas, religiosas⁴⁷.

47 Cf. ALVES, Rodrigo. Pueblos Indígenas, Diversidad Cultural y el Derecho a la Autodeterminación: desde el Derecho Internacional al Constitucionalismo Latinoamericano. *Derecho PUCP — Revista de la Facultad de Derecho*, n. 75, p. 119-138, 2015; cf. CASELLA, op. cit., p. 98; cf. FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 113-136, jul./dic. 2006.; cf. KYMLICKA,

Assim, dentro de uma ótica multiculturalista, a autodeterminação dos povos abrange, ainda, o dever de um Estado (v) estabelecer mecanismos internos voltados à proteção jurídica nacional de minorias por meio de normas de Direitos Humanos, (vi) assumir e respeitar um compromisso jurídico internacional de Direitos Humanos de proteção de minorias dentro e fora dele, e (vii) contribuir para a criação, o aprimoramento e operacionalização de instituições jurídicas internacionais voltadas à proteção de minorias — sem, com isso, significar a autorização para desconsiderar a integridade territorial de Estados ou para romper a unidade nacional de um Estado. A autodeterminação envolveria, assim, uma correlação de representatividade e preservação culturais próximas de um regime jurídico-político democrático⁴⁸.

Deste modo, a autodeterminação dos povos sofreu um processo de ressignificação conceitual durante o século XX, abrangendo (i) *autodeterminação externa*, a qual envolve sempre a construção de um novo Estado soberano, seja (a) no pós-Primeira Guerra Mundial, com a independência de nações submetidas a Impérios, seja (b) no pós-Segunda Guerra Mundial, com a independência de Colônias em relação a suas Metrôpoles, e (ii) *autodeterminação interna*, a qual não implica o desmembramento de um Estado nacional, pois motiva o reconhecimento e a inclusão de minorias, por meio de discurso de Direitos Humanos e Democracia nos processos coletivos internos políticos, econômicos, sociais e culturais de cada Estado⁴⁹.

4. A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INTERNA E A DEFINIÇÃO DO ESTATUTO POLÍTICO ENTRE IMANÊNCIA E TRANSCENDÊNCIA

4.1. O pensamento político de Claude Lefort e a radicalização da política

há para as nações, assim como para os homens, um tempo de maturidade que é preciso aguardar antes de submetê-las às leis; mas a maturidade de um povo nem sempre é fácil de reconhecer, e, se for antecipada, a obra aborta. Tal povo é disciplinável ao nascer, outro não o será ao cabo de dez séculos⁵⁰.

Will. *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Oxford: Oxford University, 2007; cf. ZEMANEK, op. cit., p. 117 e 119.

48 Cf. FERRAJOLI, op. cit.; cf. KIRGIS JR., op. cit., p. 309-310; cf. PHILPOTT, Daniel. In Defense of Self-Determination. *Ethics*, v. 105, n. 2, p. 325-385, jan. 1995. p. 352-353; cf. SUKSI, op. cit., p. 195-196. Segundo a percepção de Mewhinney (op. cit., p. 262-263), a partir da experiência falha da República Federal da Iugoslávia, a adoção de uma fórmula federal para acomodar a diversidade cultural em Estados pluriétnicos não teria sido a melhor solução, dada a limitada aplicabilidade do Federalismo clássico para Estados multinacionais. Todavia, a Resolução 2625 (XXV) teria privilegiado soluções desse tipo, ao fomento de desmembramento de Estados.

49 Cf. KIRGIS JR., op. cit., p. 305; SUKSI, op. cit., p. 199-201; cf. TOMUSCHAT, Christian. Book Review — J. Castellino, *International Law and Self-determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity*. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 9, p. 183-185, 2002; cf. ZEMANEK, op. cit., p. 117-188.

50 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 55.

A diferenciação entre autodeterminação externa e interna tal qual apresentada no item anterior é incapaz de esgotar a potencialidade criadora do conceito dentro de uma dimensão Política radicalizada. Os documentos normativos do sistema onusiano concordam em definir que a autodeterminação dos povos consiste, entre outras coisas, em qualquer povo poder de forma livre definir para si próprio seu estatuto jurídico-político, econômico, social e cultural. A introdução de um pensamento radicalmente Político permite perceber que o conteúdo jurídico-político usualmente atribuído a tal conceito é restrito e, dessa forma, explicitar os primeiros desvios de rota que podem derivar da institucionalização da proposta tunisiana de um TCI.

A interpretação tradicional dada à autodeterminação dos povos parece se restringir a (i) uma dimensão estatizante das formas de organização política de uma sociedade, isto é, associa a autodeterminação dos povos sempre a algum tema relacionado à forma estatal: criação de Estado, associação entre Estados, preservação de um Estado dentro de uma dimensão multicultural etc.; e (ii) uma compreensão de que, a final, dentro de um modelo estatal de organização política da sociedade, a forma jurídico-política que deveria ser idealmente adotada por cada povo que se autodetermina é a da Democracia.

Apesar de interessante, o primeiro aspecto acima levantado foge ao escopo deste trabalho e, por isso, não será examinado aqui; sobre ele, basta mencionar que há outras formas de organização política de povos para além da forma estatal⁵¹. No que se refere ao segundo, a chave de compreensão do Político dada por Claude Lefort permite compreender melhor o argumento que ora se apresenta.

A política é, segundo Claude Lefort⁵², uma específica formatação, por instituições jurídicas estruturais, da organização da vida pública de uma sociedade. Em outras palavras, a Política consiste em uma particular *mise en forme* estabelecida

51 Lembre-se da excepcionalidade espaço-temporal da forma do Estado que, de acordo com uma perspectiva tradicional (cf. GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *The American Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 20-41, jan. 1948), detém profundo enraizamento na tradição política Ocidental Europeia Moderna inaugurada pela Paz de Westfália, de 24 de outubro de 1648. Nesse sentido, antes e depois dessa data, outras formas de organização política não estatais teriam existido e se contraposto a ela. A título exemplificativo, mencione-se o exemplo contemporâneo do processo de integração europeu iniciado pelo Tratado de Paris (1951). Tanto a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), como a atual União Europeia, podem ser entendidas como processos de integração política que estabeleceram um novo modelo de relações jurídico-políticas entre países europeus que, por sua vez, fogem da forma estatal. Apesar de ser uma organização jurídico-política de uma vida pública europeia, ela não se trata de uma organização estatal. Nesse sentido, cf. GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *A Integração como Fenômeno Jurídico-Político: uma leitura a partir da Construção Histórica da CECA*. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo, 2013a; cf. GIANNATTASIO, Arthur; SCUDELLER, Pedro. Cidadania na Comparação Internacional. In: RICHTER, Thomas; SCHMIDT, Rainer (Org.). *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011; cf. POZO, Carlos. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Reus, 2011.

52 LEFORT, Claude. Permanência do Teológico-Político? In: _____. *Pensando o Político: Ensaio sobre Democracia, Revolução e Liberdade*. São Paulo, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 254, 258 e 262-263.

pelo Direito-estrutura (instituições), o qual é responsável pelo estabelecimento de determinada dinâmica de interação social que qualifica de modo singular a ocupação do lugar do Poder e de definição do Direito-conduta (normas de comportamento).

Enquanto caixa de ferramentas institucionais, o Direito exerce um papel fundamental na construção e na manutenção jurídica de um modo de vida político⁵³. A escolha do desenho institucional que juridicamente criará e preservará a dinâmica propriamente política do processo de definição do sentido do Direito-conduta e do Poder resulta de um projeto civilizacional culturalmente estabelecido de forma espontânea por uma auto-compreensão política costumeira da sociedade. O resultado dessa auto-compreensão produz uma imagem da sociedade sobre ela mesma, imagem com a qual a sociedade se identifica simbolicamente e a qual ela entende ser necessário produzir e reproduzir para se auto-preservar enquanto corpo coletivo unido — mas não unificado⁵⁴.

A forma de organização Política da sociedade tem por característica não pressupor, nem impor, nem buscar uma homogeneidade axiológica dos diferentes segmentos e escalas de valores (políticos, econômicos, sociais, culturais, religiosos, linguísticos, entre outros) que a compõem. O elemento fundamental que marca a organização Política da sociedade é a abertura permanente para a heterogeneidade e para a promoção contínua de uma tensão entre os diferentes elementos que compõem o social. A solução dada pela sociedade ao sentido político do Direito e do Poder jamais deixa de ser marcada pela possibilidade de renovação, contestação e mutabilidade — ela se mantém presa somente à certeza da incerteza das opções simbólicas a cada momento renovadas por uma sociedade que, a partir de si mesma, produz seu próprio sentido jurídico, político, social, econômico, cultural, religioso, linguístico, entre outros⁵⁵.

Desse modo, o referencial axiológico de definição da pauta normativa do Direito e do Poder não é pré-determinado, pois este *lugar* permanece *vazio* e aberto constantemente a ser influenciado pelas diferentes possibilidades de orientação normativa. Essa definição tem um caráter temporário e resulta de *tensões escalares* originadas das mais diferentes fontes de formas de perceber e valorar o mundo.

A permanência de tal *pluralidade* de definições do sentido do Direito e do Poder reenvia a sociedade a ela mesma de maneira constante, de tal modo que ela produza incessantemente, a partir de suas próprias estruturas, sua renovação simbólica. Por

53 Cf. GIANNATTASIO, 2015b; cf. Id. Justiça, política e direitos humanos: as instituições jurídicas e a manutenção do justo meio na Esfera Pública. In: CARVALHO, Marcelo; NASCIMENTO, Milton; WEBER, Thadeu (Org.). *Justiça e Direito*. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia (ANPOF), 2015c.

54 LEFORT, op. cit., p. 262-263.

55 Cf. LEFORT, Claude. *Éléments d'une Critique de la Bureaucratie*. Paris: Gallimard, 1979. p. 25, 324, 329 e 348; cf. Id. *Le Travail de l'Oeuvre Machiavel*. Paris: Gallimard, 1986. p. 727-728 e 735.

esse motivo, a solução a ser dada ao lugar do Direito e do Poder é *imane*nte à sociedade, ou ainda, parte dela própria, rejeitando de forma contínua, assim, qualquer tentativa externa ao corpo social de orientar seu próprio projeto civilizacional.

Em outras palavras, recusa-se na forma Política uma interferência transcendente ao próprio processo costumeiro da sociedade de auto-compreensão simbólica de sua própria identidade. Rejeita-se assim qualquer tentativa de homogeneização que pretenda unificar o corpo social em nome de uma medida única que mascare a divisão social e a pluralidade axiológica.

O que mantém o corpo social unido é a consciência permanente de que ele próprio é a origem e o fundamento de transformação de sua forma de organização jurídico-política, de acordo com a espontânea variabilidade de sua própria e imponderável auto-compreensão identitária. Ou ainda, o que o mantém unido é a consciência de ser ele próprio a causa de sua própria ordem jurídico-política, ou seja, que ele mesmo — e não qualquer outra entidade a ele externa — é responsável pelas escolhas relacionadas ao seu Direito-estrutura, ao seu Direito-conduta e ao seu Poder que organiza sua vida pública⁵⁶.

Nesse sentido, em uma concepção radical da Política, todas as opções de *mise en forme* jurídica de uma organização política da vida pública permanecem em aberto: Democracia ou Ditadura, Monarquia ou República, Estado Federal ou Unitário, Estado laico ou confessional, entre outros. Estar consciente da radicalidade da Política é estar consciente de que, apesar de qualquer preferência por uma ou outra forma jurídico-política, não é possível pré-determinar as escolhas do corpo social quanto ao Direito-estrutura, ao Direito-conduta ou ao Poder: a sociedade se auto-compreende livre para optar por uma forma ou outra, de acordo com aquilo que ela própria concebe e atribui a si mesma⁵⁷.

4.2. A autodeterminação dos povos politicamente radicalizada: a ênfase na imanência da origem do direito e do poder

[O czar] Pedro tinha talento imitativo, não o verdadeiro gênio,
aquele que cria e faz tudo do nada. Algumas coisas que fez foram

56 Cf. LEFORT, 1979, p. 12; cf. Id., 1986, p. 724 e 733-735; cf. Id. Machiavel et la verité effective. In: _____. *Écrire — À l'Épreuve du Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1992a. p. 167-169 e 174-176; cf. Id. Foyers du Républicanisme. In: _____. *Écrire — À l'Épreuve du Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1992b. p. 192 e 195-196.

57 Por isso a facilidade de regimes Democráticos se tornarem Ditatoriais: o enigma do Totalitarismo e da Democracia passam pelo diagnóstico de que a submissão ao Poder Político não deixa jamais de ser um fruto de uma escolha voluntária de servir a um projeto civilizacional determinado e que esteja de acordo com determinada identidade coletiva (LA BOËTIE, Étienne de. Discurso da Servidão Voluntária ou o Contra Um. In: CLASTRES, Pierre; LEFORT, Claude; CHAUI, Marilena (Org). *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999).

boas, a maioria inoportuna. [...]. Quis, de início, fazer alemães e ingleses, quando devia começar fazendo russos; impediu seus súditos de jamais se tornarem o que poderiam ser, persuadindo-os de que eram o que não são. Assim é que um preceptor francês educa seu pupilo para brilhar por um momento durante sua infância para, depois, não ser jamais ninguém⁵⁸.

Se a autodeterminação dos povos consiste em um direito inalienável de qualquer povo a poder de forma livre definir para si próprio seu estatuto jurídico-político, dentro de uma concepção radicalmente política de tal conceito, há que se entender que todas as possibilidades estão abertas à incontável decisão imanente derivada das tensões escalares internas de uma sociedade — tensões essas que produzem uma imagem simbólica com a qual a sociedade se identifica e entender ser necessário produzir e reproduzir.

Dito de outro modo: a autodeterminação dos povos é, em um sentido político profundo, a garantia de um povo poder de maneira reiterada optar livremente por um projeto civilizacional com o qual se identifique — seja ele Democracia, seja ela Ditadura, entre outros, sem qualquer espécie de pré-determinação imanente (interna) ou transcendente (externa) dessa decisão.

Para ser mais direto: no que se refere à livre definição do próprio estatuto jurídico-político, o exercício da autodeterminação dos povos não está associado à constituição de uma Democracia. Esta é apenas uma das diferentes formas políticas que um povo pode optar juridicamente para realizar, dentre tantas outras. Mas ela não é necessária, nem natural, nem automática. É um projeto civilizacional como qualquer outro — permanentemente aberto à transformação e à rejeição, de acordo com a inconstante definição de sua auto-compreensão política simbólica⁵⁹.

Nesse sentido, negar essa possibilidade a um povo é, como visto acima, segundo a Resolução 2625 (XXV), de 1970, uma violação do Direito Internacional. Afinal, se trata precisamente de uma privação a um povo do exercício do direito inalienável de se autocompreender politicamente e, com isso, de construir consuetudinariamente para si seu repertório simbólico que define para ele mesmo como ele se auto-compreende.

Por isso, quando o Direito Internacional Público Contemporâneo afirma reconhecer o direito à autodeterminação dos povos em seu sentido político, isso

58 ROUSSEAU, op. cit., p. 55-56.

59 Não se esqueçam, por exemplo, das manifestações políticas realizadas em 2015, no Brasil, em que uma das pautas minoritárias consistia em restaurar a Ditadura Militar no país (FARAH, Marta. Política e sociedade: as manifestações de rua de 2013 e 2015. *Estadão*, São Paulo, 12 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/politica-e-sociedade-as-manifestacoes-de-rua-de-2013-e-2015/>>. Acesso em: 18 jan. 2016).

significa que a ordem jurídica internacional atribui a povos organizados em Estado o direito a uma proteção internacional diante de pressões ou ameaças externas (estrangeiras ou internacionais) que pretendam influenciar nesse seu processo interno (nacional) de construção de sua mutável identidade política.

Mais do que isso. O reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos pelo Direito Internacional Público Contemporâneo significa ainda que o Direito Internacional se limita a reconhecer esse direito aos Estados — mas que ele deixa em aberto, ao próprio Estado, a escolha sobre como ele vai ser organizado. Em outras palavras, a previsão do direito à autodeterminação dos povos em sua dimensão interna pela ordem jurídica internacional, exclui o próprio Direito Internacional Público da possibilidade de determinar o sentido desta.

Assim, quando se pensa na autodeterminação dos povos dentro de uma perspectiva política radical, não há que se falar que a ordem internacional possa definir de antemão e de sua exterioridade o caminho que todo e qualquer povo deva seguir em termos de sua organização jurídico-política. O Direito Internacional Público deixa a decisão sobre o desenho institucional (Direito-estrutura) para cada povo, exatamente em nome do exercício livre da autodeterminação de seu estatuto jurídico-político.

5. CONSTITUCIONALISMO GLOBALE O DESVIO DE ROTADO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

5.1. Os limites de um tribunal constitucional internacional: a transcendência da origem do estatuto jurídico-político de um povo

as nossas próprias leis, feitas para remediar o mal inicial, fornecem meios e desculpas a todos os maus empreendimentos⁶⁰.

Pode-se aqui apontar um desvio de rota dentro do projeto de Mohamed Marzouki para a criação de um TCI. Ao prever a criação de um mecanismo internacional de combate preventivo a ditaduras e voltado à proteção e à difusão da Democracia, o qual seria dotado de competência para julgar controvérsias nacionais sobre o caráter democrático de regimes jurídico-políticos nacionais, a proposta do então Presidente tunisiano parece exatamente buscar privar povos da possibilidade de encontrar seu próprio projeto civilizacional, de acordo com sua própria identidade.

Em termos mais diretos, a criação de um TCI limita diretamente o exercício pleno e livre da autodeterminação dos povos interna, quando esta é compreendida dentro de uma dimensão política radical. Apesar de ser bem intencionada e estar impulsionada por acontecimentos históricos recentes deploráveis de intensa

⁶⁰ MONTAIGNE, op. cit., p. 63.

violação de Direitos Humanos, além de ser motivada por um discurso de promoção de um Constitucionalismo Global, a proposta de criação de um TCI fixa em caráter global uma forma de organização jurídico-política única: a forma Democrática.

Ao pretender estreitar universalmente o horizonte de escolhas de estatuto jurídico-político de cada povo para uma única forma de Governo, a proposta de Mohamed Marzouki fecha a possibilidade de os povos exercerem o processo imanente de construção simbólica de sua identidade. Ao pretender privar cada povo da possibilidade de se reconstruir continuamente a partir de suas próprias tensões políticas internas, a criação de um TCI parece violar o Direito Internacional, nos termos da Resolução 2625 (XXV), de 1970. Afinal, retira-se dos povos a possibilidade de exercer o seu direito inalienável de poder escolher juridicamente a forma política com a qual melhor se identifica: Democracia ou Ditadura, Monarquia ou República etc.

Por mais que sejam inegáveis os malefícios de um regime ditatorial, retirar a possibilidade de os povos por si sós enraizarem em si mesmos uma forma jurídico-política democrática por convicção próprios representa o aniquilamento do processo de fortalecimento costumeiro de instituições democráticas — facilitando descaminhos em tal processo.

A Política em sua forma radical exige, por esse motivo, a preservação da possibilidade de cada povo determinar livremente seu estatuto jurídico-político em âmbito interno, sem que isso exclua o reconhecimento de o projeto civilizatório com o qual este se identifique não ser o projeto democrático. A autodeterminação dos povos interna Politicamente radicalizada aponta, assim, para a importância de se preservar a aderência do regime jurídico-político ao processo consuetudinário de afirmação simbólica de sua identidade — e, com isso, manter sempre aberta a possibilidade de escolha.

Isso significa, nesse sentido, que a autodeterminação dos povos radicalmente Política recusa qualquer possibilidade de introdução forçada de uma medida *transcendente* estrangeira ou internacional, ou ainda, externa — no processo espontâneo interno de maturação e assunção da roupagem normativa adequada à *imanente* resolução mutável das tensões políticas fundamentais em torno da estrutura da vida pública. Mais do que isso, significa, ainda, que o Direito Internacional deve manter sua posição de simplesmente garantir e proteger igualmente a todos os povos o direito à autodeterminação interna, tolerando qualquer desenho institucional assumido por cada um deles.

Dessa forma, a proposta de um TCI deve ser revista enquanto romper com essa lógica de abstenção de interferência no processo Político de autodeterminação. Isso porque, não apenas viola o Direito Internacional, mas também porque

despoja dos povos a elaboração simbólica coletiva necessária para construção de condições de possibilidade de preservação estável de um regime jurídico-político assumido. Um garante externo de regime político fixo global não é capaz de sustentar a perseverança local deste: seria a repetição do processo de difusão global de mais fardo civilizacional universal fadado ao insucesso local.

Mais do que isso: a proposta de um TCI que julgue e certifique regimes como democraticamente adequados ou inadequados significa transcendentalizar a origem do exercício do Poder e do Direito e a desconsideração da vitalidade do processo interno ao corpo social de se perceber como a causa imanente do Poder e do Direito que o rege.

A oposição de um garante externo supõe, estimula e impõe, assim, uma fragilidade simbólica interna e cria uma relação de dependência dos povos em relação a esse referencial estranho à sociedade. A transcendentalização da origem do Poder e do Direito não estimula, dessa forma, uma autonomia decisória quanto ao próprio estatuto jurídico-político e reforça uma relação de subordinação a parâmetros estrangeiros ou internacionais.

A proposta de um TCI que sufoque o exercício político radical da autodeterminação fabrica uma esperança ilusória de autonomia, liberdade e estabilidade política em torno de algo que não foi produto direto/imanente/próprio do corpo social. Essa promessa transcendente supõe e impõe globalmente uma homogeneidade local como se o globo e o povo fosse uno, unido e unificado — ou seja, como se o globo e cada povo não fossem marcados por profunda divisão social entre escalas de existência.

Recusar uma autodeterminação dos povos interna radicalmente Política é aprofundar a dependência dos processos políticos internos em relação a um eixo de orientação externo, afastando a possibilidade de o corpo social se sentir ele próprio a causa de seu Direito e de seu Poder — isto é, a possibilidade de ele perceber o lugar do Direito e do Poder “dentre nós”. A origem da definição do modo de organizar jurídico-politicamente a sociedade permanece sendo externa, e não interna — uma autodeterminação condicionada, uma vez que depende do volúvel reconhecimento por forças estranhas às tensões políticas próprias da sociedade.

Ao veicular uma imagem de maior liberdade, a proposta de TCI porta consigo uma potencial velado de aumento da fragilidade e da dependência de ordens nacionais a uma dinâmica de Poder estrangeira e internacional estranha aos processos simbólicos internos. Infantilizados, os povos privados de autodeterminação interna efetivamente livre restam permanentemente à espera da autorização externa para ser, agir e se transformar. Persistem, assim, em situação de menoridade jurídico-Política, pois a validade, a legitimidade e a permanência do Poder passam a ser

dados pela medida transcendente da autoridade exterior e pela percepção desta sobre a maior ou menor conformidade ao modelo prescrito (pressuposto e imposto).

Nesse sentido, é importante notar que a fala de Mohamed Marzouki se aproxima bastante do discurso do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o qual, também dentro de uma dimensão de Constitucionalismo Global, atribui para o Direito Internacional a missão e o dever de preservar incondicionalmente a Democracia e os Direitos Humanos em todo o globo. Ela se baseia, da mesma forma, no discurso do *right to protect* (RTP), ou ainda, do direito de proteger Direitos Humanos em todo o globo, caso estes estejam sendo violados — também conhecido dever de ingerência imperial⁶¹.

Lembre-se, nesse sentido, da proposição do próprio Mohamed Marzouki⁶² em que defendia que as instabilidades políticas no Afeganistão, no Congo, no Sudão e em todo o Oriente Médio deveriam ser urgentemente combatidas mediante intervenção internacional armada imediata para ajudar e salvar os povos, de modo a assegurar a transição para a Democracia e a cessação de violação dos Direitos Humanos.

Há, assim, no discurso de Mohamed Marzouki, o reconhecimento da necessidade e da legitimidade de se recorrer, de forma jurídica regular — e não excepcional! — a dois instrumentos internacionais para tutelar Democracia e Direitos Humanos em todo o globo: em caráter preventivo, um potencial TCI e, em caráter repressivo, o RTP. A criação, a difusão e a preservação internacional de Direitos Humanos e Democracia estariam associados, deste modo, a instrumentos legais que autorizariam uma dupla intervenção sobre regimes jurídicos nacionais: simbólica, na dimensão preventiva, e violenta, na dimensão repressiva. Em nome dos Direitos Humanos.

Por esse motivo, inclusive, há que se compreender a razão pela qual Mohamed Marzouki⁶³ anunciou, em seu discurso perante a 68ª Sessão Ordinária da AGO-NU, que as eleições para a presidência da Tunísia seriam acompanhadas por entidades internacionais, como a ONU, a União Africana, a Liga Árabe, e qualquer outra entidade que quisesse acompanhar os resultados. A lisura das eleições seria assim garantida pela presença de tais perspectivas internacionais em solo tunisiano — não bastando, assim, a própria conjugação espontânea das forças locais.

Nestes casos de atuação repressiva por meio do RTP, assim como nos casos de atuação preventiva do TCI, resta claro que a força e a estabilidade do regime

61 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge, London: Harvard University, 2000.

62 MARZOUKI, 2012. Duração do áudio: 11:45-12:15 min.

63 Id., 2013. Duração do áudio: 4:50-5:02 min.

jurídico-político nacional passa a derivar, não mais da vitalidade Política interna e da correlata solução imanente das tensões políticas nacionais, mas da permanência ou não da certificação imperial externa internacional.

Assim, perceba-se que a estabilidade e a legitimidade de qualquer Estado estariam condicionadas à vinculação deste a uma missão global de Governar necessariamente para a Democracia e para os Direitos Humanos — e isso, independentemente do resultado identitário que o jogo Político interno entre escalas de existência da sociedade construía imanentemente para ela mesma. Do contrário, estabilidade e legitimidade poderiam ser imediatamente retiradas a partir de uma atuação internacional ou estrangeira preventiva (TCI) ou repressiva (TPI ou RTP).

Em outras palavras, tão facilmente dados tais reconhecimento e estabilidade, tão facilmente poderiam eles ser retirados. Ao não mais se fundar no povo ele mesmo, mas na autoridade e na competência interventiva imperial externa (estrangeira ou internacional) da qual cada Estado passaria a depender, a permanência e a vigência no tempo e no espaço da ordem jurídico-política escolhida e adotada por um Estado restariam sempre submetidas a uma avaliação fundada em medida transcendente e estranha aos processos internos de solução das tensões políticas⁶⁴.

O Direito Internacional assumiria, dessa forma, um papel de viabilização jurídico-institucional de um domínio imperial sobre os Estados e seus processos de autodeterminação jurídico-política interna. E, dessa forma, a opção por determinado estatuto jurídico-político por um povo seria legítima apenas e tão-somente se devidamente aprovada pela inquestionável autoridade transcendente do TCI — submetendo o nacional ao domínio do internacional, em direta violação ao regime jurídico internacional onusiano vigente.

5.2. A hipostasiação institucional do direito internacional público e o enfraquecimento de sua força normativa

quando as leis não podem obter o que têm o direito de exigir, mais vale que exijam somente o que podem obter⁶⁵.

A transcendentalização da origem da organização jurídico-Política não apenas (i) reforça uma dependência da vida pública interna em relação a um referencial existencial normativo externo, e (ii) priva a possibilidade de exercício livre da autodeterminação interna. Ela também desvia o Direito Internacional de sua

64 Dentre os inúmeros autores brasileiros e não brasileiros que defendem o DIDH, indicamos, a título meramente exemplificativo, cf. CASELLA (op. cit.). Para uma revisão da literatura brasileira e não brasileira sobre DIDH, cf.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. O Direito Internacional entre Dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 6, p. 42-90, 2010b. Para uma crítica isolada ao DIDH, cf. GIANNATTASIO (2014).

65 MONTAIGNE, op. cit., p. 64.

missão de operar como caixa de ferramentas para a constituição de condições institucionais para convivência não armada entre povos e, com isso, redefine as expectativas em torno dos limites de sua atuação, de modo a macular a crença em sua força normativa.

O Direito Internacional Público tradicionalmente se recusa a ditar os caminhos jurídico-políticos a serem assumidos por cada Estado, limitando-se a estabelecer um direito à autodeterminação dos povos que, por outro lado, tolera qualquer escolha derivada da conjugação e resolução institucional das tensões políticas internas⁶⁶. Todavia, a aposta no modelo de Tribunais Internacionais para a preservação de ordem constitucional interna (TCI) hipostasia o Direito Internacional Público com expectativas desassociadas desta sua missão tradicional. Argumenta-se aqui que essa sobrecarga de funções atribuídas ao Direito Internacional deriva da associação do Constitucionalismo Global ao DIDH, da qual a proposta de construção de um TCI é apenas uma peça adicional.

A afirmação do DIDH⁶⁷ segue o movimento de instituição de um Constitucionalismo Global⁶⁸. Esse projeto de constitucionalização do Direito Internacional concebe haver uma hierarquia fixa entre normas jurídicas internacionais e nacionais segundo a qual haveria precedência incondicional das normas jurídicas internacionais de proteção dos Direitos Humanos sobre todas as demais⁶⁹.

Nesse sentido, para o Constitucionalismo Global, o fundamento de validade das normas jurídicas nacionais e internacionais residiria no respeito absoluto a normas jurídicas internacionais de proteção de Direitos Humanos. Estas seriam, por esse motivo lógico, as pedras de toque do sistema: normas cogentes⁷⁰. Essa mudança paradigmática derivaria da constatação de que o Direito Internacional Pós-Moderno teria assumido para si a missão e o dever de garantir a sobrevivência da humanidade por meio da afirmação e realização global e incondicionada dos Direitos Humanos⁷¹.

Por esse motivo, enquanto uma ordem constitucional global, o Direito Internacional Público seria o garante externo de todas as ordens jurídicas nacionais e internacionais que asseguraria a preservação universal dos Direitos Humanos. Em outras palavras, seria ele quem estabeleceria uma unidade sistêmica entre

66 GIANNATTASIO, 2015b.

67 Id., 2010b, 2014.

68 KOSKENNIEMI, op. cit., p. 15.

69 Cf. CASELLA, Paulo. Protocolo de Madri sobre Registro Internacional de Marcas e sua Aplicação no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 82, p. 1-100, 2007; cf. GIANNATTASIO, 2010b, 2014; cf. HARDT; NEGRI, op. cit.

70 KOSKENNIEMI, op. cit., p. 15.

71 Cf. CASELLA, 2008; cf. GIANNATTASIO, 2010b, 2014.

todas as ordens jurídicas vigentes no globo em torno de normas jurídicas de Direitos Humanos e, por isso, ele e sua cláusula de humanidade seriam o referencial jurídico-normativo último a ser respeitado e incorporado em todo o mundo, nacional e internacionalmente.

Ao lado da promoção e da proteção universais dos Direitos Humanos, a proposta de instauração de um TCI seria uma peça chave para a concretização do projeto do Constitucionalismo Global. Afinal, antes de tudo, sua criação contribuiria para tal movimento porque estaria (i) fundada em princípios jurídicos internacionais onusianos de humanidade, ou (ii) relacionada ao processo de garantia dos Direitos Humanos — como diversas vezes Mohamed Marzouki ressalta em seus discursos⁷².

Além disso, o TCI teria papel fundamental no combate a ditaduras por meio de competência que julgasse o caráter democrático ou não democrático de regimes jurídico-políticos. Nesse sentido, como apontado em outros itens acima, o TCI julgaria os processos internos de autodeterminação política de cada povo em conformidade ou em desconformidade com um referencial jurídico-normativo internacional fixo: a Democracia. A criação de um tal órgão seria a princípio uma garantia institucional internacional de mais uma norma cogente internacional que comporia o quadro do projeto institucional do Constitucionalismo Global: o respeito à cláusula Democrática.

Dessa forma, a partir desse momento, não apenas os Direitos Humanos deveriam ser observados por todos os povos e por todo conjunto de sujeitos de Direito Internacional Público, mas também a instituição e a preservação de um estatuto jurídico-político Democrático deveriam ser preocupação permanente de todos os povos. Assim, não apenas o Direito-conduta estaria fixado por normas internacionais de Direitos Humanos, como o próprio Direito-estrutura estaria cimentado por uma ordem internacional preocupada com a preservação da Democracia. Por pautar a agenda normativa e jurídico-política de cada povo, essa condição enrijeceria duplamente a mutabilidade Política própria a uma autodeterminação interna radicalizada.

Note-se que a aposição desta cláusula Democrática na ordem jurídica internacional transforma o papel do Direito Internacional Público: além de ser garante externo do fundamento de validade de ordens jurídicas com base em Direitos Humanos, ele também operaria, agora, como garante externo de regimes jurídicos-políticos Democráticos.

Com isso, há um aumento da qualidade e da quantidade de expectativas dirigidas ao Direito Internacional: não apenas estabelece condições de possibilidade

72 Cf. item 2, acima.

de convivência não armada entre povos — dado de vida em sociedade, como missão tradicional do Direito Internacional. Mais do que isso, o Direito Internacional Público passaria também a vincular juridicamente as opções jurídico-normativas (Direitos Humanos) e jurídico-institucionais (Democracia) do processo Político de cada povo.

Nesse sentido, o Direito Internacional autorizaria, em caso de violação de Direitos Humanos, a responsabilidade internacional do Estado (judicial) ou a intervenção armada (RTP) e, no caso de abandono de regime Democrático, a deslegitimação do regime (TCI) e a punição de indivíduos (TPI). Enquanto uma Constituição Global, o Direito Internacional operaria, assim, não mais como caixa de ferramentas para estabelecer condições de convivência não armada, mas principalmente como uma instituição de fiscalização do cumprimento de determinadas escolhas axiológicas.

Por esse motivo, afirma-se que há uma hipostasiação do Direito Internacional Público no que se refere a sua missão. Se antes a ordem jurídica internacional se limitava a reconhecer o direito à autodeterminação dos povos em sua dimensão externa e interna e, com isso, tolerava qualquer opção jurídico-normativa e jurídico-institucional por estes realizada, hoje ela estabelece condições a serem cumpridas para manter a estabilidade política.

Nesse sentido, percebe-se que a lógica de operação do Direito Internacional passa a ser a de assegurar a paz e a segurança internacionais apenas para aqueles que cumprem essa agenda jurídica internacional axiologicamente comprometida — e não mais entre todos os povos. Uma vez violado tal fundamento de validade e de legitimidade, o Direito Internacional — sob o nome de Constituição Global — autorizaria série de medidas preventivas e repressivas (armadas e/ou judiciais) para modificar o estatuto jurídico-político dos povos — promovendo, assim, em nome dessa transcendência, um aumento de instabilidade local e regional para constatar diretamente uma solução Política imanentemente encontrada por cada povo.

Convivem, dessa forma, missões contraditórias no interior do Direito Internacional Público Contemporâneo — uma sobreposição de lógicas de operação do aparato institucional internacional que apenas desqualifica essa organização jurídica das relações internacionais e aumenta certo descrédito em relação a sua força normativa.

Lembre-se que, diferentemente do Direito Estatal, a juridicidade do Direito Internacional deriva da convicção de juridicidade ligada a um convencimento linguístico costumeiramente constituído⁷³. Por esse motivo, a justaposição de

73 GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *Direito Internacional Público Contemporâneo*: Fundações Políticas — Vontade, Razão, Costume. Curitiba: Juruá, 2015a.

lógicas de operação que o aproximam de um Direito Estatal — uma Constituição de caráter e alcance Global — desconsidera essa particularidade do Direito Internacional⁷⁴ e, com isso, atribui a ele expectativas que superam sua capacidade de resposta institucional — ou ainda, simplesmente, que ele não detém condições de possibilidade de satisfazer — precisamente por não ser caracterizado pelo monopólio legal de violência⁷⁵.

Nesse sentido, esperar do Direito Internacional Público mais do que ele detém condições de realizar significa a ele atribuir uma promessa que ele muito dificilmente poderá cumprir — o que pode ainda mais desgastar as bases de seu funcionamento e facilitar a difusão de uma crítica tacanha e vulgar fundada na *Realpolitik*. Afinal, quer a ordem internacional queira ou não, ela é absolutamente incapaz de assumir em caráter efetivo a posição de fixar ou cristalizar a contínua reconstrução simbólica política de cada povo.

O grande arquiteto global se mostra incapaz de controlar a imponderabilidade das soluções Políticas de cada povo e a renovação da imagem com a qual cada corpo social pode, a cada momento, passar a se identificar e a buscar. Se a Política é radicalizada e levada efetivamente a sério, a opção institucional Democrática é somente uma das inúmeras soluções de estatutos jurídico-políticos⁷⁶.

Por isso, ao Direito Internacional não pode ser atribuída a pretensão de controlar tais processos, sob pena de desgaste de seu discurso, seja por frustração, seja por regimes políticos Democráticos insinceros. Apostar no Constitucionalismo Global — seja por meio do DIDH (RTP, sistemas regionais e universais), seja por meio da Democracia (TCI, TPI), é apostar num movimento que apenas tende a reforçar uma leviana *descrença quanto a sua capacidade de servir de referência para a organização das relações internacionais dentro de uma lógica de convivência que exclua o conflito armado como solução jurídica e politicamente aceitável*.

Talvez mais adequado para a proposta de Mohamed Marzouki seja estimular a construção de um sistema internacional onusiano mais efetivo ou mais aperfeiçoado para proteger e vocalizar o ideário de minorias ou de opositores políticos potencialmente oprimidos — um sistema que fosse aplicável globalmente

74 KOSKENNIEMI, op. cit.

75 Cf. GIANNATTASIO, 2015b; Cf. KELSEN, 2010.

76 Frise-se que não se coloca neste artigo a favor de violação de Direitos Humanos por Estados, nem que se confere preferência a regimes jurídico-políticos não democráticos. Muito pelo contrário, concorda-se com o combate jurídico a todas as formas de violência, intolerância e de ofensa aos Direitos Humanos e a necessidade de se responsabilizar internacionalmente Estados e indivíduos que descumpram compromissos internacionais. Todavia, apenas se rejeita neste trabalho a edificação ou o fortalecimento de uma crença ingênua prática acadêmica e política de que a ordem internacional detém uma maior ou menor autoridade para efetivamente ditar regimes jurídico-políticos nacionais de maneira fixa, conforme um padrão institucional a ser exportado, em detrimento das conformações políticas internas espontaneamente adotadas.

para todos os países, qualquer que fosse o regime jurídico-político adotado. E, de uma vez por todas, recusar ainda uma vez a ascensão de um discurso que busque estabelecer instituições jurídicas que tendem orientar do exterior soluções que apenas detêm aderência e sentido quando bestadas costumeiramente em ambiente interno. Em outras palavras, estabelecer uma postura internacional *contra* a perpetuação desse fetiche quase libidinal por instrumentos jurídicos que viabilizem uma colonização imperial de estatutos jurídico-políticos nacionais.

[D]iriam talvez as Leis [...]ais são os crimes, Sócrates, em que, se puseres em prática o teu plano, te declaramos incurso, mais, não menos gravemente do que qualquer dos atenienses⁷⁷.

6. CONCLUSÃO

Se o mal é principalmente imputável aos inventores do movimento, mais criminosos ainda são seus imitadores que se entregam aos mesmos excessos cujo horror predicaram e de cuja repressão participaram⁷⁸.

Este artigo apresenta uma crítica à ideia tunisiana de constituição de um TCI a partir de uma interpretação Política radical do instituto da autodeterminação dos povos. A crítica ao projeto de um TCI buscou apontar a dialética civilizacional subjacente a um projeto de realização de um Constitucionalismo Global. Para tanto, o estudo se baseou em uma análise qualitativa documental baseada em documentos normativos, documentos históricos e em revisão bibliográfica.

Em primeiro lugar, este examinou a proposta de construção de um TCI do ex-Presidente tunisiano Mohamed Marzouki nas AGONU de 2012, 2013 e 2014. Em seguida, apresentou os textos normativos internacionais do sistema onusiano, acompanhado de comentários dados por literatura especializada, para expor os elementos fundamentais da autodeterminação dos povos. Posteriormente, ressignificou o conceito de autodeterminação dos povos a partir de uma radicalização da Política baseada no pensamento de Claude Lefort. Por fim, este estudo apresentou sua crítica à construção de um TCI a partir da concepção de autodeterminação dos povos ressignificada, enfatizando, ainda, as consequências do discurso do Constitucionalismo Global sobre o Direito Internacional Público, sua missão e sua força normativa.

Concluiu-se que a aposta no modelo de Tribunais Internacionais para a preservação de ordens constitucionais nacionais a partir de um Constitucionalismo Global (i) é inadequada para cumprir sua própria missão, uma vez que opera

77 PLATÃO. Critão, ou O Dever. In: _____. *Diálogos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 130-131.

78 MONTAIGNE, op. cit., p. 63.

contra a afirmação espontânea de regimes jurídico-políticos nacionais e, além disso, (ii) hipostasia o Direito Internacional Público, na medida em que atribui a este uma missão que o (a) desvia de sua rota originária e (b) desqualifica o papel e a força normativa deste.

7. REFERÊNCIAS

- ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMAN, Oliver. How is Progress Constructed in International Legal Scholarship? *The European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 425-444, 2014.
- ALVES, Rodrigo. Pueblos Indígenas, Diversidad Cultural y el Derecho a la Autodeterminación: desde el Derecho Internacional al Constitucionalismo Latinoamericano. *Derecho PUCP — Revista de la Facultad de Derecho*, n. 75, p. 119-138, 2015.
- AQUINO, Sérgio; RIBEIRO, Talvanni. Fundamentos para a Viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 7-14, set./dez. 2016.
- ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BANDEIRA, Gonçalo. Tribunal Constitucional Internacional: Auto de Ciência. *Notandum*, n. 41, p. 7-14, maio/ago. 2016.
- CARDUCCI, Michele. Tre Sfide per una Proposta Rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 15-24, set./dez. 2016.
- CASELLA, Paulo. Protocolo de Madri sobre Registro Internacional de Marcas e sua Aplicação no Brasil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 82, p. 1-100, 2007.
- _____. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- CHEMILLIER-GENDREU, Monique. Obliger les États à tenir Parole. *Le Monde Diplomatique*, Sept. 2013. Disponível em: <https://www.monde-diplomatique.fr/2013/09/CHEMILLIER_GENDREAU/49597>. Acesso em: 18 jan.2016.
- CUNHA, Paulo. La Cour Constitutionnelle Internationale (ICCo): Une Idée qui fait son Chemin. *Notandum*, n. 38, p. 21-26, maio/ago. 2015.
- EAGLETON, Clyde. Self-determination in the United Nations. *The American Journal of International Law*, v. 47, n. 1, p. 88-93, jan. 1953.
- FARAH, Marta. Política e sociedade: as manifestações de rua de 2013 e 2015. *Estadão*, São Paulo, 12 maio 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/politica-e-sociedade-as-manifestacoes-de-rua-de-2013-e-2015/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, p. 113-136, jul./dic. 2006.

- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.
- GABBAY, Daniela; OLIVEIRA, Fabiana; CUNHA, Luciana. Hipóteses e Metodologia de Pesquisa. In: GABBAY; Daniela; CUNHA, Luciana (Org.). *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GARCIA, Margarida. Novos Horizontes Epistemológicos para a Pesquisa Empírica em Direito: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 182-209, jan. 2014.
- GHACHEM, Asma. Plaidoyer pour une Idée Tunisienne: l’Institution d’une Cour Constitutionnelle Internationale. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 43-50, set./dez. 2016.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. Problemas sobre a Pesquisa em Direito no Brasil: Uma Perspectiva. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010a.
- _____. O Direito Internacional entre Dois Pós-Modernismos: A Ressignificação das Relações entre Direito Internacional e Direito Interno. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 6, p. 42-90, 2010b.
- _____. *A Integração como Fenômeno Jurídico-Político: uma Leitura a partir da Construção Histórica da CECA*. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Largo São Francisco, São Paulo, 2013a.
- _____. International Human Rights: A Dystopian Utopia. *ARSP — Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, v. 100, n. 4, p. 514-526, 2014.
- _____. *Direito Internacional Público Contemporâneo: Fundações Políticas — Vontade, Razão, Costume*. Curitiba: Juruá, 2015a.
- _____. A Juridificação de Conflitos Políticos no Direito Internacional Público Contemporâneo: Uma Leitura Política da Paz pelo Direito de Hans Kelsen a partir do Pensamento Político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015b. No prelo.
- _____. Justiça, política e direitos humanos: as instituições jurídicas e a manutenção do justo meio na Esfera Pública. In: CARVALHO; Marcelo; NASCIMENTO, Milton; WEBER, Thadeu (Org.). *Justiça e Direito*. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia (ANPOF), 2015c.
- GIANNATTASIO, Arthur; SCUDELLER, Pedro. Cidadania na Comparação Internacional. In: RICHTER, Thomas; SCHMIDT, Rainer (Org.). *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GROSS, Leo. The Peace of Westphalia, 1648-1948. *The American Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 20-41, jan. 1948.

- HABERMAS, Jürgen. *O Ocidente Dividido*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Empire*. Cambridge, London: Harvard University, 2000.
- INTERNATIONAL IDEA. International Constitutional Court Proposed to Protect Democracy. *International IDEA — What's New*, Stockholm, 4 May 2013. Disponível em: <<http://www.idea.int/wana/international-constitutional-court-proposed-to-protect-democracy.cfm>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- KELSEN, Hans. *A Paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KIRGIS JR., Frederic. The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era. *The American Journal of International Law*, v. 88, n. 2, p. 304-310, Apr. 1994.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG (KAS). Die Errichtung eines Internationalen Verfassungsgerichtshofes. *Konrad Adenauer Stiftung*, Berlin. Disponível em: <<http://www.kas.de/rspno/de/events/60029/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. Ein Internationales Verfassungsgericht im Dienst des demokratischen Rechts und des Verfassungsrechts. *Konrad Adenauer Stiftung*, Berlin. Disponível em: <<http://www.kas.de/rspno/de/events/63896/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. *Une Cour Constitutionnelle Internationale au Service du Droit Démocratique et du Droit Constitutionnel — Programme*. Berlin: KAS, 2015. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16220-1442-1-30.pdf?150701140051>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. *The Modern Law Review*, v. 70, n. 1, p. 1-30, jan. 2007.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*. Oxford: Oxford University, 2007.
- LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso da Servidão Voluntária ou o Contra Um. In: CLASTRES, Pierre; LEFORT, Claude; CHAUI, Marilena (Org). *Discurso da Servidão Voluntária*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- LEFORT, Claude. *Éléments d'une Critique de la Bureaucratie*. Paris: Gallimard, 1979.
- _____. *Le Travail de l'Oeuvre Machiavel*. Paris: Gallimard, 1986.
- _____. Permanência do Teológico-Político? In: _____. *Pensando o Político: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade*. São Paulo, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- _____. Machiavel et la *verità effettuale*. In: _____. *Écrire — À l'Épreuve du Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1992a.
- _____. Foyers du Republicanisme. In: _____. *Écrire — À l'Épreuve du Politique*. Paris: Calmann-Lévy, 1992b.
- MARZOUKI, Mohamed Moncef. *Statement before the 67th General Assembly of the United Nations*, 27 Sept. 2012. Washington: United Nations, 2012. Disponível em: <<http://gadebate.un.org/node/453>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

- _____. *Statement before the 68th General Assembly of the United Nations*, 26 Sept. 2013. Washington: United Nations, 2013. Disponível em: <<http://gadebate.un.org/68/tunisia>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. *Statement before the 69th General Assembly of the United Nations*, 25 Sept. 2014. Washington: United Nations, 2014. Disponível em: <http://downloads.unmultimedia.org/wss/ga69/en/69_TN_en.mp3>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- MCWHINNEY, Edward. *Self-determination of Peoples and Plural-ethnic States*. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2002. (Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 2002, t. 294).
- MONTAIGNE, Michel. Dos Costumes e da Inconveniência de Mudar sem Maiores Cuidados as Leis em Vigor. In: _____. *Ensaaios*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- NASSER, Salem. Global Law in Pieces: Fragmentation, Regimes and Pluralism. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 105, Aug. 2014.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — SEÇÃO DE SÃO PAULO (OAB/SP). *Tribunal Constitucional Internacional — Sinopse*. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/cultura/cultura05.asp?pgv=a&id_cultural=16681>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Charter of the United Nations and the Statue of the International Court of Justice*, 26 jun. 1945. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 dez. 1966. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20993/v993.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 dez. 1966. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20999/v999.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. Assembleia Geral (AGONU). *Resolution 1514 (XV) — Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, 14 dez. 1960. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV))>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. *Resolution 2625 (XXV) — Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, 24 out. 1970. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV))>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- OSTRY, Hardy. Demokratie weltweit sichern. *Konrad Adenauer Stiftung — Veranstaltungsbeiträge*, Berlin, 6 May 2013. Disponível em: <<http://www.kas.de/wf/de/33.34279/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- PHILPOTT, Daniel. In Defense of Self-Determination. *Ethics*, v. 105, n. 2, p. 325-385, jan. 1995.

- PLATÃO. Critão, ou O Dever. In: _____. *Diálogos*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- POZO, Carlos. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Reus, 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: Princípios do Direito Político*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e Integração (Constitucional) Europeia. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 71-76, set./dez. 2016.
- SKOUTERIS, Thomas. The Vocabulary of Progress in Interwar International Law: An Intellectual Portrait of Stelios Seferiades. *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, p. 823-856, 2005.
- SKOUTERIS, Thomas. *The Notion of Progress in International Law Discourse*. The Hague: TMC Asser, 2010.
- SUKSI, Markku. Keeping the Lid on the Secession Kettle: a Review of Legal Interpretations concerning Claims of Self-Determination by Minority Populations. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 12, p. 189-226, 2005.
- TAVARES, André. The Role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its Democratic Principles. *International Studies on Law and Education*, n. 24, p. 77-82, set./dez. 2016.
- THIRLWAY, H. The Proliferation of International Judicial Organs: Institutional and Substantive Questions — The International Court of Justice and Other International Courts. In: BLOKKER, N.; SCHERMERS, H. (Ed.). *Proliferation of International Organizations*. Leiden, Boston: Brill, 2001.
- TOMUSCHAT, Christian. Book Review — J. Castellino, International Law and Self — determination: The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial ‘National’ Identity. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 9, p. 183-185, 2002.
- TSAGOURIAS, Nicholas. Nicolas Politis’ Initiatives to Outlaw War and Define Aggression and the Narrative of Progress in International Law. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 1, p. 255-266, 2012.
- VINAIXA, Rosario. *El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporaneo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1991.
- ZEMANEK, Karl. *General Course on Public International Law*. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 1997. (Recueil des Cours de l’Académie de Droit International, 1997, t. 266).

CAPÍTULO III

UM LEGADO DA DÍVIDA ODIOSA: O DIREITO À EQUIDADE ECONÔMICA INTERGERACIONAL¹

Douglas Antônio Rocha Pinheiro²

SUMÁRIO: 1. Uma carta ainda atual — 2. Uma carta de crédito odiosa — 3. Uma carta de pai para filho — 4. Uma carta-proposta — 5. Referências.

1. UMA CARTA AINDA ATUAL

Em setembro de 1789, uma questão em particular incomodava Thomas Jefferson: a coletividade dos homens vivos teria o direito de vincular as gerações vindouras? A preocupação foi objeto de uma carta escrita a James Madison e acabou ganhando uma certa notoriedade pela mão dos constitucionalistas. Nos debates sobre a legitimidade democrática atual de leis fundamentais declaradas perpétuas ou duradouras, ainda que parcialmente, por gerações passadas é recorrente a lembrança dos argumentos do federalista³. A inquietação de Jefferson, porém, não fora motivada pela perenidade da Constituição. Tal questão, aliás, ocupava apenas os últimos parágrafos da carta. O mote inicial da missiva era o tema da dívida intergeracional.

Para Jefferson, a obrigação de um filho pagar as dívidas do pai não derivava do direito natural, mas de uma convenção legal. Natural seria a lógica “auto-evidente” de que o usufruto da terra pertencia apenas aos vivos, revogando-se aos mortos o poder ou o direito de condicioná-la a pagamento de seus próprios débitos. Disso decorreria uma consequência ética: cada homem, ao contrair dívidas, deveria levar em conta seu provável tempo de sobrevida a fim de que pudesse, às próprias expensas, quitá-las. Tal preceito também valeria para o coletivo.

Para o grupo social, porém, haveria uma particularidade. Afinal, os homens de uma mesma geração não nascem e morrem no mesmo dia, sendo imediatamente

-
- 1 Artigo publicado originariamente em: PINHEIRO, Douglas A. R. Más allá de la crisis: la cuestión interdisciplinar del derecho a la equidad económica intergeneracional. In: DÍAZ, Yanko Moyano et al. (Ed.). *Postdisciplinarietà y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014. p. 129-143.
 - 2 Professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (Mestrado) da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
 - 3 HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy*. New York: Cambridge University Press, 1997. p. 202-205.

sucedidos pelos homens da geração subsequente. Para Jefferson, tal fato não invalidava seu argumento — apenas gerava um complicador matemático. Baseando-se nas projeções de expectativa de vida para sua época, o federalista calculou que “metade das pessoas de 21 ou mais anos que vive[ssem] em um dado momento, ter[iam] morrido em 18 anos e oito meses”⁴ — do que concluiu que uma maioria política não deveria contrair dívidas cujo prazo de pagamento fosse superior a dezenove anos.

Especula-se que a história pessoal de Jefferson tenha motivado grande parte de suas reflexões sobre o débito intergeracional⁵. Tais reflexões, contudo, parecem ter sido potencializadas por um elemento conjuntural: o fato de a carta de ter sido escrita na França, país em que o federalista desempenhava funções diplomáticas. No momento em que a missiva foi escrita para Madison, o Estado europeu já se convulsionava em revolução, fruto dos efeitos decorrentes de um processo de endividamento público levado a cabo pela monarquia por décadas — a dívida soberana acabou provocando a soberania popular.

O endividamento estatal, porém, não foi uma especificidade restrita apenas àquele contexto histórico. Nos últimos anos, ele tem feito a Europa enfrentar uma forte crise econômica, com reflexos na esfera global. Para superar seus efeitos, Espanha, Portugal, Itália e Grécia têm se pautado por um plano de rígido controle fiscal e orçamentário, com simultânea supressão ou limitação de direitos sociais historicamente conquistados pelos cidadãos, criando uma onda de revolta e falta de perspectiva.

A geração do presente não está tendo que se sujeitar apenas às consequências de sua própria má gestão, mas também aos equívocos de gestões perdulárias de gerações que viveram o apogeu do Estado de Bem-Estar Social — o que inevitavelmente atualiza as preocupações intergeracionais de Thomas Jefferson. No próprio Estado fundado pelo federalista, os acirrados debates parlamentares sobre a proposta de elevação do teto da dívida nacional geraram uma paralisação dos serviços públicos estadunidenses em 2013. No Brasil, os juros dos empréstimos contraídos pelo regime militar constituem uma rubrica constante e incômoda no orçamento corrente.

Por isso, o presente texto se propõe a refletir sobre a existência de um direito à equidade econômica intergeracional. Para tanto, ele percorrerá duas trilhas simultâneas: as teorias da dívida odiosa e da justiça entre gerações distintas,

4 JEFFERSON, Thomas. Letter to James Madison (Sept. 6, 1789). In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Ed.). *The Founders' Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 68.

5 Sobre o impacto das dívidas de John Wayles, pai de Martha Wayles e sogro de Thomas Jefferson, nas finanças deste último, cf. SLOAN, Herbert E. *Principles and interest: Thomas Jefferson and the problem of debt*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

buscando ao final propor uma alternativa institucional para a questão. Pensando em Jefferson, não há como deixar de perceber este texto como uma outra carta: uma carta-proposta.

2. UMA CARTA DE CRÉDITO ODIOSA

Embora realidades reconhecidamente díspares, é possível estabelecer um corte aproximativo entre o *apartheid* sul-africano e o governo iraquiano de Saddam Hussein: ambos os regimes ficaram caracterizados por contrair empréstimos consideráveis que não foram convertidos em benefícios para seus próprios povos. Na África do Sul, durante o período de ditadura racial, mesmo diante das sanções e dos embargos impostos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, o país continuou tendo linhas de crédito disponíveis junto a bancos privados — o que se mostrou fundamental na manutenção de um regime enfraquecido pelo isolamento comercial.

Em 1985, quando o governo sul-africano decretou estado de emergência e parou de pagar seus credores, o arcebispo Desmond Tutu, buscando acelerar o fim do *apartheid*, pediu que os bancos não renegociassem a dívida do país. No entanto, em 1987, a África do Sul fechou um grande acordo com as 14 maiores instituições financeiras da Alemanha, Suíça, Reino Unido, Estados Unidos e França, o que prolongou o regime de violação dos direitos das populações negras por mais sete anos⁶.

No Iraque, o capital exigido pela guerra travada com o vizinho Irã e pelos desejos suntuosos de Saddam Hussein — que incluíam palácios, carros e até mesmo um trem de luxo particular — fez com que, em 2003, data da invasão estadunidense, o país árabe acumulasse uma dívida de, pelo menos, 125 bilhões de dólares⁷. O entrave que tais débitos ilegítimos legariam à reconstrução de Iraque e África do Sul levou alguns teóricos e políticos a cogitarem a aplicação da doutrina da dívida odiosa.

Segundo o conceito moderno⁸ proposto pelo jurista Alexander Sack em 1927, a dívida seria odiosa quando atendesse de modo simultâneo a três requisitos⁹: (i)

6 HOWSE, Robert. *The concept of odious debt in Public International Law*. Genebra: Unctad, 2007. p. 13.

7 Pela grande quantidade de países credores e distintos acordos bilaterais sobre políticas de juros e multas, a estimativa da dívida iraquiana variava entre 125 e 300 bilhões de dólares. Sobre, cf. DAMLE, Jai. The odious debt doctrine after Iraq. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, p. 139-156, 2007. p. 145.

8 O termo “moderno” recorda que Aristóteles já mencionava a ideia então corrente de que a democracia não deveria assumir os débitos de governos prévios despóticos ou oligarcas. Sobre, cf. CHENG, Tai-Heng. Renegotiating the odious debt doctrine. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, 2007. p. 12.

9 Cf. SACK, Alexander Nahum. *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*: traité juridique et financier. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927. Como Sack (op. cit.) abordou tais requisitos sem didaticamente desmembrá-los, os autores contemporâneos

fosse contraída por um governo despótico, portanto sem o consentimento popular; (ii) objetivasse necessidades e interesses outros que não os do Estado; (iii) contasse com a conivência do credor, ciente da destinação do empréstimo¹⁰.

Conforme revela o próprio texto de Sack, tal doutrina deveu grande parte de sua elaboração ao desfecho da guerra hispano-americana de 1898. Segundo os termos do tratado de paz firmado em Paris, a Espanha deveria ceder aos Estados Unidos a soberania sobre Cuba, Filipinas, Porto Rico e outros territórios; em contrapartida, seguindo o costume internacional em matéria de sucessão estatal, os Estados Unidos deveriam assumir os débitos de tais territórios cedidos.

Houve, porém, uma discordância sobre certas dívidas que a Coroa Espanhola afirmava ter assumido em nome próprio para, logo depois, destiná-las às receitas financeiras de Cuba. Apesar dos protestos espanhóis, os Estados Unidos se negaram a reconhecer sua responsabilidade de quitação de tais empréstimos sob o triplo argumento de que eles: (i) não haviam beneficiado os cubanos — na verdade, teriam sido contraídos tanto para suprimir revoltas populares em Cuba quanto para reincorporar Santo Domingo aos domínios espanhóis; (ii) haviam sido impostos aos cubanos, contra a sua vontade; (iii) contaram com a conivência dos credores que conheciam sua destinação: a supressão das lutas por independência em tais territórios¹¹.

Desse modo, as dívidas hostis — aquelas assumidas pelos governos para patrocinar ações agressivas contra o próprio povo, tais como processos de recolonização, supressão de revoltas, deslocamentos forçados — passaram a ser vistas como odiosas, portanto, moralmente não-exigíveis. Com o fim da Guerra Fria e a visibilidade cada vez maior de outros centros de poder, surgiram novas leituras que passaram a defender como igualmente odiosas as dívidas assumidas por líderes ilegítimos de países em desenvolvimento, desde que elas não revertessem em benefício para os respectivos cidadãos¹². Assim sendo, não seria difícil classificar

divergem sobre quais deveriam ser considerados de modo autônomo e quais poderiam ser aglutinados. Por isso, enquanto há quem reconheça apenas dois requisitos (cf. CHENG, op. cit., p. 13), outros apontam que eles seriam em número de três (cf. BUCHHEIT, Lee C.; GULATI, G. Mitu; THOMPSON, Robert B. The dilemma of odious debts. *Duke Law Journal*, v. 56, p. 1201-1262, 2007. p. 1218) ou mesmo quatro (cf. OCHOA, Christiana. From odious debt to odious finance: avoiding the externalities of a functional odious debt doctrine. *Harvard International Law Journal*, v. 49, n. 1, p. 109-159, 2008. p. 116-117). O presente texto segue a corrente majoritária dos três requisitos.

10 SACK, op. cit., p. 157.

11 HOWSE, op. cit., p. 10.

12 Cf. KING, Jeff. The doctrine of odious debt under International Law: definition, evidence and issues concerning application. In: KHALFAN, Ashfaq; KING, Jeff; BRYAN, Thomas (Ed.). *Advancing the odious debt doctrine*. Montreal: CISDL, 2003. p. 19. Para um dos primeiros trabalhos sobre o tema, cf. ADAMS, Patricia. *Odious debts: loose lending, corruption and the Third World's environmental legacy*. London: Earthscan, 1991. A utilização pela autora do já superado termo “Terceiro Mundo” não invalida sua extensa análise das dívidas contraídas por países em desenvolvimento, com ênfase para Brasil e México.

como odiosas as dívidas assumidas pelo governo do *apartheid* e pela ditadura iraquiana de Hussein. Porém, em nenhum dos dois casos tal doutrina foi invocada.

Nelson Mandela preferiu quitar os empréstimos contraídos durante o período de ditadura racial sul-africana motivado por um duplo receio: o de fechar as portas a futuros pedidos de financiamento internacional e o de afugentar investimentos estrangeiros diretos¹³. Quanto ao Iraque, os Estados Unidos, temendo o reconhecimento internacional de uma doutrina que os pudesse prejudicar economicamente no futuro, optaram por pressionar o grupo de credores soberanos do Clube de Paris¹⁴ que, por fim, acabou concedendo um abatimento de oitenta por cento sobre o total da dívida iraquiana, dividido em três etapas e vinculado à efetivação de um plano de reestruturação nacional¹⁵.

Embora não efetivamente utilizada, a mera possibilidade de invocação da teoria da dívida odiosa por África do Sul e Iraque fomentou um debate acirrado na última década, com contribuições teóricas originais. O economista vencedor do prêmio Nobel, Joseph Stiglitz, em nome de uma necessária ação cooperativa exigida pelo mundo globalizado, defendeu o estabelecimento de uma Corte Internacional de Insolvência que, conduzida por uma entidade transnacional como a Organização das Nações Unidas e baseada em princípios previamente consensuados, julgaria a validade de contratos firmados por governos ditatoriais ou ilegítimos. Assim, empréstimos obtidos para a construção de escolas seriam tidos como válidos, enquanto financiamentos para a compra de armas poderiam ser considerados odiosos¹⁶.

Antes de Stiglitz, Seema Jayachandran e Michael Kremer¹⁷ já esboçavam a defesa de um instituto que pudesse declarar se débitos futuros seriam ilegítimos, identificando antes de aperfeiçoados os empréstimos, e não depois, os governos considerados odiosos. Em sentido semelhante, entendendo inclusive que tal proposta significava uma superação da teoria clássica da dívida odiosa por um novo modelo de diligência devida (*due diligence model*), Jonathan Shafter¹⁸ defendeu a existência de um organismo internacional com poderes para declarar que regimes específicos eram tendentes à dívida odiosa. Tal declaração criaria um marco:

13 HOWSE, op. cit., p. 13.

14 O Clube de Paris é um grupo informal formado em 1956, cujos membros, em número de dezenove, correspondem aos maiores credores soberanos do mundo, dentre os quais: Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha, Rússia e Japão. Sobre, cf. DAMLE, op. cit., p. 145.

15 Ibid., p. 148-149.

16 STIGLITZ, Joseph. Odious rulers, odious debts. *Atlantic Monthly*, v. 292, n. 4, nov. 2003. p. 39-45.

17 KREMER, Michael; JAYACHANDRAN, Seema. *Odious debt*: preliminary version. International Monetary Fund., Apr. 2002. Disponível em: <www.imf.org/external/np/res/seminars/2002/poverty/mksj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

18 SHAFTER, Jonathan. The Due Diligence Model: a new approach to the problem of odious debt. *Ethics and International Affairs*, v. 21, n. 1, mar. 2007. p. 58-59.

embora transferisse aos credores o ônus da diligência em relação a empréstimos futuros, os resguardava quanto aos títulos de crédito anteriores.

A redescoberta da teoria da dívida odiosa parece, pois, bastante profícua — especialmente ao demonstrar serem injustificáveis certos endividamentos e ao indicar a possibilidade de controle prévio da legitimidade da dívida soberana. Embora o tema tenha surgido na esfera da política internacional, o que justifica os vários apelos a organizações ou institutos transnacionais com poderes para exercer tal controle, poderia tal debate ser transposto também para o âmbito interno de cada Estado, empoderando-se a geração presente para agir em nome dos direitos econômicos do povo-futuro? A resposta para tal questão exige um aprofundamento sobre os pilares da justiça intergeracional.

3. UMA CARTA DE PAI PARA FILHO

Em 1993, quarenta e quatro crianças filipinas, invocando o direito ao meio-ambiente saudável e equilibrado, requereram judicialmente que a Suprema Corte de seu país determinasse o cancelamento de todas as licenças para derrubada de árvores concedidas pelo Departamento de Meio-Ambiente e Recursos Naturais. Baseadas em dados de satélite de 1987, apontavam que a cobertura florestal das Filipinas fora reduzida a 1,2 milhões de hectares, ou seja, a apenas 4% do território e que, mantido o ritmo de desmatamento existente, o Estado seria privado de suas florestas em menos de uma década.

O caso conhecido como *Oposa vs. Factoran*, embora aparentemente comum, acabou se tornando uma referência em matéria de justiça intergeracional. Primeiro, porque as crianças, representadas por seus pais, não agiam apenas em nome próprio, mas alegavam legitimidade de agir em nome de sua geração e de gerações ainda não nascidas — o que foi admitido pelo Tribunal. Por fim, pela decisão favorável proferida pelo Juiz Relator Davide Jr. que reconheceu o conceito de responsabilidade intergeracional em matéria ambiental, definindo-o como o dever de preservação do “ritmo e [da] harmonia da natureza” que cada geração tem em relação à geração subsequente¹⁹.

Seguindo as trilhas do precedente filipino, a defesa das gerações futuras pode, então, se apoiar em, pelo menos, três fundamentos: necessidade, legitimidade

19 Cf. REPUBLIC OF THE PHILIPPINES. G.R. nº 101083, 30 July 1993 (*Oposa vs. Factoran*). Manila: Supreme Court, 1993. Para uma análise do caso e da atuação da Suprema Corte como reguladora de política ambiental, segundo a perspectiva do então Secretário do Departamento de Meio-Ambiente e Recursos Naturais das Filipinas, cf. FACTORAN, Fulgencio S. A reaction to the right to a balanced and healthful ecology: the odyssey of a constitutional policy. *Philippine Law Journal*, v. 69, n. 2, p. 157-163, 1994. Em síntese, ao citar o caso também filipino Hoechst, em que uma juíza singular condenou o governo por proibir, sem o devido processo legal, o uso de um pesticida que já se mostrara tóxico, Factoran (op. cit.) define a atuação judicial como pendular e menos confiável que um processo político de decisão social ampliada.

e legalidade. No plano político, o modelo clássico do regime democrático reforça uma lógica de exaltação do presente. A submissão do governante a um escrutínio periódico, a cada quatro ou cinco anos, faz com que suas ações objetivem a satisfação das prioridades de seu eleitorado, os cidadãos existentes, negligenciando o interesse do cidadão-devir da geração futura que sequer vota. A título de exercício mental, Tremmel sugere uma projeção do princípio majoritário: caso as gerações futuras votassem, as fontes renováveis de energia não mereceriam uma atenção política maior que os combustíveis fósseis? E a dívida pública não seria consideravelmente menor?²⁰

A necessidade de abertura do modelo tradicional a novas perspectivas não se restringe ao campo da política. Na economia, os custos projetados a curto prazo interferem nas tomadas de decisão de modo bem mais enfático que os custos esperados a longo prazo, indicando que a esfera econômica também é orientada pelo presente²¹. Por isso, na análise de custos e benefícios o tempo é um valor: uma moeda hoje vale mais que a mesma moeda no futuro²², razão por que um título público com valor nominal a ser pago futuramente costuma ser comercializado no presente por uma quantia inferior ao valor de face. A presentificação da economia acaba gerando uma distribuição desigual de custos e benefícios entre as gerações, diminuindo o poder de barganha do consumidor-futuro no mercado atual.

No plano da legitimidade, as gerações futuras começam a ser percebidas como titulares de direitos. Tal postura, porém, não é unânime. Segundo Beckerman, por exemplo, indivíduos ainda não nascidos não podem ter direitos, porque a possibilidade de ter algo pressupõe uma existência: se não podem ter duas pernas, cabelos longos ou, ainda, um gosto musical por Mozart igualmente não podem ter direitos. Nesse sentido, nem seria possível dizer que eles têm interesses passíveis de preservação no presente: mesmo porque identificar tais interesses e outorgar poderes a algum grupo ou instituição como legítimo defensor dos mesmos seria negar às gerações futuras o direito de escolha. Por isso, enfatizar as obrigações da geração presente, especialmente em relação às consequências duradouras de suas ações, seria bem mais produtivo e menos retórico que defender pretensos direitos das gerações futuras²³.

20 Para todos, cf. TREMMEL, Joerg Chet. How can future generations be protected by changing constitutions? In: JÁVOR, Benedek; RÁCZ, Judit (Ed.). *Do we owe them a future? The opportunities of a representation for future generations in Europe*. Budapest: Vêdegylet, 2006. p. 32-34.

21 FRISCHMANN, Brett M. Some thoughts on shortsightedness and intergenerational equity. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 36, p. 457-467, 2005. p. 459.

22 FARBER, Daniel A.; HEMMERSBAUGH, Paul A. The shadow of the future: discount rates, later generations, and the environment. *Vanderbilt Law Review*, v. 46, n. 2, p. 267-304, mar. 1993. p. 277.

23 Para todos, cf. BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2006. p. 55-61.

Para Edith Weiss, em contrapartida, a titularidade de direitos das gerações futuras é plenamente justificável, mas requer, como pressuposto, a superação do paradigma liberal clássico ocidental que pensa tal titularidade como a expressão de direitos de um indivíduo identificado ou identificável no presente. Afinal, outras tradições já costumam perceber direitos humanos numa perspectiva coletiva que pode, inclusive, extrapolar os limites do Estado — segundo a concepção islâmica, por exemplo, a titularidade de tais direitos pertence à comunidade de crentes como um todo. Quanto à ênfase nas obrigações da geração presente, Weiss entende ser este um argumento atraente; porém, perigoso. Obrigações tem menor força moral que direitos. Assim, a desvinculação entre as obrigações da geração atual e os direitos das gerações futuras pode servir de incentivo a que a coletividade presente aja em benefício próprio e às expensas das coletividades ainda não nascidas²⁴.

Assim, seria preciso consolidar uma equidade intergeracional baseada em três princípios: (i) diversidade, por meio do qual cada geração deveria conservar a maior quantidade possível de recursos naturais, econômicos e culturais, a fim de que as gerações subsequentes tivessem, à sua disposição, uma pluralidade de opções para satisfazer seus próprios interesses; (ii) qualidade, que exigiria de cada geração o compromisso de transmitir o planeta às gerações futuras em condição, pelo menos, idêntica a que tenha recebido da geração anterior — permitindo-se, porém, compensações, pois o uso maior de um recurso pode servir para o desenvolvimento de uma alternativa substitutiva viável; (iii) acesso, pelo qual cada geração deveria pôr ao alcance de seus membros o legado de gerações passadas, conservando-o igualmente para acesso das gerações futuras. Tais princípios efetivos, mas abertos, garantiriam às gerações futuras a flexibilidade de agir em seu próprio sistema de valores, resguardando, assim, sua liberdade de escolha²⁵.

No reforço teórico da pertinência dos direitos das gerações futuras, reiteradamente tem sido invocada a teoria da justiça de John Rawls. Rawls propôs um esquema teórico em que um grupo de indivíduos, pretendendo constituir uma sociedade justa, partiria de uma posição original: cada indivíduo, embora tivesse conhecimentos de relações políticas e teoria econômica, não saberia seu lugar na sociedade a ser constituída, sequer seu *status*, sua riqueza, suas habilidades e sua inteligência. Esse véu da ignorância criaria uma situação de escolha racional baseada no interesse próprio, fazendo com que cada indivíduo preferisse constituir uma sociedade igualitária, considerados os riscos de ocupar a pior posição na mesma²⁶.

24 WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 611-613.

25 *Ibid.*, p. 608-609.

26 RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971. p. 137.

Por vezes, Rawls pensou tal posição original de modo intrageracional: embora os indivíduos não soubessem a que geração pertenceriam na história da humanidade, todos seriam contemporâneos entre si²⁷. Em outros momentos, esboçando uma percepção de vanguarda, a reestruturou de modo intergeracional: todas as gerações — passadas, presente e futuras — estariam representadas na posição original, fomentando uma igualdade temporalmente transversal²⁸. Apesar de tal teoria da justiça ter sofrido diversas críticas²⁹ — em termos intergeracionais, por exemplo, por Rawls considerar que as gerações subseqüentes sempre estariam em situação melhor que as anteriores por conta da acumulação de capital e do avanço tecnológico, desconsiderando totalmente a questão ambiental —, há vários autores, tais como Tremmel³⁰ e Wallack³¹, que tentam avançar no debate da justiça entre gerações partindo de algumas das intuições de Rawls, o que reforça sua pertinência.

Por fim, quanto à legalidade, vários Estados — como Estônia, Polônia, República Tcheca e Suíça — positivaram a equidade entre as gerações como um princípio geral e abstrato, incluindo-o no preâmbulo das Constituições. Outros, constitucionalizaram especificamente a equidade ecológica intergeracional, normalmente por meio de artigos que declaram o direito das gerações futuras a um meio-ambiente saudável e equilibrado. Porém, poucos Estados trataram, de modo expresso em suas leis fundamentais, da equidade econômico-financeira intergeracional³². Além disso, quando questões sobre equilíbrio orçamentário, vinculação da receita de empréstimos a despesas logísticas de interesse coletivo e limitação da dívida soberana constam do texto constitucional, são consideradas apenas como uma forma de *accountability*, não como requisito de justiça entre gerações. Retorna-se, assim, ao objeto do presente texto para torná-lo, agora, mais propositivo.

4. UMA CARTA-PROPOSTA

James Madison demorou quase cinco meses para receber a carta de Thomas Jefferson e apenas poucos dias para respondê-la. Se Jefferson escreveu sob os influxos da Revolução Francesa, Madison repercutiu os primeiros anos de independência dos Estados Unidos. Escrevendo de Nova York, Madison argumentou

27 Ibid., p. 139.

28 Ibid., p. 288.

29 Para um aprofundamento das revisões feitas por Rawls (op. cit.) em sua própria teoria da justiça após as críticas recebidas, cf. RAWLS, John. *A theory of justice*: revised edition. Cambridge: Belknap Press, 1999. E, dele também, cf. Id. *Justice as fairness*: a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001.

30 TREMMEL, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London: Earthscan, 2009. p. 158-170.

31 WALLACK, Michael. Justice between generations: the limits of procedural justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2006. p. 93-104.

32 TREMMEL, 2006, p. 36-43.

que certas dívidas contraídas pela geração presente podem igualmente gerar benefícios para a posteridade. Assim, os gastos assumidos para repelir uma invasão — realidade que para os ex-colonos ingleses ainda era muito recente — não poderiam ser pagos no exíguo prazo de dezenove anos, conforme propunha Jefferson. Necessário seria, pois, ponderar que as dívidas herdadas das gerações passadas não excedessem os benefícios por elas implementados. A autossuficiência financeira de cada geração daria lugar a uma equidade intergeracional³³.

Parece justo que um benefício que se estenda por gerações deva ser igualmente suportado por elas, postura já defendida por Hugo Grócio antes de Madison, bem como por alguns autores contemporâneos que indicam a responsabilidade intergeracional das dívidas consideradas virtuosas³⁴. Tal argumento, porém, só reforça o dever de cada geração lidar com suas próprias dívidas odiosas. Não podendo onerar a geração seguinte, o coletivo presente deveria arcar sozinho com tal ônus. Porém, pela ilegitimidade de tais débitos, parece mais adequado identificar um meio eficaz de controle capaz de impedir, ou ao menos reduzir, a constituição de tal montante.

A ideia de que o próprio Estado deveria se munir de instrumentos em defesa das gerações futuras já era defendida pelo economista Arthur Pigou desde o início do século XX³⁵. Porém, esses instrumentos estatais têm se mostrado mais eficazes na análise posterior — e não prévia — dos empenhos públicos. Os órgãos de controle de contas e o próprio Judiciário costumam verificar o balanço orçamentário e a adequação entre receitas e despesas sem interferir nas decisões discricionárias do governante ou, no máximo, verificando a razoabilidade e a proporcionalidade das mesmas. Assim, se o corpo político decide construir uma obra gigantesca para um evento esportivo, onerando por décadas o orçamento público, normalmente a fiscalização alcança a esfera do planejamento e das contas, ficando aquém do controle das prioridades e escolhas.

Tal postura não é mais condizente com a perspectiva de uma administração consensual que estabelece diálogos contínuos com os administrados-cidadãos. Aliás, a visão recente que substitui governo por governança impacta profundamente a definição de consentimento popular, primeiro elemento de Alexander Sack na verificação do caráter odioso da dívida. Assim, a legitimidade de um governo não pode decorrer apenas de um sufrágio pontual, mas também, e

33 MADISON, James. Text as received by Jefferson, 4 February 1790. In: BOYD, Julian P. (Ed.). *The Papers of Thomas Jefferson*: 30 November 1789 — 4 July 1790. Princeton: Princeton University Press, 1961. p. 147-150.

34 BUCHHEIT et al., op. cit., p. 1210.

35 PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co., 1920. p. 28-29.

principalmente, da participação popular permanente nos processos administrativos de escolhas coletivas.

Porém, no caso das gerações futuras, não seria suficiente alterar a forma de controle orçamentário, tornando-o ampliado, participativo e prévio aos gastos, porque a apreciação das escolhas continuaria seguindo a pauta da coletividade atual. Por isso, a intervenção das gerações futuras no processo democrático presente deveria ser feita por meio de um órgão com representação plural e paritária entre membros da sociedade civil e do Estado, encabeçado por um representante geral com autonomia e mandato fixo, nos moldes de um *ombudsperson*, com poderes para atuar exclusivamente na defesa dos direitos intergeracionais.

Tremmel alerta, aliás, que dotar tal órgão de poderes efetivos é um grande desafio. Na Alemanha, por exemplo, embora existam, ao menos, quatro órgãos com competência para proteger as gerações futuras — o Conselho sobre Meio-Ambiente, o Conselho sobre Mudança Global, o Conselho para o Desenvolvimento Sustentável e o Conselho Parlamentar sobre Desenvolvimento Sustentável — nenhum deles possui poder de veto sobre projetos de lei que ameacem o bem-estar dos cidadãos ainda não nascidos³⁶.

Na perspectiva específica da dívida intergeracional, os parâmetros de Sack poderiam ser utilizados como um procedimento preventivo quanto aos débitos odiosos. Assim, cada país deveria segui-los ao tomar empréstimos de outros Estados e de instituições financeiras internacionais, ao emitir títulos públicos acima de um parâmetro previamente estipulado ou ao planejar investimentos de excessivo impacto financeiro. A consulta prévia ao *ombudsperson* para as gerações futuras, garantiria a legitimidade democrática e a verificação do interesse coletivo intergeracional, resguardando credores e o próprio Estado quanto ao pagamento futuro da dívida.

A grande questão é como estabelecer essa participação de modo gradual. Sem fazê-lo, corre-se o risco de tornar a geração presente a mais prejudicada, posta entre gerações prévias que esbanjaram o dinheiro público e gerações subsequentes resguardadas pelo gasto atual consciente. Porém, mesmo assim, o *ombudsperson* poderia cumprir uma importante função intergeracional para os cidadãos contemporâneos: averiguar o caráter odioso das dívidas já constituídas, segundo o critério da governança pública.

De tal ação, duas consequências concretas poderiam acontecer: primeiro, que credores odiosos, cúmplices no processo de endividamento ilegítimo de Estados atualmente em crise financeira, fossem pressionados com tal exposição pública a

36 TREMMEL, 2006, p. 45.

renegociar seus créditos em parâmetros mais adequados. Em 2006, por exemplo, após o ressurgimento do conceito de dívida odiosa, a Noruega, assumindo sua responsabilidade creditícia, cancelou unilateralmente os créditos que possuía contra Equador, Egito, Jamaica, Serra Leoa e Peru, contraídos entre 1976-1980 por meio de um programa de exportação de navios que atendia mais à indústria naval norueguesa, então em crise, que aos países destinatários dos créditos e dos barcos³⁷.

Por fim, o diagnóstico sobre a origem odiosa de parte da dívida soberana demonstraria, com grande probabilidade, que os direitos sociais não foram a maior causa da crise que hoje se abate sobre as grandes economias globais. Tal constatação minimamente geraria um diálogo político-social em outros termos, menos resritivos e mais propositivos. Assim, os cidadãos do presente, empoderados em seus direitos, legariam às gerações futuras a manutenção de conquistas historicamente adquiridas: um outro modo de garantia da equidade intergeracional.

5. REFERÊNCIAS

- ADAMS, Patricia. *Odious debts: loose lending, corruption and the Third World's environmental legacy*. London: Earthscan, 1991.
- BECKERMAN, Wilfred. The impossibility of a theory of intergenerational justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2006. p. 53-71.
- BUCHHEIT, Lee C.; GULATI, G. Mitu; THOMPSON, Robert B. The dilemma of odious debts. *Duke Law Journal*, v. 56, p. 1201-1262, 2007.
- CHENG, Tai-Heng. Renegotiating the odious debt doctrine. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, p. 7-31, 2007.
- DAMLE, Jai. The odious debt doctrine after Iraq. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, p. 139-156, 2007.
- FACTORAN, Fulgencio S. A reaction to the right to a balanced and healthful ecology: the odyssey of a constitutional policy. *Philippine Law Journal*, v. 69, n. 2, p. 157-163, 1994.
- FARBER, Daniel A.; HEMMERSBAUGH, Paul A. The shadow of the future: discount rates, later generations, and the environment. *Vanderbilt Law Review*, v. 46, n. 2, p. 267-304, mar. 1993.
- FRISCHMANN, Brett M. Some thoughts on shortsightedness and intergenerational equity. *Loyola University Chicago Law Journal*, v. 36, p. 457-467, 2005.
- HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy*. New York: Cambridge University Press, 1997. p. 195-240.

37 Cf. DAMLE, op. cit., p. 155; cf. HOWSE, op. cit., p. 16.

- HOWSE, Robert. *The concept of odious debt in Public International Law*. Genebra: Unctad, 2007.
- JEFFERSON, Thomas. Letter to James Madison (Sept. 6, 1789). In: KURLAND, Philip B.; LERNER, Ralph (Ed.). *The Founders' Constitution*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 68-69.
- KING, Jeff. The doctrine of odious debt under International Law: definition, evidence and issues concerning application. In: KHALFAN, Ashfaq; KING, Jeff; BRYAN, Thomas (Ed.). *Advancing the odious debt doctrine*. Montreal: CISDL, 2003. p. 13-52.
- KREMER, Michael; JAYACHANDRAN, Seema. *Odious debt*: preliminary version. International Monetary Fund., Apr. 2002. Disponível em: <www.imf.org/external/np/res/seminars/2002/poverty/mksj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.
- MADISON, James. Text as received by Jefferson, 4 February 1790. In: BOYD, Julian P. (Ed.). *The Papers of Thomas Jefferson*: 30 November 1789-4 July 1790. Princeton: Princeton University Press, 1961. p. 147-150.
- OCHOA, Christiana. From odious debt to odious finance: avoiding the externalities of a functional odious debt doctrine. *Harvard International Law Journal*, v. 49, n. 1, p. 109-159, 2008.
- PIGOU, Arthur Cecil. *The economics of welfare*. London: Macmillan and Co., 1920.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971.
- _____. *A theory of justice*: revised edition. Cambridge: Belknap Press, 1999.
- _____. *Justice as fairness*: a restatement. Cambridge: Belknap Press, 2001.
- REPUBLIC OF THE PHILIPPINES. G.R. n° 101083, 30 July 1993 (Oposa vs. Factoran). Manila: Supreme Court, 1993.
- SACK, Alexander Nahum. *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*: traité juridique et financier. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927.
- SHAFTER, Jonathan. The Due Diligence Model: a new approach to the problem of odious debt. *Ethics and International Affairs*, v. 21, n. 1, p. 49-67, mar. 2007.
- SLOAN, Herbert E. *Principles and interest*: Thomas Jefferson and the problem of debt. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- STIGLITZ, Joseph. Odious rulers, odious debts. *Atlantic Monthly*, v. 292, n. 4, p. 39-45, nov. 2003.
- TREMMELE, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London: Earthscan, 2009.
- _____. How can future generations be protected by changing constitutions? In: JÁVOR, Benedek; RÁCZ, Judit (Ed.). *Do we owe them a future? The opportunities of a representation for future generations in Europe*. Budapest: Védogyilet, 2006. p. 31-69.

- WALLACK, Michael. Justice between generations: the limits of procedural justice. In: TREMMEL, Joerg Chet (Ed.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2006. p. 86-105.
- WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity and rights of future generations. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *The Modern World of Human Rights: Essays in Honour of Thomas Buergenthal*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 601-616.

CAPÍTULO IV

CODIFICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

Francisco António de M. L. Ferreira de Almeida¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Objectivos e efeitos da codificação do direito internacional — 3. Codificação e desenvolvimento progressivo no direito internacional penal: 3.1. A obediência a ordens superiores; 3.2. Crimes contra a humanidade, genocídio e terrorismo — 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Desde o séc. XVIII que, em obediência a um propósito de racionalização do direito, se generalizou, nos ordenamentos jurídicos estaduais, o fenómeno da codificação, recobrando esta os mais diversos sectores (v. g., civil, comercial, penal, processual etc.) e favorecendo a afirmação do “império da lei”, num tempo em que, de entre todos, se sobrepujavam os valores da certeza e da segurança².

No plano internacional, as debilidades estruturais, *recte* orgânicas e institucionais, singularizam sobremaneira o processo de produção normativa, pelo que as virtualidades da codificação se fazem porventura mais evidentes, conquanto a tarefa assumida aí especificidades que importa não desconhecer.

Consta do art. 13º da CNU o mandato conferido à Assembleia Geral para “fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o *desenvolvimento progressivo* do direito internacional e a sua *codificação*”. O art. 15º do Estatuto da Comissão de Direito Internacional (CDI), por seu turno, procura estabelecer a distinção entre as duas operações³.

Depreende-se da leitura deste último que a *codificação* visa a conversão de normas costumeiras (gerais) num corpo de normas escritas, precisas e agrupadas

1 Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

2 Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. *Curso de Derecho Internacional Público*. 6. ed. Civitas: Madrid, 1998. p. 109-110.

3 Inserido no capítulo II (Funções da Comissão de Direito Internacional), dispõe o art. 15º: “In the following articles the expression ‘progressive development of international law’ is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States. Similarly, the expression ‘codification of international law’ is used for convenience as meaning the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine”.

de forma sistemática, ao passo que o *desenvolvimento progressivo* se traduz antes na afirmação e consagração de regras novas a partir do direito existente ou em vias de formação⁴.

Em ambos os casos, para além de um claro interesse técnico e científico, está igualmente em causa o objectivo da coesão e da unidade política na comunidade dos Estados; objectivo este que se apresentará tão menos inalcançável ou utópico quanto mais o ordenamento jurídico internacional tender para a precisão, para a clarificação e para a ordem⁵.

Sendo indiscutíveis os fundamentos teóricos subjacentes à aludida distinção, certo é que com ela e com a correspondente dualidade de procedimentos constante, respectivamente, dos artigos 18º a 23º (codificação) e 16º a 17º (desenvolvimento progressivo) do Estatuto da CDI, visaram os seus autores precatar-se relativamente a um resultado indesejável para muitos Estados: o de que a codificação pudesse permitir o surgimento de uma espécie de legislação internacional encapotada. Nada mais avisado, portanto, do que delimitar de forma rigorosa os territórios da *lex lata* e da *lex ferenda*⁶.

Frustrado intento, porém: a prática subsequente da CDI, respaldada num procedimento único, expurgado das referidas diferenças formais contempladas no respectivo Estatuto, encarregar-se-ia de contribuir para uma cada vez maior imbricação das duas tarefas. E assim é que, de 1956 em diante, foi claramente assumido que dos vários Projectos de Artigos da Comissão constavam tanto disposições de índole codificadora como normas que, ao invés, constituíam expressão de um desenvolvimento progressivo do direito internacional.

A insusceptibilidade de uma compartimentação estanque entre o múnus da codificação e o do desenvolvimento progressivo ressalta evidente se, com R. AGO, conviermos em que aquela supõe, afinal, a realização simultânea de três operações, só abstractamente discerníveis.

São elas, em primeiro lugar, a da simples *identificação das normas costumeiras em vigor*, precisando os seus sentido e alcance, sempre que elas se afeiçoem às necessidades da comunidade internacional (*codificação declarativa*); em segundo

4 Em sentido idêntico se pronunciam QUOC DINH, N.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit International Public*. Paris: LGDJ, 1994. p. 328.

5 Vejam-se, sobre este ponto, GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 241.

6 Cf. GONZÁLEZ CAMPOS; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ; SÁENZ DE SANTA MARÍA, op. cit., p. 111-112. No Estatuto da CDI, pretendeu-se garantir essa delimitação rigorosa com a exigência de que o labor do desenvolvimento progressivo do direito internacional só pudesse iniciar-se mediante solicitação expressa da Assembleia Geral das Nações Unidas. Pelo contrário, a tarefa de codificação poderá resultar do livre alvedrio da CDI. Vejam-se, a propósito, respectivamente, os arts. 16º e 17º do Estatuto da CDI.

lugar, a da *adaptação evolutiva das normas existentes ao contexto actual das relações internacionais (codificação/revisão)*; e, por último, a da *afirmação de normas novas* naqueles domínios em que a prática estadual é escassa ou pouco concludente ou em que, de qualquer forma, não logrou consumir-se o processo costumeiro (*codificação criadora ou “legislativa”*)⁷.

Na mesma linha de pensamento, Yves Daudet, assinala à codificação a dupla natureza de agrupamento sistemático de normas costumeiras e de instrumento privilegiado de elaboração e desenvolvimento do direito internacional⁸. Ainda que intelectualmente concebível, exigências de índole prática e pragmática foram paulatinamente gorando a destriça entre a codificação e o desenvolvimento progressivo, a ponto de, como se observou já, a CDI dela expeditivamente ter prescindido, não obstante se achar inserta nas disposições formais do seu Estatuto. Não por acaso, parece adquirir cabimento retomar a velha formulação utilizada ao tempo da Sociedade das Nações: *codificação progressiva*⁹.

O afã codificador tem compreensivelmente incidido nos domínios clássicos do direito internacional; aqueles em que um acervo significativo de normas costumeiras formadas ao longo do tempo torna mais premente a necessidade de uma “sistematização ordenada”¹⁰. Em contrapartida, avolumam-se as dificuldades quando se trata de proceder à codificação de ramos mais recentes do direito internacional, tais como o direito internacional económico, o direito internacional do ambiente, o direito do espaço extra-atmosférico ou mesmo o direito internacional penal. Aqui, dada a ausência, ou quando menos a escassez e incerteza, dos precedentes que estão na origem das normas consuetudinárias, os representantes dos Estados tendem a sub-rogar-se ao “codificador do direito comum” — a CDI —, levando a cabo uma tarefa que, mais apropriadamente, poderia designar-se de *elaboração do direito internacional*¹¹.

A paternidade do termo *codificação* deverá atribuir-se a Jeremy Bentham. Utilitarista que era, encarava-a como instrumento idóneo a eliminar a *judge-made*

7 Ibid., p. 112.

8 Cf. DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. *RCADI*, p. 9-118, 2003, t. 303. p. 36-37. Acrescenta ainda o autor que, ao passo que a codificação do direito interno produz um *efeito de substituição* (a norma codificada como que apaga a norma anterior), a codificação do direito internacional ocasiona antes um *efeito de coexistência* (ambas as normas permanecem em vigor, ainda que com um alcance diferenciado). Na verdade, o princípio da relatividade dos efeitos dos tratados determina que a regra costumeira não perca essa sua natureza consuetudinária por mero efeito da actividade codificadora: pelo contrário, enquanto tal, ela continuará a aplicar-se universalmente. Deverá, no entanto, reconhecer-se que o discurso em torno da *diluição da normatividade internacional*, dos *tratados quase-universais* e do *costume instantâneo* poderá, em certa medida, prejudicar aquela conclusão. Sobre o assunto, cf. WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international. *RGDIP*, 1982, t. LXXXVI. p. 34.

9 Cf. DAUDET, op. cit., p. 39.

10 Ibid., p. 40.

11 Ibid, loc. cit.

law e a ductilidade conatural à fonte costumeira. Desse modo, afigurava-se-lhe necessário organizar um código internacional circunstanciado que “homologasse” o direito consuetudinário preexistente e que, portanto, esconjurasse o receio das *terrae incognitae* e dos interstícios normativos¹².

Verdade que o particular contexto das relações internacionais cedo haveria de moldurar uma outra compreensão (bem mais modesta) da empresa codificadora. Ainda assim, comprometido o objectivo da formulação de um código internacional suficientemente inclusivo e detalhado, o legado de Bentham irradiaria a sua influência até aos dias de hoje¹³.

2. OBJECTIVOS E EFEITOS DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

O reavivar de alguns dos acontecimentos mais marcantes do séc. XX, não deixa de causar algum esmorecimento. Com efeito, esse olhar embaraçado que dirigimos para o passado revela uma circunstância paradoxal: o esforço, sem precedentes, de institucionalização e organização da comunidade internacional, a par da tentativa, inteiramente lograda, de desenvolver o direito que a regula, não evitaram a proliferação de conflitos, internos e internacionais, e a prática de atrocidades, em larga escala, contra as populações civis¹⁴. Talvez a explicação para o facto resida nos mistérios inescrutáveis da natureza humana, mais do que em hipotéticas fragilidades da codificação (e do desenvolvimento) do direito internacional.

Conforme assinalámos *supra* (nota 7), no plano interno a codificação produz um *efeito excludente ou de substituição*: a norma codificada é encarada como uma norma nova que substitui a anterior. Diferentemente, na ordem internacional deriva daquela operação um *efeito inclusivo ou de coexistência*: a norma codificada coexiste com a norma costumeira originária, que, não fora a possibilidade de manter incólome essa sua natureza, veria porventura limitada a sua eficácia, a um tempo subjectiva e objectiva, por força do princípio da relatividade dos efeitos dos tratados¹⁵. Consequência esta, sem dúvida, indesejável.

Constitui objectivo primordial da codificação, como se disse, a reunião de uma regulamentação dispersa, fragmentária e por vezes de conteúdo indefinido, num conjunto coerente, estabilizado e devidamente sistematizado.

12 Veja-se, sobre este ponto, WISE, Edward M. Perspectives and Approaches. In: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.). *International Criminal Law: Crimes*. 2. ed. Transnational Publishers, Inc., 1999. p. 283-284.

13 WISE, op. cit., p. 284.

14 Cf. DUPUY, Pierre-Marrie. L'unité de l'ordre juridique international. *Cour Général de Droit International Public. RCADI*, 2002, t. 297. p. 33.

15 Cf. DAUDET, op. cit., p. 45-46.

Na esteira de Y. Daudet, diremos que com ela, num enlace de recíprocas interdependências, se produzem efeitos na estrutura da comunidade internacional (*elementos orgânicos*) e, do mesmo passo, no sistema normativo que a regula (*elementos materiais*)¹⁶.

No que toca aos elementos orgânicos, releve-se, como ponto de partida, que o direito internacional é simultaneamente uma ordem normativa e um factor de organização social, não diferindo, neste aspecto particular, de outros ramos do direito. Ora, as tarefas de codificação e de desenvolvimento progressivo em muito contribuem para que essa função obtenha o êxito almejado.

Em concreto, a codificação favorece a estruturação da comunidade internacional, na medida em que está ligada a uma ideia de “paz através do direito”¹⁷. Atesta-o um sem número de disposições convencionais importantes.

Na CNU, por exemplo, o já referido art. 13º estabelece uma ligação directa — diríamos mesmo, necessária — entre o desenvolvimento do direito internacional (e a sua codificação) e o objectivo da cooperação internacional no plano político — desiderato que, por sua vez, é claramente instrumental da finalidade última da ONU: a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Respigam-se, outrossim, disposições consonantes em convenções de codificação, designadamente nos preâmbulos da Convenção de Viena, de 1969, e da Convenção de Viena, de 1978 (esta, sobre sucessão de Estados em matéria de tratados), e, bem assim, na Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar (ou de Montego Bay), de 1982, de cuja preparação a CDI se manteve arredia.

Não nos delongaremos com outras pormenorizações. Sobeja dizer que para servir adequadamente os fins das Nações Unidas o direito internacional deverá oferecer garantias de segurança, estabilidade, certeza e precisão — tudo atributos que a codificação, sem dúvida, estará habilitada a prodigalizar.

No domínio específico do direito internacional penal, as exigências de codificação e desenvolvimento progressivo repousam num raciocínio *a fortiori*. Com efeito, o recobrimento do princípio das nacionalidades, outrora em vigor, redundou num “pós-moderno neo-tribalismo”¹⁸. Com ele, lamentavelmente proliferaram, desde a Segunda Guerra Mundial, mas sobretudo no estertor do séc. XX, as limpezas étnicas, os genocídios e os crimes contra a humanidade. Acontecimentos que converteram em necessidade urgente algo que, até certa altura, se quedava circunscrito ao plano das meras aspirações em letargia: referimo-nos justamente

16 Ibid., p. 46.

17 DAUDET, op. cit., p. 47.

18 SHAW, M.

à construção de um direito internacional penal preciso e codificado, tanto quanto isso se revele exequível¹⁹.

E, de resto, a tarefa tornara-se até menos espinhosa com o advento de uma *ordem pública internacional*, forjada na sequência do aparecimento de um direito internacional imperativo²⁰. A ela se tem devotado a CDI, mas também, ao compasso de vicissitudes várias nos planos institucional e normativo, o Conselho de Segurança da ONU e os representantes dos Estados. Três momentos decisivos, espaçados por várias décadas, importa aqui destacar: a *fase de Nuremberga*, a *fase do Conselho de Segurança* e a *fase da negociação universal*²¹.

A primeira é marcada pela criação dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, mas também pelos trabalhos de codificação que a CDI encetou subsequentemente, e que haveriam de desembocar na elaboração de diversas versões de Projectos de Códigos de Ofensas Contra a Paz e a Segurança da Humanidade, e até, de permeio, de um Projecto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional. A segunda, por sua vez, constitui sintoma inequívoco de uma súbita “aceleração da história”, ocorrida na sequência dos conflitos na ex-Jugoslávia e no Ruanda, e consubstanciou-se na criação de duas Câmaras *ad hoc* pelo Conselho de Segurança da ONU (precisamente, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda)²². Por fim, com a terceira — simbolizada na criação, em 1998, de um Tribunal Penal Internacional permanente — desembargou-se a conversão da humanidade numa categoria verdadeiramente jurídica²³.

Todas elas denotam um enfraquecimento da soberania e, nessa medida, um reforço da solidariedade e dos laços comunitários num agrupamento que num passado não muito distante se reconduzia claramente ao modelo da *Gesellschaft*²⁴.

19 Convirá, na verdade, frisar que “o direito internacional penal, contrariamente ao direito penal interno, não é um *Tatbestandsrecht*, quer dizer, um direito dos ‘estados de facto’, precisos e codificados”. Razão por que o princípio da legalidade assume aí um significado diverso daquele que exhibe das ordens jurídicas internas. Cf., neste sentido, GLASER, Stefan. *La methode d’interpretation en droit international penal*. *RI-DPP*, ano IX, 1966. p. 762-763.

20 Cf. a propósito, MAHIOU, Ahmed. *Les processus de codification du droit international penal*. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000. p. 39. Sobre a ligação entre o *jus cogens* e a ideia de *ordem pública internacional*, permitimo-nos remeter para a nossa obra: FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco A. de M. L. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 136.

21 As expressões são de: BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 290.

22 Cf., respectivamente, S. C. Res. 827, U.N. Doc. S/Res/827 (May 25, 1993) e S. C. Res. 955, U.N. SCOR, 49th Sess., U.N. Doc. S/Res/955 (1994). Em particular, sobre a celeridade do processo que conduziu à criação do TPIJ, cf. PELLET, Alain. *Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yougoslavie — Poudre aux yeux ou avancée décisive?* *RGDIP*, Paris, 1994. p. 9.

23 Veja-se, neste sentido, CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. *La Cour Pénale Internationale: L’Humanité trouve sa place dans le droit international*. *RGDIP*, Paris, p. 23-28, 1999.

24 Cf. MAHIOU, op. cit., p. 37.

No que respeita, por outra parte, aos elementos materiais — quer dizer, àqueles que se reportam não já à estrutura da comunidade internacional, mas antes às normas que a regulam —, advirta-se, continuando a acompanhar o pensamento de Daudet, que a codificação, ao lado de indiscutíveis efeitos benéficos, faz pairar sobre o sistema normativo internacional uma ameaça que, a dado passo, a Escola Histórica do Direito e Savigny procuraram acentuar²⁵. Começemos por este último aspecto.

Com a sua vocação cristalizadora, a codificação bloquearia o devir histórico, entravaria o processo costumeiro e frenaria a evolução ulterior da norma. Destarte, ao arrepio do dinamismo próprio da vida social, o direito converter-se-ia numa disciplina conservadora. Ora, haverá de aceitar-se que semelhante objecção tem mais razão de ser no direito interno do que no direito internacional. Aqui, o já mencionado *efeito cumulativo* da codificação tende, na verdade, a atenuar, senão mesmo a afastar, aquela consequência indesejável.

Acresce que esse mesmo efeito permite ultrapassar outra dificuldade: a que advém da circunstância de o direito internacional — mau grado a teoria das *regras gerais e objectivas*, cujo surgimento as convenções de codificação precisamente ensejariam²⁶ — ser, ainda hoje, um direito voluntarista, quer dizer, uma ordem normativa cujo fundamento de obrigatoriedade reside, em derradeira análise, na vontade ou no consentimento dos Estados²⁷. Donde, o tratado destinado a codificar (ou a desenvolver) o direito internacional não vincular, em princípio²⁸, senão os Estados partes ou aqueles que, em determinado momento, a ele aderirem. De modo diverso, no plano interno, a norma codificada numa lei ou num decreto torna-se, *ex rerum natura*, obrigatória para todos²⁹. O contraste, aparentemente impressivo, acaba, no entanto, por esbater-se mediante a apontada coexistência, na ordem internacional, entre a norma codificada (contratual) e a norma originária (costumeira), cada qual com campos de aplicação diferenciados.

25 Para mais desenvolvimentos sobre a Escola Histórica do Direito e as suas mais destacadas figuras, veja-se, *inter alia*, WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 397. Em concreto, sobre a proposta metodológica de Savigny, cujo esquadramento extravasa manifestamente do âmbito do presente trabalho, cf., por todos, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 9.

26 Teoria esta, por seu turno, ligada à dos costumes “selvagens” ou instantâneos, que aqui não cabe desenvolver. Sobre o assunto, cf. WEIL, Prosper. *Le droit international en quête de son identité*. Cours Général de Droit International Public. *RCADI*, 1992, t. VI. p. 386-389.

27 O *estatuto do objector persistente* representa, na teoria clássica do costume, uma espécie de homenagem velada ao voluntarismo.

28 A ressalva prende-se com as excepções admitidas à regra da eficácia relativa das convenções internacionais. Cf., a propósito, QUOC DINH; DAILLIER; PELLET, op. cit., p. 244.

29 Cf. DAUDET, op. cit., p. 59.

Já no tocante ao carácter virtuoso da codificação, poderá ele substanciar-se na seguinte ideia: aquela tarefa permite simultaneamente *reforçar* e *expandir* a norma de direito internacional³⁰.

Reforçar, desde logo, porquanto, por seu intermédio, se obvia à incerteza relativa à cronologia — por vezes, à própria existência — da norma costumeira (*efeito clarificador*). Nessa medida, uma vez codificada, isto é, passada a escrito (ou transcrita), a norma preexistente, na sua nova roupagem, poderá espoletar processos costumeiros ulteriores, de harmonia com as solicitações da comunidade internacional em cada momento, ou até servir de *guiding light* para a jurisprudência internacional. Com o que, aliás, se demonstra que, ao contrário do que pretendem certos autores, a codificação não “para o tempo”; bem ao invés, ela cadencia o tempo do desenvolvimento do direito, mesmo quando se está perante uma mera *codificação inacabada* (MÜNCH), v. g., um Projecto de Artigos da CDI, uma convenção internacional ainda não ratificada ou uma resolução da AG das Nações Unidas, que inclusive na substância, constitui, não raras vezes, um acto de *soft law*.

Expandir, em segundo lugar, a norma de direito internacional, visto que os efeitos da codificação se projectam na ordem jurídica interna, condicionando, por um lado, a produção normativa que aí tem lugar e, melhorando, nos ordenamentos estaduais, a eficácia do direito internacional.

Relativamente à primeira ideia, assiste-se amiúde, à guisa do *desdobramento funcional* de que falava Scelle, a uma inversão cronológica nas relações entre direito internacional e direito interno. De facto, actuando concomitantemente em dois planos (o exterior e o interno), as mesmas autoridades políticas e administrativas valem-se da celeridade dos procedimentos internos de criação de direito e diligenciam no sentido de uma entrada em vigor antecipada, na ordem estadual, de normas cuja eficácia, no plano internacional, está suspensa da conclusão de operações de codificação e desenvolvimento progressivo, que, como se sabe, são, em regra, assaz morosas e complexas³¹.

Quanto ao segundo aspecto, não cabe dúvida que quando se trata de fazer apelo e aplicar o direito internacional, os tribunais internos, mais afeitos a encontrarem respaldo na precisão e clareza dos textos escritos ou na constância dos precedentes jurisprudenciais, relutam em apoiar-se nas normas de matriz consuetudinária.

³⁰ Ibid., p. 64.

³¹ Cf. DAUDET, op. cit., p. 69. Daudet (op. cit.) ilustra esta ideia com o conceito de zona económica exclusiva (e respectiva extensão) que, mesmo antes da adopção da Convenção de Montego Bay, havia já sido acolhido na legislação interna de vários Estados. Refira-se, a talho de foice, que essa Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar constitui exemplo paradigmático de um regramento internacional em que disposições codificadoras de direito consuetudinário preexistente coexistem com outras que, diversamente, relevam do desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Nesta perspectiva, parece ser de alvitrar que a eficácia do direito internacional na ordem interna variará na razão directa da amplitude e do sucesso da empresa de codificação (e de desenvolvimento progressivo).

3. CODIFICAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PROGRESSIVO NO DIREITO INTERNACIONAL PENAL

É incontroversa a importância do costume na formação do direito internacional humanitário, mesmo quando, de sorte a compensar a escassez da prática (elemento objectivo do costume), se assiste a uma sobrevalorização da *opinio juris*, isto é, da convicção de obrigatoriedade (elemento subjectivo ou psicológico)³². Daquela importância se fez eco, a certa altura, Theodor Meron, partindo da análise da sentença da *Appeals Chamber* do TPIJ, proferida no caso *Tadic* e, bem assim, da decisão do ICRC de levar a cabo um estudo do direito costumeiro no âmbito do direito internacional humanitário, na sequência de uma reunião do *Intergovernmental Group of Experts for the Protection of War Victims*, ocorrida em 1995³³.

Na emblemática decisão do TPIJ, dois contributos se sobrelevam: o de que violações graves do direito internacional humanitário, cometidas em conflitos armados não internacionais, constituem crimes internacionais; e o de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de paz. Em ambos os casos, o Tribunal procurou arrimar-se no costume internacional, não sem se dar conta de que, assim procedendo, muitos escolhos lhe dificultariam o caminho.

Já no estudo empreendido pelo ICRC, convirá não desatender à questão da aplicabilidade das Convenções de Genebra a Estados não partes, à ONU e até, em determinado tipo de conflitos dotados de algum hibridismo, a actores não estaduais, como insurrectos e beligerantes. Questão esta que, evidentemente, pressuporá a identificação das disposições daquelas Convenções que relevam do direito internacional consuetudinário³⁴.

Ora, ressalta do exposto que a codificação do direito internacional humanitário, e (mais ainda) do direito internacional penal, se assume como tarefa verdadeiramente essencial para que o desafio de julgar e punir os responsáveis pelas mais graves infracções internacionais não soçobre face à “insustentável leveza” de um direito impreciso porque não escrito ou, pelo menos, não resultante de uma expressão formal de vontade por parte dos sujeitos de direito internacional.

32 Veja-se, sobre o assunto, MERON, Theodor. The continuing role of costum in the formation of international humanitarian law. *AJIL*, v. 90, Apr. 1996. p. 238.

33 *Ibid.*, p. 238 e 244-245.

34 *Ibid.*, p. 246.

O término da Primeira Guerra Mundial pareceu significar a *débaçle* do direito das gentes, tal como fora idealizado por Vattel. Nessa ocasião, não faltou quem proclamasse o esboroamento de um edifício normativo que, ao longo de muito tempo, e sob o impulso de ideais humanistas, havia sido laboriosamente construído³⁵. Acontece, porém, que a indignação com o modo como se postergara o direito internacional, fez robustecer, na comunidade internacional, as exigências de justiça. Tornou-se então claro que um ramo penal encontrara aí, finalmente, terra bonançosa para frondejar³⁶.

Com os inesperados desenvolvimentos institucionais e normativos ocorridos a partir dos anos noventa do séc. XX, e que culminaram na criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, encontramos-nos numa encruzilhada. Como aduz C. Tomuschat, caso aquela instância jurisdicional não logre fortalecer-se no futuro, mergulharemos num *claro/escuro* em matéria de consolidação costumeira do direito internacional penal³⁷. O problema fundamental reside no gravame de uma justiça que não é ainda igual para todos. E a igualdade perante a lei constitui, como se sabe, um imperativo categórico de qualquer justiça penal digna desse nome.

Dir-se-á que, com A. Mahiou, que os problemas colocados pela codificação do direito internacional penal são, à primeira vista, em tudo idênticos àqueles que interpelam os codificadores de outros domínios do direito das gentes, conquanto uma coisa pareça clara: a conversão de costumes em normas escritas (e estritas) de direito internacional penal, contribuindo para a defesa da justiça e, em último termo, da civilização, há-de pressupor um grau de solidariedade e de comunhão de valores que outros sectores do direito internacional manifestamente não reclamam³⁸.

Numa outra passagem do seu estudo, A. Mahiou acaba, no entanto, por admitir que a “dupla personalidade” do direito internacional penal (cf. Bassiouni) acarreta dificuldades acrescidas para aqueles que se abalançam à sua codificação e ao seu desenvolvimento progressivo. Tal dupla personalidade radica numa espécie de incompatibilidade genética: por um lado, o direito internacional assenta no princípio da igualdade entre os Estados e, nessa medida, privilegia os mecanismos (horizontais) de consenso e negociação; por outro, o direito penal é construído na base de relações verticais de hierarquia e subordinação, dependendo de mecanismos coercitivos para a respectiva aplicação³⁹. Não deverá assim causar

35 Veja-se, sobre este ponto, SZUREK, Sandra. La formation du droit international penal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000. p. 8.

36 Ibid., loc. cit.

37 Cf. TOMUSCHAT, Christian. La cristallisation coutumière. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000. p. 23.

38 Cf., neste sentido, MAHIOU, op. cit., p. 37.

39 Ibid., p. 40. Veja-se, também, BASSIOUNI, M. Cherif. Le droit penal international: son histoire, son objet, son contenu. *RIDP*, 1981. p. 72 e 78.

estranheza a afirmação retumbante de Basdevant segundo a qual o direito penal é o ramo de direito interno mais distante do direito internacional. Tão-pouco, no dealbar dos anos quarenta do séc. XX, soará desajustada a passagem do acórdão do TPJI, no *caso dos fosfatos de Marrocos*, em que se proclama que o direito penal, direito de hierarquia e de subordinação, dificilmente poderá inspirar o direito internacional, direito de igualdade e coordenação⁴⁰.

E mesmo que sejam agora bem menos dirimentes do que no passado os obstáculos acabados de referir, subsistem algumas dificuldades. Uma delas, quiçá a mais evidente, resulta do facto de o direito internacional penal ter subjacente uma pretensão de síntese dialéctica de concepções, doutrinas e categorias dogmáticas oriundas de diferentes sistemas e escolas de pensamento jurídico. Esse seu carácter compromissório (por isso que, num certo sentido, embrionário) conduz a que nem sempre as soluções convindas nos instrumentos de codificação e desenvolvimento progressivo primem pelo rigor conceitual, pela coerência e homogeneidade. E isto quer em termos substantivos, quer, por vezes, num plano puramente terminológico.

Em contrapartida, haverá que dar nota de algumas razões de esperança que A. Mahiou, louvando-se em A. Bernardi, não deixa igualmente de assinalar. Uma delas, dissaboreando os partidários do dualismo mais radical, decorre da influência crescente do direito internacional nas ordens jurídicas internas e, ao mesmo tempo, da interpenetração dos próprios direitos nacionais. Esta dupla circunstância, propicia uma harmonização, por vezes unificação, de certos princípios e regras jurídicas. Outro sinal encorajador, que é transversal a diversos domínios do direito internacional, assenta no recuo da *majestas* estadual em nome da defesa de interesses colectivos e dos mais proeminentes valores da humanidade⁴¹.

Seguro é que no direito internacional penal a codificação, sob pena de quase surtir improficua, não pode prescindir da dimensão do desenvolvimento progressivo, nos termos do art. 15º do Estatuto da CDI, uma vez que só esta dará azo ao necessário contraditório entre os sujeitos primários de direito internacional, ele próprio catalisador de evoluções futuras e impelente de novos processos consuetudinários.

Aqui chegados, vai sendo tempo de correr em revista os principais momentos codificadores. Uma vez inteirados do modo como foram sendo materializados em diversos instrumentos normativos internacionais, apropositar-se-á um tratamento na especialidade de dois temas que reputamos de particularmente propensos a um desenvolvimento progressivo. O primeiro integra a *Parte Geral*

40 Cf. PUBLICATIONS DE LA CPJI, série C, n. 85, p. 1061.

41 Neste sentido, cf. MAHIOU, op. cit., p. 40.

do direito internacional penal; o segundo, pelo contrário, têm a sua inserção sistemática na *Parte Especial*⁴².

Numa fase inicial, a codificação teve um carácter parcelar e incidiu em infracções internacionais de origem costumeira em que o indivíduo actua a título privado — isto é, por sua conta e risco —, como sejam, v. g., a pirataria (à qual, por ocasião do Congresso de Paris, de 1856, foi assimilado o curso marítimo), o tráfico de escravos, o tráfico de estupefacientes, os atentados contra a segurança da navegação aérea internacional, certas formas de terrorismo etc. Todas elas relevam sobretudo do *direito penal internacional* — um ramo do direito que, mediante o recurso às técnicas próprias do direito internacional privado, visa harmonizar e unificar regras nacionais, com a finalidade última de resolver conflitos de leis e de jurisdições no espaço⁴³.

Mais tarde, já no decurso do séc. pretérito, ao sabor de trágicos acontecimentos, tristemente reveladores da perenidade da barbárie dos homens, ganhou decisivo impulso a ideia de responsabilizar criminalmente o indivíduo-órgão (aquele que actua não a título privado, mas enquanto agente público ou órgão estadual) pela prática de determinados actos ilícitos internacionais, lesivos de valores fundamentais da comunidade internacional, designadamente, o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra⁴⁴. Desta feita, a codificação deixa a descoberto um intuito de abrangência e situa-se no terreno do *direito internacional penal*.

No que concerne a este movimento codificador, que havíamos já relançado mais acima (cf. *supra*, ponto nº 2), permitimo-nos pôr em evidência alguns momentos fulcrais.

Depois de um primeiro arremedo de justiça penal internacional, que se substanciara na tentativa fracassada de levar a Julgamento o Imperador Guilherme II, acusado — na sequência do epílogo do primeiro conflito à escala mundial — de “ofensa à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados”, a Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, anexa ao Acordo de Londres, de 8 de Agosto de 1945, representa um marco de transcendente importância porquanto aí aparecem, inovadoramente, previstos e tipificados os elementos constitutivos de três crimes internacionais (cf. art. 6º respectivo), a saber: os *crimes contra a paz*, os *crimes de guerra* e os *crimes contra a humanidade* (estes como

42 Sobre ambas as noções, cf. FARIA COSTA, José de. Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXI, p. 117-144, 1995.

43 Sobre a distinção entre *direito penal internacional* e *direito internacional penal*, veja-se MAHIOU, op. cit., p. 38-39; e, recentemente, entre nós, cf. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 34-38.

44 Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 332-334.

mera categoria acessória dos crimes de guerra, ligados que estavam ainda ao contexto da guerra)⁴⁵. Avultam, seguidamente, os trabalhos da CDI, que vicissitudes várias cuidaram de estender por longos anos. Nesse lapso temporal de cerca de meia centúria, dois documentos justificam a nossa detença. Deles ressalta, uma vez mais, a quase inutilidade da destrição entre codificação e desenvolvimento progressivo.

O primeiro é o relatório intitulado *Princípios de Direito Internacional Reconhecidos pela Carta de Nuremberga e pelo Julgamento do Tribunal*⁴⁶. O segundo, após terem sido abandonados vários outros que o antecederam, é o Projecto de Código de Ofensas Contra a Paz e a Segurança da Humanidade, datado de 1996, e que claramente viria a inspirar várias das soluções consagradas, em 1998, no Estatuto de Roma do TPI⁴⁷.

Entrementes, tinham sido criados pelo Conselho de Segurança, em 1993 e 1994, os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, em cujos Estatutos, a despeito de umas quantas discrepâncias — talvez mais contextuais do que substantivas —, se procurou codificar um conjunto de normas de direito internacional penal, escrupulizando no respeito pelos ditames do princípio da legalidade em matéria penal, sobretudo no que toca aos crimes contra a humanidade — a categoria de infracções internacionais que, aquando da criação dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, suscitara, desse ponto de vista, as mais acaloradas discussões.

Por fim, neste longo caminho, sobressai a adopção, a 17 de Julho de 1998, no âmbito da Conferência de Roma, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (permanente), que, de tão completo e minucioso, nas suas Parte Geral e Especial, bem

45 Cf. BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 105; e, do mesmo autor, cf. Id. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 801.

46 Foram sete os princípios formulados pela CDI. Atente-se: I — *Qualquer pessoa que pratique um facto que constitua um crime de direito internacional é responsável por ele e está sujeita a punição*; II — *O facto de o direito interno não prever punição para um facto que constitui um crime de direito internacional não isenta a pessoa que o cometeu de responsabilidade à luz do direito internacional*; III — *O facto de uma pessoa que praticou um facto que constitui um crime de direito internacional ter actuado na qualidade de Chefe de Estado ou de representante governamental não o isenta de responsabilidade à luz do direito internacional*; IV — *O facto de uma pessoa ter actuado em obediência a uma ordem do seu governo ou de um superior hierárquico não o isenta de responsabilidade à luz do direito internacional, desde que tenha tido a possibilidade de escolha moral*; V — *Qualquer pessoa acusada da prática de um crime de direito internacional tem direito a um processo equitativo, tanto no que se refere aos factos como ao direito aplicável*; VI — *Os crimes seguintes são puníveis enquanto crimes de direito internacional (seguem-se as definições dos crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade)*; VII — *A cumplicidade na prática de um crime contra a paz, de um crime de guerra ou de um crime contra a humanidade, tal como definidos no Princípio VI, constitui um crime de direito internacional*. Como se vê, surgem amalgamados no relatório da CDI elementos da Parte Geral e elementos da Parte Especial. Cf. ACIDI, 1950, v. II, p. 374-378.

47 Cf. U.N. Doc. Nº 10/A/51/10 e os comentários da CDI aí exarados aos textos do Projecto de Código.

merece o epíteto de mini-código penal internacional⁴⁸. Trata-se, sem dúvida, do mais importante instrumento de codificação (*stricto sensu*) de todos quantos, até agora, foram sendo elaborados, mesmo quando em muitas das suas disposições se lobrigam elementos que, pelo seu desamparo do direito consuetudinário, claramente se alcançaram ao patamar do desenvolvimento progressivo⁴⁹.

Na impossibilidade de aqui encetarmos um estudo exaustivo sobre todos os textos e documentos a que acabámos de fazer referência, parece-nos oportuno, como se disse acima, reflectir mais demoradamente sobre dois temas em relação aos quais a codificação se confunde com o desenvolvimento do direito internacional de forma particularmente vincada. Um, reporta-se à Parte Geral e constitui uma *vexata quaestio* do direito internacional penal: a *obediência a ordens superiores*; o outro, insere-se na Parte Especial e questiona o bem fundado de algumas soluções aparentemente pacificadas: *o relacionamento dos crimes contra a humanidade como o genocídio, por um lado, e com o terrorismo, por outro*.

3.1. A obediência a ordens superiores

A defesa fundada na obediência a ordens superiores é uma das mais debatidas e controversas causas de eventual exoneração da responsabilidade no direito internacional penal. Frequentemente impetrada pelos acusados da prática de crimes internacionais, raramente, contudo, em julgamentos internos ou internacionais, foi reconhecida como fundamento independente de afastamento da punição⁵⁰.

Haverá de admitir-se que o funcionamento de um sistema hierárquico, baseado no dever de obediência, postula o acatamento por parte dos soldados dos comandos dos seus superiores, sem contestação da respectiva legalidade. Tudo se volve,

48 Sobre o processo de criação e os objectivos do TPI, cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 412-416. Veja-se também SUR, Serge. *Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité*. *RGDIP*, 1999, p. 29-31.

49 Outros textos normativos assumiram importância fundamental na codificação do direito internacional penal, nomeadamente a Convenção sobre o Genocídio, de 1948, As Convenções de Genebra, de 1949, e respectivos Protocolos Adicionais, a Convenção sobre o *Apartheid*, de 1973, a Convenção contra a Tortura, de 1984 etc. Veja-se, a propósito, MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Parede, Portugal: Principia, 2012. p. 352-354. Relativamente à CDI, cabe igualmente destacar, nos últimos anos, a inclusão do princípio *aut dedere aut judicare* e do tema da imunidade dos agentes do Estado no seu programa de trabalho de longo prazo, respectivamente, por ocasião da sua 56ª sessão, em 2004, e 58ª, em 2006. Sobre as vantagens de uma jurisdição penal permanente — sobretudo maiores garantias de equanimidade e uniformidade na aplicação do direito — por comparação com os tribunais de constituição *ad hoc*, cf. BLANKE, Hermann-Josef; MOLITOR, Claus. *Der Internationale Strafgerichtshof*. *Archiv des Völkerrechts*, n. 39, v. 2, p. 142-169, 2001. p. 142.

50 Cf. AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Dunker & Humboldt, Berlin; Temis, Bogotá, 2005. p. 61; e cf. GAETA, Paola. *The Defense of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law*. *EJIL*, v. 10, 1999. p. 173.

porém, mais complexo quando um subordinado recebe uma ordem cujo cumprimento significará a prática de um crime internacional. Num tal caso, confronta-se aquele com um conflito de deveres: o dever de obediência militar *versus* o dever de assegurar a supremacia do direito, não cometendo infrações de natureza criminal. Conflito que mais se agudiza se porventura o comportamento imposto ao subalterno não for considerado ilícito à luz do direito interno⁵¹. E, de resto, semelhante conjectura assume-se até como bastante plausível se pensarmos que os crimes internacionais (em especial, o genocídio e os crimes contra a humanidade) são praticados num contexto de completa subversão do sistema jurídico interno.

Acerca deste problema, brotam do direito internacional costumeiro duas tendências aparentemente desarmónicas, que, à primeira vista, são passíveis de malograr um propósito depurador. Referimo-nos ao *conditional liability approach*, que tem sido consagrado nas ordens jurídicas internas, e ao *absolute liability approach*, que, a partir de determinada altura conheceu acolhimento favorável no plano internacional⁵².

A partir de ambos, descortina-se uma clara diferença de racionalidade que, respectivamente, o Marechal Montgomery e Sir Hartley Shawcross, a certa altura, denunciaram. Afirmou o primeiro, dirigindo-se à armada britânica em 1946 (decorria, então, o processo de Nuremberga): “Se a essência da democracia é a liberdade, a do exército é a disciplina. O soldado nada tem a dizer, por mais inteligente que seja. É seu dever obedecer, sem questionar a todas as ordens que lhe dê o seu exército, ou seja, a nação”. Proclamou, por seu turno, o segundo (representante da acusação naquele julgamento dos “grandes criminosos de guerra do Eixo”), em 1945: “A lealdade política e a obediência militar são coisas excelentes, mas não exigem nem justificam a perpetração de actos manifestamente ilegais. Chega-se a um ponto em que um ser humano deve recusar-se a obedecer ao seu chefe, sempre que deva também obedecer à sua consciência. Mesmo o simples soldado não é obrigado a obedecer a ordens ilegais”⁵³.

Esta segunda directriz viria a ser incluída no elenco oficial dos princípios de Nuremberga, assentando-se, daí por diante, que o facto de haver actuado sob as ordens do seu governo ou de um superior hierárquico não isenta o agente de responsabilidade, desde que ele tenha tido moralmente a faculdade de escolher. Acresce ainda que um número significativo de manuais militares reconheceu a possibilidade de os subordinados, quais *baïonettes intelligentes*, encontrarem o

51 Cf. GAETA, op. cit., p. 173.

52 Ibid., p. 174-175.

53 Cf. VERHAEGEN, Jacques. Le refus d’obéissance aux ordres manifestement criminels — Pour une procédure accessible aux subordonnés. *RICR*, v. 84, mars 2002. p. 35-36.

socorro de uma *facultas resistendi*, traduzida no dever de desobediência a ordens manifestamente ilegais.

De modo a percebermos por onde passa, nesta sede problemática, a linha de fronteira entre a codificação e o desenvolvimento progressivo do direito internacional, impõe-se uma breve evocação dos *Leipzig Trials*, no âmbito dos quais foram julgados alguns criminosos de guerra da Primeira Guerra Mundial⁵⁴. Dêles se recolhem, fundamentalmente, três ideias-força: a de que um subordinado que comete um crime cumprindo a ordem de um superior não incorre em responsabilidade; a de que essa regra cessa de aplicar-se quando o subordinado sabia que a ordem em causa implicava a prática de uma infracção de natureza criminal, não deixando, apesar disso, de a acatar; e a de que, com vista a esclarecer se o acusado estava efectivamente ciente de que fora compelido a praticar um acto ilícito, caberá ao tribunal lançar mão do teste auxiliar da *ilegalidade manifesta*.

Estes precedentes jurisprudenciais não foram infrutuosos, tendo condicionado o *iter evolutionis* do problema da obediência a ordens superiores, no plano interno, no sentido de uma progressiva consagração do *conditional liability approach*. Do ponto de vista do direito internacional, porém, são totalmente diferentes as premissas da discussão. Aqui aparece secundarizado o dever de preservação da disciplina militar, prevalecendo, por conseguinte, a obrigação de não praticar crimes que lesem valores precípuos da comunidade internacional. Daí que, *prima facie*, não possa senão rejeitar-se a pretensão de quem alega ter estado perante um dilema, pois que, se haverá que punir o subalterno que, cumprindo uma ordem, cometeu um *crime under international law*, não se avistam aí razões ponderosas para condená-lo por insubordinação caso, ao invés, se tenha recusado a praticar o acto.

De estranhar não será, portanto, que o art. 8º da Carta de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberga, bem como o art. 6º da Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente tenham consagrado o princípio do *absolute liability*. Solução idêntica, reveladora de uma consistente linha de continuidade, encontra-se nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, instituídos pelo Conselho de Segurança (cf., respectivamente, arts. 7º e 6º, nº 4).

Em face das considerações supra-expendidas, caberá perguntar: qual o regime codificado no Estatuto de Roma do TPI? Terão os seus autores perseverado no radicalismo que, aparentemente, transparece do direito internacional consuetudinário e que marca um contraste claro com o direito interno?

⁵⁴ Sobre o assunto, cf. DINSTEIN, Yoram. *The defense of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965. p. 15-19.

A questão vertente acha-se regulada no art. 33º daquele instrumento normativo, intitulado *Decisão hierárquica e disposições legais*, cuja leitura imediatamente indica a coonestação do critério da *ilegalidade manifesta*. Avulta, ademais, um regime de carácter bifronte, com soluções diferenciadas para os crimes de guerra, por um lado, e para o genocídio e crimes contra a humanidade, por outro.

Quanto aos crimes de guerra, divisa-se no preceito em análise o favor concedido ao princípio da responsabilidade condicionada. Com efeito, a exoneração da responsabilidade criminal ficará dependente da verificação cumulativa de três requisitos: estar o agente obrigado por lei a obedecer à decisão emanada do governo ou do superior hierárquico, não ter tido conhecimento de que a decisão era ilegal e não ter, esta, sido manifestamente ilegal⁵⁵. Por outras palavras, nesta parte, o art. 33º refreou a tendência que se esboçara em codificações anteriores e, à laia de desenvolvimento progressivo, entreabriu, de novo, a porta à consideração da obediência a ordens superiores como uma defesa autónoma (isto é, não conjugada com outras defesas, como, *v. g.*, a coacção ou o estado de necessidade), posto que sob estritas condições.

Estamos em crer que esta solução, muito criticada por alguns, é aquela que mais se avanta em termos de justiça material⁵⁶. Na verdade, as condições muito particulares (de *stress*, de medo, de fadiga, de cólera, de mimetismo etc.)⁵⁷ em que se desenrolam os conflitos armados, são evidentemente de molde a toldar o discernimento e a afectar, de modo significativo, a capacidade de autodomínio dos executantes de uma decisão hierárquica, de tal forma que sempre haverá casos em que o agente poderá considerar como lícita a ordem para cometer um crime de guerra, levando-o, *v. g.*, à conta de medida legítima de represália⁵⁸.

55 Sobre o requisito da *ilegalidade manifesta*, cf. ZIMMERMANN, Andreas. Superior Orders. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (Ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. I. p. 969-970. Zimmermann (op. cit.) faz notar que essa ilegalidade não tem de ser aferida com base num qualquer sistema jurídico interno, importando, isso sim, saber se a ordem era manifestamente ilegal à luz do ordenamento jurídico internacional.

56 Em tom particularmente crítico, cf. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 279-280. O autor começa por considerar surpreendente, no art. 33º, a conjugação do *international approach* com o *national approach*. Tal ponto de partida significou, no seu modo de ver, um afastamento do direito internacional costumeiro. Tão mais insólito quanto a enumeração detalhada dos vários tipos de crimes de guerra no art. 8º do Estatuto de Roma, bem como a explicitação, nos “Elementos do Crime”, dos respectivos ingredientes objectivos e subjectivos, tornam, na sua perspectiva, virtualmente impossível alguém não estar devidamente ciente da ilegalidade de uma ordem para cometer uma dessas infracções. Ao que acresce ainda a circunstância, não negligenciável, de o art. 8º do Estatuto estipular que o Tribunal exercerá a sua jurisdição relativamente aos crimes de guerra, “em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime [...]”.

57 Cf. VERHAEGEN, op. cit., p. 43.

58 Cf. AMBOS, op. cit., p. 464.

Já no que se refere ao genocídio e aos crimes contra a humanidade, o parágrafo 2º do art. 33º consagra uma presunção *jure et de jure* de ilegalidade manifesta da decisão hierárquica de cometimento dessas infracções. Dir-se-ia que se antolha a pertinência de um regime distinto: trata-se de ilícitos que supõem uma preparação activa e o envolvimento das mais altas autoridades, políticas e militares, do Estado, jamais resultando, portanto, de um mero erro de julgamento⁵⁹. Além de que poderão também ser praticados em tempo de paz e não obrigatoriamente por pessoal militar ou paramilitar.

Sucedo, porém, que, como nota G. Dufour, este nº 2 do art. 33º do Estatuto de Roma do TPI coloca alguns problemas de aplicação prática⁶⁰. Basta pensar-se que, porventura as mais das vezes, os acusados da prática de crimes contra a humanidade não recebem uma ordem directa, explícita e específica para cometer uma tal infracção, mas tão-somente uma ordem para executar um determinado acto que, em si e por si mesmo considerado, não reúne os elementos constitutivos desse crime, vertidos no art. 7º daquele Estatuto.

Deste modo, sublinha a mesma Autora, será o *conteúdo da ordem* e não propriamente a *natureza da acusação* que impende sobre o agente a assumir-se como sustatório da aceitação da defesa fundada na obediência a ordens superiores⁶¹. O que, ao cabo e ao resto, nos levará a concluir que, sem embargo do disposto no aludido nº 2 do art. 33º, não deverá, em certos casos, ter-se por completamente excluída a invocação dessa causa exoneratória (ainda que, decerto, coligada com o erro de facto, contemplado no artigo anterior) por parte de indivíduos acusados de haverem cometido crimes contra a humanidade⁶².

Tudo visto, estamos perante um preceito que, apesar das apontadas dificuldades de interpretação, conjuga, a nosso ver, muito satisfatoriamente, no seu nº 1, as dimensões da codificação e do desenvolvimento do direito internacional num tema particularmente sensível do direito internacional penal.

3.2. Crimes contra a humanidade, genocídio e terrorismo

Parece-nos oportuno, desta feita internados na Parte Especial, tecer breves considerações sobre um problema, largamente esquecido pela doutrina, e relativamente

59 Cf., neste sentido, DUFOUR, Geneviève. La defense d'ordres supérieures existe-t-elle vraiment? *RICR*, v. 82, déc. 2000. p. 987.

60 *Ibid.*, loc. cit.

61 *Ibid.*, p. 988.

62 Em sentido contrário, cf. comentário ao art. 33º em TRIFFTERER, Otto (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999. p. 587. Uma vez mais, considerando surpreendente o regime constante do nº 1 do art. 33º, cf. CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex. *International Criminal Law: Cases & Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 471.

ao qual, segundo cremos, haverá margem para o desenvolvimento progressivo do direito internacional penal (se é que de desenvolvimento efectivamente se trata). Referimo-nos às relações entre crimes contra a humanidade e genocídio, mas também, de outra banda, à hipotética recondução de certos actos de terrorismo àquela categoria de *core crimes*, prevista no art. 7º do Estatuto de Roma do TPI.

Começemos pela primeira questão.

Crimes contra a humanidade e genocídio. Após haverem entrado de forma títubeante no direito internacional positivo, os crimes contra a humanidade, acham-se hoje solidamente arregados na consciência universal⁶³. Para mais, no mencionado art. 7º do Estatuto de Roma aparecem finalmente definidos com a minúcia e completude reclamadas pelo princípio da legalidade em matéria penal⁶⁴.

O genocídio, por sua vez, começou por ser encarado como um sub-tipo ou sub-categoria dos crimes contra a humanidade. A verdade, porém, é que, com a adopção da Convenção sobre o Genocídio, em 1948, esta infracção foi-se progressivamente distraíndo da sua matriz originária, adquirindo uma significação autónoma, com o beneplácito acrítico da generalidade da doutrina, que, quando em vez, se tem limitado a pôr em relevo algumas zonas de intersecção.

Ora, não pode deixar de inquirir-se se a via trilhada, ao longo dos últimos decénios, terá sido a mais coerente do ponto de vista dos elementos objectivo e subjectivo de ambas as infracções. Estamos em crer que não.

Vejamos.

Ninguém contesta estar-se, em ambos os casos, perante ilícitos particularmente graves que chocam a comunidade internacional, ao atentarem, de forma intolerável, contra as dimensões mais essenciais da dignidade da pessoa humana, pondo em causa os próprios fundamentos da civilização. Por outro lado, afigura-se igualmente claro não se tratar jamais de eventos isolados ou esporádicos, mas sim de

63 Bom será não esquecer que, por ocasião da feitura do Estatuto do TPIJ, em 1993, o Secretário Geral da ONU dava mostras ainda de algum cepticismo quanto à autonomia dos crimes contra a humanidade, ao sublinhar, no respectivo relatório (Doc. ONU S/25704, de 3 de maio de 1993), que tais crimes deveriam ser praticados no decurso de um conflito armado. Também, por ex., na doutrina alemã, contemporaneamente à criação do TPIJ, vários autores não se coibiram de contestar a absorção daquelas infracções pelo direito internacional positivo. Vejam-se, a título exemplificativo, GRAEFRATH, B. *Jugoslawientribunal — Präzedenzfall trotz fragwürdiger Rechtsgrundlage*. NJ, 1993. p. 433-436; cf. TOMUSCHAT, Christian. *Ein Internationaler Strafgerichtshof als Element einer Weltfriedensordnung*. *Europa-Archiv*, v. 94, n. 3, 1994. p. 61-65; e cf. HOLLWEG, Carsten. *Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt*. JZ, 1993, p. 986.

64 Cf. VAN DEN HERIK, Larissa; VAN SLIEDREGT, Elies. *Removing or Reincarnating the Policy Requirement of Crimes Against Humanity: Introductory Note*. *LJIL*, v. 33, n. 4, Dec. 2010. p. 825. O que não impede Larissa van den Herik e Elies van Sliedregt (op. cit.) de apodá-los de “crime camaleônico”, capaz de mudar de cor ao longo do tempo.

ocorrências que relevam de um contexto mais vasto, consubstanciado em ataques levados a cabo em *larga escala* ou de forma *sistemática* contra determinados segmentos da população civil. Seguro é, outrossim que, em regra, são praticados por funcionários do Estado ou, *v. g.*, por oficiais de grupos rebeldes, com a cumplicidade, conivência ou tolerância das respectivas autoridades⁶⁵.

Para além, todavia, destes elementos comuns, ressaltariam, do lado da *mens rea*, factores de diferenciação que obstariam a uma aventada subsunção do crime de genocídio na categoria inclusiva dos crimes contra a humanidade⁶⁶.

Assim, para alguém poder ser condenado pela prática de um crime contra a humanidade o direito internacional exige que o agente tenha actuado com dolo, isto é, com a intenção de cometer a concreta infracção subjacente (*v. g.*, homicídio, extermínio, escravidão, deportação, tortura, violação etc.) e, simultaneamente, com o conhecimento de que ela se inseria num contexto mais amplo (o de um ataque generalizado ou sistemático em curso contra a população civil). Diversamente, no genocídio a juntar ao dolo requerido para a prática da ofensa subjacente, reclama-se a presença de uma intenção criminal agravada (*dolo específico*), traduzida no propósito de destruir, no todo ou em parte, um particular grupo protegido (nacional, étnico, rácico ou religioso).

Pareceria, deste modo, que as duas categorias de ilícitos formam dois círculos insusceptíveis de intersecção, a não ser quando a infracção subjacente é a mesma. Ainda nesta hipótese, contudo, o genocídio conservaria a sua autonomia em razão do referido dolo específico que exige e de não ser necessário para a respectiva prática o conhecimento de um ataque generalizado ou sistemático — elemento que, em bom rigor, nem sequer constituiria um ingrediente normativo deste crime, mas tão-só uma eventual circunstância de facto, dotada de possível relevância no plano probatório⁶⁷.

Não cremos, contudo, que estes argumentos sejam de acolher. Sem embargo de uma aparente consistência, parece-nos bem que estão longe de ser decisivos. Atentemos o porquê.

Sem dúvida que para a prática do crime de genocídio se exige o aludido dolo específico que deverá acrescer à intenção de cometer uma das cinco concretas infracções contempladas no art. 6º do Estatuto de Roma do TPI. Tal *dolus specialis* caracterizou, desde sempre, aquele que é considerado o “crime dos crimes”. Relevemos, no entanto, o facto de também os crimes de perseguição e de

65 Cf., neste sentido, CASSESE, *op. cit.*, p. 144.

66 Assim, designadamente, se pronunciam, respectivamente: CASSESE, *op. cit.*, p. 145; SCHABAS, William. *Genocide in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 10.

67 Cf. CASSESE, *op. cit.*, p. 140 e 145. Veja-se, também, FERREIRA DE ALMEIDA, 2009, p. 362-364.

apartheid, que integram o elenco das várias infracções eventualmente constitutivas de crimes contra a humanidade, se destacarem pela obrigatória presença de uma intenção criminal agravada, materializada no *animus* discriminatório, e nem por isso alguém se ter lembrado de propugnar a sua separação ou autonomização. É que parece enfermar de um vício manifesto o raciocínio daqueles que usam vincar a especificidade do genocídio: o da suposição que os crimes contra a humanidade formam uma categoria homogénea de actos ilícitos, quer no tocante ao seu elemento objectivo, quer no que tange à *mens rea*, quando, verdadeiramente, neles se detecta uma evidente heterogeneidade.

Sustentam, em segundo lugar, os defensores da tese da separação, atidos ao teor literal do art. 6º, a desnecessidade, no genocídio, de o agente estar ciente de qua a sua conduta se inscreve no quadro de uma *widespread or systematic practice*. Esta, não chegaria a guindar-se ao plano dos elementos normativos do crime, quedando-se no domínio da mera realidade factual. Ora, é nossa convicção que semelhante modo de ver as coisas, para além de claramente se apartar do processo gestatório deste *crime under international law*, abre a porta, de par em par, ao fantasioso concebimento de actos de genocídio como eventos isolados e esporádicos; o que mal se compagina com a ligação estabelecida pela Convenção de 1948 entre a responsabilidade dos perpetradores individuais e a responsabilidade do Estado cujas autoridades hajam estado implicadas na prática das atrocidades contra a população civil. Ao que deverá ainda acrescentar-se que a directriz que refutamos é susceptível de envolver sérias dificuldades de prova: como demonstrar realmente o dolo específico requerido para o genocídio — e supondo que ele possa aí conjecturar-se, do que nos permitimos duvidar — naquelas situações excepcionais em que este seja cometido à guisa de acontecimento fortuito, sem qualquer conexão com uma acção ou política estadual? É que, convenhamos, na mais do que provável ausência de confissão, será precisamente em face de um padrão consistente de comportamentos ou de uma política concretizada por autoridades governamentais (ou por uma entidade não estadual) que se tornará possível deduzir a intenção genocida do agente de destruir um grupo protegido, no todo ou em parte. Julgamos, por isso, imprescindível que também no genocídio o autor deva ter conhecimento da particular ambiência em que actua.

Eis, conseqüentemente, as razões por que entendemos não existir nenhum motivo de ordem substantiva estorvador da consideração do genocídio como uma sub-categoria (a mais grave sub-categoria) dos crimes contra a humanidade — entendidos estes em sentido amplo⁶⁸. Só não temos por sem dúvida — caso

68 Posição esta que defendemos na nossa dissertação de doutoramento, cf. FERREIRA DE ALMEIDA, 2009, p. 362-368. Em sentido contrário, cf., no entanto, CASSESE, op. cit., p. 144-15, e, do mesmo autor, cf. Id. Genocide. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (Ed.). *The Rome Statute of the*

esta tese hipoteticamente lograsse benquistar-se — se tal corresponderia a uma codificação ou a um desenvolvimento progressivo do direito internacional. Olhando à obra de Rafael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, e a tudo o mais que se seguiu, inclinamo-nos, todavia, para a primeira hipótese⁶⁹.

Entretanto, nos tempos mais recentes, umas quantas decisões jurisprudenciais, cujos efeitos certa doutrina tem procurado sobredourar, poderão, estranhamente, concorrer para desfigurar (e banalizar) o conceito de crime contra a humanidade (e de genocídio). Referimo-nos à eventual supressão, numa próxima revisão do Estatuto de Roma, do respectivo elemento contextual, reconduzível a uma acção ou política de um Estado ou de uma organização (cf. art. 7º, nº 2, a).

De acordo com a jurisprudência inicial do TPIJ e, na pegada desta, com a secção de instrução do TPI, tal política não tem de ser expressamente assumida, podendo, portanto, ser inferida a partir de um conjunto de indícios reputados de concludentes. Por outro lado, nos *Elementos dos Crimes* do TPI estipula-se que o Estado ou Organização que a tenham gizado devem promover ou encorajar o ataque contra a população civil, não bastando, conseqüentemente, a mera tolerância ou conivência — facto que, reconheça-se, acaba por esvaziar de sentido a distinção entre acções *em larga escala* (generalizadas) e *sistemáticas*⁷⁰.

A verdade, no entanto, é que algumas decisões recentes dos Tribunais *ad hoc* têm, pura e simplesmente, deixado cair este requisito, desde sempre ínsito no conceito de crimes contra a humanidade e considerado imprescindível para que estes se não dissolvam em certas formas, ainda que graves, de criminalidade doméstica⁷¹. A caixa de Pandora foi aberta pelo TPIJ, no caso *Kunarac*, tendo a *Appeals Chamber* sustentado que o mencionado elemento político não se escora no direito internacional costumeiro⁷².

Alentados por esta pronúncia surpreendente, alguns autores têm procurado levemente depreciar um elemento sem o qual os crimes contra a humanidade se converterão, de novo, numa categoria indefinida e sobressaturada, capaz de, virtualmente, tudo abarcar. Nesta linha se posiciona, v. g., M. Halling, que, socorrendo-se de três hipóteses mirabolantes, crê poder demonstrar que o requisito da acção ou

International Criminal Court: a commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. I. p. 348-350; cf. BASSIOUNI, 1999, p. 247; e cf. JONES, Adam. *Crimes Against Humanity*. Oxford: Oneworld Publications, 2008. p. 19-20.

69 Hipótese essa que, por outra via, se robustece se pensarmos que “o conceito de crimes contra a humanidade conduziu à adopção, pela Assembleia Geral, da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio”. Cf. BROWNIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 586.

70 Cf. UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000) — art. 7º.

71 Caso, por exemplo, dos *serial killers* e dos pequenos grupos terroristas.

72 Cf. PROSECUTOR V. KUNARAC, Case Nº IT-96-23, A. Ch, 12 June 2002, para. 98.

política estadual (ou de uma organização) é susceptível de torpedear a sujeição a julgamento e condenação de indivíduos responsáveis por graves violações dos direitos humanos⁷³. São elas a de um general malévolo que, num determinado Estado, obtém o controlo de armas nucleares e ameaça lançá-las contra o seu próprio país, caso todos os cidadãos judeus aí residentes o não abandonem; a de um terrorista *on line*, que, através de um blogue, incentiva a que alguém tire partido das brechas de segurança no aeroporto de um Estado vizinho e leve a efeito acções terroristas de grande magnitude, que efectivamente acabam por ocorrer; e a de um pirata informático que, tendo acedido a informação altamente confidencial, a divulga extensamente, passando depois a chantagear membros do governo do seu país, cujo partido maioritário visa destruir⁷⁴. Nos três casos descritos, por força do malfadado elemento contextual, o TPI ver-se-ia impedido de julgar e condenar os malfeitores como autores de crimes contra a humanidade.

A imponderação de Halling deu azo a uma resposta contundente e corrosiva por parte de W. Schabas: “Prosecuting Dr Stangelove, Goldfinger and the Joker at the International Criminal Court [...]”⁷⁵. Sugerindo que os exemplos de Halling, por demasiado fantasiosos, seriam dignos da pena de Ian Fleming, de um filme de ficção científica saído dos guiões de Hollywood ou até de um *video game*, Schabas proclama que, em vez de ser encarado como um obstáculo, o requisito da acção ou política do Estado ou de uma organização, deverá, isso sim, ser valorado como pressuposto fundamental para que o TPI possa cabalmente cumprir a sua missão, qual seja, a de “apanhar o peixe graúdo em vez das sardinhas”⁷⁶. A sugerida remoção daquele requisito significaria a impunidade para Pol Pot, Eichmann, Idi Amin e tantos outros que actuaram em conformidade com as directrizes de uma política estadual.

Resta-nos, pois, esperar que a vã aspiração de que o conceito dos crimes contra a humanidade não permita qualquer escapatória aos psicopatas solitários, quais vilões saídos de um filme de *James Bond*, não conduza a uma completa degradação do elemento contextual. Seria de lastimar que, no tocante a esse *core crime*, passasse por aí o desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Consideremos agora, para terminar, a segunda questão enunciada.

Crimes contra a humanidade e terrorismo. Tivemos já ocasião de defender que certos actos de terrorismo, como, v. g., os atentados a Nova Iorque e Washington,

73 Cf. HALLING, Matt. Push the Envelope — Watch it Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity. *LJIL*, n. 4, Dec. 2010. p. 827.

74 *Ibid.*, p. 833.

75 Cf. SCHABAS, William. Prosecuting Dr Strangelove, Golfinger and the Joker at the International Criminal Court. *LJIL*, n. 4, Dec. 2010. p. 847.

76 A expressão entre comas é de VAN DEN HERIK; VAN SLIEDREGT; op. cit., p. 826.

ocorridos a 11 de Setembro de 2001, são, em abstracto, susceptíveis de ser encarados como crimes contra a humanidade⁷⁷. E também o TPIJ, no caso *Tadic* sugerira essa possibilidade, conquanto o tenha feito ao jeito de um mero *obiter dictum*⁷⁸.

Não parece realmente contestável que certas acções terroristas, levadas a efeito por entidades privadas, possam, *prima facie*, reunir os ingredientes necessários para merecerem tal qualificação oprobiosa, constante do art. 7º do Estatuto de Roma. Tanto mais que, aquando das negociações conducentes à adopção deste instrumento normativo, não vingou a proposta de alguns Estados participantes no sentido de o terrorismo ser um dos crimes submetidos à jurisdição do Tribunal.

Olhando à planificação, à execução e aos efeitos dos ataques do 11 de Setembro de 2001, deparamo-nos, efectivamente, com uma acção de extrema gravidade e magnitude dirigida contra civis — consubstanciada na prática das infracções específicas de *homicídio*, *extermínio* ou, eventualmente, de *outros actos desumanos* —, que atentou contra os fundamentos da civilização, afrontando, por isso, toda a humanidade.

Resulta igualmente incontroverso, a nosso ver, que o modo de actuar das modernas organizações terroristas, do tipo da *Al-Qaeda*, não é impeditivo de que nos ataques por si desferidos se descortine um padrão consistente de actuação (*prática sistemática*) ou, ainda menos, que a partir da retumbância dos actos desumanos praticados, se detecte uma acção generalizada (*em larga escala*).

Um obstáculo de tomo se erige, no entanto, dificultando essa projectada assimilação.

É que, no caso em que os crimes contra a humanidade são cometidos de harmonia com uma acção ou política de uma qualquer organização, da jurisprudência internacional ressuma uma construção assente numa extensão analógica a partir da política concebida e executada por actores estaduais; nomeadamente, tendem os tribunais penais internacionais a exigir que a entidade (não estadual) em causa, como se fora um Estado, controle, *de facto*, determinada parcela de território e/ou a população aí instalada ou, pelo menos, que nela se mova sem restrições⁷⁹.

Ora, torna-se óbvio que uma organização terrorista, com células disseminadas por várias zonas do globo, visando insidiosamente estar em toda a parte, sem verdadeiramente estar em parte alguma, está longe de se ajustar àquele requisito conformador⁸⁰. Razão por que o problema se tem mantido envolto numa certa opacidade.

77 Cf. FERREIRA DE ALMEIDA, 2009, p. 373.

78 Cf. PROSECUTOR V. TADIC, Case Nº IT 94- I — T, 7 May 1997, para. 654.

79 Ibid., para. 654.

80 Sobre este terrorismo “desterritorializado, de 3ª geração”, cf. BRUHA, Thomas. Gewaltverbot und humanitäre Völkerrecht nach dem 11. September. *Archiv des Völkerrechts*, v. 40, 2002. p. 383-385.

Eis senão quando a violência pós-eleitoral no Quênia, ocorrida sobretudo entre o final de 2007 e o início de 2008, propiciou que, nos termos do art. 15º do Estatuto de Roma, a secção de instrução do TPI se pronunciasse, em 2010, sobre o *conceito de organização* para efeitos do art. 7º, nº 2, a), trazendo alguma luz sobre a questão que nos ocupa e, nessa medida, traçando uma via auspiciosa para o desenvolvimento progressivo do direito internacional penal⁸¹.

Vários relatos deram conta que os ataques contra a população foram da autoria de grupos de jovens apoiados por líderes de partidos políticos ou empresários a eles associados, ressaltando evidente que, qualquer que fosse a natureza exacta desses bandos, não se lhes vislumbravam as características próprias das *state-like entities*, designadamente a do controlo territorial, que, até então, na jurisprudência dos Tribunais *ad hoc*, parecia preponderar⁸². Certo é que na sua decisão, tomada por maioria (com a opinião dissidente do juiz Kaul), o Tribunal Penal Internacional, dando mostras de algum arrojo, acabaria por desataviar as organizações, no sentido do referido art. 7º, nº 2, a) do Estatuto de Roma, de alguns dos traços distintivos das entidades estaduais; facto que, por conseguinte, desimpedia a qualificação como crimes contra a humanidade de algumas das infracções então praticadas.

Em concreto, afirmou o Tribunal que para que um determinado grupo ou entidade possa considerar-se como organização, nos termos do art. 7º, nº 2, a), deverá ser tido em conta um conjunto de factores, a saber: se o grupo em causa está sujeito a um comando responsável ou a uma hierarquia; se possui os meios para desencadear um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil; se controla uma parte do território estadual; se as actividades criminosas contra a população constituem o seu propósito fundamental; se assume, implícita ou explicitamente, a intenção de atacar a população civil; e se faz parte de um grupo de maior dimensão que preencha alguns ou todos os critérios acima mencionados. De grande importância, todavia, foi o facto de a secção de instrução do TPI haver clarificado que os critérios supramencionados, embora azados a auxiliar o Tribunal no seu veredicto, não correspondem a qualquer definição rígida ou taxativa, pelo que não necessitam de ser exaustivamente preenchidos⁸³.

Temos para nós que esta pronúncia do TPI, mais do que para o caso concreto *sub judice* ou para casos similares que venham, no futuro, a ser submetidos à sua apreciação, se assume como crucial justamente no que toca aos mais graves

81 Cf. SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 March 2010, para. 115-128.

82 Cf., a propósito, KRESS, Claus. On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 Kenya Decision. *LJIL*, nº 4, Dec. 2010. p. 856.

83 Cf. SITUATION..., op. cit., para. 93.

actos de terrorismo. A consolidar-se o entendimento que transparece da decisão citada — e que, no essencial, se traduz na flexibilização do critério das *state-like organizations* —, nada parece doravante inibir a qualificação de tais actos como crimes contra a humanidade⁸⁴.

Tratar-se-á, se assim for — redigamo-lo —, de um feliz exemplo de desenvolvimento progressivo do direito internacional penal.

4. BIBLIOGRAFIA

- AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Dunker & Humbolt, Berlim; Temis, Bogotá, 2005.
- BACELAR GOUVEIA, Jorge. *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmática-crítica*. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *Manual de Direito Internacional Público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 1999.
- _____. Le droit penal international: son histoire, son object, son contenu. *RIDP*, 1981.
- BLANKE, Hermann-Josef; MOLITOR, Claus. Der Internationale Strafgerichtshof. *Archiv des Völkerrechts*, n. 39, v. 2, p. 142-169, 2001.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- BRUHA, Thomas. Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September. *Archiv des Völkerrechts*, v. 40, 2002.
- CAEIRO, Pedro. *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado. O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CARRILLO-SALCEDO, Juan-Antonio. La Cour Pénale Internationale: L'Humanité trouve sa place dans le droit international. *RGDIP*, Paris, p. 23-28, 1999.
- CASSESE, Antonio. Genocide. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (Ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. I.
- _____. *International Criminal Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, Antonio; ACQUAVIVA, Guido; FAN, Mary; WHITING, Alex. *International Criminal Law: Cases & Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DAUDET, Yves. Actualités de la codification du droit international. *RCADI*, p. 9-118, 2003, t. 303.

⁸⁴ Para uma visão crítica da decisão do TPI, conquanto relativamente a outras das suas implicações, cf. KRESS, op. cit., p. 857.

- DINSTEN, Yoram. *The defense of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*. Leyden, The Netherlands: A. W. Sijthoff, 1965.
- DUFOUR, Geneviève. La defense d'ordres supérieures existe-t-elle vraiment? *RICR*, v. 82, déc. 2000.
- DUPUY, Pierre-Marrie. L'unité de l'ordre juridique international. *Cour Général de Droit International Public*. *RCADI*, 2002, t. 297.
- FARIA COSTA, José de. Relações entre a Parte Geral e a Parte Especial do Código Penal. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXI, p. 117-144, 1995.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco A. de M. L. *Os Crimes Contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.
- _____. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- GAETA, Paola. The Defense of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law. *EJIL*, v. 10, 1999.
- GLASER, Stefan. La methode d'interpretation en droit international penal. *RIDPP*, ano IX, 1966.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A. *Curso de Derecho Internacional Público*. 6. ed. Civitas: Madrid, 1998.
- GRAEFRATH, B. *Jugoslawientribunal — Präzedenzfall trotz fragwürdiger Rechtsgrundlage*. NJ, 1993.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C.; CERVELL HORTAL, M. J. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- HALLING, Matt. Push the Envelope — Watch it Bend: Removing the Policy Requirement and Extending Crimes Against Humanity. *LJIL*, n. 4, Dec. 2010.
- HOLLWEG, Carsten. *Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt*. JZ, 1993.
- JONES, Adam. *Crimes Against Humanity*. Oxford: Oneworld Publications, 2008.
- KRESS, Claus. On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 Kenya Decision. *LJIL*, n. 4, Dec. 2010.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MAHIOU, Ahmed. Les processus de codification du droit international penal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (Ed.). *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000.

- MERON, Theodor. The continuing role of costum in the formation of international humanitarian law. *AJIL*, v. 90, Apr. 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. Parede, Portugal: Principia, 2012.
- PELLET, Alain. Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yougoslavie — Poudre aux yeux ou avancée décisive? *RGDIP*, Paris, 1994.
- QUOC DINH, N.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Droit International Public*. Paris: LGDJ, 1994.
- SCHABAS, William. *Genocide in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- _____. Prosecuting Dr Strangelove, Golfinger and the Joker at the International Criminal Court. *LJIL*, n. 4, Dec. 2010. p. 847.
- SUR, Serge. Vers une Cour Pénale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité. *RGDIP*, 1999.
- SZUREK, Sandra. La formation du droit international penal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000.
- TOMUSCHAT, Christian. Ein Internationaler Strafgerichtshof als Element einer Weltfriedensordnung. *Europa-Archiv*, v. 94, n. 3, 1994.
- _____. La cristallisation coutumière. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris X: Editions A. Pedone, 2000.
- TRIFFTERER, Otto (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- VAN DEN HERIK, Larissa; VAN SLIEDREGT, Elies. Removing or Reincarnating the Policy Requirement of Crimes Against Humanity: Introductory Note. *LJIL*, v. 33, n. 4, Dec. 2010.
- VERHAEGEN, Jacques. Le refus d'obéissance aux orders manifestement criminels — Pour une procédure accessible aux subordonnés. *RICR*, v. 84, mars 2002.
- WEIL, Prosper. Le droit international en quête de son identité. Cours Général de Droit International Public. *RCADI*, 1992, t. VI.
- _____. Vers une normativité relative en droit international. *RGDIP*, 1982, t. LXXXVI.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- WISE, Edward M. Perspectives and Approaches. In: BASSIOUNI, M. Cherif (Ed.). *International Criminal Law: Crimes*. 2. ed. Transnational Publishers, Inc., 1999.
- ZIMMERMANN, Andreas. Superior Orders. In: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. (Ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, v. I.

CAPÍTULO V

O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO COMO NORMAS DE *JUS COGENS*: NÓTULAS INTRODUTÓRIAS

Paulo Augusto de Oliveira¹

Na história recente da nossa pátria, houve um momento em que a maioria de nós, brasileiros, acreditou no mote segundo o qual uma esperança tinha vencido o medo. Depois, nos deparamos com a Ação Penal 470 e descobrimos que o cinismo tinha vencido aquela esperança. Agora parece se constatar que o escárnio venceu o cinismo. O crime não vencerá a Justiça. Aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e das iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade, impunidade e corrupção. Não passarão sobre os juízes e as juízas do Brasil. Não passarão sobre novas esperanças do povo brasileiro, porque a decepção não pode estancar a vontade de acertar no espaço público. Não passarão sobre a Constituição do Brasil² — Carmém Lúcia — Ministra do STF.

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. *Jus cogens*: 2.1. *Jus cogens*: evolução e normatização — 3. Corrupção: 3.1. Corrupção e direitos humanos; 3.2. O princípio anticorrupção no ordenamento jurídico internacional; 3.2.1. Convenção interamericana contra a corrupção de 1996; 3.3.2. Convenção das Nações Unidas contra a corrupção de 2003 — 4. O princípio anticorrupção como normas de *jus cogens*: 4.1. A consagração do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens* de acordo com a Convenção de Viena de 1969; 4.2. O princípio anticorrupção e seu relacionamento com os direitos humanos; 4.3. A positivação do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*: interpretação e colisão de direitos — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna assiste atônita aos escândalos de corrupção, pública ou privada, cada vez mais frequentes em toda a comunidade internacional. Tem-se

1 Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra (FDUC). Mestre e Especialista em Direito Constitucional (FDUC). Coordenador da Especialização em Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade Baiana de Direito e Gestão – BA. Professor (Especialização e Graduação) da Faculdade Baiana de Direito e Gestão – BA, da Faculdade Ruy Barbosa – BA e do CERS/Salvador – Centro de Estudos Renato Saraiva. Presidente da Associação Luso-Brasileira de Direito Internacional.

2 Carmén Lúcia, Ministra do STF. Cf. RICHTER, André; CANES, Michèlle. "Crime não vencerá a Justiça", diz ministra Cármen Lúcia. *Agência Brasil*, Brasília, 25 nov. 2015. Seção Política. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-11/crime-nao-vencera-justica-diz-ministra-carmen-lucia>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

a “globalização da corrupção” e o aperfeiçoamento de uma verdadeira criminalidade transnacional.

Os efeitos dessa prática danosa revelam-se cada vez mais catastróficos: sensação generalizada de impunidade; insegurança jurídica; descrença nas instituições políticas; fragilização da democracia; aumento das desigualdades sociais; evasão de divisas; ineficiência da atividade pública; prejuízo na adoção das políticas públicas; desrespeito aos direitos humanos, além de outras tantas consequências nefastas.

A corrupção mostra-se, assim, uma ameaça ao harmônico convívio e ao desenvolvimento da sociedade internacional. Em razão disso, a luta contra a corrupção vem se postando no centro do constitucionalismo internacional global. Em meio a essa grande discussão, bem como, em meio a busca por mecanismos e instrumentos hábeis e mais efetivos ao combate a corrupção, questiona-se: é possível erigir o princípio anticorrupção como norma peremptória?

Nesse supedâneo, buscou-se, em um primeiro momento, analisar a consagração das normas de *jus cogens* no cenário do direito internacional, tanto a nível das tratativas internacionais, quanto a interpretação do instituto pelas cortes internacionais, notadamente a Corte Internacional de Justiça.

Em sequência, o estudo do fenômeno da corrupção, as consequências danosas dessa prática, sobretudo para os direitos humanos, e a crescente preocupação da sociedade internacional na positivação e no “engrandecimento” do princípio anticorrupção, seja no âmbito global, regional ou até interno dos Estados.

Por fim, uma análise mais acurada acerca da importância e das vantagens de se admitir o princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*, sobretudo em relação a proteção dos direitos humanos.

É o que se passa a fazer.

2. *JUS COGENS*

A existência de um conteúdo normativo cogente de direito internacional vem sem mostrando, ao longo do tempo, imprescindível, sobretudo pela ótica da humanização do direito internacional. Como ressalta Trindade³, “a *recta ratio* tem, como efeito, ao longo dos séculos sempre propugnando por um direito das gentes verdadeiramente universal. Definitivamente não se pode visualizar a humanidade como sujeito de direito, a partir da ótica do estado; o que se impõe é reconhecer os limites do estado, a partir da ótica da humanidade”.

3 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A *Recta Ratio* nos Fundamentos do *Jus Gentium* como Direito Internacional da Humanidade. In: _____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 4.

Todavia, revela-se difícil a caracterização de uma norma como cogente⁴. Quais elementos e conteúdos poderiam levar a caracterização de uma norma como peremptória? Destarte, faz-se imprescindível uma incursão teórica e prática acerca da determinação do conteúdo e do alcance das normas de *jus cogens* como possível elemento regulador/norteador da sociedade internacional.

2.1. *Jus cogens*: evolução e normatização

A consagração do *jus cogens* no topo da hierarquia das fontes do direito internacional é, com certeza, um dos fatores mais importantes para a evolução do Direito Internacional. Forma-se, na concepção de Dominique Carreau⁵, uma espécie de *supralegalidade internacional*.

A admissão de um Direito Internacional imperativo representa “a aceitação da ideia de que a Comunidade Internacional se assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’⁶ que compõem a ‘ordem pública da Comunidade Internacional’ ou ‘ordem pública internacional’⁷, e, que dessa forma obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional, limitando inclusivamente a liberdade dos Estados e das Organizações Internacionais quer na conclusão de tratados, quer na prática de atos unilaterais”⁸.

A aceitação da existência do *jus cogens* é, todavia, muito anterior a sua positivação pela Convenção de Viena, em 1969⁹.

Artigo 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual

4 “The concept of *jus cogens* is based upon an acceptance of the fundamental order or public policy in domestic legal orders. It also reflects the influence of natural law thinking. Rules of *jus cogens* are not new rules of international law as such. It is a question rather of particular and superior quality that is recognized as adhering to existing rules of international law” (SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7. ed. Londres: Cambridge, 2014. p. 89).

5 CARREAU, Dominique. *Droit International*. 2. ed. Paris: Éditions A. Pedone, 1988. p. 66.

6 MONACO, R. Sources of International Law. In: BERNHARDT, R. *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: North Holland, 1984. p. 432.

7 MOSLER, Hermann. *The International Society as a Legal Community*. New York: Springer, 1980. p. 17.

8 QUADROS, Fausto de; PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 278.

9 Para uma abordagem normativa do *jus cogens*, cf. ZEMANEK, Karl. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention: Book Content*. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011.

nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...]

Artigo 64: Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*)

Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Em um olhar histórico, tem-se que a evolução do *jus cogens* perpassa por grandes juristas¹⁰ que defenderam a existência de normas imperativas aos Estados, dotadas de valores imprescindíveis ao bom convívio da sociedade internacional. No entanto, é, sem sobra de dúvidas, em meados do século XX que a concepção de *jus cogens* toma força. O que se deu, sobretudo, pela consciência de que a ordem jurídica internacional deveria ser pautada em valores fundamentais, inderrogáveis, indisponíveis e oponíveis aos atores internacionais, independentemente de suas vontades.

Esse novo posicionamento é facilmente identificável na evolução do tratamento do tema pelas decisões das cortes internacionais, notadamente a Corte Internacional de Justiça.

A primeira utilização mais clara, porem ainda tímida, das normas de *jus cogens* ocorreu em acordo proferido pelo Tribunal de Nuremberg no caso Krupp¹¹. Entretanto, em 1951, o instituto teve importante utilização no parecer consultivo exarado pela CIJ na análise das reservas sobre a Convenção do Genocídio¹², nesse caso a Corte considerou que “as origens da Convenção revelam a intenção das Nações Unidas de condenar e de reprimir o genocídio como ‘um crime de direito das gentes’ implicando a recusa do direito à existência a grupos humanos inteiros”.

Não obstante essas duas manifestações, é no caso *Barcelona Traction*¹³, em 1970, que se materializa definitivamente a importância do *jus cogens*. Nessa ocasião a Corte Internacional de Justiça concluiu que as obrigações de um Estado para com outro Estado são distintas das obrigações para a comunidade internacional como um todo. “Tais obrigações derivam, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição, por exemplo, de atos de agressão e genocídio, como também dos princípios e regras que dizem respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravatura e discriminação racial”.

10 Tais como Hugo Grócio, A. Hefter e George Scelle.

11 Neste caso, as principais acusações e penas referiram-se a crimes de guerra e contra humanidade.

12 Cf. Parecer Consultivo de 28 de maio, Recueil C.I.J., p. 23.

13 Cf. *Barcelona Traction*, 2ª fase, Recueil C.I.J., p. 32.

Sequencialmente, pode-se enumerar, ainda, uma série de manifestações judiciais¹⁴ que enaltecem a importância das normas de *jus cogens* como valores essenciais e que orientam a convivência da sociedade internacional, ditando, assim, uma nova ordem jurídica internacional.

Tem-se, então que as normas de *jus cogens* são imperativas¹⁵ e hierarquicamente superiores as demais fontes do direito internacional¹⁶, pela importância do seu conteúdo, bem como, pela necessidade de sua regulação pela sociedade internacional. Ou seja, são universais e superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, formando uma espécie de mínimo legal que assegura a ordem internacional.

Ademais disso, são normas inderrogáveis e que exprimem obrigações perante a sociedade internacional, globalmente considerada, devendo serem reconhecidas e aceitas por toda a comunidade dos Estados e serem dotadas de força imperativa, suscetíveis de alteração apenas por uma outra norma de mesma natureza¹⁷.

Deve ressaltar, todavia, que, apesar de se reconhecer a existência do *jus cogens* como normas imperativas, não se tem um consenso acerca do conteúdo propriamente dito de tais normas. No entanto, quando se analisa a evolução do seu tratamento jurisdicional, bem como da doutrina pertinente, pode-se dizer que o conteúdo de tais normas se liga, sobretudo, aos direitos humanos¹⁸, ou melhor,

14 No caso relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã, a C.I.J. considerou, em 1979, que “nenhum Estado tem obrigação de manter relações diplomáticas ou consulares com um outro Estado, mas não pode deixar de reconhecer as obrigações imperativas que elas comportam e que estão agora codificadas nas Convenções de Viena”. No caso das atividades militares e paramilitares na Nicarágua a Corte decidiu, em 1986: “os Estados Unidos têm obrigação segundo os termos do artigo 1º das quatro Convenções de Genebra de respeitar e fazer respeitar essas convenções em todas as circunstâncias, pois tal obrigação não decorre das próprias Convenções, mas de princípios gerais de direito humanitário dos quais as Convenções são apenas a expressão concreta”.

15 A imperatividade pode ser considerada como uma espécie de qualidade particular de tais normas. Nesse sentido, cf. DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

16 As regras de *jus cogens*, por força da superioridade hierárquica que lhes é própria, se sobrepõem às demais normas, ao passo que as obrigações *erga omnes* designam o escopo de aplicação do direito em causa e as consequências procedimentais que dele decorrem (cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 291). As obrigações *erga omnes* são aquelas em que todos os Estados têm interesse no seu cumprimento. Todos os Estados, provavelmente, terão interesse jurídico na observância das normas peremptórias. Assim, é possível dizer que todas as normas de *jus cogens* constituem obrigações *erga omnes*, porém o contrário não é verdadeiro (cf. KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation on international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. In: GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, 2006, Geneva. *Report of the Study Group of the International Law Commission...* United Nations, 58ª sessão, parágrafo 404). Ainda sobre o tema, cf. PICONE, Paolo. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Part V: *Jus Cogens* beyond the Vienna Convention, 24 *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*. Book Content. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011.

17 Nesse sentido, também, cf. THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2014. p. 141.

18 Com esse pensamento, cf. BIANCHI, Andrea. Human Rights and the magic of *jus cogens*. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, 2008. p. 491-508.

a proteção e efetividade dos direitos humanos, bem como, ligam-se ao direito humanitário e a salvaguarda dos interesses da comunidade internacional.

2.2. Consequências jurídicas da violação do *jus cogens*

Com efeito, a imperatividade das normas de *jus cogens* passa a encontrar o seu fundamento de validade em sua inderrogabilidade, esta, então, apresenta-se como uma das características basilares do *jus cogens*, manifestada na nulidade dos acordos, tratativas e comportamentos que as contrariarem.

Nesse desiderato, não pode haver a derrogação direta ou, até mesmo, indireta das normas de *jus cogens*, ao ponto que qualquer situação em que isso se perceba, deverá ser considerada nula¹⁹.

Outrossim, uma norma de *jus cogens* só poderá ser revogada ou modificada por norma de mesma natureza e legitimidade. Ou seja, tais normas não só impõem um limite a liberdade dos Estados na assunção de suas obrigações jurídicas, senão, impede que esses mesmos Estados, de forma unilateral ou, então, sem o legítimo interesse da comunidade internacional, qualifiquem uma norma como imperativa de acordo com suas vontades e interesses²⁰.

Está a se pensar, portanto, as normas de *jus cogens* como estrutura normativa hierarquicamente superior em razão do seu conteúdo e da importância social das regras assim consideradas como imperativas.

3. CORRUPÇÃO

O início dos anos 90 trouxe um novo consenso, a crescente evolução da corrupção estava acarretando, agora com maior nitidez, consequências negativas para a sociedade internacional.

As sequelas dessa prática danosa foram sentidas em vários aspectos: na atividade econômica e comercial; na gestão dos recursos públicos; na legitimidade das instituições públicas e privadas, nas políticas públicas, no desenvolvimento dos Estados e, de forma ainda mais deletéria, na efetivação dos direitos Humanos, dentre tantas outras consequências^{21 22}.

19 Nesse sentido, cf. CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 204.

20 A não derogabilidade aparece, assim, como consequência, no plano convencional, da realidade da ordem pública internacional.

21 “The harmful effects are remote but serious. **Corruption** deters and undermines trade, investment, and aid, dilutes growth, taxes economic activity, and reduces funding for public services. It can penetrate all levels of government and all kinds of private commerce” (HORDER, See J. Bribery as a Form of Criminal Wrongdoing. *The Law Quarterly Review*, Oxford Public International Law, v. 127, 2011. p. 37).

22 De acordo com estimativas do Banco Mundial, 5% do PIB global, ou seja, mais de US\$ 1 trilhão por ano, são desviados em corrupção. Informação disponível em: WORLD BANK INSTITUTE. *The Costs of Corruption*,

Nesse diapasão, “A corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”²³. E, com isso, a sociedade internacional passa a ter a “corrupção” como um dos temas fulcrais da sua agenda.

3.1. Corrupção e direitos humanos

A corrupção, ainda que de maneira sucinta, pode ser entendida como abuso de poder para obtenção de ganhos privados ilegítimos e pode ocorrer tanto no setor público quanto no privado. É um fenômeno que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos e que possui manifestações diversas de natureza privada, pública e social²⁴.

Hodiernamente, é considerada, por muitos aspectos²⁵, como uma das formas mais importantes de criminalidade transnacional²⁶, seja pela produção de efeitos maléficos seja pela irradiação de práticas delituosas.

Em razão disso, a partir da década de 90, a sociedade internacional passou a produzir uma notável gama de normas anticorrupção, incluindo convenções multilaterais e numerosos tratados regionais, vinculativos ou não, e, também, políticas de combates a corrupção²⁷.

Essa nova agenda internacional de luta contra corrupção traz a tona os efeitos catastróficos que essa prática delituosa ocasiona na efetivação dos direitos humanos e, também, no exercício regular da democracia^{28, 29}.

De um lado, a descrença nas instituições políticas e a consequente perda de legitimidade dos governantes. De outro lado, a percepção dos efeitos reflexos da

8 Apr. 2004. Disponível em: <<http://go.worldbank.org/LJA29GHA80>>. Acesso em: 15 nov. 2015. Segundo informações do setor de Anticorrupção e Transparência do Pacto Global da ONU, a corrupção corresponde a 3 trilhões de dólares ou 5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, onerando em 10% o custo dos negócios no mundo. Além disso, informa que com base nos dados de 2014, os custos de corrupção na União Europeia são de pelo menos 120 bilhões de euros por ano. Informação disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/Public/upload/ckfinder/files/Business%20Manifesto_status%2021%2009%2014.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016.

23 NAÇÕES UNIDAS. Preâmbulo. In: _____. *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016.

24 Para outros conceitos de corrupção, cf. MANWEILLER, Heather; SCHWARTZF, Bryan. *A proposal for an anti-corruption dimension to the FTA*. Oxford: Oxford Public International Law, 2001. p. 68.

25 Nesse sentido, cf. BOISTER, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2012. p. 9.

26 “A corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”.

27 Nesse sentido, cf. ABBOTT, Kenneth W. Fight Against Corruption. In: OXFORD. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2009. p. 14.

28 “Enfraquecimento das instituições e dos valores da democracia”, cf. NAÇÕES UNIDAS, op. cit., loc. cit.

29 Sobre essa evolução normativa, cf. LANDMEIER, Lisa M. et al. *Anti-Corruption: International Legal Developments*. Oxford: Oxford Public International Law, 2002.

corrupção sobre os direitos humanos, pois nos casos de desvios de recursos públicos, resta prejudicada, principalmente, a efetivação dos direitos sociais fundamentais das populações mais carentes em áreas como a saúde, a educação, o saneamento, a segurança e a habitação, atingindo um número indeterminado de vítimas.

Conforme apontou Navi Pillay, Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos³⁰, “A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos”.

Em razão disso, a luta contra a corrupção vem se postando no centro do constitucionalismo internacional global, recebendo especial proteção e normatização no âmbito dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, seja a nível global, seja a nível regional³¹.

3.2. O princípio anticorrupção no ordenamento jurídico internacional³²

A crescente preocupação com as mazelas da corrupção atormentam a sociedade internacional que passa, cada vez mais, a se debruçar sobre o tema. Via de consequência, promulgam-se documentos internacionais em prol da preservação dos interesses e direitos, notadamente os humanos, que a corrupção pode ocasionar. A nível global promulgou-se em 2003 a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

No sistema regional de proteção dos direitos humanos, tem-se a Convenção Interamericana Contra a Corrupção de 1996, o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Europeias e dos Estados Partes da União Europeia, de 1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais de 1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu de 1999, a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana de 2003.

Nesse desiderato, buscou-se, por intermédio de todas essas tratativas, a positivação e o desenvolvimento de medidas, com base em convenções internacionais

30 Discurso proferido na 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizado em Genebra, Suíça, em 2013.

31 Sobre o tema, cf. LEVI, Michael; MONTY, Raphael. *Anti-Corruption: A Signpost for Transactional Lawyers*. Oxford: Oxford Public International Law, 1999; cf. SARYAZDI, Ali Hajigholam. Basic Preconditions of Anti-Corruption Strategies. *International Studies Journal*, v. 4, n. 4, p. 29-46, 2008. Interessante visão sobre a tratativa do tema no Brasil, cf. RICHARD, Michelle. Brazil's Landmark Anti-Corruption Law. *Law And Business Review Of The Americas*, v. 20, p. 142-148, 2014.

32 Mais precisamente sobre o princípio anticorrupção, cf. TEACHOUTT, Zephyr. The Anti-Corruption Principle. *Cornell Law Review*, v. 94, p. 341-408, 2009; cf. TILLMAN, Seth Barrett. Citizens United and the Scope of Professor Teachout's anti-Corruption Principle. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 1, 2013.

e também sob os auspícios das Nações Unidas, que sejam capaz de implementar estratégias concretas de combate à corrupção.

3.2.1. Convenção Interamericana contra a corrupção de 1996

No âmbito regional americano, Organização dos Estados Americanos (OEA), na Cúpula das Américas de 1994, os líderes dos Estados comprometeram-se a tomar uma série de ações contra a corrupção, incluindo a produção de uma convenção regional sobre o combate a corrupção.

Na sequência, no ano de 2006, aprovou-se a Convenção Interamericana contra a Corrupção, entrando em vigor em março de 1997, que constitui o primeiro instrumento jurídico internacional nesta área que reconhece a transcendência internacional da corrupção e a necessidade de promover e facilitar a cooperação entre os Estados para combatê-la.

A par do seu preâmbulo e do próprio texto normativo, pode-se erigir como principais propósitos da Convenção³³: (i) promoção e fortalecimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; (ii) promoção, facilitação e regulação da cooperação entre os Estados a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações para prevenir, detectar, punir e erradicar os atos de corrupção no exercício das funções públicas e os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

A Convenção Interamericana estabelece um conjunto de medidas preventivas; prevê a tipificação como delitos de determinados atos de corrupção, incluindo o suborno transnacional e o enriquecimento ilícito; e contém uma série de disposições para fortalecer a cooperação entre seus Estados Partes em áreas tais como assistência jurídica recíproca e cooperação técnica; extradição; e identificação, rastreamento, imobilização, apreensão e confisco de bens obtidos ou derivados da comissão de atos de corrupção, entre outras.³⁴

3.3.2. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção de 2003

Na sequência de repetidas ações na comunidade internacional³⁵, sobretudo as provenientes da OCDE, Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização

33 Cf. NAÇÕES UNIDAS, op. cit., art. 2º.

34 Em 1997, a Assembleia Geral da OEA aprovou um Programa Interamericano de Cooperação para Combater a Corrupção. Ele pediu leis modelos, assistência técnica, consulta com outras organizações e participação da sociedade civil. A Conferência (Reunião) dos Estados Partes da CIAC aprovou um programa revisto em 2006.

35 No tocante à Organização Mundial do Comércio, cf. PADIDEH, Ala. The WTO and the Anti-Corruption Movement. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 6, p. 259-268, 2009.

para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos — OCDE e da OEA —, a Assembleia Geral da ONU adotou importantes resoluções anticorrupção.

Em 1996 foi promulgado o Código Internacional de Conduta para Funcionários Públicos (Ação contra a Corrupção)³⁶. Logo depois, promulgou-se a Declaração das Nações Unidas contra a Corrupção e Suborno em Transações Comerciais Internacionais, que, dentre outras coisas, solicita aos Estados a adotarem medidas contra todas as formas de corrupção, criminalizar o suborno transnacional, negar deduções fiscais para suborno, considerar a adoção do delito de enriquecimento ilícito por funcionários públicos, e prestar assistência jurídica mútua em matéria penal³⁷.

A Assembleia Geral da ONU, desde então, adotou resoluções anticorrupção regulares; seus conteúdos refletem as preocupações crescentes do movimento. Além disso, no ano 2000, aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, onde se exige aos Estados partes, dentre outras obrigações, a criminalização do suborno ativo e passivo, a criminalização do suborno transnacional; adoção de medidas adequadas e coerentes com os seus sistemas jurídicos para promoção da integridade e prevenção e punição da corrupção pública.

Todavia, a comunidade internacional carecia, ainda, delinear um acordo verdadeiramente global e capaz de prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas.

Destarte, “preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito [...] preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos”³⁸. Promulga-se o principal instrumento internacional sobre a corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, em 2003, com entrada em vigor em 14 de dezembro de 2005.

A convenção torna-se, assim, o primeiro instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras vinculantes aos países signatários e oferece um caminho para a criação de uma resposta global a um problema global, traz em seu bojo diversos aspectos do tema, tendo sido fundamentada em quatro tópicos

36 Cf. AGNU Res 51/59, 12 dez. 1996. GAOR, 51ª Sessão Supp 49 vol 1, 182.

37 Cf. AGNU Res 51/191, 21 fev. 1997. GAOR, 51ª Sessão Supp 49 vol 1, 176.

38 Cf. NAÇÕES UNIDAS, op. cit, preâmbulo.

especiais: (i) medidas preventivas; (ii) criminalização e aplicação da lei; (iii) cooperação internacional; (iv) e recuperação de ativos³⁹.

4. O PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO COMO NORMAS DE *JUS COGENS*

Procura-se, agora, analisar, de modo mais acurado, a importância e as vantagens de se consagrar o princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*. Apreciação que será feita mediante um estudo reflexivo do ordenamento jurídico internacional.

4.1. A consagração do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens* de acordo com a Convenção de Viena de 1969

O intuito maior de se efetivar determinadas normas como sendo *jus cogens* é o de conferir maior rigidez a certos valores essenciais para a convivência coletiva, estabelecer uma nova ordem mundial apta ao desenvolvimento da sociedade internacional e garantir o respeito a valores e direitos, notadamente os humanos, por toda a comunidade internacional^{40 41}.

Os valores, princípios e direitos erigidos como normas peremptórias gozam de prioridade e sobrepõem-se aos interesses unilaterais, ou por vezes regionais, na vida internacional. E, não poderia ser diferente, afinal, postam-se acima das outras normas e, conseqüentemente, à vontade dos Estados⁴².

Destarte, diante da vertiginosa escalada das práticas corruptivas torna-se, então, perfeitamente legítima a admissão do princípio anticorrupção como norma peremptória no cenário contemporâneo.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o reconhecimento da corrupção como uma das causas mais graves de crime transnacional, bem como a conscientização

39 O Artigo 63 da Convenção prevê que a Conferência dos Estados Partes determinará o mecanismo de avaliação e monitoramento com base em informações e experiências apresentadas por cada Estado Parte. O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) é o órgão responsável por conduzir os trabalhos de formatação e aprovação da Convenção. Com a assinatura da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, o UNODC desenvolveu um programa denominado “Programa Global contra a Corrupção”, cujos objetivos, entre outros, são contribuir para o fortalecimento dos mecanismos de controle e para a elaboração de políticas nacionais anticorrupção, bem como para a promoção de transparência e responsabilidade internacional por meio do estabelecimento de um mecanismo de monitoramento da implementação da Convenção.

40 Tais valores, todavia, mudam de sociedade para sociedade e sofrem alteração com o passar do tempo em função das transformações políticas, econômicas e culturais.

41 Muito embora a Convenção de Viena tenha “institucionalizado” o *jus cogens*, não definiu seu conteúdo. Então, as tratativas internacionais, os costumes, bem como a jurisprudência e doutrina internacional, devem, a partir das premissas estabelecidas, definir aquelas normas que devem nortear o comportamento da sociedade internacional e serem dotadas como obrigatórias e imperativas.

42 O conteúdo e alcance de tais normas são consideradas imprescindíveis para a implantação e manutenção das relações sustentáveis da sociedade internacional.

do seu alto potencial de irradiação de efeitos e consequências negativas para sociedade internacional, colocou o princípio anticorrupção como um dos pontos centrais da agenda jurídica internacional hodierna, que passa, cada vez mais, a se debruçar sobre o tema⁴³.

Nesse desiderato, o princípio anticorrupção posta-se como um dos pilares do constitucionalismo global. Daí a necessidade da positivação do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*.

Em assim sendo, a impunidade daria lugar a uma sistematização mais robusta e eficiente, sob a égide e batuta do princípio anticorrupção como norma peremptória. E, com isso, o preenchimento de inúmeras lacunas jurídicas que não permitem um combate a corrupção mais eficaz.

4.2. O princípio anticorrupção e seu relacionamento com os direitos humanos

Como visto anteriormente, há uma clara relação entre as normas tidas como imperativas na sociedade internacional e os direitos humanos (alcance, proteção e efetivação). A par disso, no mister de caracterizar o princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*, pode-se, perfeitamente, estreitar a ligação entre a corrupção e seus efeitos deletérios para a sociedade internacional, sobretudo, a impossibilidade de efetivação dos direitos humanos, ao menos na sua integralidade⁴⁴.

Conforme a já citada Navi Pillay⁴⁵, “A corrupção é um enorme obstáculo à realização de todos os direitos humanos — civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento. A corrupção viola os princípios fundamentais de direitos humanos da transparência, responsabilização, não discriminação e participação significativa em todos os aspectos da vida da comunidade. Correspondentemente, estes princípios, quando garantidos e implementados, são o meio mais eficaz para combater a corrupção [...] Um combate à

43 A crescente codificação internacional de normas anticorrupção e de cooperação internacional nesse sentido (todos contando com uma maciça adesão pelos Estados), seja no âmbito regional, seja no âmbito mundial, demonstra a legítima intenção, ainda que implícita, da sociedade internacional quanto à consagração do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*.

44 Outrossim, pode se entender que o combate à corrupção faz parte do processo de consolidação das democracias globais. “Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o democrático” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44). Em complemento a essa ideia, cf. o seguinte pensamento: “[...] o processo de democratização consiste em duas transições: a primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático” (O’DONNELL, Guillermo. *Transitions, Continuities and Paradoxes*. In: MAINWARING, Scott; O’DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, J. Samuel (Ed.). *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*. Notre Dame: Notre Dame Press, 1996. p. 18).

45 Discurso proferido na 22ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, realizado em Genebra, Suíça, em 2013.

corrupção baseado nos direitos humanos responde às clamorosas exigências das pessoas de uma ordem social, política e econômica que cumpra as promessas de uma vida livre do medo e da necessidade”.

Ou então, como aponta a chefe do setor de Anticorrupção e Transparência do Pacto Global da ONU, Olajobi Makinwa⁴⁶, “É preciso entender que há sempre um ser humano por trás da corrupção. No final, haverá uma criança sem merenda na escola, uma pessoa sem remédios no hospital, uma mulher vítima de violência sexual sem atendimento. Portanto, este é o momento de lutar contra ela”.

Tem-se, assim, uma nítida ligação entre a não efetivação dos direitos humanos por decorrência de práticas de corrupção.

Os reflexos da corrupção sobre os direitos humanos são bastante evidentes nos casos de desvios de recursos públicos, e estes efeitos recaem principalmente sobre os direitos fundamentais das populações mais carentes em áreas como a saúde, a educação, o saneamento, a segurança e a habitação, atingindo um número indeterminado de vítimas, aumentando, via de consequência, as desigualdades existentes na sociedade⁴⁷.

Portanto, a consagração do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*, tendo em vista os aspectos anteriormente citados, traria maior eficácia na luta contra a corrupção, pois em virtude da especial proteção e normatização no âmbito da sociedade internacional, o desrespeito aos direitos humanos seria mais facilmente combatido, pois encontraria nessa nova norma peremptória um forte aliado para sua efetividade.

4.3. A positivação do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens*: interpretação e colisão de direitos

A consagração do princípio anticorrupção como norma de *jus cogens* o colocaria como norma imperativa do direito internacional, hierarquicamente superior

46 Discurso proferido no *Workshop Avaliação de riscos de corrupção*, realizado em São Paulo, em outubro de 2015.

47 Complementando esse raciocínio “Corruption impacts societies in a multitude of ways. In the worst cases, it costs lives. Short of this, it costs people their freedom, health or money. The cost of corruption can be divided into four main categories: political, economic, social and environmental. On the political front, corruption is a major obstacle to democracy and the rule of law. In a democratic system, offices and institutions lose their legitimacy when they’re misused for private advantage. This is harmful in established democracies, but even more so in newly emerging ones. It is extremely challenging to develop accountable political leadership in a corrupt climate. Economically, corruption depletes national wealth. Corrupt politicians invest scarce public resources in projects that will line their pockets rather than benefit communities, and prioritise high-profile projects such as dams, power plants, pipelines and refineries over less spectacular but more urgent infrastructure projects such as schools, hospitals and roads”. Texto disponível no *site* da Organização Transparência Internacional. Disponível em: <<http://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

as demais fontes admitidas. Logo, os conflitos de interesses, sobretudo normativos, quando não forem sem efeitos, deveriam ser interpretadas de acordo com corolários intrínsecos a esse princípio, bem como, em eventual colisão de direitos, o princípio anticorrupção deveria, também, prevalecer.

Efetivamente, a preocupação, em expansão, com a corrupção no âmbito global e regional já faz com que a aplicabilidade do princípio anticorrupção seja engrandecida, prevalecendo, inclusive, em detrimento a outros direitos. Pretende-se, assim, trazer uma maior segurança jurídica, um arcabouço normativo que permita, ou melhor, legitime a mitigação de outros princípios ou valores pelo princípio anticorrupção, agora uma norma imperativa do direito internacional.

Está em causa um problema de interpretação de normas que compreende, conseqüentemente, a determinação dos limites imanentes entre direitos. Todavia, o reconhecimento do princípio anticorrupção como hierarquicamente superior aos demais direitos harmonizaria todo e qualquer conflito normativo, além de, por intermédio de uma interpretação harmônica, preencher eventuais lacunas jurídicas⁴⁸.

Esse sopesamento, e posterior favorecimento do princípio anticorrupção, evitaria os efeitos deletérios ocasionados pela corrupção, notadamente em relação aos direitos humanos, e promoveria a salvaguarda dos interesses da comunidade internacional⁴⁹.

Não se está aqui a desconsiderar a importância de outros princípios, direitos e valores, mas sim, respaldar o princípio anticorrupção, e seus consectários, como norma cogente e como um dos pilares do ordenamento jurídico internacional e, como dito anteriormente, do constitucionalismo global.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se, de início, que se buscou analisar o princípio anticorrupção como decorrente de uma nova agenda da sociedade internacional que coloca o tema como um dos grandes problemas da atualidade, decorrente, sobretudo, do vertiginoso aumento dos escândalos de corrupção, público e privada, ao redor do mundo.

Em razão disso, a luta contra a corrupção está se postando, de forma legítima, no centro do constitucionalismo internacional global e a consagração do

48 Sobre o tema, em um viés interno dos Estados, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 283-226.

49 Preocupação que é respaldada no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção: “Preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito” (cf. NAÇÕES UNIDAS, op. cit.).

princípio anticorrupção como norma de *jus cogens* já encontraria a necessária legitimidade, além de, claro, dar uma maior efetividade as normas de direitos humanos e promover a salvaguarda dos interesses da sociedade internacional.

Outrossim, ressalta-se que essa especial proteção e normatização no âmbito da sociedade internacional resultaria, em caso de colisão entre direitos, em uma interpretação tendenciosa ao princípio anticorrupção, bem como, acarretaria na harmonização do arcabouço jurídico internacional, regional e interno dos Estados, em prol do combate a corrupção.

A colocação do princípio anticorrupção em um patamar hierarquicamente superior as demais normas não ficaria, todavia, isenta a críticas, pelo contrário, encontraria muito mais censuras do que elogios. Contudo, deve-se esclarecer que não se está relativizando a importância ou a necessidade de outras normas assumirem também o posto de normas peremptórias.

Ao contrário, esta a se reforçar a ideia da importância da sociedade internacional pautar a sua conduta de maneira mais ética, na legítima busca pelo desenvolvimento universal dos povos, uma espécie de comportamento inerente a sociedade internacional.

Deixemos, então, as *águas turvas de corrupção* e passemos a navegar em águas serenas e cristalinas. A cogência e imperatividade do princípio anticorrupção se revela imprescindível para a sustentabilidade social, econômica e política de toda a sociedade e faz respeitar e valer os direitos humanos.

6. REFERÊNCIAS

- ABBOTT, Kenneth W. Fight Against Corruption. In: OXFORD. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2009.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- BIANCHI, Andrea. Human Rights and the magic of jus cogens. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, 2008.
- BOISTER, Neil. *An Introduction to Transnational Criminal Law*. Oxford: Oxford Public International Law, 2012.
- CARREAU, Dominique. *Droit International*. 2. ed. Paris: Éditions A. Pedone, 1988.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- CRAWFORD, James. *Brownlie's Principle of Public International Law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DINH, N. Q.; DAILLIER, P.; PELLEt, A. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

- HORDER, See J. Bribery as a Form of Criminal Wrongdoing. *The Law Quarterly Review*, Oxford Public International Law, v. 127, 2011.
- KENNEDY, David. The International Anti-Corruption Campaign. *Connecticut Journal of International Law*, v. 14, p. 455-465, 1999.
- KOSKENNIEMI, Martti. Fragmentation on international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. In: GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS, 2006, Geneva. *Report of the Study Group of the International Law Commission...* United Nations, 58ª sessão, parágrafos 404-408.
- LANDMEIER, Lisa M. et al. *Anti-Corruption: International Legal Developments*. Oxford: Oxford Public International Law, 2002.
- LEVI, Michael; MONTY, Raphael. *Anti-Corruption: A Signpost for Transactional Lawyers*. Oxford: Oxford Public International Law, 1999.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós 11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MANWEILLER, Heather; SCHWARTZ, Bryan. *A proposal for an anti-corruption dimension to the FTAA*. Oxford: Oxford Public International Law, 2001.
- MONACO, R. Sources of International Law. In: BERNHARDT, R. *Encyclopedia of Public International Law*. Amsterdam: North Holland, 1984.
- MOSLER, Hermann. *The International Society as a Legal Community*. New York: Springer, 1980.
- NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- O'DONNELL, Guillermo. Transitions, Continuities and Paradoxes. In: MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, J. Samuel (Ed.). *Issues in Democratic Consolidation: The New South American Democracies in Comparative Perspective*. Notre Dame: Notre Dame Press, 1996. p. 17-56.
- PADIDEH, Ala. The WTO and the Anti-Corruption Movement. *Loyola University Chicago International Law Review*, v. 6, p. 259-268, 2009.
- PICONE, Paolo. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Part V: Jus Cogens beyond the Vienna Convention, 24 The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Book Content. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUADROS, Fausto de; PEREIRA, André Gonçalves. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Almedina, 2011.

- RICHARD, Michelle. Brazil's Landmark Anti-Corruption Law. *Law And Business Review Of The Americas*, v. 20, p. 142-148, 2014.
- SARYAZDI, Ali Hajigholam. Basic Preconditions of Anti-Corruption Strategies. *International Studies Journal*, v. 4, n. 4, p. 29-46, 2008.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7. ed. Londres: Cambridge, 2014.
- TEACHOUTT, Zephyr. The Anti-Corruption Principle. *Cornell Law Review*, v. 94, p. 341-408, 2009.
- THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2014.
- TILLMAN, Seth Barrett. Citizens United and the Scope of Professor Teachout's anti-Corruption Principle. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 1, 2013.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade. In: _____. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- ZEMANEK, Karl. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention: Book Content*. Oxford: Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2011.

CAPÍTULO VI

ESTADOS EMERGENTES E A SOBERANIA SOBRE OS RECURSOS NATURAIS

Saulo José Casali Bahia¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Primeiro movimento: realismo — 3. Segundo movimento: globalismo — 4. Terceiro movimento: pluralismo.

1. INTRODUÇÃO

Acerca do tema da soberania sobre os recursos naturais, pode-se visualizar três movimentos nas últimas décadas.

O primeiro movimento (realismo) está relacionado com a descolonização e iniciativas como a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), nos anos 40/70 do século XX.

O segundo movimento (globalismo) está ligado, por sua vez, ao avanço da terceira globalização após os anos 70, e é um tipo de reação ao primeiro movimento. A sua ideia central é a liberdade dos agentes económicos internacionais de promover o uso de recursos naturais para as partes envolvidas, e não estritamente para as populações nacionais e as suas necessidades.

O terceiro movimento (pluralismo) é mais recente e traz a ideia de uma efetiva cooperação voltada para os interesses comuns.

2. PRIMEIRO MOVIMENTO: REALISMO

A criação da ONU levanta a questão da formação da expressão política de uma maioria de estados. E esta maioria é formada de estados emergentes ou subdesenvolvidos, muitos em processo de descolonização nos anos 40/70 do século passado. Embora exista o poder de veto no âmbito das Nações Unidas, este é apenas exercido no Conselho de Segurança e por apenas cinco membros permanentes, o que não se dá no âmbito da Assembleia Geral, onde as decisões são adotadas em regra por maioria simples. Portanto, pode-se concluir que as resoluções da ONU são a expressão da vontade do bloco composto por países emergentes

¹ Professor Associado da Universidade Federal da Bahia.

ou subdesenvolvidos, e não daquele formado pelas potências europeias, Rússia, China ou Estados Unidos da América.

Nesse diapasão, a Carta das Nações Unidas absorveu o princípio internacional da igualdade soberana dos Estados e o seu direito à autodeterminação. E esta igualdade soberana resultou na construção do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.

A Resolução 523 da Assembleia Geral (12/02/1952) considerou que os países subdesenvolvidos têm o direito de dispor livremente de suas riquezas naturais, e devem utilizar esses recursos de forma a alcançarem uma posição favorável para avançar na implementação do desenvolvimento econômico de acordo com os seus interesses nacionais, bem como para incentivar o desenvolvimento da economia mundial.

O princípio da igualdade soberana, que criou a doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais, respondia por uma visão econômica particular e própria, onde o desenvolvimento aconteceria após a aquisição das mesmas condições que foram estimadas como presentes em favor dos países desenvolvidos. Dever-se-ia, então, garantir a presença dessas mesmas condições nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, como meio de assegurar o mesmo futuro. Era o mesmo espírito da política de substituição de importações.

Durante o mesmo ano de 1952, a Resolução 626, de 21 de dezembro, proclamou que “o direito dos povos de usar e explorar as suas riquezas e recursos naturais é inerente à sua soberania”.

A Resolução 1314, de 12 de dezembro de 1958, criou a Comissão de Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e encarregou-a de conduzir uma investigação completa sobre a situação do direito de soberania permanente sobre as riquezas naturais, tido como elemento fundamental dos direitos dos povos e nações à autodeterminação.

A Resolução 1515, de 15 de dezembro de 1960, recomendou a observância do direito soberano de cada Estado de dispor de suas riquezas e dos seus recursos naturais.

A Resolução 1803 (de 14/12/1962, aprovada com 87 votos a favor, 2 contra e 12 abstenções) estabeleceu o princípio da soberania permanente como um “elemento fundamental do direito dos povos e das nações à autodeterminação”. E firmou que seria “desejável favorecer a cooperação internacional para o desenvolvimento econômico dos países em via de desenvolvimento e que os acordos econômicos e financeiros entre países desenvolvidos e em via de desenvolvimento devem basear-se nos princípios de igualdade e do direito dos povos e das

nações à autodeterminação”. Também se disse que “o exercício e o fortalecimento da soberania permanente dos Estados sobre suas riquezas e recursos naturais favorecem o fortalecimento da sua independência econômica”.

O nacionalismo resulta na nacionalização. Então, deve haver, pelo menos, uma adequada indenização ou compensação: “a nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão se basear em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, reconhecidos como superiores aos simples interesses particulares ou privados, tanto nacionais quanto estrangeiros. Nesses casos, o proprietário receberá uma indenização adequada, em conformidade com as regras em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício de sua soberania e de acordo com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a uma controvérsia, as vias de recursos nacionais do Estado que tomou essas medidas deverão ser esgotadas. No entanto, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio deve ser submetido a arbitragem ou à solução judiciária internacional” (Resolução 1803).

Os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, de 1966, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, de 12 de Dezembro de 1974, e da Convenção de Viena sobre Sucessões de Estados em matéria de Tratados, de 1978, repetiram a mesma doutrina.

Refletindo essa visão ou a presença dessa doutrina tem-se as manifestações tomadas recentemente pelo Governo da Bolívia.

Por ocasião da *Rio +20*, o presidente Evo Morales fez uma ampla defesa da nacionalização dos recursos naturais, como a “principal ferramenta” para a superação da pobreza e da desigualdade na região sul-americana. Esta visão já criou um problema diplomático entre a Bolívia e o Brasil, devido à nacionalização das reservas de petróleo e gás, após a Bolívia haver recebido bilionários investimentos realizados pelo Brasil.

O Brasil sofreu os mesmos impulsos de nacionalismo energético por parte do Paraguai, que solicitou a revisão dos preços da energia vendida ao primeiro e gerada pela barragem de Itaipu, construção paga em grande parte pelo Estado brasileiro.

E o Equador vem de pedir ao Brasil uma revisão de preços relacionados à exploração de petróleo, mesmo com todos os altos investimentos brasileiros realizados.

Estas questões vem sendo conduzidas até agora em termos diplomáticos.

Mas mesmo em seu próprio interior, o Brasil discute a doutrina da soberania sobre os recursos naturais através de forças e instituições de tradição mais nacionalista.

Recentemente, a venda ou leilão do “campo de Libra”, noticiado em outubro/2013 e relacionado às reservas de petróleo encontradas na camada de pré-sal (chamadas por seu tamanho como a Amazônia Azul, com capacidade estimada de 12 bilhões de barris de petróleo, ao preço total de US\$ 1,5 trilhão), ocupou as tintas da imprensa e da política. Para muitos, dever-se-ia promover a nacionalização dos recursos naturais para evitar a “mercantilização” da natureza. Mas esta visão nacionalista não prevaleceu no Brasil, país mais aberto à globalização do que a Bolívia e Paraguai, sendo o leilão realizado.

A visão do nacionalismo energético considera que o discurso dos países desenvolvidos em torno da “economia verde” ou da defesa de um “ambientalismo” significa um neocolonialismo disfarçado, devendo-se recusar o figurino destinado aos países do sul como “guardas florestais pobres”. Dever-se-ia, pois, de acordo com o primeiro movimento (nacionalismo energético), assegurar aos estados emergentes as condições necessárias de soberania e de autodeterminação para promover o próprio desenvolvimento econômico.

3. SEGUNDO MOVIMENTO: GLOBALISMO

Contra o nacionalismo (primeiro movimento) surgiu uma reação ou contestação, às vezes com a simples afirmação de que a posse dos recursos naturais simplesmente não existe, e que a exploração da natureza deve ser livre para todos os interessados.

A Inglaterra, por exemplo, deveria ter acesso aos recursos naturais em nome do pagamento da dívida externa: “se os países em desenvolvimento não conseguem pagar as suas dívidas, ele deve vender os seus recursos, a sua riqueza e suas usinas” (Margaret Thatcher, primeira-ministra da Inglaterra, Londres, 1983). Da mesma forma os Estados Unidos: “Os países em desenvolvimento com enorme dívida externa deve pagá-la com a terra, em riquezas. Vender suas florestas tropicais” (George W. Bush, candidato à presidência dos Estados Unidos, em um debate com Al Gore, Washington, 2000).

Mesmo que o espírito fosse de cooperação em um mundo globalizado e numa perspectiva pluralista (terceiro movimento), algumas frases podem soar como uma simples desconstrução da soberania: “ao contrário do que os brasileiros pensam, a Amazônia não lhes pertence, mas pertence a todos nós” (Al Gore, vice-presidente dos Estados Unidos, Washington, 1989). Da mesma forma que os Estados Unidos, a França: “o Brasil precisa aceitar uma soberania relativa sobre a Amazônia” (François Mitterrand, Presidente da França, Paris, 1989). E mais operativa, a Rússia: “O Brasil deve delegar uma parte dos seus direitos na Amazônia aos organismos internacionais competentes” (Mikhail Gorbachev, líder do governo soviético, Moscou, 1992). Ou a Inglaterra, mais uma vez: “países desenvolvidos devem

estender o Estado de direito ao que é comum a todo o mundo. Campanhas ecológicas internacionais para a limitação da soberania nacional sobre a região amazônica estão deixando a fase propagandística para começar a fase operacional, o que pode certamente levar a uma intervenção militar direta na região” (John Major, primeiro-ministro da Inglaterra, Londres, 1992). “Só a internacionalização pode salvar a Amazônia”, disse o grupo dos 100 (Cidade do México, 1989), e o Congresso dos ambientalistas alemães (Berlim, 1990) já afirmou que “a Amazônia deve ser intocável” (devendo-se ler: pelos brasileiros). Na mesma direção encontra-se a afirmação do Conselho Ecumênico das Igrejas: “a Amazônia é um Patrimônio da Humanidade. A posse deste vasto território do Brasil, Venezuela, Colômbia, Peru e Equador é meramente indireta” (Genebra, 1992).

Algumas declarações de representantes de vários países desenvolvidos fazem parecer que há um risco de perda dos recursos naturais e, portanto, da possibilidade de desenvolvimento econômico. O primeiro mundo assume para alguns países subdesenvolvidos a imagem de aves de rapina, vampiros, interessados apenas em enriquecer às custas de pobres e fracos Estados.

Finalmente, o globalismo é construído em torno da ideia de um acesso comum (imposto/competitivo) aos recursos, com a supressão de soberania.

4. TERCEIRO MOVIMENTO: PLURALISMO

Deve-se assumir que o nacionalismo energético corresponde a uma visão que as teorias modernas das relações internacionais chamam de realismo (primeiro movimento). A ideia de realismo está ligada ao isolacionismo e à autosuficiência.

O segundo movimento, de reação ao nacionalismo, é chamado de globalismo. Sob a visão globalista, não há espaço para qualquer pretensão nacionalista, e agentes econômicos (Estados, empresas etc.) devem agir livremente.

O terceiro movimento (pluralismo) está ligado à ideia de acesso aos recursos de um modo cooperativo, com tratamento diferenciado para os estados de posse dos recursos. Pertence ao terceiro movimento da ideia do desenvolvimento sustentável (com 60 significados), a segurança ambiental, o princípio da precaução, de responsabilidades comuns mas diferenciadas e de cooperação equitativa. Há o entendimento de que a cooperação é a única esperança de transformar o homem e os sistemas, a única resposta possível, escolha correta para nós ou meio necessário de sobreviver.

O terceiro movimento está presente nas resoluções e convenções mais recentes, que adotaram a compreensão de um mundo interdependente e interligado. Por exemplo, é impossível falar de alterações climáticas sem falar de responsabilidades comuns e do uso dos recursos naturais para o benefício de toda a humanidade.

Conforme previsto na Resolução 1803/ONU, o Estado parece ser o titular da soberania permanente sobre os recursos naturais desde que, no entanto, exerça este direito “no interesse do bem-estar de sua população”. E, em um mundo cooperativo, onde os povos são interdependentes, é inconcebível que o bem-estar de uma nação possa ser feito sem o bem-estar correspondente de outros povos, porque os efeitos (migração, isolacionismo econômico reativo, criminalidade, terrorismo etc.) podem chegar mais cedo do que se pensa.

A Resolução 1803/ONU deve ser lida como compreendendo o direito de soberania permanente sobre os recursos naturais condicionado não só ao interesse do bem-estar da população do próprio Estado, mas também ao interesse do bem-estar da população de todo o planeta.

DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO VII
PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO
PELO DIREITO INTERNACIONAL:
***JUS COGENS* E O CASO FAZENDA BRASIL VERDE**

Danielle Annoni¹
Mônica Duarte²

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais — 2. Conceito de *jus cogens* e a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados — 3. *Jus cogens* e obrigações *erga omnes* — 4. Proibição da escravidão no direito internacional contemporâneo e o caso fazenda Brasil Verde — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No ordenamento jurídico internacional, algumas normas são consideradas hierarquicamente superiores, possuem caráter de sobreposição sobre outras normas, são chamadas de normas imperativas, peremptórias, normas cogentes ou *jus cogens*³, pois são consideradas exceção ao princípio da liberdade dos Estados, não podendo ser alteradas pela vontade destes.

1 Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Visiting Researcher Fellow junto a Universidade de Málaga, Espanha (2003-2004), University of Nottingham, Inglaterra (2004), Universidad de Valência, Espanha (2014-2015) e Universitat Rovira i Virgili, Espanha (2015-2016). Visiting Researcher junto ao British Institute of International and Comparative Law, Londres, Inglaterra (2003), Instituti Suisse de Droit Compare, Lausanne, Suisse (2004). Pesquisadora em Direito Internacional e Direitos Humanos, em especial nos seguintes temas: Sistema Interamericano e Europeu de Direitos Humanos. Direito internacional dos direitos humanos. Direito humanitário e conflitos armados. Direito internacional de refugiados e migrantes. E-mail: danielle.annoni@gmail.com.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em conjunto com o Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, PSDE-Capes, pela Universidade Carlos III de Madrid, Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professora e pesquisadora na área de direitos humanos, direito internacional dos direitos humanos e Sistema Interamericano. Email: monduarte@gmail.com.

3 “*Jus cogens* rules are derived from the ‘process of customary international law’, which is itself part of an international constitutional order. The process of customary international law involves the development, by way of State practice and within a structure of shared understandings and virtually immutable principles, of informal but nevertheless binding rules. The shared understandings and virtually immutable principles define and control how legally relevant instances of supporting, ambivalent and opposing behaviour are weighed against one another, thus ensuring that customary rules protect or promote the common interests of most if not all States” (BYERS, Michael. Conceptualising the relationship between *Ius cogens* and *Erga omnes* rules. *Nordic Journal of International Law*, n. 66, p. 211-239, 1997. p. 212).

Para Cassese⁴, no direito internacional não existe uma hierarquia de fontes ou regras, pelo menos entre os dois processos de criação do direito primário. Ambos os processos e os conjuntos de regras criadas por eles possuem igual valor e status. A razão para este estado de coisas é que os Estados não tinham a intenção de colocar limitações sobre seus poderes soberanos que não tinham aceito expressa ou tacitamente.

No entanto, uma classe especial de regras gerais feitas pelo costume internacional foi dotado de uma força jurídica especial: são peremptórias na natureza e compõem o chamado *jus cogens*, ou seja, não podem ser afastadas por tratados; se forem, as regras derogatórias podem ser declaradas nulas e sem efeito. Assim, essas normas imperativas têm uma posição e *status* superiores aos de todas as outras regras da comunidade internacional⁵. O jurista austríaco Alfred Verdross é um dos principais defensores da teoria do *jus cogens* no direito internacional, para o referido autor alguns juristas afirmam que, em princípio, todas as regras do direito internacional são dispositivas. A única verdade é que, em princípio, dois Estados podem acordar entre si uma regulação que é parte do direito internacional comum na medida em que não afeta os direitos dos Estados terceiros⁶.

Contudo, existem algumas outras regras que não podem ser alteradas nem pelos próprios Estados, como por exemplo, dois Estados que são membros das Nações Unidas, não poderiam acordar que deixarão de cumprir os princípios do art. 2º da Carta, pois esses deveres são absolutos, ou que esses mesmos Estados venham a ratificar novos tratados contra a moral a fim de proteger ou promover o comércio de escravos ou de crianças. Assim, é necessário averiguar a essência de cada norma para saber se trata de norma dispositiva (*jus dispositivum*) ou taxativa (*jus cogens*)⁷.

No entanto, aplicar regras de *jus cogens* a casos concretos é ainda um desafio contemporâneo do direito internacional. Por sua característica principiológica, as normas de *jus cogens* são mal interpretadas pelos Estados e, por conseguinte, mal aplicadas. Dar-lhes ainda efeito *erga omnes* implica em outro nível de complexidade e efetivá-las requer um esforço ainda não empreendido pela comunidade internacional. Resultado, casos como de violações graves a

4 CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. New York: Oxford University, 2005. p. 198.

5 CASSESE, op. cit., p. 198.

6 “Afirmar algunos autores que en principio todas las normas del D.I.P. son dispositivas. Lo único cierto en esta afirmación es, que en principio dos Estados pueden acordar entre sí una regulación que sea parte del D.I. común en la medida en que no afecte los derechos de terceros Estados” (VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Truyol y Serra. Madri: Aguilar, 1963. p. 81).

7 “Pero hay también otras normas que ni algunos Estados particulares pueden inter se alterar. Por ej., dos Estados que sean miembros de la O.N.U. no pueden acordar que dejaron de observar entre sí los principios del art. 2º de Carta, porque estos deberes son absolutos. Lo mismo cabe decir de tratados inmorales que v. gr. tuviesen por objeto proteger o favorecer la trata de esclavos o de niños (XXIII, C, iii, e, 4). De ahí que ante cada norma sea preciso averiguar si por su sentido es dispositiva (*jus dispositivum*) o taxativa (*jus cogens*)” (Ibid., loc. cit.).

normas de *jus cogens* seguem ocorrendo, como o recente caso de escravidão na Fazenda Brasil Verde, no Estado do Pará, denunciado a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Brasil.

A escravidão é o mais importante e inquestionável crime internacional protegido por norma de caráter *jus cogens*. É o exemplo unanimemente citado pela doutrina ao lecionar o tema. É norma expressa e peremptória em diversos instrumentos normativos internacionais, globais e regionais e, aos quais a jurisprudência, incluindo aqui as decisões de Comitês e Comissões Internacionais dos mais diversos organismos internacionais, faz menção destacada, em especial, ao ratificar que os esforços da comunidade internacional foram capazes de construir, em torno de uma regra abstrata algo concreto: a harmonia interpretativa de que a escravidão é um crime internacional, uma violência aos direitos humanos e a toda a humanidade, e que, portanto, deve ser erradicada. Será mesmo?

O pretende este trabalho é destacar a atualidade da reflexão sobre o tema: a importância das normas de *jus cogens* para o direito internacional, e seus reflexos em casos concretos, a exemplo do caso Fazenda Brasil Verde.

2. CONCEITO DE *JUS COGENS* E A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS

As normas *jus cogens* foram regulamentadas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em 1969, no artigo 53, conceituando-as como normas imperativas de direito internacional geral, da qual nenhuma derrogação será permitida e que somente poderá ser alterada por outra norma de igual natureza.

A Convenção internacional sobre o Direito dos Tratados de Viena regulamenta, ainda, acerca das normas *jus cogens*, em seu art. 64, que se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente que esteja em conflito com essa norma imperativa, pode tornar-se nulo se extinguir⁸.

Para tanto, uma norma de direito internacional somente terá superioridade hierárquica se for o caso de uma norma imperativa, *jus cogens*, sendo estas aceitas

8 Assim, dispõe os referidos artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, a qual foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 7.030/09: Artigo 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. [...] Artigo 64: Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*): Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se (Cf. BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, não sendo permitida nenhuma derrogação.

A norma imperativa nos termos do artigo 53 tem pelo menos três características ou elementos. Primeiro, é uma norma de “direito internacional geral”. Em segundo lugar, é “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida”. E em terceiro lugar, qualquer tratado em conflito com ela se torna “sem efeito”.

No que diz respeito ao primeiro ponto, a expressão “direito internacional geral” significa que é “obrigatória para todos os Estados”, que se refere aos destinatários de uma regra de direito internacional. Em outras palavras, ele não menciona quaisquer fontes específicas de direito internacional. A este respeito, deve-se dizer, em primeiro lugar, um tratado não vale apenas para produzir uma norma de direito internacional geral, pois só pode produzir uma regra que vinculem as partes contratantes¹⁰.

Em segundo lugar, os princípios gerais de direito, nos termos do artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, não parecem criar uma regra geral de direito internacional com a natureza peremptória¹¹ por causa de sua natureza técnica e complementar. Neste contexto, o direito internacional consuetudinário é o candidato único remanescente capaz de criar regras de direito internacional geral com um caráter peremptório¹².

Verifica-se, no entanto, que a convenção de Viena regulamenta as normas *jus cogens* mas não as exemplifica, não esclarecem quais normas de direito internacional geral são normas *jus cogens*. Nesse sentido, para D’Amato¹³

9 KAWASAKI, Kyoji. A brief note on the legal effects of *jus cogens* in international Law. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Tóquio, Hitotsubashi University, p. 27-43, 2006. p. 29-30.

10 *Ibid.*, loc. cit.

11 “The notion of *jus cogens* in international law encompasses the notion of peremptory norms in international law. In this regard, a view has been formed that certain overriding principles of international law exist which form ‘a body of *jus cogens*’. These principles are those from which it is accepted that no State may derogate by way of treaty. As a result they are generally interpreted as restricting the freedom of States to contract while ‘voiding’ treaties whose object conflicts with norms which have been identified as peremptory. However, both the scope and in fact very existence of this concept has been debated within the international legal community for many years. Consensus was finally reached as to a definition during the Vienna Conference held in 1969 (‘the Vienna Conference’) and this was codified in Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 (‘the Vienna Convention’)” (NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*. Coalition for the International Criminal Court. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015).

12 KAWASAKI, op. cit., loc. cit.

13 D’AMATO, Anthony. It’s a bird, it’s a plane, it’s *jus cogens*! *Faculty Working Papers*, Northwestern University School of Law, v. 61, 2010. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

The Vienna Convention on the Law of Treaties made an attempt along these lines. It provides that a norm of *jus cogens* “can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”. At least this introduces a second, competing Pac-Man one supernorm can be swallowed by a subsequent one. But the drafters of the Convention failed to tell us how such a subsequent norm can itself arise. Perhaps that is no serious omission; after all, they did not tell us how the initial peremptory norm arose, so they should not be faulted for failure to reveal the origins of subsequent norms. But conceding that much to the drafters of the Vienna Convention, would it not be the case that as soon as one of their subsequent peremptory norms starts to arise and attempts to “modify” a previous supernorm, the existing supernorm will do a reverse flip and stomp out the subsequent norm? After all, it is only normal to expect that any established supernorm will be on the lookout for incipient competitive supernorms, turn sharply upon them as soon as they get close, and rub them out.

Sobre o tema, Remon¹⁴ reconhece a existência das normas imperativas mas faz uma crítica no sentido de que não está claro na Convenção de Viena quais seriam as normas *jus cogens*, isto é, há uma ausência de catálogo, tornando-se difícil identificar a eficácia dessas normas, entendendo que nem todas as regras gerais do direito internacional têm a natureza de *ius cogens*, podendo ser apenas aquelas necessárias para a sua coexistência.

Para tanto, busca-se nas análises das jurisprudências dos Tribunais Internacionais uma codificação das normas de caráter *jus cogens*¹⁵, a partir das violações de direitos humanos. Ademais, a Assembléia Geral das Nações Unidas tem emitido Resoluções¹⁶ acerca de direitos de caráter *jus cogens*.

14 “El reconocimiento del ius cogens ha sido un gran logro por cuanto en el ámbito internacional, por vez primera, se reconoce la existencia de normas que no admiten acuerdo en contrario y se encuentran en la cúspide de las normas internacionales. El ‘problema’ surge cuando queremos saber cuál o cuáles son esas normas que limitan de modo absoluto el poder de los estados. Hay ausencia de catálogo, lo cual hace difícil su identificación y efectividad. Se entiende que no todas las normas generales de derecho internacional tienen la naturaleza de ius cogens, pudiendo serlo sólo aquellas imprescindibles para la convivencia. Así, la dificultad en su determinación y la poca claridad la acompañan desde su nacimiento. Como bien señaló la CDI, el enunciado de este artículo no está exento de dificultades, por cuanto no existe ningún criterio sencillo que permita identificar una norma de derecho internacional general como norma de ius cogens. Pero lo que sí se debe tener en cuenta es que no es la forma de una norma general del Derecho internacional la que le da el carácter de ius cogens, sino la especial naturaleza de su objeto” (RÉMON, Florabel Quispe. *Ius Cogens en el Sistema Interamericano: su relacion com el debido proceso. Revista de Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Barranquilla, n. 34, 2010. p. 45-46).

15 A jurisprudência das Cortes Internacionais tem elencado como normas *jus cogens* a proibição do genocídio e discriminação racial; proibição de escravidão; proibição do tráfico de pessoas; proibição da tortura; proibição de pirataria; respeito à autodeterminação dos povos; proibição do uso da força; solução pacífica de conflitos e princípio da não intervenção.

16 Cf. *Resolución 1514*: declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales; *Resolución 1893*: relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales; *Resolución 2131*: sobre

A ausência de um catálogo por parte da Convenção de Viena, se por um lado, permite à doutrina e jurisprudência internacional conferir as regras consuetudinárias e principiológicas tal caráter, por outro lado, torna ainda mais difícil seu cumprimento pelos Estados, deixando a mercê da política externa e não do direito internacional ditar quais situações terão efeito vinculante de caráter imperativo e quais não, e ainda, a depender do período histórico e das alianças do jogo de poder dos Estados, valendo para uns, mas não para todos.

3. *JUS COGENS* E OBRIGAÇÕES *ERGA OMNES*

A crescente aceitação da existência de obrigações *erga omnes*, uma noção intimamente ligada com a do *jus cogens*, constitui um novo testemunho às transformações¹⁷ que ocorreram no direito internacional contemporâneo, significa, de fato, uma grave restrição do relativismo que tinha inspirado e caracterizado o direito internacional clássico¹⁸.

Thirlway¹⁹ ao descrever sobre a relação entre os conceitos de normas *jus cogens* e normas com obrigações *erga omnes*, deixa claro que os dois conceitos vão estar sempre relacionados, não podendo discuti-los separadamente. Contudo, pode-se afirmar que toda norma *jus cogens* terá caráter de obrigação *erga omnes*, mas às normas com obrigação *erga omnes*, nem sempre terão status de normas *jus cogens*.

Importante observar, sobre as fontes de obrigações *erga omnes*, que a existência deste tipo de regra, de obrigações que o Estado possui para a comunidade internacional como um todo, foi reconhecida pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas²⁰, quando da elaboração do texto dos artigos sobre responsabilidade do Estado²¹.

la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados; *Resolución 2625*: Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de N.U.; *Resolución 3314*: definición de la agresión; *Resolución 2749*: Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (NACIONES UNIDAS. *Resoluciones de la Asamblea General*. Disponível em: <www.un.org/es>. Acesso em: 10 jan. 2016).

17 Cf. TRINDADE, Antônio A. Cançado. Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 225. Assevera Trindade (op. cit.) que a consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção em meio à incidência das normas de *jus cogens* é imprescindível aos avanços na luta contra o poder arbitrário e no fortalecimento da proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporânea.

18 SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 8, p. 583-595, 1997. p. 592.

19 THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 146.

20 Sobre a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas e os artigos sobre a responsabilidade do Estado, cf. CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

21 THIRLWAY, op. cit., 146-147.

Las obligaciones *erga omnes* incorporan valores esenciales para la comunidad internacional, por lo que no es relevante únicamente el tamaño o amplitud del grupo de sujetos internacionales frente al que se asume el compromiso en cuestión, sino el contenido material de dicho compromiso. Este es el quid de la diferenciación entre el concepto exclusivamente etimológico y el concepto manejado por el TIJ en caso *Barcelona Traction*²².

Foi no seu acórdão de 05 de fevereiro de 1970 sobre o caso *Barcelona Traction* que a Corte Internacional de Justiça elaborou de forma mais clara a extensão das obrigações *erga omnes*. A Corte distingue entre, por um lado, as obrigações para com toda a comunidade internacional e, por outro, as obrigações de um Estado para outro Estado no contexto da proteção diplomática. Por sua natureza, os primeiros são a preocupação de todos os Estados. Tendo em vista a importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem ter interesse jurídico na sua proteção; são obrigações *erga omnes*²³.

Mais tarde, a Corte voltou a referir obrigações *erga omnes* em seu parecer consultivo de 21 de junho de 1971 e nas suas decisões de 20 de dezembro de 1974. Finalmente, depois de ter constatado as conseqüências inferidas no seu parecer de 28 de maio de 1951, a partir do objetivo da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, a Corte afirmou, na sua decisão de 11 de julho de 1996 sobre os problemas territoriais associadas à aplicação da Convenção, que os direitos e deveres consagrados na Convenção são direitos e obrigações *erga omnes*²⁴.

Ademais, o caso Timor Leste (Portugal/Austrália), julgado em 30 de junho de 1995 na Corte Internacional de Justiça²⁵, marca claramente os limites das normas *jus cogens* e as obrigações *erga omnes* no direito internacional contemporâneo.

Nesse caso, o processo pleiteado por Portugal, segundo a Corte, teve efeitos equivalentes aos de uma decisão afirmando que a invasão da Indonésia no Timor Leste era ilegal e que, conseqüentemente, a Indonésia não tinha poder para concluir tratados relativos aos recursos da plataforma continental Timor Leste. Isso

22 ROMERO, Alicia Cebada. Los conceptos de obligación erga omnes, iuscogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, p. 1-14, 2002. Disponível em: <www.reej.org>. Acesso em: 10 dez. 2015. p. 2-3.

23 SALCEDO, op. cit., p. 592-593.

24 Ibid., p. 593.

25 Nesse caso, a Austrália negocia com a Indonésia a partilha do mar que separa os dois países em 1972, contudo, 85% ficavam com a Austrália, deixando 15% para a Indonésia. Portugal, de quem o Timor era colônia, recusa esta solução e em 1975, quando deixa de ser colônia de Portugal, o Timor é invadido e anexado pela Indonésia. Em 1989 a Indonésia assina um tratado cedendo grande parte dos recursos do Timor à Austrália. Em troca, a Austrália reconhecia a soberania da Indonésia sobre o Timor Leste, mas esse reconhecimento violava as resoluções da ONU. Portugal processa a Austrália na Corte Internacional de Justiça, e na ausência de uma das partes (a Indonésia não reconhece a jurisdição da CIJ), a Corte se declara incompetente, mas adverte a Austrália que o tratado não envolve o Timor Leste, caso ele se torne independente.

explica porque a Corte de Justiça decidiu, em um veredicto questionável, que uma decisão dessa natureza seria executada diretamente contra o princípio de que a Corte possa exercer a sua jurisdição sobre um Estado apenas com o seu consentimento²⁶, uma vez que a Indonésia não reconhece a Jurisdição da Corte.

A Corte já destacou um número de casos com obrigações de caráter *erga omnes* tais como proibição do genocídio, princípios de direitos humanos, proibição da escravidão e discriminação racial.

4. PROIBIÇÃO DA ESCRAVIDÃO NO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO E O CASO FAZENDA BRASIL VERDE

O tema é tratado pelo direito internacional desde o Século XVII e vários Estados já haviam ratificado tratados internacionais na década de 1810, que colocavam o tráfico de escravos como *pirataria* e, nessa condição, sujeito à repressão²⁷. Estes tratados, todavia, eram, em sua maioria, tratados bilaterais, firmados com a Inglaterra, o país mais interessado no fim do tráfico de escravos à época e que por meio do *Slave Trade Suppression Act* ou *Aberdeen Act*, patrulhava os oceanos tentando impedir o tráfico de escravos. A Convenção sobre Escravatura de 1926 e seus Protocolos de 1953 e 1956 da Sociedade das Nações Unidas e posteriormente recepcionado pela Organização das Nações Unidas, é, pois, o tratado multilateral que põe fim a escravidão, conferindo ao tema caráter de *jus cogens* e compartilhando com toda a comunidade internacional o dever de fiscalizar e impedir sua prática.

A questão, todavia, não é tão simples. Os Estados passaram a interpretar o tema e os tratados ratificados como uma obrigação de combater o tráfico de escravos, não o trabalho escravo em si ou formas análogas de escravidão, como a servidão. O tema passou a ser regulamento pela Organização Internacional do Trabalho como a proibição ao trabalho forçado, regulada pelas Convenções: Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado de 1957 (nº 105); Protocolo à Convenção sobre o Trabalho Forçado de 2014 e Recomendação sobre Trabalho Forçado (medidas complementares), de 2014.

Contemporaneamente, o tema ganhou espaço nos tratados de direitos humanos, sendo destacado que a liberdade de emprego e trabalho é direito fundamental da pessoa humana. Assim, o direito ao trabalho em condições dignas, bem como a proibição da escravidão ou servidão passou a ser assegurado em vários documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, dentre eles tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 4º), a Carta dos Direitos

²⁶ Ibid., p. 594.

²⁷ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil*. São Paulo: SENAC, 2001. p. 322.

Fundamentais da União Européia (artigo 5º), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Ser Humano (artigo XIV); a Convenção Européia dos Direitos Humanos (artigo 4º) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 6º, na qual assegura que ninguém pode ser submetido a escravidão, ao tráfico de escravos e o tráfico de mulheres. *In literis*:

Artigo 6. Proibição da escravidão e da servidão

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.
2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso [...].

Ademais, o protocolo adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos quanto aos direitos econômicos sociais e culturais, em seu artigo 6º, menciona sobre o direito que o trabalhador possui de escolher livremente uma atividade para desempenhá-la de forma lícita. O reconhecimento do trabalho forçado como violação de normas internacionais de direitos humanos alçou o tema aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, dotando as vítimas e seus familiares de novos instrumentos de luta contra esta prática que goza da conivência dos Estados, em especial quando a exploração é realizada por empresas estrangeiras ou grupos políticos locais com influência nos círculos de poder nacional.

É caso brasileiro levado, pela Comissão Interamericana à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2015, destacando-se como o primeiro caso sobre o tema a ser apreciado por esta Corte em toda sua história de funcionamento, em especial agora que a presidência da mesma será conduzida por um brasileiro, o Juiz Roberto Caldas (mandato 2016-2017).

O caso em questão trata da submissão de dezenas de milhares de trabalhadores ao trabalho escravo, o qual tem raízes em uma discriminação e exclusão histórica. O grupo afetado é constituído na maioria por homens de 15 a 40 anos de idade, afrodescendentes e morenos originários dos estados mais pobres do país e com menos perspectiva de trabalho, os quais migram para outros estados em busca de trabalho e acabam sendo submetidos ao trabalho escravo. O caso acontece na Fazenda Brasil Verde localizada no sul do estado do Pará, Brasil²⁸.

28 CIDH. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Caso nº 12.066. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a situação de extrema e especial vulnerabilidade desse grupo é devida, entre outros, à falta de recursos adequados e eficazes que protejam seus direitos não somente de maneira formal; à pobreza extrema em que vive grande parte da população dos estados dos quais são oriundos; à insuficiente presença de instituições estatais; e à distribuição desigual da terra²⁹.

A denúncia foi apresentada a Comissão em 12 de novembro de 1998, a qual por meio de um relatório de admissibilidade considerou que o Estado Brasileiro teve conhecimento da existência destas práticas em geral e, especificamente na Fazenda Brasil Verde, desde pelo menos 1989 e não adotou medidas razoáveis de prevenção e resposta, nem forneceu às vítimas um mecanismo judicial eficaz para a proteção de seus direitos, punição dos responsáveis e obtenção de uma reparação³⁰.

Desta forma, a Comissão concluiu que o Brasil deve ser responsabilizado internacionalmente pelo desaparecimento dos adolescentes Iron Canuto e Luis Ferreira, denunciado às autoridades estatais desde 21 de dezembro de 1988. Mesmo com a denúncia, nenhuma medida eficaz foi adotada para encontrar seu paradeiro apesar do conhecimento, por parte do Estado, das práticas na fazenda. Sendo assim, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em março de 2015³¹.

O trâmite deste caso na Corte Interamericana de Direitos Humanos além de ser relevante para que se faça justiça, envolve questões de ordem pública interamericana, pois o caso oferece uma oportunidade para que a Corte Interamericana desenvolva jurisprudência sobre o trabalho forçado e as formas contemporâneas de escravidão, sendo pertinente mencionar que a proibição da escravidão é considerada *norma jus cogens*, pois afronta a comunidade internacional como um todo³². Ademais, pode-se considerar que outros direitos relacionados a proteção do direito laboral abarcam a amplitude das normas *jus cogens*, como a não discriminação, princípio da igualdade e o direito ao devido processo legal³³.

29 Ibid., loc. cit.

30 Este relatório de admissibilidade e mérito foi notificado ao Estado do Brasil concedendo-lhe um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Após a concessão de 10 prorrogações, o Estado não avançou de maneira concreta no cumprimento das recomendações do relatório de admissibilidade e mérito. Embora o Estado tenha apresentado ampla informação sobre a normativa e as políticas públicas sobre a matéria, não avançou nas recomendações de reparar adequadamente as vítimas nos aspectos tanto morais como materiais. Tampouco apresentou informação sobre medidas para cumprir as recomendações relativas às investigações dos fatos do caso (Cf. CIDH, op. cit.).

31 CIDH, op. cit.

32 A Corte poderá desenvolver, então, as circunstâncias em que um Estado pode comprometer sua responsabilidade internacional pela existência desse tipo de práticas. Em particular, o alcance do dever de prevenção de atos desta natureza por parte de particulares, bem como o alcance do dever de investigar e punir estas violações (Cf. CIDH, op. cit.).

33 Precedente importante sobre o tema é o caso de Rantsev contra a República do Chipre e a Federação Russa, teve origem na demanda nº 25965/2004 (ECHR, 2010), apresentada perante o Tribunal Europeu de

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio do direito internacional segue sendo tornar suas normas eficazes, criar instrumentos que permitam aos grupos vulneráveis da sociedade internacional, dentre eles indivíduos, Estados falidos, comunidades autóctones, minorias, terem voz e vez. O princípio da igualdade no plano internacional é tão efetivo como toda regra formal de direito interno que não disponha de mecanismos para equilibrar os jogos de poder, de ações afirmativas que garantam acesso igual as oportunidades e aos tribunais. No plano internacional, sobretudo os seres humanos, estão perdendo esta disputa. Os Estados que deveriam tutelar e cumprir, por meio de compromisso que já assumiram, qual seja, erradicar o trabalho escravo e suas versões, fiscalizando e punindo o comportamento predatório de empresas e grupos de pessoas que detém o poder numa determinada região, são muitas vezes coniventes, quando não seus apoiadores.

O presente trabalho teve por objeto demonstrar que conceitos universais dentro do direito internacional, como normas de caráter *jus cogens*, com efeito *erga omnes* e escravidão, não são de fato, de compreensão e aplicação universal, o que permite à humanidade chegar ao século XXI tendo ainda que enfrentar um problema do século XVII, qual seja, reconhecer simplesmente que todo ser humano é livre e, portanto, não poder ser servo de outro.

O caso Fazenda Brasil Verde, quando julgado, produzirá no continente americano a primeira jurisprudência, leia-se norma de direito internacional contemporânea, sobre o tema e a sentença, poderá ou não, destacar a importância das regras de *jus cogens* com efeito *erga omnes* expressamente, mas por certo, será este seu legado, qual seja, o de recordar, mais uma vez a sociedade internacional, o porquê da existência destas regras e como a escravidão ao violá-las viola todo o direito internacional, não apenas este ou aquele tratado.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Formação da diplomacia econômica no Brasil*. São Paulo: SENAC, 2001.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Direitos Humanos, com fundamento no Artigo 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O demandante, Nikolay Rantsev, era pai de Oxana Rantseva (vítima), nascida em 1980, ambos de nacionalidade russa. O caso revela a conivência e descaso das autoridades policiais e judiciárias de ambos os países em apurar a morte de sua filha, em condições precárias de trabalho forçado e abuso.

- BYERS, Michael. Conceptualising the relationship between Ius cogens and Erga omnes rules. *Nordic Journal of International Law*, n. 66, p. 211-239, 1997.
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2. ed. New York: Oxford University, 2005.
- CIDH. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Caso nº 12.066. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- CRAWFORD, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: introduction, text and commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- D'AMATO, Anthony. It's a bird, it's a plane, it's jus cogens! *Faculty Working Papers*, Northwestern University School of Law, v. 61, 2010. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/61>>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- KAWASAKI, Kyoji. A brief note on the legal effects of jus cogens in international Law. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Tóquio, Hitotsubashi University, p. 27-43, 2006.
- NACIONES UNIDAS. *Resoluciones de la Asamblea General*. Disponível em: <www.un.org/es>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- NIETO-NAVIA, Rafael. *International peremptory norms (jus cogens) and international humanitarian law*. Coalition for the International Criminal Court. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/documents/WritingColombiaEng.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- RÉMON, Florabel Quispe. Ius Cogens en el Sistema Interamericano: su relacion com el debido proceso. *Revista de Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Barranquilla, n. 34, 2010.
- ROMERO, Alicia Cebada. Los conceptos de obligación erga omnes, iuscogens y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, p. 1-14, 2002. Disponível em: <www.reej.org>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. Reflections on the Existence of a Hierarchy of Norms in International Law. *European Journal of International Law*, Firenze, v. 8, p. 583-595, 1997.
- THIRLWAY, Hugh. *The sources of international law*. New York: Oxford University Press, 2014.
- TRINDADE, Antônio A. Cançado. Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). *O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Trad. Truyol y Serra. Madri: Aguilar, 1963.

CAPÍTULO VIII

LEIS DE AUTOANISTIA E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL: UM CONTRIBUTO A PARTIR DA ANÁLISE DOS CASOS *BARRIOS ALTOS VS. PERU* E *GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL*

Gabriel Prado Leal¹

SUMÁRIO: 1. Apresentação — 2. O sistema americano de proteção aos direitos humanos — 3. O *leading case*: Barrios Altos vs. Peru (2001): 3.1. Contexto histórico peruano: a era Fujimori; 3.2. O massacre de Barrios Altos e o processo na Corte Interamericana de Direitos Humanos — 4. O caso mais recente: Gomes Lund e outros vs. Brasil (2010): 4.1. Contexto histórico brasileiro: da ditadura à redemocratização; 4.2. A guerrilha do Araguaia e o processo na Corte Interamericana — 5. Análise comparativa: o caso peruano e o caso brasileiro: 5.1. Ditadura e estado de crise; 5.2. O inimigo interno e o seu combate pelo estado; 5.3. A validade das leis de auto-anistia e a jurisprudência (vinculativa) da Corte Interamericana de Direitos Humanos — 6. Conclusões — 7. Referências.

1. APRESENTAÇÃO

Durante a segunda metade do século XX, diversos Estados da América do Sul conviveram com ditaduras, como o Brasil (1964-1985), Argentina (1966 a 1973 e 1976 a 1983), Chile (1973 a 1990), Uruguai (1973 a 1985) e Paraguai (1954-1989), entre outros. Posteriormente, o Peru experimentou um governo autoritário, a partir do autogolpe protagonizado pelo presidente Alberto Fujimori (1992-2000).

Naturalmente, em cada lugar a história ganha seus próprios contornos. O Brasil da década de 1960 não era igual ao Peru dos anos 1990. O desconcertante, porém, nem é tanto identificar as (muitas) diferenças, mas sim perceber as semelhanças entre as práticas (e justificativas) repressivas encontradas nos países sul-americanos. O combate ao inimigo interno, a cassação de mandatos parlamentares, a censura, a violação sistemática dos direitos humanos — todos esses foram elementos comuns nas ditaduras sul-americanas, assim também como a edição de diversas leis de anistia que perdoaram os crimes cometidos pelos agentes

1 Procurador Federal de Categoria Especial e Professor de Direito Constitucional em Brasília-DF. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal).

da repressão. Podem ser citadas, por exemplo, a Lei de Anistia do Chile (1978), a Lei de Anistia no Brasil (1979), a Lei de Caducidade do Uruguai (1985), a Lei do Ponto Final e da Obediência Devida na Argentina (1986 e 1987) e as Leis nº 26.479 e nº 26.492 no Peru (1995).

Ainda nos anos 1990, todas essas leis começaram a ser contestadas no âmbito internacional. No início do século XXI, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a considerá-las inválidas por impedir que os Estados cumpram a sua obrigação inalienável de punir os crimes contra a humanidade. Em 1997, no julgamento do caso *Castillo Páez vs. Peru*², de maneira ainda superficial, o Tribunal já havia entendido que as leis peruanas não poderiam constituir obstáculos à investigação dos fatos e à reparação dos familiares da vítima. Mas foi em 2001, no caso *Barrios Altos vs. Peru*, que a Corte decidiu, de maneira inédita (e enfática), que as leis de auto-anistia não são verdadeiras leis, sendo, portanto, inadmissíveis no plano internacional. Tal orientação foi reforçada nos casos *Almoxid Arellano e Outros vs. Chile* (2006), *La Cantuta vs. Peru* (2006) e, finalmente, na recente e extensa decisão no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (2010).

Neste trabalho, pretende-se estudar a relação entre as leis de auto-anistia e os direitos humanos na América do Sul, a partir da análise comparativa dos casos *Barrios Altos* (2001) e *Gomes Lund* (2010). A escolha do *leading case* e do julgado mais recente é proposital, e tem por objetivo avaliar a evolução da jurisprudência da Corte e seu papel na chamada “justiça de transição”³. Inicialmente, é traçado um breve panorama sobre o sistema americano de proteção aos direitos humanos, delineando as competências da Comissão e da Corte Interamericana. Passa-se, em seguida, à exposição dos casos escolhidos, precedidos de uma contextualização histórica. Não se ignora que os fatos que ensejaram os casos peruano e brasileiro se deram em circunstâncias distintas. O esforço de contextualização serve, justamente, para evitar uma indesejável generalização de premissas e conclusões. Por fim, é feita uma análise comparativa entre os casos, buscando-se focar em temas comuns, quais sejam: (i) estado de crise e a (alegada) justificativa de regimes autoritários; (ii) o combate do inimigo interno e a tortura como método de investigação; e (iii) a invalidade das leis de anistia e a vinculação dos Estados à jurisprudência interamericana.

2 Discussia-se, no caso, a responsabilidade do Estado pelo sequestro e desaparecimento de Ernesto Rafael Castillo Páez.

3 “O conceito de justiça de transição [...] diz respeito à forma como as sociedades encontram para superar um período de graves violações dos Direitos Humanos ao fim de um governo autoritário ou de um conflito armado” (ARRUDA, Ricardo José Aguiar de. *Direitos Humanos na América do Sul e a ‘Justiça de Transição’*. *Comunicação e Política*, v. 27, n. 1, p. 33-43, 2009. p. 33).

2. OS SISTEMA AMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No século XIX, em consonância com o ideal positivista então em voga, o direito internacional estava atrelado a um rígido conceito de soberania e ao princípio da não intervenção. Apenas os Estados eram considerados sujeitos de direito internacional. Eventuais violações aos direitos de nacionais de cada Estado acabavam sendo encaradas como assuntos domésticos, não ensejando interferência externa. Tal situação foi profundamente alterada após a Segunda Guerra Mundial e seu histórico de violência e desrespeito à dignidade humana. O Estado, justamente aquele que deveria proteger os seus cidadãos, emergiu do conflito como o grande violador de direitos. Tornou-se imperativa uma nova compreensão acerca da legitimidade (do governo) e da soberania (do Estado), tendo como pedra angular o indivíduo e sua afirmação como “unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional”⁴.

Assim, o pós-guerra inicia uma nova fase do direito internacional, marcada pela reconstrução e pela internacionalização dos direitos humanos, tomados agora como referencial ético a orientar a ordem internacional⁵ ou, em outras palavras, como valor transnacional fundamental⁶. Nesse contexto, em 1945, durante a Conferência de São Francisco, cinquenta países fundam a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a Assembléia Geral da ONU aprova a Declaração universal dos direitos humanos, no bojo da qual se (re) afirma a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana”.

O direito internacional passa, então, a atuar na promoção e proteção dos direitos humanos. Trata-se, como ensina Flávia Piovesan, da **humanização** do direito internacional pela **internacionalização** dos direitos humanos⁷. A par da Declaração, surge a preocupação, igualmente relevante, com a delimitação de um

4 Cf. MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 359. Afirma, ainda, o autor: “Uma vez acolhido plenamente este entendimento, só os Estados livres, democráticos e de direito mereceriam o pleno reconhecimento internacional da sua soberania. Do mesmo modo, o reconhecimento dos governos deveria basear-se na legitimidade da sua origem e na justiça dos seus métodos, no tipo de relação que estabelece com os cidadãos”. Contudo, é importante dizer que atribuição de personalidade jurídica internacional aos indivíduos não é tema pacífico. Não é aceita, por exemplo, pelo o ex-juiz da corte de Haia e professor titular da Universidade de Brasília (UnB), Francisco Resek (cf. RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152). A mesma opinião é partilhada, com algumas poucas ressalvas, pelo constitucionalista português Jorge Miranda: “[...] relevância jurídica não equivale a personalidade jurídica; tratamento do indivíduo enquanto tal ou enquanto investido de determinada função não significa, só por si, consideração como sujeito no sentido rigoroso do termo, a par de outros sujeitos. É preciso algo mais” (cf. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2009. p. 212).

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

6 MACHADO, op. cit., p. 362.

7 Ibid., p. 18.

sistema normativo internacional para a proteção e efetivação desses direitos⁸. Começam a ser criados os sistemas regionais de proteção, que, em comparação aos instrumentos globais, teriam a vantagem de uma maior homogeneidade entre os seus membros, tanto em relação aos aspectos jurídico-políticos quanto culturais⁹.

No âmbito das Américas, sem dúvida o mais importante instrumento regional de proteção é a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Foi ela adotada em 1969, em uma conferência da Organização dos Estados Americanos (OEA), na cidade de San José, na Costa Rica, mas entrou em vigor apenas em 1978, quando foi ratificada pelo décimo primeiro país. A Convenção prevê a existência de dois órgãos, com competências distintas: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O acesso à Comissão é bastante amplo, abrangendo pessoas, grupos de pessoas e entidades não governamentais¹⁰. Sua principal função é a de examinar as queixas de violação a direitos humanos e expedir recomendações aos Estados-membros. Caso o Estado não as cumpra a contento, a Comissão poderá enviar o caso à Corte¹¹. Nesta última, o acesso é mais restrito, pois apenas são analisados casos apresentados pelos Estados-partes ou pela própria Comissão. Daí dizer-se que a Comissão funciona como uma instância preliminar (ou filtro) ao Tribunal. A Corte, por sua vez, atua na forma consultiva ou jurisdicional. Exercendo sua jurisdição, poderá determinar: (i) que seja assegurado ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade; (ii) a reparação das consequências da medida que ensejou a violação desses direitos; e (iii) o pagamento de justa indenização à parte lesada. Como veremos nos estudos dos casos, é a atuação complementar e conjunta

8 Diz Bobbio, em obra clássica: “[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 12).

9 MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009. p. 33.

10 Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O fim das “leis” de auto-anistia. *Correio Braziliense*, 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=193>>. Acesso em: 15 dez. 2010. Antônio Augusto Cançado Trindade (op. cit.), com a autoridade de quem já presidiu a Corte Interamericana, bem destaca a importância desse amplo acesso ao sistema de proteção de direitos humanos: “Não há que passar despercebido que essa construção jurisprudencial emancipadora da pessoa humana vis-à-vis seu próprio Estado tornou-se possível graças ao exercício do direito de petição individual internacional, mediante o qual as vítimas e seus familiares se afirmam como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional contemporâneo, dotados de plena capacidade jurídico-processual”.

11 “Note-se, por fim, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos o único tratado internacional de direitos humanos que estabelece medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis” (MIRANDA, M., op. cit., p. 40).

dos dois órgãos (Comissão e Corte) que possibilita, no sistema interamericano, a eficiência na proteção aos direitos humanos.

3. O *LEADING CASE*: BARRIOS ALTOS VS. PERU (2001)

3.1. Contexto histórico peruano: a era Fujimori¹²

Nas eleições de 1990, o empresário e engenheiro de nacionalidade peruano-japonesa Alberto Fujimori venceu o escritor Mario Vargas Llosa e tornou-se presidente do Peru. Fujimori, conhecido como “*El Chino*” em virtude de sua ascendência nipônica, herdou de seu antecessor, Alan García Perez, um país em crise econômica e envolvido em uma sangrenta guerra interna contra grupos terroristas. Na economia, a busca por estabilidade levou Fujimori a adotar uma agenda neoliberal (que abrangeu, por exemplo, um amplo programa de privatizações), sob a tutela do Fundo Monetário Internacional (FMI) e dos Estados Unidos da América (EUA). No plano da guerra ao terror, lançou uma forte ofensiva à principal organização então em atividade no país, o Sendero Luminoso.

O Sendero Luminoso, cujo nome oficial é Partido Comunista do Peru (PCP), foi fundado na década de 1960 pelo professor de Filosofia Abimael Guzmán, que posteriormente adotou o codinome *Presidente Gonzalo*. Inspirado pela doutrina de Mao Tse-tung, tinha por objetivo estabelecer um regime revolucionário comunista de base camponesa. Em seu período de maior atividade, era considerado um dos maiores grupos de ação da América do Sul, ao lado das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). Em termos de violência, porém, o Sendero Luminoso não possuía rivais em território americano. São atribuídos ao grupo dezenas de milhares de mortes, entre civis, camponeses, militares e militantes rivais. As Comissões da Verdade posteriormente instaladas no Peru identificaram cerca de setenta mil mortes no período de guerra ao terrorismo, das quais metade são imputadas ao Sendero (as demais são computados ao Estado e aos outros grupos guerrilheiros).

Se inicialmente o Sendero Luminoso contou com a simpatia de estudantes e camponeses, sobretudo nas áreas onde o Estado peruano se fazia pouco (ou nada) presente, o incremento da violência acarretou a perda gradativa desse apoio. Tornou-se frequente a reclamação de que os “inimigos da revolução” (nos quais se incluíam

12 As referências históricas foram obtidas a partir da leitura de artigos e reportagens na internet, além do livro-reportagem de: HERTO, Alain; LABROUSSE, Alain. *Sendero Luminoso*: uma Reportagem. São Paulo: Brasiliense, 1990. Também não podem ser esquecidas as contribuições do instigante artigo, cuja leitura é altamente recomendável, do jornalista e presidente do Instituto de Defesa Legal do Peru, cf. GORRITI, Gustavo. *Estratégias Policiais perante Novas Ameaças e Relações Segurança Pública e Defesa Nacional*. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/artigo_gorriti_port.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010. Todas as citações atribuídas a Gorriti, ao longo do texto, foram retiradas deste artigo.

professores de escola, prefeitos locais, religiosos e comerciantes que de alguma forma divergiam da doutrina do grupo) eram sumariamente julgados e executados com violência pelos tribunais “senderistas”. Sintomático da perda do apoio popular do Sendero Luminoso foi o fato de que, no final dos anos 1980, praticamente toda a sociedade peruana convenceu-se da necessidade de derrotar o grupo.

Os governos de Fernando Belaúnde Terry (1980-1985) e Alan García Perez (1985-1990) fracassaram no combate ao Sendero Luminoso. Esse foi o cenário — caótico — encontrado por Fujimori ao assumir a presidência. Foi nesse contexto, também, que emergiu como figura central e preponderante no governo o ex-capitão do Exército Vladimiro Montesinos, definido pelo jornalista peruano Gustavo Gorriti como uma pessoa inescrupulosa e ao mesmo tempo audaz, que tinha “uma fixação pelo mundo da inteligência, da espionagem e das táticas mais ameaçadoras e coercitivas para afirmar-se no poder”. O Serviço de Inteligência Nacional (SIN), controlado por Montesinos, subordinou as Forças Armadas e a Polícia, tornando-se o órgão mais importante do Estado.

Não satisfeito, Montesinos criou um grupo especial, formado com membros do exército e sob as ordens diretas do SIN, para levar a cabo as ações que ele reputasse necessárias. O grupo ficou conhecido como Colina. Não que a iniciativa de formação de milícias ou militares encarregados de missões “especiais” fosse novidade. Já no governo García havia os denominados “esquadrões da morte”. Entretanto, até então esses grupos tinham uma ação regionalizada. Com o Colina, pela primeira vez um grupo operacional dessa estirpe era chefiado diretamente pelo SIN. Montesinos acreditava que o grupo tinha uma forte importância estratégica no combate ao terror. Como acentua Gorriti, “o SIN teria a informação e, em determinadas circunstâncias, o grupo Colina atuaria expedita e letalmente, *à margem da lei, mas a serviço do poder*, como um grupo secreto e aterrorizante” (grifos nossos).

Nesse meio tempo, Fujimori entrou em rota de colisão com o Congresso peruano, ante a recusa deste em lhe conceder amplos poderes para legislar sem fiscalização em temas econômicos e de política antiterrorista. Assim, em abril de 1992, Fujimori decidiu dissolver o Congresso e suspender as atividades do Judiciário, em ato que ficou conhecido como autogolpe. Desde essa época ele também já era acusado de intervir nos meios de comunicação para obter apoio e ocultar atos de corrupção. De se ressaltar, porém, que “*El Chino*” recebeu respaldo popular, tanto que seus níveis de popularidade foram elevados à casa dos 80%.

É interessante notar que os motivos dados por Fujimori para o autogolpe não trouxeram nenhuma novidade histórica (também não é novidade o apoio popular ocasional). Ao contrário, causa uma inquietante sensação de *déjà vu*, sobretudo

naqueles que viveram boa parte do século XX, o discurso de que o autoritarismo é justificado pelas dificuldades encontradas no ambiente democrático (leia-se dificuldades na aprovação de projetos e de mudanças sociais tidas por necessárias) e/ou pela ameaça circunstancial à própria democracia (em geral representada por grupos considerados subversivos)¹³. Disse o presidente:

É certo que a própria Constituição prevê os mecanismos para sua modificação, mas é igualmente certo que [...] isto [seguir esses mecanismos] significaria que, quase ao término do presente mandato, recém contaríamos com os instrumentos legais necessários para a reconstrução geral do Peru. [...] Qual é a instituição ou mecanismo que permitiria realizar todas as mudanças profundas que tornem possível o desenvolvimento do Peru? Sem dúvidas nem o Parlamento, nem o Poder Judiciário são hoje agentes de mudança, mas sim freios à transformação e ao progresso. Como Presidente da República, constatei diretamente todas essas anomalias e **me senti com a responsabilidade de assumir uma atitude de exceção para procurar acelerar o processo desta reconstrução nacional [...]**¹⁴.

Em novembro de 1992, o general de divisão Jaime Salinas Sedó tentou, sem sucesso, dar um golpe de estado (golpe no golpe). Fujimori refugiou-se na embaixada do Japão e denunciou essa tentativa como um plano para assassiná-lo. A situação foi controlada, os líderes do movimento foram presos e Fujimori voltou ao poder, em um governo batizado de “Governo de Emergência e Reconstrução Nacional”. No ano seguinte, foi aprovada em referendo (com 52,24% dos votos válidos) uma nova Constituição, que aumentou os poderes do presidente e diminuiu as atribuições do Congresso. Graças à nova Constituição, Fujimori pôde concorrer à reeleição em 1995, quando terminou vencendo com 64% dos votos válidos.

Naquela ocasião, o poder do Sendero Luminoso já estava sensivelmente reduzido, mormente após a captura de seu grande líder, Abimael Guzmán, em setembro de 1992¹⁵. A prisão do *Presidente Gonzalo* levou à captura de diversos outros integrantes do grupo maoísta. Enfim, a política antiterrorista de Fujimori havia obtido sucesso (considerando como sucesso a desarticulação do Sendero Luminoso)¹⁶. Não, porém, sem efeitos colaterais desastrosos no campo dos

13 Este tema será desenvolvido no tópico 5.1.

14 LOS CUATRO puntos clave del mandato de Fujimori. *LaSemana.es*, 12 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.lasemana.es/periodico/noticia.php?cod=23111>>. Acesso em: 15 dez. 2010. Tradução nossa, grifos nossos.

15 A captura de Guzmán não se deve, porém, à truculência do grupo Colina, mas às investigações de outro grupo policial, o GEIN (cf. tópico 5.2).

16 No final da Era Fujimori, integrantes do governo peruano chegaram a considerar vencida a guerra contra o Sendero Luminoso. Porém, embora sensivelmente reduzida, a atividade do grupo não cessou. Nos últimos anos, a organização tem procurado se expandir novamente, investindo, sobretudo, no narcotráfico. Cf., a

direitos humanos, frutos da truculência (e eventualmente leniência) do poder central, a exemplo dos massacres contra civis em Barrios Altos e La Cantuta, que acabariam levando Montesinos e o próprio Fujimori ao banco dos réus.

3.2. O massacre de Barrios Altos e o processo na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 03/11/1991, na vizinhança de Barrios Altos, em Lima (Peru), seis homens armados e encapuzados invadiram uma reunião que tinha o propósito de arrecadar fundos para a recuperação de um prédio. Os participantes dessa reunião foram deitados no chão e, em seguida, alvejados indiscriminadamente. Quinze pessoas morreram e outras quatro ficaram gravemente feridas. Posteriormente, no curso do processo judicial, revelou-se que o bando armado pertencia ao grupo Colina e que a ação fora executada em represália aos membros do Sendero Luminoso, supostamente infiltrados na localidade.

Ainda em novembro daquele ano, o Senado peruano constituiu um Comitê de Investigação para o massacre de Barrios Altos. Todavia, as atividades do Comitê foram suspensas após a dissolução do Congresso pelo presidente Fujimori, em abril de 1992 (cf. tópico anterior). A investigação judicial, por sua vez, teve início apenas no início de 1995, quando uma promotora acusou cinco oficiais das Forças Armadas de participação no crime.

Tão logo iniciada a investigação, o Congresso apressou-se em aprovar a Lei de Anistia nº 26.479. Esta lei, que entrou em vigor em 15/06/1995, exonerava de qualquer responsabilidade os membros das Forças Armadas, a Força Policial e também os civis que haviam cometido violações dos direitos humanos no período de 1980 a 1995. Dessa maneira, foi impedida (em tese) a persecução penal dos réus no caso Barrios Altos.

Contudo, a juíza responsável pelo caso, Antonia Saquicuraya, em controle difuso de constitucionalidade (autorizado pela Constituição de 1993), entendeu que a Lei nº 26.479 era inconstitucional, por violar garantias constitucionais e disposições da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (vale lembrar que o Peru ratificou a Convenção em 1978). Não demorou muito e o Congresso peruano aprovou uma segunda lei, de nº 26.492, desta feita declarando que a anistia não podia ser revista por qualquer instância judicial. Além disso, em 14/07/1995, a Suprema Corte do Peru chancelou a constitucionalidade da anistia e determinou que o respectivo órgão de controle interno abrisse investigação contra a juíza Saquicuraya.

propósito, COSTAS, Ruth. Força do tráfico faz o Sendero Luminoso renascer. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/america-latina,forca-do-trafico-faz-o-sendero-luminoso-renascer,368854>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

No âmbito internacional, ainda em 1995, o caso passou a ser analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a partir de petição apresentada pela *National Human Rights Coordinator*. Em 2000, a Comissão recomendou ao Peru que: (i) anulasse as leis de anistia; (ii) conduzisse uma investigação a respeito dos fatos; e (iii) garantisse uma indenização aos sobreviventes e aos parentes das vítimas falecidas. Em resposta, o Peru argumentou que as leis de anistia constituíam medidas excepcionais, implementadas dentro de um contexto de guerra contra o terrorismo, e que a Suprema Corte peruana as havia reputado constitucionais. Acrescentou, ademais, que as vítimas poderiam pleitear indenização civil, pois apenas a via criminal restava impedida. Diante dessa posição do Peru, o caso foi apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto isso, nesse mesmo ano de 2000, o Peru passava novamente por graves problemas políticos internos. Após um período de estabilidade econômica e de grande diminuição da atividade terrorista, vários setores da sociedade peruana começaram a dar sinais de esgotamento em relação ao estilo autoritário de Fujimori. Apesar disso, e da proibição constitucional de um terceiro mandato, *El Chino* lançou-se candidato nas eleições de 2000. Em maio, foi declarado vencedor. Diante das suspeitas de irregularidades, o líder da oposição, Alejandro Toledo, pediu a anulação da eleição. A situação tornou-se ainda mais delicada quando o principal auxiliar de Fujimori, Vladimiro Montesinos, foi flagrado em um grande escândalo de corrupção. Em novembro de 2000, em meio a uma série de acusações, Fujimori fugiu do país. No dia 17 do mesmo mês, o Congresso votou a sua destituição e o declarou indigno da presidência. Após um breve governo de Valentin Paniagua, Toledo foi eleito presidente, assumindo em julho de 2001.

Alheia aos problemas internos no Peru, a Corte Interamericana deu início ao processo do caso Barrios Altos em 08/06/2000. Porém, em 24/08/2000 (portanto, ainda na presidência de Fujimori), um diplomata peruano informou ao Tribunal que havia sido depositada na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) documento que dava conta de uma resolução legislativa, aprovada em 1999 pelo Congresso do Peru, por meio da qual o país recusava a competência jurisdicional da Corte. Em 12/11/2000, os juízes do Tribunal encaminharam ao Secretário-Geral da OEA uma nota repudiando a atitude do Peru, mas dizendo que, diante da recusa, não poderiam continuar a julgar o processo.

Entretanto, em 23/01/2001 (no governo Paniagua — Fujimori já estava exilado), o Peru comunicou a Corte que a resolução anterior fora revogada e que aceitava novamente a jurisdição interamericana. Poucas semanas depois, o Peru admitiu a sua responsabilidade internacional no caso Barrios Altos e propôs uma solução amigável. O país mostrou-se disposto a rever os obstáculos procedimentais à punição dos responsáveis (o que envolvia, por óbvio, a revisão das leis de anistia) e

comprometeu-se a esclarecer melhor os fatos, analisar a viabilidade da punição criminal e administrativa dos envolvidos e providenciar as devidas reparações.

Na esteira do que reconheceu o próprio Estado peruano, a Corte declarou que este violara os direitos à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas. Declarou, ainda, que: (i) as Leis de anistia n° 26.479 e n° 26.492 eram incompatíveis com a Convenção dos Direitos Humanos e por isso careciam de efeitos jurídicos; (ii) o Peru deveria investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridos no caso; e (iii) as reparações deveriam ser fixadas de comum acordo pelo Estado demandado, pela Comissão Interamericana, pelas vítimas, seus familiares e representantes legais.

No acórdão, vale destacar o seguinte trecho do voto do então Juiz-Presidente da Corte, Antônio Augusto Cançado Trindade, professor titular da Universidade de Brasília (UnB) e hoje integrante da Corte Internacional de Haia:

É preciso ter presente, em relação às leis de auto-anistia, que sua legalidade no plano do direito interno, ao conduzir à impunidade e à injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos põe em relevo que nem tudo que é legal em um ordenamento jurídico interno o é no ordenamento jurídico internacional, ainda mais quando estão em jogo valores superiores (como a moralidade e a justiça). Na realidade, **o que se passou a denominar de leis de auto-anistia, ainda que se considerem leis em um ordenamento jurídico interno, não o são no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos**¹⁷.

Após a decisão da Corte no caso Barrios Altos, o Estado peruano procurou acertar suas contas internas da era Fujimori. Em 2002, foi criada uma procuradoria especializada (*Fiscalía Especializada*) para desapareções forçadas, execuções extrajudiciais e exumação de valas clandestinas, com competência nacional (Resolução n° 631-2002-MP-FN). Em 2005, outra resolução dispôs que os procuradores (*fiscales*) que tivessem atuado em processos que aplicaram as leis de anistia solicitassem a execução da decisão da Corte Interamericana (Resolução n° 815-2005-MP-FN)¹⁸.

O Peru ainda seria novamente condenado pela Corte Interamericana, em 2006, por conta de outro massacre protagonizado pelo grupo Colina. O caso dizia respeito aos desaparecimentos forçados e execuções sumárias de nove estudantes e de um professor da Universidade de La Cantuta, na cidade de Lima, ocorrido em 1992. Assim como no caso Barrios Altos, não houve investigação e

17 Tradução nossa, grifos nossos.

18 MARX, Ivan Cláudio. De Barrios Altos à Guerrilha do Araguaia: a possível condenação do Estado Brasileiro. *Revista de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 111-125, out. 2009. p. 124.

os crimes ficaram impunes em face das leis de anistia. Mais uma vez, a Corte reforçou seu entendimento a respeito da invalidade das auto-anistias.

Os principais personagens dos casos Barrios Altos e La Cantuta encontram-se hoje encarcerados. Em 2001, Vladimiro Montesinos foi preso na Venezuela e deportado ao Peru, onde foi acusado de diversos crimes, como corrupção, lavagem de dinheiro, assassinato e narcotráfico. Já estava cumprindo pena por outra condenação quando, em outubro de 2010, foi sentenciado a vinte e cinco anos de prisão, junto com outros integrantes do grupo Colina, pelos massacres de Barrios Altos, La Cantuta e pelo desaparecimento e morte de um jornalista. O ex-presidente Fujimori não teve melhor sorte. Entre 2000 e 2005 viveu no Japão, por também possuir nacionalidade japonesa. Em novembro de 2005, chegou a Santiago (Chile), procedente de Tóquio, e em seguida foi detido a pedido da embaixada do Peru. Em setembro de 2007, a Suprema Corte do Chile deferiu a extradição de Fujimori, aceitando as acusações de corrupção e de crimes contra a humanidade. Em abril de 2009, após quinze meses de julgamento e cento e sessenta audiências, foi condenado pela Suprema Corte peruana a vinte e cinco anos de prisão pelos massacres de Barrios Altos, La Cantuta e outros dois sequestros.

Apesar da condenação, e da forte imagem de corrupção deixada por seu governo, Fujimori ainda possui partidários e defensores no Peru, que lembram a obtenção da estabilidade econômica e a vitória contra o terrorismo. Prova disso é que sua filha, Keiko Fujimori, que sempre insistiu que o pai não sabia de nada sobre a corrupção e violação de direitos humanos em seu governo (o escudo da ignorância é sempre invocado pelos governantes, mesmo na democracia) apareceu, em janeiro de 2011, em segundo lugar nas pesquisas de intenção de voto para a presidência do Peru¹⁹, logo atrás do ex-presidente Alejandro Toledo.

4. OCASOMAS RECENTE: GOMES LUNDE OUTROS VS. BRASIL (2010)

4.1. Contexto histórico brasileiro: da ditadura à redemocratização

O regime militar foi instalado no Brasil após o golpe (chamado de “revolução” pelos militares) de 1964. O golpe, apoiado inicialmente por vários setores conservadores da sociedade civil, das Forças Armadas, da Igreja Católica e pelos Estados Unidos da América (EUA), constituiu uma reação ao temor da constituição, no Brasil, de um regime nos moldes comunistas. Vale lembrar que o mundo vivia o contexto da guerra fria, com a polarização ideológica entre duas potências hegemônicas — os EUA e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

19 TOLEDO lidera pesquisa no Peru e filha de Fujimori aparece em 2º. *O Globo*, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2011/01/16/toledo-lidera-pesquisa-no-peru-filha-de-fujimori-aparece-em-segundo-923514743.asp>>. Acesso em: 1 fev. 2011.

(URSS). A Revolução Cubana (1959) ainda era um fato recente (e temido). Além disso, medidas anunciadas pelo presidente João Goulart, como a reforma agrária, soavam, à época, como comunistas²⁰. O Ato Institucional nº 1 (AI-1), editado em abril de 1964 pelos militares, dizia expressamente que o governo deposto pretendia *bolchevizar* o país.

Após o golpe, movimentos de resistência começaram a eclodir no Brasil, alguns pretendendo a derrubada do regime militar e a volta do presidente deposto João Goulart, outros ambicionando, de fato, uma revolução comunista. Com o tempo, algumas organizações de esquerda tornaram-se mais radicais, praticando sequestros e assassinatos políticos, além de assaltos para financiar a luta armada. Nessa conjuntura, em 1968 foi editado o Ato Institucional nº 5 (AI-5), que representou o endurecimento definitivo do regime. Direitos e garantias foram suspensos, a censura prévia aos meios de comunicação foi extremada e o Congresso Nacional foi fechado por quase um ano. Nos porões das delegacias e dos quartéis, desaparecimentos forçados, tortura e assassinatos tornaram-se uma prática corriqueira. Em 1974, quando o general-presidente Ernesto Geisel anunciou a intenção de uma abertura “lenta, gradual e segura” (que culminaria com o fim do regime militar em 1985), a resistência armada já tinha sido praticamente exterminada.

Na sequência dessa abertura, em 1979, sob a presidência do general João Figueiredo, entrou em vigor a Lei nº 6.683 (“Lei de Anistia”). A reivindicação da anistia não era nova. Começou quinze anos antes em alguns meios políticos e intelectuais, seguiu trajetória ascendente e no final da década de 1970 já envolvia grande parte da sociedade²¹. A lei foi anunciada pelo governo Figueiredo como um instrumento de pacificação social, abrangendo, segundo a interpretação oficial, amplamente os dois lados (“subversivos” e agentes do Estado).

A ideia de que a anistia foi ampla e fruto de um acordo costurado entre os dois lados do conflito ainda hoje é bastante difundida, mas merece alguns reparos históricos. Como ressalta com propriedade José Carlos Moreira da Silva Filho, os presos políticos, os Comitês Brasileiros de Anistia (CBAs), a Ordem dos

20 Cf. HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Na análise do historiador inglês Eric Hobsbawn (op. cit., p. 429), “As Forças Armadas tomaram o poder no Brasil em 1964 contra um inimigo bastante semelhante [o autor refere-se ao peronismo, derrubado na vizinha Argentina]: os herdeiros do grande líder populista brasileiro Getúlio Vargas (1883-1954), que se deslocavam para a esquerda no início da década de 1960 e ofereciam democratização, reforma agrária e ceticismo em relação à política americana. As pequenas tentativas de guerrilha de fins da década, que proporcionaram uma desculpa para a implacável repressão ao regime, jamais representaram um verdadeiro desafio a ele [...]”.

21 MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências — um estudo do caso brasileiro*. 2003. 213 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 141.

Advogados do Brasil (OAB), a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), entre diversas outras organizações da sociedade civil, jamais defenderam uma anistia que incluísse os agentes da repressão. Pelo contrário. Porém, a OAB, em parecer assinado pelo então advogado Sepúlveda Pertence (que posteriormente integrou o STF), reconheceu que a exclusão dos agentes do Estado era “inegociável” pelo governo²².

Ocorre que o conceito de acordo pressupõe a existência de uma negociação entre as partes. Isto, contudo, é impossível quando não existe um equilíbrio mínimo entre os (supostos) negociantes. Nestes casos (desigualdade abissal de forças), não há negociação, mas imposição unilateral de vontade. Corroborado com essa conclusão a constatação de que a Lei de Anistia foi votada por um Congresso Nacional modificado e retalhado pelo denominado “pacote de abril de 1977”²³, e por isso subserviente e refém dos interesses do governo. Tanto é verdade que as alterações sugeridas pelo MDB, o único partido de oposição permitido à época (por isso chamado de “oposição consentida”), não foram aceitas na redação final do projeto (e se fossem, seriam vetadas). Não bastasse, permanecia a forte censura à imprensa e a truculência policial a impedir um diálogo social mais amplo²⁴.

Por isso, diversos autores assinalam que praticamente não houve troca de idéias com a sociedade²⁵, e que inexistia qualquer margem de negociação que conseguisse afastar o intuito do governo de se auto-anistiar²⁶. Ao final, a lei foi aprovada excluindo, no artigo 1º, § 2º, aqueles que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal, deixando claro

22 SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática*. Disponível em: <<https://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

23 Cf. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia, as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009. As principais lideranças de oposição já haviam sido cassadas. Ainda assim, como explica Lucia Elena Bastos (op. cit., p. 185), “nas eleições parlamentares de 1974, o MDB venceu nos grandes centros urbanos, elegendo um grande número de deputados e vários senadores. Esse resultado demonstrava o crescente descontentamento da população em relação ao regime ditatorial. Para manter o ritmo do processo sob controle, o governo adotou medidas especiais para as eleições municipais de 1976, baixando a chamada Lei Falcão (nome do Ministro da Justiça) em junho, que limitava a propaganda eleitoral à foto e ao currículo sumário. Frente aos crescentes obstáculos que o Congresso punha aos projetos do governo [...], o então presidente Geisel fechou o Congresso Nacional por duas semanas, em abril de 1977, alterou as regras eleitorais, criando o senador ‘biônico’, ou seja, um em cada três senadores passou a ser eleito indiretamente pelas assembleias legislativas de seus estados, e mantendo as eleições indiretas para governador. Nas eleições de 1978, a oposição fez mais votos e aumentou sua bancada, mas permaneceu em minoria devido ao mecanismo dos ‘biônicos’ e ao distorcido coeficiente de representação que sobrerrepresentava eleitoralmente os pouco povoados Estados do norte e nordeste, que dependiam do governo federal”.

24 Cf., a esse respeito, o tópico 5.3.

25 MEZZAROBBA, op. cit., p. 142.

26 SILVA FILHO, op. cit.

que a intenção do governo nunca fora um a anistia tão ampla assim — ao menos não para o “outro lado”²⁷. No nosso entender, tais circunstâncias tornam inevitável a conclusão de que a lei brasileira implicou, de fato, em uma auto-anistia.

Por outro lado, a Lei nº 6.683/79 também não se comprometeu com o estabelecimento da verdade. Nenhuma notícia oficial foi dada aos parentes dos desaparecidos políticos. A primeira (e até hoje maior) tentativa de buscar resgatar a história e a memória de algumas dessas pessoas, bem como de documentar os excessos dos aparatos da repressão, surgiu em 1985, com a publicação do projeto “Brasil: Nunca Mais”. Coordenado por Dom Paulo Evaristo Arns, religioso que foi arcebispo de São Paulo, esse projeto foi uma iniciativa não governamental, realizada a partir da leitura e sistematização de mais de um milhão de páginas de arquivos do Superior Tribunal Militar (STM)²⁸, que, além de registrar a prática sistemática da tortura durante o regime de exceção, listou o nome de 444 torturadores.

A pressão de familiares dos desaparecidos não cessou com o passar dos anos. Em 1995, dez anos após o fim do regime militar, foi sancionada a Lei nº 9.140 (“Lei dos Desaparecidos”), que reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte de 136 desaparecidos políticos e criou uma Comissão Especial para examinar outros pedidos nesse sentido, feitas por familiares. Em 2002, outra lei, de nº 10.559, regulou a reparação econômica daqueles que foram impedidos de exercer suas atividades durante o período militar. Note-se, porém, que nenhuma dessas iniciativas do governo democrático (reconhecimento de mortes e reparação pecuniária) se preocupou de fato com o direito à verdade. Com efeito, os agentes responsáveis e as circunstâncias das mortes e desaparecimentos não foram (até hoje) esclarecidos.

27 “De um lado, os perpetradores de crimes de lesa-humanidade receberam [...] anistia geral, total e prévia (antes que seus crimes pudessem ser apurados na via adequada para isto: o julgamento penal). De outro lado, os opositores do regime ditatorial obtiveram uma anistia mutilada e incompleta, tendo já sofrido toda sorte de processamento penal (agravado pela sua inserção na esfera judicial militar), sevícias e violências físicas, morais e jurídicas” (cf. SILVA FILHO, op. cit.).

28 Cf. ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. 37. ed. São Paulo: Vozes, 2009. Cópia do livro, inclusive com depoimentos em vídeos, pode ser obtida gratuitamente na internet, no seguinte endereço: <<http://www.dhnet.org.br/memoria/nuncamais/>>. Por honestidade intelectual, convém assinalar que, em resposta ao livro “Brasil: Nunca Mais”, o Centro de Informações do Exército (CIEEx) determinou a compilação de um material com o intuito de documentar as atividades terroristas, que serviria como a versão dos militares acerca dos fatos ocorridos no período de 1964 a 1985. O livro, batizado de “As Tentativas de Tomada do Poder”, não foi divulgado à época (só viria a público muitos anos depois), para não reacender as disputas ideológicas. A obra narra o período pré-64, as efervescências “subversivas” e a influência da Revolução Cubana sobre os comunistas brasileiros. Diz que, apoiados pela sociedade, os militares realizaram uma contra-revolução, destinada a livrar o país do caos a que o estavam levando os comunistas. Registra as atividades de organizações terroristas e os crimes por elas cometidos, como sequestros, assaltos, assassinatos e “justiçamentos”. Uma versão está hoje disponível na internet, no *link* <http://www.averdadefocada.com/images/orvil/orvil_completo.pdf>.

Em 2010, a discussão relativa à anistia chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Entrou na pauta da Excelsa Corte o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra a Lei nº 6.683/79. Na petição inicial, assinada pelo professor titular da Universidade de São Paulo (USP) Fábio Konder Comparato, a OAB alegava, em síntese, que qualquer interpretação que abrangesse a anistia de torturadores durante o regime militar não poderia ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, que considerou expressamente a tortura um crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, inciso LIII).

No STF, porém, prevaleceu a tese da recepção da Lei de Anistia e, por sete votos a dois, a ação foi julgada improcedente. O relator da ADPF, Ministro Eros Grau (curiosamente ele mesmo um ex-perseguido político), destacou — no que foi seguido por vários outros ministros — que a Lei de Anistia foi fruto de um acordo histórico, e que se, eventualmente se impuser a sua revisão, deve esta ser feita no âmbito do Poder Legislativo, e não pela via judicial. Disse, também, que a transição da ditadura para a democracia foi “conciliada” em razão de certos compromissos políticos. Em adição a isso, a Ministra Carmem Lúcia aduziu que houve um pacto no qual a “sociedade falou altissonante”. O Ministro Gilmar Mendes enfatizou o caráter pactual da Constituição de 1988 e a necessidade de verificar os compromissos políticos por ela assumidos. A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, ressaltou que a desqualificação da existência do “acordo” era um argumento político, e não jurídico. O Ministro Marco Aurélio acrescentou que a discussão em si era inútil, pois eventuais crimes cometidos na ditadura haviam sido alcançados pela prescrição. O Ministro Celso de Mello — único que fez referência à jurisprudência da Corte Interamericana — afirmou que a hipótese em julgamento distinguia-se do caso Barrios Altos porque, no Brasil, a anistia foi bilateral, não se enquadrando no conceito de auto-anistia. O Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, argumentou que os crimes cometidos no mesmo contexto histórico de luta pelo poder — crimes do regime e crimes contra o regime — deveriam receber, como receberam, tratamento normativo igual. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito, que julgavam procedente a ação.

Todavia, o debate em torno da validade da Lei nº 6.683/79 não se encerrou após a publicação do acórdão do STF, como se poderia supor. Com efeito, em dezembro de 2010 foi anunciada a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.2. A guerrilha do araguaia e o processo na corte interamericana

Como visto, o endurecimento definitivo do regime militar se deu com a edição do AI-5, em 1968. A este ato seguiu-se o governo do general-presidente Emílio Garrastazu Médici (1969-1974), considerado por muitos o ápice da

repressão. O pretexto desse radicalismo, segundo os militares, seria justamente a intensificação da luta armada contra o regime. A questão, entretanto, não é pacífica. Ainda hoje, discute-se nos meios acadêmicos brasileiros quem radicalizou primeiro — se os militares ou as organizações de esquerda.

Inspirada nas Revoluções Cubana e Chinesa (e respectivamente nas propostas de Ernesto “Che” Guevara e de Mao Tse-tung), a luta armada assumiu a forma de uma guerra de guerrilhas. A proposta incluía a criação de focos revolucionários, operando em algumas regiões do país, com o objetivo de desestabilizar o governo e criar condições para a revolução. Três focos guerrilheiros foram criados: (i) na Serra do Caparaó, em Minas Gerais; (ii) no Vale do Ribeira, em São Paulo; e (iii) na região do baixo Araguaia, no Pará. Em 1971, os dois primeiros focos já haviam sido derrotados. A guerrilha do Araguaia durou mais. O apoio relativo da população local e o fato de estar instalada em plena selva amazônica ajudam a esclarecer essa longevidade. Ao mesmo tempo, a localização remota (Amazônia) tornou a atuação do movimento completamente desconhecida nos centros urbanos — o que explica por que a intenção dos combatentes (desestabilização do regime) jamais esteve minimamente próxima de ser atingida. O foco guerrilheiro foi descoberto em 1972. Em 1975, foi exterminado por completo pela maior operação militar do Exército brasileiro desde a Segunda Guerra Mundial. No meio rural, a exemplo do Araguaia, a estratégia militar compreendia o uso de soldados, pára-quedistas, helicópteros e armamento pesado. Nas cidades, como o emprego de todo esse aparato se mostrava inútil, a guerrilha urbana foi reprimida, sobretudo, com o fortalecimento dos órgãos de investigação das Forças Armadas — e neste caso a tortura se tornou o principal meio de obtenção de informações. Antes do final do foco guerrilheiro no Araguaia, a guerrilha urbana também já havia sido esmagada.

Estima-se que havia cerca de oitenta combatentes no Araguaia. A maioria não sobreviveu. Ou foram mortos na selva ou executados após a prisão. Muitos são considerados ainda hoje desaparecidos e seus corpos nunca foram encontrados. Os primeiros detalhes da guerrilha só foram conhecidos pelo grande público vários anos depois, já no período da redemocratização. Em 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o *Human Rights Watch/Americas*, em nome das pessoas desaparecidas no contexto do Araguaia e seus familiares, peticionaram à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Em 2008, a Comissão concluiu seu relatório e expediu recomendações ao Brasil. Diante do não cumprimento das recomendações, o caso foi apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Saliente-se que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana (Pacto de San José da Costa Rica) e reconhece a competência contenciosa do Tribunal desde 1998.

Em dezembro de 2010, após um extenso arrazoado que revisou toda a jurisprudência internacional sobre o tema, a Corte concluiu que as disposições da Lei de Anistia brasileira geravam graves violações de direitos humanos e eram incompatíveis com a Convenção. Declarou, entre outros pontos, que o Brasil deveria: (i) investigar judicialmente os fatos relacionados na inicial, com a atribuição das devidas responsabilidades penais; (ii) realizar todos os esforços necessários para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se fosse o caso, identificar e entregar seus restos mortais aos familiares; (iii) realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional no caso; (iv) efetuar as reparações pecuniárias devidas; e (v) continuar a desenvolver as iniciativas de busca, sistematização e publicação (sem restrição de acesso) de toda a informação sobre a guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa às violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar.

É relevante transcrever a conclusão do voto concorrente do juiz *ad hoc* (brasileiro) Roberto de Figueiredo Caldas, que asseverou, de maneira enfática:

Finalmente, é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

Sem embargo da clareza das determinações da Corte Interamericana, é curioso observar a (falta de) recepção da decisão no Brasil. Horas depois de sua divulgação, pouquíssimos meios de comunicação haviam dado a notícia, e mesmo assim sem grande relevo (geralmente em notas curtas). O cenário não foi muito alterado nos dias seguintes. Poucas matérias em jornais e a ignorância constrangedora (ou reveladora) da televisão. De maneira geral, a notícia repercutiu apenas em *sites* e *blogs* independentes na internet. Ainda assim, autoridades brasileiras apressaram-se em dizer que a decisão da Corte Interamericana não mudaria a situação no Brasil. O Presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que o acórdão do Supremo não foi anulado e que, acaso alguém fosse processado ignorando os

termos da Lei de Anistia, poderia impetrar *habeas corpus*, que seria concedido “na hora”. O Ministro Marco Aurélio, também do STF, disse que o direito interno prevalecia sobre o direito internacional e que a decisão do Tribunal Americano seria apenas “uma sinalização”. Já O Ministro da Defesa, Nelson Jobim, declarou que deliberação da Corte Interamericana era meramente política e não produzia nenhum efeito jurídico no Brasil²⁹. De outro lado, o então chefe da Secretaria de Direitos Humanos do Brasil, Paulo Vannuchi, admitiu a possibilidade de revisão da Lei de Anistia³⁰, opinião compartilhada por alguns juristas e por militantes de direitos humanos. Ou seja, a novela ainda não terminou: aguardam-se, em breve, as cenas dos próximos capítulos.

5. ANÁLISE COMPARATIVA: OCASO PERUANO E OCASO BRASILEIRO

Como visto, os casos *Barrios Altos vs. Peru* e *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* originaram-se de fatos ocorridos em contextos históricos diferentes e a partir de circunstâncias diversas. Os desdobramentos e as consequências também não foram os mesmos. Entretanto, há inequívocos pontos de contato — e não foi sem propósito que a decisão final da Corte Interamericana foi praticamente idêntica nas duas situações. O que importa é que ambos os casos, embora às vezes por ângulos distintos, suscitem importantes questões para o estudo e a compreensão dos Direitos Humanos e do Direito Internacional. Examinemos algumas, sem a pretensão de esgotar a discussão (e os temas).

5.1. Ditadura e estado de crise

A palavra ditadura origina-se da *dictatura* romana³¹. Na Roma do período republicano, era um instituto previsto para enfrentar situações de grave crise. Compunha-se de uma magistratura extraordinária, ativada a partir de processos e com limites definidos, destinada a enfrentar situações emergenciais, como a condução de uma guerra. O magistrado-ditador concentrava poderes que, em tempos normais, era dividido entre dois cônsules e exercido por estes e outros

29 As declarações das autoridades brasileiras podem ser obtidas em: CONDENAÇÃO do Brasil não anula decisão do Supremo. *Consultor Jurídico*, 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-15/sentenca-corte-interamericana-nao-anula-decisao-supremo>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

30 Em tempo: Paulo Vannuchi, que por diversas vezes entrou em rota de colisão com o Ministro da Defesa, Nelson Jobim, foi substituído em janeiro de 2011 pela deputada do Partido dos Trabalhadores (PT), Maria do Rosário. São esperadas novas polêmicas envolvendo ela e Jobim. Logo no (duro) discurso de posse, a deputada se comprometeu a buscar junto à Câmara dos Deputados a aprovação de uma Comissão da Verdade do período da ditadura. Cf. NOVA ministra pede comissão da verdade sobre ditadura. *Portal G1*, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/01/nova-ministra-pede-comissao-da-verdade-sobre-ditadura.html>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

31 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 115.

magistrados. Tinha fim tão logo cumprida a sua missão, mas não podia, de toda forma, ultrapassar o prazo de seis meses.

Atualmente, o termo possui outro sentido, tendendo a abarcar todos os regimes não democráticos³². Sem embargo, sua idéia original parte da constatação, ainda hoje aplicável, de que toda legalidade presume e projeta uma normalidade³³. Por isso, o Estado Constitucional pode e deve fixar normas aplicáveis em um contexto de crise — crises estas que envolvem as situações de anormalidade, como guerra externa, insurreição interna, desastres ambientais etc. Daí a lição precisa de Konrad Hesse, no sentido de que se as constituições não disciplinarem o estado de emergência, este acabará por se impor de qualquer forma³⁴. A Constituição brasileira de 1988 regula, por exemplo, no título V (“Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”), o estado de defesa e o estado de sítio, prevendo, para uma ou outra circunstância, a suspensão temporária de determinados direitos e garantias, a depender da gravidade da crise.

A instituição de um regime autoritário (ditadura no sentido atual) parte, muitas vezes, da mesma premissa: a necessidade de solução de um grave problema interno e a insuficiência dos mecanismos então existentes. No Brasil, o Ato Institucional nº 1 (AI-1), que deflagrou o golpe de 1964, mencionou expressamente que o governo deposto pretendia *bolchevizar* o país (cf. tópico 4.1) e que a revolução se destinava a assegurar os meios indispensáveis à reconstrução econômica, financeira, política e moral da nação, bem como à restauração da ordem interna. Já o Ato Institucional nº 5 (AI-5), que consolidou em definitivo a ditadura, teve como pretexto o aumento dos atos terroristas. Ou seja, a ameaça comunista constituiu o motor do AI-1, ao passo que o crescimento da atividade subversiva justificou o AI-5³⁵. No Peru de 1992, apesar de todas as diferenças existentes em relação ao Brasil da ditadura (por exemplo, o mundo não vivia mais o contexto da guerra fria), o autogolpe de Fujimori foi motivado por seus conflitos com o

32 BASTOS, op. cit., p. 179.

33 FERREIRA FILHO, op. cit., p. 113.

34 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 26.

35 Não são poucos — mesmo fora do círculo militar — os que acreditam ainda hoje na “necessidade” da ditadura. Veja-se, por exemplo, a opinião do Ministro Marco Aurélio, do STF, que, quando indagado sobre a ditadura por um jornalista, definiu-a como um “mal necessário”. O jornalista ainda perguntou se havia de fato uma ameaça comunista à época, no que respondeu Marco Aurélio: “Teríamos que esperar para ver. E foi melhor não esperar”, cf. PERES, João. Marco Aurélio Mello afirma que ditadura foi um ‘mal necessário’. *Rede Brasil Atual*, 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2010/02/marco-aurelio-mello-afirma-que-ditadura-foi-um-201cmal-necessario201d>>. Acesso em: 15 dez. 2010. Rendemos todas as nossas homenagens ao Ministro Marco Aurélio, autor de votos antológicos no STF, mas consideramos lamentável esse posicionamento, sobretudo por vir de quem, no Brasil, é responsável maior pela guarda do Estado Constitucional de Direito.

Poder Legislativo e pela necessidade de reconstrução do país (cf. tópico 3.1), tanto no plano econômico como no combate ao terrorismo.

É indubitosa, portanto, a necessidade de que as constituições prevejam, tanto quanto possível, soluções para os momentos de anormalidade. Contudo, tal estado ou regime de emergência de maneira alguma se confunde com um regime autoritário — que pode até partir de premissas semelhantes, mas leva a consequências muito mais desastrosas do ponto de vista da democracia e dos direitos humanos. Com efeito, o regime de emergência — em que pese a liberdade de cada Estado para delineá-lo — é caracterizado, em linhas gerais, por regras procedimentais, prazo e limitações a direitos previamente definidos. Funciona como um mecanismo de proteção do Estado frente às ameaças circunstanciais. Quando vige o autoritarismo, ao revés, eventuais limites (às vezes existentes, a fim de conferir ao regime uma “aparência” democrática) são apenas formais, ditados de acordo com a conveniência do governante³⁶.

5.2. O inimigo interno e o seu combate pelo estado

O Sendero Luminoso e a guerrilha do Araguaia possuíam muitas semelhanças. Ambos inspiravam-se na doutrina maoísta, pretendiam derrubar o poder estabelecido em seus países e receberam, inicialmente, apoio de estudantes e camponeses. Entretanto, enquanto o Sendero conseguiu aglutinar contra si praticamente toda a sociedade peruana (aí incluída a maior parte dos partidos de esquerda), os guerrilheiros do Araguaia ainda são vistos por muitos como heróis, a despeito dos crimes (a exemplo dos “justiçamentos”) também cometidos pelos combatentes brasileiros. É possível especular as razões.

Em primeiro lugar, na década de 1980, período em que a atividade do Sendero Luminoso teve trajetória ascendente, o Peru era uma democracia, apesar de todos os graves problemas sociais existentes, sobretudo de exclusão da população indígena e camponesa. Já a radicalização da luta armada no Brasil se deu durante o regime militar. Lutava-se, portanto, contra uma ditadura (e há muito os constitucionalistas teorizam sobre o chamado “direito de resistência”), embora seja possível objetar, como o fazem ainda hoje os militares brasileiros, que a intenção dos guerrilheiros do Araguaia não era propriamente o restabelecimento da democracia, mas a implantação de um novo regime autoritário, nos moldes comunistas.

36 No texto do AI-1, por exemplo, constava expressamente que o governo “revolucionário” se imporia limites, mantendo-se como um Estado de Direito. Poucos anos depois, o regime mandou “às favas os escrúpulos” (a expressão, que se tornou famosa, é do coronel Jarbas Passarinho, então Ministro do Trabalho e um dos signatários do AI-5) e decidiu ignorar aqueles limites e impor outros (muito menos “limitados”) com a edição do AI-5. Posteriormente, em 1977, o general-presidente Ernesto Geisel mudaria novamente as regras impostas pelo próprio regime com a edição do pacote de abril, a fim de manter o Congresso Nacional sob controle.

Em segundo lugar, há a questão do tamanho da violência. Em seu auge, o Sendero Luminoso era uma das maiores organizações terroristas da América Latina. As estimativas dão conta de dois a dez mil guerrilheiros, a quem são atribuídas milhares de mortes, sequestros e assaltos. É possível dizer, sem exagero, que o Sendero Luminoso conseguiu, de fato, desestabilizar política e economicamente o Peru. No Brasil, a guerrilha fracassou fragorosamente. O foco guerrilheiro do Araguaia, o mais longo, não chegou a possuir uma centena de membros — e praticamente todos foram exterminados pelo regime militar.

A palavra “exterminados” não é aqui força de expressão. Na operação do Araguaia, a maior do Brasil desde a Segunda Guerra Mundial, foi empregado um contingente de três mil a dez mil soldados treinados, tanques, lanchas, aviões e todo tipo de armas, contra um grupo que, como se disse, não chegava a cem guerrilheiros³⁷. Essa imensa desproporção de forças pode colocar em dúvida o argumento — utilizado, por exemplo, no voto do Ministro Cezar Peluso, do STF — de que no Brasil se vivia um contexto de “luta pelo poder”. De fato, se essa afirmação é absolutamente verdadeira para o Peru do Sendero Luminoso, no caso brasileiro parece ensejar questionamentos. Nada obstante, é corrente a justificativa dos militares de que o Brasil poderia se transformar em uma nova Cuba caso as organizações terroristas não tivessem sido rapidamente reprimidas. Convém lembrar que o Sendero Luminoso começou de maneira simples na década de 1960, até atingir o seu auge vinte anos depois, quando chegou a representar ameaça real ao Estado peruano. De todo modo, o que se põe em causa não é a necessidade do combate, mas os meios (e a brutalidade) nele empregados.

Abstraídas as diferenças históricas e contextuais, como o tamanho e a violência das respectivas organizações guerrilheiras, é certo que tanto no Peru quanto no Brasil foram utilizados métodos de investigação que incluíram a prática sistemática da tortura e da intimidação pessoal. Não se ignora que ainda hoje, mesmo em Estados considerados democráticos, subsiste (velada ou descaradamente) a idéia da tortura como um “mal necessário” no combate ao terrorismo, como nos mostra o exemplo recente de Guantánamo. Mas é preciso refletir até que ponto a justificativa do “mal necessário” é suficiente para livrar os torturadores — agentes do Estado — de punição. Em seu magnífico trabalho sobre a ditadura brasileira, o jornalista ítalo-brasileiro Elio Gaspari bem define a questão:

“O que torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona. O preso não quer falar, apanha e fala. É sobre essa simples constatação

37 Cf. SILVA FILHO, op. cit. Essa informação, a partir de dados fornecidos por documentos da Secretaria Especial dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça do Brasil, dá conta de cerca de oitenta militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) no Araguaia. Cabe observar que não era a intenção dos militares fazer prisioneiros. Os que não foram mortos viraram desaparecidos políticos.

que se edifica a complexa justificativa da tortura pela funcionalidade. O que há de terrível nela é a sua verdade. O que há de perverso nessa verdade é o sistema lógico que nela se apóia valendo-se da compreensão, num juízo aparentemente neutro, do conflito entre dois mundos: o do torturador e o de sua vítima. Tudo se reduz à problemática da confissão. Quem melhor explicitou esse reducionismo, na visão da hierarquia, foi Ernesto Geisel: “Acho que a tortura, em certos casos, torna-se necessária, para obter confissões”. Na visão do torturador, a eficácia chega a surpreender. Um jovem tenente, mal iniciado nas práticas do regime, haveria de reconhecer: “A coisa complicou quando descobri que o método era rápido. Bastava levar para o porão, e pronto”.³⁸

Sem embargo, mesmo a alegada eficiência da tortura não está isenta de questionamentos. Muitas vezes, o torturado confessa o que sabe e o que não sabe. Se não souber de nada, inventa, pois o torturador dificilmente desiste antes de descobrir alguma coisa — qualquer coisa. Há sempre, ainda, o risco de se torturar um inocente. No Brasil, por exemplo, tornaram-se famosas (e símbolos da luta contra a repressão) as mortes do jornalista Vladimir Herzog (1975) e do operário Manuel Fiel Filho (1976), após sessões de tortura policial. Cabe notar que tais mortes ocorreram quando a resistência armada à ditadura já havia sido exterminada. Desses tristes episódios retira-se uma lição incontestável: quando práticas violentas como sequestros, tortura e intimidação são admitidas pelos escalões superiores do poder (ainda que de forma velada), perde-se o controle do que é feito na base (ou nos “porões” do regime, como sói dizer). Estão aí, também, os casos de Barrios Altos e La Cantuta a corroborar essa tese.

Do Peru vem outro exemplo importante, desta vez a demonstrar que métodos violentos não são indispensáveis à segurança pública. Com efeito, apesar de toda a importância estratégica dada por Montesinos ao (violento) grupo Colina, o sucesso na captura de Abimael Guzmán deve-se ao Grupo Especial de Inteligência (GEIN), profundamente diferente daquele primeiro em filosofia e metodologia. Conforme esclarece Gustavo Gorriti, o fundador do GEIN foi o major da polícia Benedicto Jiménez, que considerava que as ações linha dura, como as detenções por atacado, não solucionavam o problema, mas o agravavam. A atuação do pequeno grupo de policiais do GEIN baseava-se nos seguintes aspectos: (i) proclamavam sua superioridade ideológica em relação aos terroristas, uma vez que lutavam pela liberdade e pela democracia; (ii) procuravam conhecer profundamente o inimigo, sua história, dinâmica, estratégia e filosofia; (iii) as detenções efetuavam-se quando a

38 GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 37. Grifos nossos. Elio Gaspari realizou um amplo trabalho de pesquisa sobre a ditadura brasileira e reuniu o material em quatro livros publicados pela editora Companhia das Letras, todos fortemente recomendados: *A Ditadura Envergonhada*, *A Ditadura Escancarada*, *A Ditadura Derrotada* e *A Ditadura Encurralada*.

vigilância e o acompanhamento tivessem rendido todos os frutos, com rapidez e eficiência, mas sem violência; e (iv) o interrogatório deveria partir do conhecimento em relação ao inimigo, descartada a prática de tortura. Outros policiais, ironicamente, apelidaram os integrantes do GEIN de “caça-fantasmas”.

Em janeiro de 1991, no corpo de suas investigações, o GEIN encontrou um acervo documental sem precedentes do Sendero Luminoso. Por exigência da chefia do Serviço de Inteligência Nacional (SIN), esse acervo foi compartilhado com o grupo Colina, que possuía mais prestígio junto aos superiores. Assim, dois grupos diferentes, com metodologias distintas, passaram a analisar o mesmo material. No final de 1991, membros do Colina perpetraram o massacre de Barrios Altos. Em abril de 1992, protagonizaram os sequestros e assassinatos de La Cantuta. Enquanto isso, no dia 12 de setembro de 1992, após uma longa vigilância a várias casas, praticamente sem disparos e nenhuma violência, o GEIN prendeu Abimael Guzmán em um distrito de classe média em Lima. As conclusões de Garriti, transcritas abaixo, são irretocáveis:

[...] é profundamente significativo e interessante constatar a diferença que os resultados de dois grupos com a mesma missão de segurança do Estado, mas com filosofias, doutrinas, metodologias e práticas completamente diferentes, podem ter, em termos de eficácia e resultados. Essa comparação é particularmente significativa em circunstâncias de luta contra o crime organizado e contra o terrorismo. Bem entendida, com compreendeu o GEIN, a democracia é uma causa poderosa que ajuda a desenvolver formas superiores e altamente eficazes de pesquisa, que cumprem plenamente a função de proteger a sociedade sem fraturar nem suas leis, nem seus ideais³⁹.

Ou seja, a tortura é um mal (e sobre isso não há divergência), mas de forma alguma é necessária. Em uma democracia, fundada na preservação dos direitos humanos, agentes do Estado que praticam ou praticaram tortura devem ser responsabilizados, e não defendidos ou encobertos por leis de anistia.

5.3. A validade das leis de auto-anistia e a jurisprudência (vinculativa) da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A palavra anistia deriva do grego *amnestía* e traz implícita as idéias de esquecimento e redenção. Seu primeiro registro data de 403 a.C, em Atenas, após a deposição dos Trinta Tiranos e a restauração da democracia. Foi votada em praça pública e atingiu todos os que participaram da guerra civil, à exceção dos tiranos. Ao longo dos tempos, foi um instrumento utilizado em diversos países, em diferentes épocas. A validade em si da anistia — e do perdão que ela representa

39 Texto citado.

— é destacada por diversos autores, e isto não se põe em causa. Pode ela, por exemplo, ser empregada como um legítimo instrumento de pacificação social, após uma guerra ou uma revolução.

O terreno próprio da anistia é o crime político. Por isso, é criticável a prática legislativa de estender a anistia a infrações comuns. Como afirma Lúcia Elena Bastos, disso resulta que “a anistia vai perdendo sua tradicional característica (a vinculação a crimes políticos) para se tornar uma medida de ordem subjetiva e pessoal, aplicada até para infrações de direito comum por justificativas ou razões que se relacionam ao criminoso e não ao delito”⁴⁰. Todavia, embora criticável em todos os seus termos (a anistia a crimes comuns), não parece ser este um motivo juridicamente relevante para, *de per se*, justificar a invalidade de uma lei editada soberanamente por um Estado. Não há, em princípio, violação de norma de direito internacional ou de direito interno (obviamente se não houver vedação constitucional a respeito).

Mais atenção merece a distinção entre (i) anistias oferecidas pelos Estados a seus opositores e (ii) anistias concedidas pelo Estado aos seus próprios agentes. Autores como Geoffrey Robertson encaram com perplexidade situações em que o Estado perdoa seus próprios males. Sua posição é a de que “o Estado como vítima pode perdoar, mas quando ele atua como cúmplice do perpetrador, não deveria ser perdoado”⁴¹. Evidentemente, a auto-anistia é ainda mais censurável quando são (auto) perdoadas gravíssimas violações de direitos humanos, como nos casos de Barrios Altos e La Cantuta, no Peru. A posição sedimentada pela jurisprudência da Corte Interamericana, como visto, privilegia esse entendimento: segundo o tribunal, não é permitida, no direito internacional, a auto-anistia a crimes de lesa-humanidade, que por sua própria natureza são imprescritíveis e imperdoáveis⁴².

O caso brasileiro pode parecer, de início, um pouco mais delicado, ante a alegada bilateralidade (cf. tópico 4.1) da lei de anistia. Convém, porém, esclarecer que a lógica não exclui do conceito de auto-anistia eventual medida bilateral. O “auto” significa “conceder a si mesmo” e não “*apenas* a si mesmo”. A nosso ver,

40 BASTOS, op. cit., p. 189.

41 ROBERTSON, 2000, p. 259 apud BASTOS, op. cit., p. 39.

42 Cf. MEZA, Miguel Arenas. La Contribución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Eliminación de las ‘Leyes de Amnistía’ en América Latina: un Paso Decisivo en la Lucha Contra la Impunidad. In: ENCUENTRO DE LATINOAMERICANISTAS ESPAÑOLES: CONGRESO INTERNACIONAL, 14., 2010, Santiago de Compostela, Spain. *Anais...* Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2010. p. 2175-2189. Disponível em: <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/53/PDF/AT16_Arenas.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011. Como afirma Miguel Arenas Meza (op. cit.), “Este pronunciamento da Corte a respeito das leis de anistia constitui sem dúvida alguma um importante salto qualitativo em sua jurisprudência, pois com ele se eliminam um dos principais obstáculos com que se encontram os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos em sua prática diária, qual seja a luta contra a impunidade”. Tradução nossa.

uma anistia bilateral (que abrange/atinge os dois lados) que tem todos os seus termos decididos unilateralmente pelo Estado (isto é, sem negociação com o “outro” lado) não deixa de ser uma auto-anistia.

Além disso, é difícil sustentar (embora alguns o façam, inclusive insuspeitos ministros do STF) que tenha havido, no Brasil, um conflito armado não internacional que justificasse uma anistia de dupla via, nos padrões do direito internacional humanitário⁴³. Não existiu, em terras brasileiras, uma organização ou resistência armada que pusesse em risco o Estado, ou causasse uma sensação de generalizada insegurança na população⁴⁴. A guerrilha do Araguaia, por exemplo, por anos permaneceu como uma ilustre desconhecida do público. E mesmo **após o seu extermínio**⁴⁵, bem como de todos os demais grupos guerrilheiros, a prática sistemática de violações contra os direitos humanos permaneceu uma constante no interior dos órgãos da repressão — **inclusive contra a população civil**⁴⁶. É inegável que houve uma verdadeira tensão interna, passível (em tese)

43 Cf. BASTOS, op. cit., p. 198-203, sobre a diferença entre conflito armado não internacional e tensão interna. Diz ela: “A utilidade dessa distinção entre tensão interna e conflito armado não-internacional serve para demonstrar que a justificativa da ‘dupla via’ de uma lei de anistia coaduna-se com os propósitos do direito internacional humanitário, ou seja, quando há efetivamente a formação de um conflito, que opõe grupos armados, e conquista de território e que, ao final, beneficiam-se ambos os lados. E, por consequência, a lógica dessa ‘dupla via’ não se repete quando se trata de tensão interna, tal como se configurou no regime militar brasileiro, na qual o Estado é chamado a conter uma revolta que não chega a abalar suas próprias estruturas e se mantém aplicável o direito internacional dos direitos humanos que defende a responsabilização pelos atos cometidos em desacordo com a normalidade internacional”.

44 “No caso brasileiro, faltou ao surto terrorista a dimensão que lhe é atribuída. Só no segundo semestre de 1970 explodiram 140 bombas nos Estados Unidos, número superior, de longe, a todas as explosões ocorridas no Brasil. Em 1971, na Irlanda, detonaram-se mais de mil bombas e as forças de segurança perderam mais de 59 homens em combate. Em nenhum dos dois países a tortura se transformou em política do Estado” (GASPARI, op. cit., p. 18). Mais a frente, ao tratar especificamente da guerrilha do Araguaia, Gaspari complementa: “O que se deu no Araguaia foi o paroxismo do choque dos radicalismos ideológicos que, com seus medos e fantasias, influenciaram a vida política brasileira por quase uma década. A esquerda armada supusera que estava no caminho de uma revolução socialista, e a ditadura militar acreditava que havia uma revolução socialista a caminho” (Ibid., p. 406).

45 “A repressão iniciada em 1968 não parou no período entre 1974-1979: grupos políticos e sindicatos de trabalhadores foram afetados pelas medidas governamentais, e a incidência de detenções-desaparecimentos aumentou. Paradoxalmente, foi durante o tempo em que o aparato de segurança estava sendo desmantelado que ocorreu no Brasil o maior número de detenções e desaparecimentos. De fato, essa repressão foi a reação do aparato de segurança contra a redução do seu poder e contra a liberalização controlada e gradual proposta por Geisel. A detenção-desaparecimento de membros da oposição tinha a pretensão de sabotar as negociações políticas entre o governo e a oposição. Estava em ascensão, então, o ativismo das organizações de direitos humanos” (JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric (Org.). *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*. São Paulo: EDUSP: Núcleo de Estudos da Violência, 2006. p. 49).

46 A violência praticada contra a população civil torna, a nosso sentir, irrefutável e definitiva a conclusão de que os crimes praticados pelos torturadores se enquadram no conceito de crimes contra a humanidade. Em benefício da ênfase, vale transcrever trecho do depoimento de Edson Luis de Almeida Teles, que é autor de um processo contra o coronel reformado Carlos Alberto Ustra: “Fui preso, aos 4 anos de idade, em minha casa. Assistia ao ‘Vila Sésamo’, programa infantil na TV, e fui interrompido pelos agentes do senhor Ustra, diga-se do DOI-Codi, que invadiram nossa casa com suas metralhadoras e palavras ofensivas. Estávamos eu, minha irmã de 5 anos e minha tia, grávida de sete meses. Colocaram-nos no camburão e nos

de combate por parte do Estado (considerando sua legitimidade **formal**), mas sem dimensão suficiente para permitir a (não) responsabilização de seus agentes em desacordo com a normalidade internacional. Por tudo isso é que concordamos com a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e Outros.

Na mais, superada a questão do mérito da condenação (ou seja, a invalidez da lei de auto-anistia brasileira), cumpre analisar também a exequibilidade da decisão da Corte Interamericana. Esse assunto reveste-se de especial importância após o anúncio, por autoridades brasileiras, de que a condenação do Tribunal Internacional seria meramente política e sem eficácia jurídica interna (cf. tópico 4.2). Ressalte-se que no tema da anistia o Brasil está ficando isolado na América do Sul. Diversos outros países já reviram suas leis e se adequaram espontaneamente à jurisprudência da Corte Interamericana. O Peru é um deles. Como visto, antes mesmo da decisão no caso Barrios Altos, o país assumiu sua responsabilidade internacional (cf. tópico 3.2). O Chile, no caso Almonacid Arellano, também não defendeu o seu decreto-lei de anistia, dizendo que ele já não estava mais sendo aplicado pelo Judiciário. Na Argentina, a Suprema Corte reviu sua jurisprudência anterior (uma decisão de 1987 havia considerado válidas as anistias) e julgou inconstitucionais as Leis Ponto Final e Obediência Devida. Um dos fundamentos invocados foi justamente a precedência da lei internacional sobre a lei nacional e a necessidade de obediência da Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi inclusive, feita referência expressa ao caso Barrios Altos.

De nossa parte, temos a convicção que a decisão da Corte Interamericana deve ser cumprida. Assim como um indivíduo não pode ignorar que vive em sociedade, um Estado não pode ignorar suas relações com os demais Estados, isto é, não há possibilidade, hoje, de se defender um isolamento internacional. Dito isto, é preciso reconhecer, como o faz Valério de Oliveira Mazzuoli, que o Estado “é responsável pelas obrigações que assumiu por meio de tratados e convenções internacionais, dentre elas a de prontamente cumprir as decisões dos tribunais internacionais, cuja competência contenciosa ele mesmo aceitou (no exercício pleno de sua soberania) por meio de manifestação expressa e inequívoca”⁴⁷.

levaram ao ‘escritório’ deste cidadão [...]. Já dentro do DOI-Codi, fui levado a um lugar onde pude ver meus pais já torturados. Por uma janelinha, a voz materna que meus ouvidos estavam acostumados a escutar me chamava. Porém, quando eu olhava, não podia reconhecer aquele rosto, verde/arroxeadado pelas torturas que [...] havia infligido à minha mãe” (TELES, Edson Luis de Almeida. In: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (MNDH). *Direito à Memória e à Verdade*. Coletânea de Subsídios I: reportagens, depoimentos e outros. Brasília: [s.n.], 2007. p. 58). Posteriormente, o Coronel Ustra foi o primeiro oficial declarado em primeira instância como torturador. A ação era meramente declaratória, em razão da proibição de punição de agentes do Estado pela lei de anistia brasileira.

47 GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 289. No

6. CONCLUSÕES

Ao longo do século XX, o direito internacional passou por um processo de humanização, com o crescimento da atenção, em nível global, para as violações dos direitos humanos. Tal processo foi acompanhado pela implementação de sistemas regionais de proteção, a exemplo da Convenção Americana (Pacto de San José da Costa Rica), que possuem como vantagem uma maior homogeneidade entre os seus membros.

A internacionalização dos direitos humanos (e sua importância crescente) traz como consequência, também, o reconhecimento da existência de uma espécie de constituição global, formada a partir de valores comuns, ainda que poucos, aceitos na arena internacional. A constituição nacional deixa de ser a referência absoluta de um Estado, devendo dialogar com a normatividade internacional, especialmente aquela referente aos direitos humanos, que passam a ser considerados como valores transnacionais fundamentais.

Nesse contexto, é imperativa a observância das decisões dos tribunais internacionais. Não há violação à soberania de um Estado, uma vez que há manifestação prévia de concordância com a atividade contenciosa dessas cortes. Nos casos em exame, portanto, aí se incluindo o recente *Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos é vinculativa, não se limitando a uma mera sinalização política.

A Corte, ademais, interpretou corretamente as disposições da Convenção Americana. Com efeito, as leis de anistia em exame (do Peru e do Brasil) impedem a responsabilização de agentes do Estado que perpetraram verdadeiros crimes de lesa-humanidade, portanto imperdoáveis e imprescritíveis. O Estado, no uso de sua soberania, pode até perdoar indivíduos que transgridem suas normas, mas não pode perdoar a si próprio. Trata-se de uma proteção do indivíduo contra o Estado, que durante o século XX se mostrou o maior violador de direitos

mesmo sentido, cf. GROSSMAN, Claudio. El Futuro Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, v. 3, 2005. A observância às decisões de tribunais internacionais é, também, um pressuposto para a construção daquilo que alguns autores vêm chamando de “constitucionalismo global”: a constituição nacional não ocupa mais (ao menos não isoladamente) o ápice da pirâmide normativa. Como ensina Clèmerson Clève, “a abertura do direito constitucional nacional para o constitucionalismo global significaria o reconhecimento da existência (e pertinência) de uma Constituição material global formada por um *ius cogens* internacional integrado por valores comuns, ainda que poucos. Valores, cumpre lembrar, decorrentes da experiência consumada nas sociedades democráticas, mas condensados também a partir de decisões prolatadas pelas cortes internacionais, especialmente de direitos humanos, e de determinadas declarações e tratados internacionais. Haveria aqui, portanto, a ideia de que o direito constitucional global emerge e evolui com a formação de comunidades de nações que comungam determinados valores, principalmente aqueles ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana” (cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração*. *Revista Crítica Jurídica*, n. 25, jul./dez. 2006. p. 312).

humanos, seja no exemplo paradigmático da Segunda Guerra Mundial, ou nos regimes autoritários da América do Sul a partir da década de 1960.

Não socorrem aos Estados o argumento do “mal necessário” ou da existência de “circunstâncias excepcionais”, como o combate ao terrorismo, este invocado por governantes peruanos e brasileiros. Tais circunstâncias podem legitimar a decretação de um estado (regime) de emergência, com restrições a direitos e garantias. Mas não justifica a existência de um regime autoritário e o abandono dos mais elementares padrões de respeito à dignidade humana.

Por fim, entende-se que a garantia da segurança pública não depende de métodos violentos como a tortura, como demonstrou o GEIN no Peru. Há possibilidade de uma investigação eficiente sem a necessidade de desrespeito às regras democráticas básicas. Ademais, a leniência da cúpula estimula o excesso na base. São exemplos claros disso os massacres ocorridos no Peru (Barrios Altos e La Cantuta) e os crimes cometidos no interior dos órgãos da repressão, no Brasil.

7. REFERÊNCIAS

- ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil: Nunca Mais*. 37. ed. São Paulo: Vozes, 2009.
- ARRUDA, Ricardo José Aguiar de. Direitos Humanos na América do Sul e a ‘Justiça de Transição’. *Comunicação e Política*, v. 27, n. 1, p. 33-43, 2009.
- BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia, as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. *Revista Crítica Jurídica*, n. 25, jul./dez. 2006.
- CONDENAÇÃO do Brasil não anula decisão do Supremo. *Consultor Jurídico*, 15 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-15/sentenca-corte-inte-ramericana-nao-anula-decisao-supremo>>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- COSTAS, Ruth. Força do tráfico faz o Sendero Luminoso renascer. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://internacional.estadao.com.br/noticias/america-latina,forca-do-trafico-faz-o-sendero-luminoso-renascer,368854>>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- GORRITI, Gustavo. *Estratégias Policiais perante Novas Ameaças e Relações Segurança Pública e Defesa Nacional*. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/artigo_gorriti_port.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- GROSSMAN, Claudio. El Futuro Del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Studios Jurídicos, Económicos y Sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, v. 3, 2005.
- HERTOG, Alain; LABROUSSE, Alain. *Sendero Luminoso: uma Reportagem*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- JELIN, Elizabeth; HERSHBERG, Eric (Org.). *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na América Latina*. São Paulo: EDUSP: Núcleo de Estudos da Violência, 2006.
- LOS CUATRO puntos clave del mandato de Fujimori. *LaSemana.es*, 12 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.lasemana.es/periodico/noticia.php?cod=23111>>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MARX, Ivan Cláudio. De Barrios Altos à Guerrilha do Araguaia: a possível condenação do Estado Brasileiro. *Revista de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 111-125, out. 2009.
- MEZA, Miguel Arenas. La Contribución de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Eliminación de las ‘Leyes de Amnistía’ en América Latina: un Paso Decisivo en la Lucha Contra la Impunidad. In: ENCUENTRO DE LATINOAMERICANISTAS ESPAÑOLES: CONGRESO INTERNACIONAL, 14., 2010, Santiago de Compostela, Spain. *Anais...* Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Espanol de Estudios Iberoamericanos, 2010. p. 2175-2189. Disponível em: <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/53/15/53/PDF/AT16_Arenas.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- MEZAROBBA, Glenda. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas conseqüências — um estudo do caso brasileiro*. 2003. 213 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Cascais: Principia, 2009.
- MIRANDA, Mariana Almeida Picanço de. *Poder Judiciário brasileiro e a proteção dos direitos humanos: aplicabilidade e incorporação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2009. 126 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) — Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.

- NOVA ministra pede comissão da verdade sobre ditadura. *Portal G1*, 3 jan. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/01/nova-ministra-pede-comissao-da-verdade-sobre-ditadura.html>>. Acesso em: 15 fev. 2011.
- PERES, João. Marco Aurélio Mello afirma que ditadura foi um ‘mal necessário’. *Rede Brasil Atual*, 22 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2010/02/marco-aurelio-mello-afirma-que-ditadura-foi-um-201cmal-necessario201d>>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity: the struggle for global justice*. Nova York: The New Press, 2000.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática*. Disponível em: <<https://idejust.files.wordpress.com/2010/07/o-julgamento-da-adpf-153-pelo-supremo-tribunal-federal-e-a-inacabada-transicao-democratica-brasileira.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2010.
- TELES, Edson Luis de Almeida. In: MOVIMENTO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (MNDH). *Direito à Memória e à Verdade*. Coletânea de Subsídios I: reportagens, depoimentos e outros. Brasília: [s.n.], 2007. p. 58.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O fim das “leis” de auto-anistia. *Correio Braziliense*, 18 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=193>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

CAPÍTULO IX

DIREITOS HUMANOS: O MITO¹ DA UNIVERSALIDADE

Geovane de Mori Peixoto²

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Aportes conceituais sobre direitos humanos — 3. Os direitos humanos e sua suposta universalidade — 4. A crítica ao mito da universalidade dos direitos humanos — 5. A afirmação dos direitos humanos por intermédio da interculturalidade — 6. À guisa de conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A temática central deste trabalho gira em torno da discussão acerca da universalidade dos Direitos humanos, mais especificamente sobre a mitificação dessa característica, da categoria jurídica apontada, que é traço fundamental e individualizador desses direitos essenciais dos seres humanos.

O objetivo principal é questionar essa “universalidade” dos direitos humanos, a partir de uma avaliação crítica do instituto, fundamentalmente pela perspectiva cultural, inobstante também serão avaliados os âmbitos filosófico e jurídico. A provocação preambular é se não seriam os direitos humanos um produto cultural ocidental, a partir do trabalho de Raimon Panikkar³.

A análise necessária para enfrentamento do tema perpassará, inicialmente, pela investigação conceitual do sentido da expressão “direitos humanos”, o que demanda a busca pela essência destes direitos. Adverte-se, desde esse introyto,

1 “A palavra ‘mito’ deriva do grego *mythos*, que na poesia de Homero significava ‘palavra, discurso’, mas também tinha o sentido de ‘projeto, maquinação’. A palavra não se definiu, posteriormente, como significando histórias em torno de deuses, dos seres divinos e dos heróis. Em Platão, a palavra vai significar o discurso que não exige demonstração e que se contrapunha ao *logos*, no sentido de argumentação racional. A definição, entretanto, não nos mostra o significado do ‘mito’. Sócrates irá recordar a interpretação racionalista desses relatos, sem comprovação, segundo a qual o mito consiste na atribuição de uma dimensão fantástica a um fato real, prosaico e comum” (BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 2).

2 Doutorando em Direito Público (UFBA), Mestre em Direito Público (UFBA), Mestre em Políticas Sociais e Cidadania (UCSAL), Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Administrativo (Faculdade Baiana de Direito e UNIFACS), Professor do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS), Advogado e Consultor Jurídico.

3 PANIKKAR, Raimon. É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.5-28.

que essa tarefa é extremamente complexa, diante da pluralidade de conceitos atribuídos à matéria.

Ademais, toda vez que se empreende delimitar algo, em termos de atribuição de definição, acaba-se por impor determinada ideologia, o que se tentará evitar neste artigo, pois as definições de direitos humanos estão impregnadas por uma opção ideológica, às vezes claramente exposta, outras nem tanto. Neste artigo, porém, será feita uma análise crítica do tema, sem vinculação com nenhuma corrente ideológica (se é que isso é possível).

Após essa etapa inicial, será enfrentada a questão da universalidade como característica central do padrão de direitos humanos desenvolvido no ocidente, avaliando as principais ideias das correntes de defensores, mas também investigando as correntes críticas, sob a perspectiva cultural, filosófica e jurídica.

Por último, será discutida a perspectiva da proposta de interculturalidade como possível solução para o problema apresentado, com a análise da sua fundamentação teórica e do modelo hermenêutico capaz de instrumentalizar a sua efetivação.

2. APORTES CONCEITUAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Como já foi advertido na introdução é extremamente difícil tentar estabelecer um conceito perfeito e desprovido de interferência axiológica/ideológica acerca de tema tão difícil. É preciso chamar a atenção para o fato de que esse conceito varia bastante a depender do momento histórico e da corrente do pensamento jurídico vigente, por exemplo. Dessa forma, tentar-se-á construir um conceito de cunho mais genérico, desprovido dessa interferência (se é que isso é possível!).

Trata-se de uma expressão composta, impondo, inicialmente, a sua fragmentação, para entender cada uma das partes que forma o conjunto “direitos humanos”. Assim, deve-se entender como direitos os “instrumentos e estratégias para definir o significado e os poderes da humanidade”⁴. Por sua vez, o sentido de humano “e seus derivados, humanismo e humanitário, estão intimamente relacionados à ação dos direitos”⁵.

Vicente de Paulo Barreto desenvolve o conceito da expressão, agregando os dois significados, apresentados individualmente, da seguinte forma:

Os direitos humanos nascem e desenvolvem-se [...] com uma dupla dimensão. Primeiro, tornou-se um processo de recuperar os fundamentos do sistema jurídico na argumentação moral, contrapondo o direito ao paradigma mitológico da lei moderna. Para

4 DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2009. p. 16.

5 Ibid., loc. cit.

tanto, tornava-se necessário a substituição da totalidade normativa pretendida pela vontade do soberano por um conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens. Mas a passagem do mito para o fetiche⁶ irá consumir-se quando a primeira dimensão, que permitiria a legitimação dos processos legislativos, ganha características nitidamente fetichistas, que eleva ao mais alto grau de simbolismo social os direitos originais, quando escorrega para uma totalização dogmática e normativa que repete o paradigma positivista e formalista⁷.

Há, nessa análise, uma fusão de horizontes entre o âmbito jurídico e a moralidade, o que permite que essa categoria jurídica investigada seja percebida como um “direito original”, que independe das leis positivadas. Pelo contrário, são eles que permitiram avaliar, sob a perspectiva ética, se as leis são legítimas ou não⁸. Os direitos humanos representam o absoluto do ser humano, que não necessitam ser atribuídos, pois estão na “origem”, na “essência”, fundada principalmente na *alteridade*, com fundamento na *racionalidade*⁹.

Pode-se inferir, por essa análise, que quando se fala em “direitos humanos”, portanto, faz-se referência a um termo que “certamente abriga um conjunto de princípios e não um sistema de regras. Esse conjunto de princípios deve estar sustentado num fundamento que o justifique desde a sua origem”¹⁰. Tenta-se, assim, evitar a interferência do positivismo¹¹, e, conseqüentemente de seus malefícios. Sobre o positivismo, é curial lembrar que:

[...] motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar na matriz kantiana da “razão

6 “[...] Os direitos humanos foram então erigidos em solução salvadora para a crise da ordem jurídica liberal. O que se pretende sustentar é que nos encontramos no meio desse processo à custa da própria natureza revolucionária dos direitos humanos, transformando-os em fetiche que responda às perplexidades e fracassos da ordem liberal” (BARRETO, op. cit., p. 7).

7 BARRETO, op. cit., p. 8.

8 Ibid., p. 10-12.

9 LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. 3. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2009. p. 71-109.

10 GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 70.

11 “[...] o termo *positivismo jurídico* nem sempre é empregado na acepção que lhe atribuí o positivismo filosófico de Comte, ou o neopositivismo do Círculo de Viena. Ele pode indicar, por exemplo, uma ênfase conferida ao Direito Positivo, ou seja, ao conjunto normativo vigente, em oposição aos princípios ideais do Direito Natural. Neste caso, ele engloba todas aquelas correntes que vêm na *norma jurídica* o fundamento principal senão exclusivo do Direito. Por outro lado, ele pode designar aquelas correntes de pensamento que enxergam no Direito antes de tudo um fato que se gera e se transforma dentro do espaço social e — o que é mais importante — que pode ser captado em sua realidade objetiva, ou seja, tal qual ele efetivamente é. Neste caso, a expressão *positivismo jurídico* traduz os princípios do positivismo filosófico” (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 150).

pura” eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos. Sua filiação ao pensamento do “filósofo das três críticas”, não obstante o desprezo com que trata pressupostos e consequências da “razão prática”, é, a nosso ver, inquestionável, nela encontrando fundamento a separação intransponível entre *ser* e *dever ser* [...]”¹².

Sobre a assimilação da matriz kantiana por Hans Kelsen, assevera Luis Alberto Warat¹³, que “o idealismo crítico de Kant converte-se em idealismo lógico, a realidade jurídica torna-se conceito, e o Direito se configura como um sistema deontico de conceitos intelectivos puros, para cujo conhecimento se exclui todo elemento perceptivo e racional”.

Percebe-se, ainda, o reflexo da influência kantiana sobre o positivismo kelseniano, na distinção entre razão teórica e razão prática. Antes, porém, consigne-se que essa divisão remonta ao pensamento aristotélico, quando este “delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado)”¹⁴.

O que aproxima as concepções aristotélica e kantiana acerca desta divisão, é que “em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa”¹⁵. Deve-se ressaltar, todavia, que a partir do pensamento de Kant agrega-se a essa cisão a questão da subjetividade.

Essa subjetividade, emanada da cisão razão prática/razão teórica, afeta em cheio o positivismo, e demonstra a influência kantiana sobre o pensamento de Kelsen, ao adotar a razão teórica “pura” como padrão da Ciência Jurídica, negando, portanto, a razão prática.

O efeito disso é a afirmação da decisão, para Kelsen, como questão afeta a “razão prática”, como ato de vontade capaz de criar normas através da atribuição de valores¹⁶, ratificando sua “negação da razão prática kantiana, para ele uma impossibilidade lógica, dada a intransponível irredutibilidade do dualismo entre

12 MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigues (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 107-108.

13 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, v. II. p. 138.

14 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STRECK, Lenio; STEIN, Ernildo (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 154.

15 *Ibid.*, loc. cit.

16 “A Teoria Pura do Direito, no entanto, não nega lugar aos valores como integrantes da experiência jurídica e reconhece sua presença na prática profissional dos juristas. Isso porque a moldura da norma superior combina vinculação e indeterminabilidade do conteúdo da norma inferior, pelo que o processo criativo do direito abarca, dentro de si, a imperiosa necessidade de interpretação” (SOARES, 2010a, p. 47).

ser e dever ser, que torna autocontraditória qualquer tentativa de associar racionalidade e justiça”¹⁷.

A dependência do formalismo legal, e as consequências apontadas, no plano epistemológico, devem, então, ser combatidas, mas não se pode, contudo, negar que esta corrente teve forte influência na afirmação dos direitos humanos.

O traço distintivo, historicamente adotado, para diferenciar *direitos fundamentais* dos *direitos humanos* é justamente a *positivação daqueles em textos constitucionais*, em detrimento da previsibilidade destes em textos de acordos ou tratados internacionais¹⁸. Há, assim, para os *direitos fundamentais*, uma relação extremamente próxima, para não dizer até mesmo “umbilical”, com o *positivismo jurídico*.

As incertezas e a insegurança que antecederam o século XIX, notadamente na garantia de *direitos humanos*, mesmo que reconhecidos como *fundamentais*, geradas pela própria estrutura dos *direitos naturais*¹⁹, coordenado simultaneamente ao próprio florescimento do modelo *positivista*, todavia, requer do Direito uma nova “estrutura” para o acoplamento dos *direitos humanos* ao sistema jurídico.

Sobre essa questão, posiciona-se o constitucionalista lusitano J. J. Gomes Canotilho, nos seguintes termos:

A *positivação* de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais²⁰.

Os *direitos fundamentais*, então, o são enquanto, e na medida em que, estejam previstos em um rol inserido no texto constitucional de determinado Estado, pois somente assim podem, agora, gerar consequências jurídicas. Este momento reifica a “nova” nomenclatura, agora, inclusive, alçada à categoria de conceito jurídico: *direitos fundamentais*²¹.

17 MURICY, op. cit., p. 118.

18 Segundo entendimento doutrinário majoritário no Brasil diferenciam direitos fundamentais de direitos humanos a partir da fonte de positivação das normas, defendendo que aqueles são positivados nas constituições e estes em tratados internacionais. Há quem afirme, ainda, que “os direitos fundamentais são, em essência, direitos humanos transformados em direito constitucional positivo” (PAES, João Hélio Ferreira. *A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados*. Ijuí (RS): Unijuí, 2010. p. 37).

19 “*Direitos naturais* dizem-se por se entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; *direitos inatos* que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. [...] Sua *historicidade* repele, por outro lado, a tese de que nascem pura e simplesmente da vontade do Estado para situá-los no terreno político da soberania popular, que lhes confere o sentido apropriado na dialética do processo produtivo” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 176).

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 377.

21 “*Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento

Deve restar claro, porém, que esta não é uma mera discussão etimológica, conceitual ou teórica, pois significa, *prima facie*, a adoção de um “novo” modelo ideológico, qual seja: o burguês liberal²².

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de sua universalidade [...]²³.

Deve-se notar que, ao apregoar a independência ideológica, o modelo positivista já determina a sua própria *ideologia*, que se adequa integralmente ao modelo liberal burguês. Importante registrar que este processo não é aleatório, mas foi engendrado de forma articulada e meticulosa para cumprir os seus fins precípuos²⁴.

Os direitos humanos estavam ligados inicialmente a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática. Mas suas pressuposições ontológicas, os princípios da igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder político deve estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida²⁵.

Estão, assim, impregnados por uma opção ideológica a serviço dos interesses da burguesia, sem, de fato, serem direcionados para a sua verdadeira finalidade: a proteção dos seres humanos.

Por isso, surge a necessidade de transcender o modelo positivista reinante, na perseguição de uma nova definição para os direitos humanos, em busca de um

jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, op. cit., p. 178).

22 “Do ponto de vista institucional, O Estado liberal e (posteriormente) democrático, que se instaurou progressivamente ao longo de todo o século passado, foi caracterizado por um processo de acollimento e regulamentação das várias exigências provenientes da burguesia em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional. [...] A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através de dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado ‘constitucionalismo’)” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 147-148).

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 585.

24 “[...] a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* — o clero e a nobreza — e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. [...] As instituições da democracia liberal — limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária — adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático” (COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50-51).

25 DOUZINAS, op. cit., p. 19.

modelo que, como foi dito anteriormente, desvincule-se desse conjunto ideológico comandado por interesses capitalistas, que colocam a *lex mercatoria* como ponto central, e, por consequência, desloca o objeto principal, o ser humano, para um papel secundário.

Assim, constata-se que “a estrutura normativa do direito positivo formal moderno no início do século XXI é pouco eficaz, sobretudo, para solucionar e atender os problemas relacionados às necessidades específicas das sociedades periféricas”²⁶. É, sem sombra de dúvidas, um enorme desafio a ser enfrentado: a superação desse modelo positivista ainda reificado!

[...] Nossa cultura de direitos humanos [...] é baseada em um alto grau de analfabetismo. Concentra-se na dimensão pós-violada e é baseada num paradigma estatal, ignorando a dimensão preventiva e pré-violadora ou seja, aquela que existe antes de ser violada. [...] Devemos confrontar a clássica separação entre teoria e prática, o que é dito e o que é feito e também enfrentar o controle que, a partir do paradigma da simplicidade, reduz os direitos humanos a teorias filosóficas, normas, instituições jurídicas e eficácia jurídica do Estado²⁷.

Em conclusão preliminar, pode-se inferir *direitos humanos* como o conjunto de processos de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade humana. Para cumprir, porém, o objetivo deste artigo, impõe-se a necessidade de discutir a característica da universalidade dos direitos humanos.

3. OS DIREITOS HUMANOS E SUA SUPOSTA UNIVERSALIDADE

A maioria dos estudiosos dos direitos humanos aponta a sua universalidade como característica central desta categoria jurídica, entre eles Antonio-Henrique Pérez Luño destaca que um dos traços que distingue os direitos humanos, desde a modernidade é o seu caráter universal, entendida como o conjunto de valores e bens reconhecidos a todos os seres humanos, sem exclusão²⁸.

Inobstante acordarem os doutrinadores sobre o plano da titularidade dos direitos humanos²⁹, merecem destaque, também, na caracterização da universalidade outros dois planos, quais sejam: o temporal e o cultural. No segundo plano o destaque recai na *ahistoricidade*, ou seja, não se restringem à uma época

26 RUBIO, David Sánchez. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos*: de Emancipações, Libertações e Dominações. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 41.

27 RUBIO, op. cit., p. 48.

28 LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 24.

29 Merece destaque, todavia, esta percepção: “Os Direitos do Homem não são apenas direitos do ‘homem’. Eles abrangem também a totalidade do desdobramento cósmico do universo, onde até mesmo os deuses não estão ausentes. Os animais, todos os seres dotados de uma sensibilidade e as criaturas supostas inanimadas estão também inseridas na inteiração que abrange os ‘direitos do homem’” (PANIKKAR, op. cit., p. 22).

específica, são reconhecidos em qualquer período da história. No terceiro plano, por sua vez, o cultural, “os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo”³⁰.

Os defensores da universalidade, todavia, encontram diversos argumentos contrários à essa característica dos direitos humanos, o que, inclusive, aumenta hoje as hordas daqueles que entendem a prevalência dos direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados, em detrimento dos direitos humanos, contestando especificamente essa sua qualidade distintiva.

Basicamente são três as dimensões nas quais se fundamentam as críticas contra a universalidade: a filosófica, a política e a jurídica.

No plano filosófico, a contestação dos chamados pós-modernos questiona a existência de valores universais, pois a *diferença* é o traço característico que distingue o ser humano, é o “seu esforço por destacar aqueles traços que lhe faz diferente dos demais”³¹, gerando, assim, a necessidade de reconhecimento do pluralismo.

O direito na pós-modernidade destaca-se por ser menos denso e possuir maior abertura à diversidade e a pluralidade de valores, o que o torna, também, mais complexo. Dessa forma estaria o direito em “curso de estabilização de uma nova concepção de regra do direito: negociada, flexível, consensual, pragmática”³².

Surgem nesse contexto as propostas “comunitaristas”, fundamentadas nessa valorização da diferença, opondo-se aos valores abstratos defendidos pelo universalismo, desconectados, por sua vez de problemas concretos de determinados grupos ou comunidades, construídos por um processo histórico-cultural específico. Coloca-se, assim, em contraposição a universalidade abstrata do racionalismo ilustrado moderno, de um lado, e do outro a construção de um *ethos* social fundado na identidade homogênea de uma “comunidade” específica³³.

Um dos defensores da universalidade, Antonio-Henrique Pérez Luño, ao fazer referência aos “comunitaristas”, avaliando a construção de um *ethos* social, reconhece que “pode ser um marco de referência mais adequado que o reduto da moral individual para abordar determinados problemas ético-jurídicos contemporâneos”³⁴. Adverte, porém, que:

30 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 174.

31 “[...] es su esfuerzo por destacar aquellos rasgos que le hacen diferente de los demás” (LUÑO, op. cit., p. 29, tradução nossa).

32 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

33 LUÑO, op. cit., p. 29-31.

34 “[...] entiendo que el *ethos* social puede ser un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporâneos [...]” (Ibid., p. 38, tradução nossa).

[...] hoy más que nunca se precisa una fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derechos humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales y multiculturales; un *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidaridad y la paz³⁵.

Ao tocar no assunto do “multinacionalismo” e do multiculturalismo faz-se a conexão com o segundo plano crítico à universalidade: o político. Motiva-se, na maioria das vezes, na ideia de relativismo cultural, o que, e por sua vez, fundamenta-se em premissas que sustentam que cada povo, no decorrer de sua evolução histórica, tem forjado um tecido institucional próprio, que esse conjunto de formas de viver e de instituições não se pode julgar nem melhor, nem pior, que qualquer outro povo³⁶.

Nesse ponto, surge uma das críticas mais reiteradas contra o universalismo, aquela que denuncia ser o modelo de direitos humanos trabalhado pelos principais teóricos fundado em um modelo europeu ocidental³⁷. Mesmo os defensores da universalidade dos direitos humanos aceitam essa premissa, todavia, asseveram, em resposta, que se deve buscar os “denominadores comuns e diferenças entre direitos humanos produzidos no Ocidente e os equivalentes isomórficos que possuem um estágio similar ou nível de importância equivalente nas culturas que os defendem”³⁸.

Nesse sentido, bastante incisiva é a crítica de Boaventura de Sousa Santos pela superação do embate entre universalistas e relativistas políticos, defendendo a inocuidade deste debate, ao propor que:

Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios que permitam distinguir uma política progressista de uma política conservadora de direitos humanos, uma política de capacitação, de uma política de desarme, uma política emancipatória, de uma política regulatória³⁹.

Interpretando, do ponto de vista de uma sociedade de modernidade tardia, não se pode ser nem um universalista, tampouco um relativista cultural, pois embora se

35 Id. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 535.

36 Id., 2002, p. 31.

37 “[...] o eurocentrismo jurídico. Ele parte do princípio de que o direito europeu não é superior aos outros, mas apenas diferente. Se estudarmos os vários sistemas jurídicos em igualdade de condições, porém, é preciso também levar em conta que existe um direito no qual vivemos e sobre o qual necessariamente sabemos mais” (LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 45).

38 RUBIO, op. cit., p. 51.

39 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 445.

reconheça a sua origem europeia e as acusações acerca de um “imperialismo cultural”, priva-se os direitos humanos de um determinado valor “transcendente”⁴⁰.

No terceiro, e último, plano, o jurídico, destaca-se o crescente papel assumido na modernidade pelas constituições, uma vez que os direitos humanos, consoante já foi asseverado, são transpostos para os textos constitucionais como *direitos fundamentais*. Para melhor compreender esse processo, far-se-á uma explanação sucinta acerca do sentido moderno de Constituição.

O objetivo, nesse ponto, não é discutir as diversas possibilidades conceituais para a Constituição, até porque seria tarefa impossível diante da polissemia da expressão, e da diversidade de teorias a seu respeito, mas compreender minimamente o seu papel hoje em um Estado Democrático de Direito e a sua relação com os direitos fundamentais.

Parte-se, assim, adotando como recorte inicial para análise do tema, do modelo assumido na modernidade, e define-se Constituição como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁴¹.

Nesta perspectiva, a Constituição pretende conformar, dar forma, ou seja, constituir um dado esquema de organização política, conforme se depreende, por exemplo, do que está consignado no art. 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁴².

Esta definição com um foco voltado para sua dimensão histórica, todavia, encontra-se aquém de novas concepções acerca do significado contemporâneo dado à Constituição. Em que pese, deve-se ressaltar, a extrema complexidade na adoção de significado único, diante, essencialmente, da complexidade do tema, como já foi dito.

Assim, merece destaque as funções primordiais assumidas pela Constituição na atual quadra da história, para melhor compreender a definição que se quer sustentar neste artigo.

Na concepção de Luís Roberto Barroso, são duas as funções principais de uma Constituição. A primeira estabelece que “compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem ser afetados por maiorias políticas ocasionais”⁴³.

40 DOUZINAS, op. cit., p. 30.

41 CANOTILHO, op. cit., p. 52.

42 “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”.

43 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

A segunda função, conforme o mesmo autor, estabelece que à Constituição cabe “garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos”⁴⁴.

Em verdade, a análise da temática proposta nesse trabalho engloba simultaneamente estas duas funções. Deve-se, portanto, neste ponto, reafirmá-las não como excludentes (uma ou outra), mas como adicionadas (uma e outra).

Merece destaque, também, para este trabalho o sentido de constitucionalismo, na acepção que enaltece a relação entre Constituição e democracia. A identificação do que hoje se denomina de Estado Constitucional está relacionada com as qualidades de um Estado Democrático de Direito, afirmando J. J. Gomes Canotilho sobre o tema que “eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”⁴⁵. Há, assim, uma conjugação no Estado Constitucional, com uma conexão interna, entre democracia e Estado de direito⁴⁶.

A colocação do tema por Lenio Streck merece transcrição literal:

[...] a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo⁴⁷.

A Constituição estabelece, dentro deste paradigma, que “o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social”⁴⁸. E a sociedade brasileira vive, de certo modo, essa expectativa “fetichista”⁴⁹ de solução dos problemas sociais “exclusivamente” pelo Direito, principalmente a partir da dialética estabelecida entre uma Constituição Federal, que assegura direitos, e uma sociedade carente da realização destes mesmos direitos⁵⁰. Sobre o tema assevera, ainda, Lenio Streck que:

44 Ibid., loc. cit.

45 CANOTILHO, op. cit., p. 93.

46 “[...] limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria” (BARROSO, op. cit., p. 88).

47 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 17.

48 Id. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

49 “Da noção de fetichismo da mercadoria e da sua relação direta com o conceito de alienação, [...], é possível extrair elementos para a formação de um novo conceito, denominado *fetichismo constitucional*, que representa a ilusão, gerada pela concepção moderna da cidadania passiva (*status* de direitos), de que a cidadania se realizaria plenamente ao ser confiada ao direito e à constituição” (BELLO, Enzo. Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional. In: LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto; BELLO, Enzo (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 20).

50 Essa “tensão” está situada entre uma Constituição identificada com o modelo político de Bem-Estar Social e a realidade política neoliberal.

[...] o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito — vinculado ao *Welfare state* neocapitalista — impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. O Estado Democrático de Direito [...] tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado e garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade⁵¹.

Inobstante o que foi dito até o momento sobre o significado de Constituição, trata-se de fenômeno polissêmico, que pode, portanto, ser observado por diversas matrizes do conhecimento, gerando, assim, significados diversos.

Analisada a partir de uma matriz sociológica, por exemplo, pode ser vista como forma de dominação, como quadro de luta política (perspectiva procedimentalista sociológica), como ordem fundamental (instituição), ou até mesmo como decisão, uma vez que incorpora em seu conteúdo normativo as principais decisões políticas consagradas em um Estado, sem se confundir, simultaneamente, com essas decisões⁵².

Conjugando, porém, estas perspectivas arroladas, deve a teoria constitucional estabelecer como meta alcançar o encontro entre a normatividade constitucional e a realidade, inevitavelmente sob uma perspectiva crítica⁵³. José Adércio Leite Sampaio assevera que para isso:

[...] pode destacar em primeiro plano o mundo normativo, sem, todavia, a crença ingênua de se poder abarcar todos os meandros da política, dominando-os inteiramente e predeterminando até as intenções e estratégias que se desenrolam na mais profunda e silenciosa intimidade dos negócios políticos; e sem, por outro lado, deixar-se seduzir pelos reclames formais de uma teoria pura de uma Constituição sem alma⁵⁴.

51 STRECK, 2007, p. 37.

52 SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3-54.

53 “É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o ‘invisível’. Expliquemos esta formulação algo esotérica. Aquilo que é próprio de um pensamento abstracto consiste precisamente em poder evocar ‘coisas’ ou realidades na sua própria ausência. [...] Esta faculdade, que parece evidente de tal modo nos é habitual, é, afinal, o que constitui o essencial do pensamento abstracto. Mas o pensamento crítico é mais do que o pensamento abstracto: é preciso ‘acrescentar-lhe’ a dialéctica. [...] O pensamento dialéctico parte da experiência de que o mundo é complexo: o real não mantém as condições da sua existência senão numa luta, quer ela seja consciente quer inconsciente. A realidade que me surge num dado momento não é, pois, senão um momento, uma fase da sua realização: esta é, de facto, um processo constante. [...] ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível” (MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 21-22).

54 SAMPAIO, op. cit., p. 20.

Resta evidenciado que a busca deste sentido crítico de Constituição perpassa hoje a relação estabelecida entre o jurídico, o social, o político e o econômico, compreendido ideologicamente a partir de reflexões filosóficas e hermenêuticas, desvelando, assim, o seu verdadeiro conteúdo normativo.

Estabelecido o sentido e o papel assumido pelas Constituições a partir da modernidade, é necessário, mais uma vez, buscar compreender o papel assumido pelos direitos fundamentais nos textos constitucionais da modernidade. Diante desse quadro, pode-se considerar como direitos fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”⁵⁵.

Deve-se pontuar que a definição acima adotada é um conceito extremamente positivista, pois a noção de direito subjetivo é entendida como “qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica”⁵⁶.

Encontra-se no pensamento de Michel Mialle crítica contundente à adoção pela Teoria do Direito do conceito e, mais precisamente, da própria existência do instituto do direito subjetivo, por isso que os mesmos se encontram em posição desprivilegiada para explicar a consagração de relações jurídicas que envolvam direitos fundamentais⁵⁷.

Segundo o professor francês, o direito subjetivo funda-se na ideia de que a pessoa é por si mesma criadora do direito, dentro de uma perspectiva individual (sujeito), e, “neste sentido, a noção de direito subjetivo é propriamente metafísica”⁵⁸.

Consoante já se delineou anteriormente nesse artigo, é preciso combater essas práticas subjetivistas (e metafísicas) celebradas pelo positivismo jurídico, opondo-se a esse sistema e, principalmente, buscando modelos e alternativas (filosóficas e hermenêuticas) para a superação deste paradigma.

Para esclarecer melhor o leitor sobre a referida “oposição”, colaciona-se o entendimento de Costas Douzinas, que afirma o seguinte:

A lei da modernidade baseada no direito do Eu e no império do sujeito é estranhamente imoral enquanto tenta assimilar e excluir o Outro. O outro lado do sujeito jurídico universal, da igualdade e da autonomia, do formalismo da lei e do seu imperativo (o comando categórico) é a necessária desigualdade e a falta de autonomia do estrangeiro e do inimigo da nação. O discurso da universalidade é

55 FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

56 FERRAJOLI, op. cit., loc. cit.

57 MIALLE, op. cit., p. 144-145.

58 Ibid., p. 149.

necessariamente uma mitologia branca: a entronização do livre-arbítrio como o princípio da legislação universal é obtida somente por meio da exclusão, da cassação do direito ao voto e da sujeição sem a livre subjetividade do Outro⁵⁹.

Surge, assim, a necessidade de construir uma definição de direitos humanos para além do positivismo, fundamentalmente valorada (axiologicamente) a partir do reconhecimento do “outro”, ou seja, da alteridade, pois com o reconhecimento do pluralismo, e do multiculturalismo, como realidade da sociedade denominada de “pós-moderna” emergem novos desafios, que o *juspositivismo* não conseguirá responder satisfatoriamente.

Diante dos argumentos apresentados, pode-se inferir que os direitos humanos possuem uma inegável dimensão deontológica que é delimitada pelos valores inerentes ao ser humano e sua dignidade, que devem por sua vez ser respeitados e recepcionados pelos ordenamentos jurídico positivos, nesse caso os direitos fundamentais. Embora estejam ligados por uma essência que os aproxima, nitidamente se tratam de institutos diversos⁶⁰.

Assim, essa característica deontológica se constitui na diferença essencial entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, que faz com que aqueles gozem de um *status* transcendente em relação a esses, ou seja, estão axiologicamente acima destes, impondo-se o seu necessário reconhecimento pelas ordens jurídicas, mesmo diante da diversidade, o que requer o reconhecimento da necessidade de modelo(s) de “interculturalidade” para esse fim, como será visto adiante.

4. A CRÍTICA AO MITO DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Embora, de forma dialética, se tenha discutido a universalidade, avaliando seus argumentos favoráveis e contrários, mesmo que estes de forma perfunctória, pois esse tópico tem exatamente o objetivo de realizar a crítica a esse mito, é preciso desconstruir essa suposta verdade defendida pelos defensores dos direitos humanos.

A imposição de um modelo ocidental, ideologicamente impregnado, não pode prosperar, pois “não existe nenhuma teoria endógena que seja capaz de unificar as sociedades contemporâneas e nenhuma ideologia imposta ou importada pode desempenhar este papel”⁶¹.

Acontece que, “a ideologia dominante da pós-modernidade é o cinismo, uma “falsa consciência esclarecida”, e “o hiato entre o triunfo da ideologia dos

59 DOUZINAS, op. cit., p. 353.

60 LUÑO, 2002, p. 42-44.

61 PANIKKAR, op. cit., p. 23.

direitos humanos e o desastre da sua aplicação é a melhor expressão do cinismo⁶² pós-moderno⁶³.

Há necessidade de aceitação e integração ao “mundo ocidental globalizado”⁶⁴, pois “o cínico de massa moderno perde o ímpeto individual e poupa-se do risco de evidenciar-se. Há muito renunciou expor-se à atenção e ao escárnio alheio para provar sua originalidade”⁶⁵. Isso faz com que a adesão ao discurso da universalidade dos direitos humanos seja aceite, uma vez que ele facilita a criação de um modelo padronizado (standardizado), que não passa, todavia, de mera retórica.

Adela Cortina, nesse sentido, afirma que direitos humanos “não passa de uma ficção moral, que pretende nos prover de um critério objetivo e impessoal, sem consegui-lo”⁶⁶. Ainda nesse diapasão, para demonstrar a falsidade da tentativa de padronização, fundada, por sua vez, numa ideia de neutralidade ideológica que oculta os verdadeiros interesses em jogo, Peter Sloterdijk assevera que:

Nas confrontações do esclarecimento, o que está em questão é tudo menos a verdade: posições de preponderância, interesses de classe, posições escolares, estabelecimento de desejos, paixões e a defesa de “identidades”. Estes dados prévios de maneira tão intensa conferem uma forma ao diálogo esclarecido, que seja mais apropriado falar em uma consciência de guerra do que de um diálogo de paz. Os adversários não se encontram uns frente aos outros sob o domínio de um contrato de paz de antemão acordado. Acham-se antes em uma concorrência entre repressão e aniquilação; não são livres em relação aos poderes que levam sua consciência a falar desse modo e não de outro⁶⁷.

A realidade, portanto, é que se está diante de um mundo repleto de conflitos de interesses, multiplicado, por exemplo, pela diversidade cultural, fruto do surgimento de um “novo tipo de indivíduo”, o “sujeito pós-moderno, conceptualizado como

62 A referência sobre a abordagem do *cinismo* é de: SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012. p. 12-14. Afirma ele que do cadáver da filosofia descendem as ciências modernas e as teorias do poder, e que “essa sentença coloca seu foco por trás da politização inevitável do pensamento. Quem a enuncia revela, por um lado, a verdade. Todavia, ao exprimi-la, quer alcançar ao mesmo tempo mais do que a verdade: ele quer intervir no jogo do poder”. Ainda de acordo com esse pensador, “quem não busca o poder também não vai querer seu saber, seus armazenamentos do saber; e quem recusa os dois já não é mais secretamente sequer um cidadão desta civilização”.

63 DOUZINAS, op. cit., p. 30.

64 “Uma obrigação moral de proporcionar auxílio resulta especialmente das crescentes interdependências em uma sociedade mundial que cresceu tanto, com o mercado capitalista mundial e a comunicação eletrônica de massa, que as Nações Unidas acabaram assumindo algo próximo a uma responsabilidade política total pelo asseguramento da vida neste planeta [...]” (HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 268).

65 SLOTERDIJK, op. cit., p. 33.

66 CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 239.

67 SLOTERDIJK, op. cit., p. 42.

não tendo uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma “celebração móvel”: formada e transformada continuamente em relação às formas pelas quais somos representados ou interpelados nos sistemas culturais”⁶⁸.

Essa *identidade*, por sua vez, está cada vez mais voltada para o *individualismo*, pois ela é “a união numa unidade, por isso a identidade aparece, através da história do pensamento ocidental, com o caráter da unidade”⁶⁹. Sujeitos cada vez mais *complexos* e voltados para os seus *particularismos* é a combinação fatal para se questionar o universalismo. De fato, talvez só o cinismo “justifique” esse paradoxo!

Os Estados contemporâneos, *pós-modernos*, do mundo globalizado, que deveriam intervir nessa seara, com o escopo de intermediar a relação social e estimular a formação de um “espírito coletivo”, não cumprem esse papel, como adverte Zygmunt Bauman:

O Estado lava as mãos à vulnerabilidade e à incerteza provenientes da lógica (ou da ilogicidade) do mercado livre, agora redefinida como assunto privado, questão que os indivíduos devem tratar e enfrentar com os recursos de suas posses particulares. Como adverte Ulrich Beck, agora se espera dos indivíduos que procurem soluções biográficas para contradições sistêmicas⁷⁰.

Num mundo no qual os interesses individuais regem a vida em sociedade, construída a partir de valores e vontades subjetivas⁷¹, e cuja principal instituição criada para regular os conflitos decorrentes dessa sistemática, o Estado⁷², não cumpre a sua função, até porque está permeado por um conjunto de interesses particulares de quem está no poder, torna-se difícil acreditar na universalidade de direitos, uma vez que estes surgem desta dialética, logo não estão imunizados contra a contaminação proveniente desse processo.

68 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 12-13.

69 HEIDEGGER, Martin. *Que é isto — a Filosofia?: Identidade e Diferença*. 2. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2009. p. 39.

70 BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p. 67.

71 “O humilhante e doloroso choque entre a presença individual na Terra, limitada de modo severo, e a imperitável solidez do mundo tem sido parte integrante da experiência humana desde os primórdios da história. Até a aurora da modernidade, a vida era um confronto diário entre a transitoriedade da primeira e a permanência da segunda, e uma recitação diária da insuperável incomensurabilidade entre ambas” (Ibid., p. 119).

72 “[...] a distinção entre o Estado e a sociedade civil, longe de ser um pressuposto da luta política moderna, é o resultado dela. A tensão deixa, assim, de ser entre Estado e sociedade civil para ser entre interesses e grupos sociais que se reproduzem melhor sob a forma de Estado e interesses e grupos sociais que se reproduzem melhor sob a forma de sociedade civil. E, sendo assim, o âmbito efetivo dos direitos humanos torna-se inerentemente problemático. [...] O Estado passou rapidamente de fonte de infinitas soluções a fonte de infinitos problemas, a sociedade civil deixou de ser o espelho do Estado para se tornar o seu oposto e, concomitantemente, uma sociedade civil forte passou a exigir um Estado fraco. As políticas de direitos humanos, tanto na sua versão hegemônica como na contra-hegemônica, foram apanhadas nesta rápida viragem de concepções e ainda não se recuperaram dela” (SANTOS, op. cit., p. 435-436).

Deve-se lembrar de que os direitos são “reduzidos aos fatos e acordos expressos na legislação ou, em uma veia mais crítica, às prioridades disciplinadoras do poder e da dominação”⁷³, assim diretamente influenciado por quem está no “comando” do Estado e, portanto, manipula a sua elaboração⁷⁴. Trata-se de um *cínico* jogo de interesses⁷⁵.

Inobstante essa avaliação crítica, que contesta a universalidade dos direitos humanos, é fundamental analisar a questão cultural envolvida na temática, na tentativa de construir uma solução para a sua afirmação.

5. A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR INTERMÉDIO DA INTERCULTURALIDADE

Há uma relação forte entre direitos humanos e cultura, na medida em que “somente os valores universais coletivos e dotados de uma expressão cultural podem ser considerados como valores humanos”⁷⁶, dependendo, pois, deste desvelamento cultural para o seu reconhecimento social e jurídico.

Nesse mesmo diapasão, é importante frisar que a identidade do indivíduo está “entretecida com identidades coletivas e só pode estabilizar-se em uma rede cultural que está tão longe de poder ser adquirida como propriedade privada”⁷⁷.

A cultura é, portanto, pública, todavia deve-se entender que ela “não é um poder, algo ao qual podem ser atribuídos causalmente os acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos de forma inteligível”⁷⁸.

Para lidar com o tema, ou seja, como compreender uma cultura, é preciso muito cuidado, nesse sentido adverte Clifford Geertz que:

A cultura é tratada de modo mais efetivo [...] puramente como sistema simbólico (a expressão-chave é, “em seus próprios termos”), pelo isolamento dos seus elementos, especificando as relações internas entre esses elementos e passando então a caracterizar todo o

73 DOUZINAS, op. cit., p. 29.

74 “Liberais da grandeza de Rawls e Dworkin propugnam por uma ordem jurídica eticamente neutra que deve assegurar chances iguais a todos, de modo que cada um possa orientar-se por uma concepção própria do que seja bom” (HABERMAS, op. cit., p. 241).

75 “Pretender atribuir uma validade universal aos Direitos do Homem, da forma como foram formulados, é postular que a maioria dos povos do mundo estão engajados, praticamente da mesma maneira que as nações ocidentais, em um processo de transição de uma *Gemeinschaft* mais ou menos mítica [...] a uma ‘modernidade’ organizada de maneira racional e contratual, tal qual o mundo ocidental industrializado a conhece” (PANIKKAR, op. cit., p. 14).

76 PANIKKAR, op. cit., p. 17.

77 HABERMAS, op. cit., p. 257.

78 GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012. p. 10.

sistema de uma forma geral — de acordo com os símbolos básicos em torno dos quais ela é organizada, as estruturas subordinadas das quais é uma expressão superficial, ou os princípios ideológicos nos quais ela se baseia⁷⁹.

Para analisar e compreender uma cultura é fundamental uma avaliação das conjecturas e uma espécie de “adivinhação” de significados, que permita “traçar conclusões explanatórias das melhores conjecturas e não a descoberta do Continente dos Significados e o mapeamento de sua paisagem incorpórea”⁸⁰.

Nossa dupla tarefa é descobrir as estruturas conceituais que informam os atos dos nossos sujeitos, o “dito” no discurso social, e construir um sistema de análise em cujos termos o que é genérico a essas estruturas, o que pertence a elas porque são o que são, se destacam contra outros determinantes do comportamento humano⁸¹.

Diante dessa particularização necessária para compreender os modelos culturais existentes, chega-se à conclusão que não existem “valores que sejam transcendententes à pluralidade das culturas, pela simples razão de que um valor só existe como tal em um determinado contexto cultural”⁸².

Por isso é que não se pode defender um mítico modelo de direitos humanos universais, uma vez que “toda cultura exprime sua experiência da realidade e do *humanum* através de conceitos e símbolos que pertencem a esta tradição e, como tais, não são universais”⁸³.

É preciso respeitar, portanto, a diversidade cultural! A tarefa dos direitos humanos, na denominada “pós-modernidade”, é desenvolver mecanismos dialógicos que viabilize uma “fecundação mútua” entre as culturas, ou seja, que permita, diante da realidade do dissenso, a realização de troca valorativa para busca do consenso de concretização da dignidade humana.

Em uma palavra, nós temos necessidade de uma nova hermenêutica: a hermenêutica diatópica que não pode ser desenvolvida a não ser dentro de um *diálogo dialógico*. Ela nos mostraria que não devemos nem tomar a *pars pro toto*, nem acreditar que vemos o *totum in parte*⁸⁴.

Embora o conceito de hermenêutica diatópica tenha sido desenvolvido por Raimon Panikkar, é bastante didática a conceituação apresentada por Boaventura de Sousa Santos, ao dizer que:

79 Ibid., p. 12.

80 Ibid., p. 14.

81 GEERTZ, op. cit., p. 19.

82 PANIKKAR, op. cit., p. 13.

83 Ibid., p. 18.

84 Ibid., p. 19-20.

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico⁸⁵.

O grande desafio nesse modelo hermenêutico, que provoca o necessário diálogo intercultural⁸⁶, é encontrar as equivalências de significado e significações entre culturas⁸⁷. Para essa finalidade, Raimon Panikkar desenvolve a ideia de *equivalente homeomorfo*. Salienta o referido autor, que a *homeomorfia* não é o mesmo que analogia, pois “ela representa uma equivalência funcional diferente da descoberta através de uma transformação topológica. Ela é uma espécie de analogia funcional existencial”⁸⁸.

Por isso não nos restringimos a procurar transcrever os Direitos do Homem em outras linguagens culturais, e não estamos à procura de simples analogias, ao contrário, nós nos esforçamos para encontrar o equivalente homeomorfo. Por exemplo, se tais direitos são considerados básicos para o exercício e o respeito à dignidade humana, é preciso que pesquisemos como uma outra cultura satisfaz a necessidade equivalente — e isso somente é possível uma vez que tenha sido cultivado um terreno comum (uma linguagem compreensível para ambas) entre as duas culturas⁸⁹.

Somente o diálogo é capaz de promover a assimilação e a efetivação dos direitos humanos, e, assim, não se deve entender que os conflitos interculturais

85 SANTOS, op. cit., p. 448.

86 “Interculturalismo significa, mais do que a ideia de posição intermédia, a impossibilidade da exclusão cultural, protegendo o diálogo entre culturas, somente possível em uma perspectiva aberta e incluyente. A nossa preferência por utilizar a expressão interculturalismo em vez de multiculturalismo está fundamentada precisamente na defesa desse diálogo intercultural. Este, a seu turno, fomenta o reconhecimento das limitações de cada uma das culturas e a aproximação entre elas para pensarem o seu próprio desenvolvimento a partir de contribuições recíprocas” (GALINDO, Bruno. *Teoría intercultural da constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 95-96).

87 “La respuesta a la nuevadificultad ya no puede ser la positividad de los derechos humanos. Si éstos han de ser exigidos a otras culturas sin violentarlas, entonces se precisa de un diálogo intercultural que venga a sustituir la enseñanza autosuficiente y unilateral de los demás. Para ello no basta con exponerse recíprocamente los propios puntos de vista y permitir demandas de información aclaratoria. Y como también hay que plantear-se la cuestión de la legitimación, y profundizar además en los fundamentos de una cultura, el diálogo se convierte en discurso” (HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 174).

88 PANIKKAR, op. cit., p. 7.

89 Ibid., loc. cit.

representem problemas, e repeli-los, “mas exatamente o contrário, como um desafio de trocas com que há que se conviver para que a vida não perca sua dinamicidade”⁹⁰.

6. À GUISA DE CONCLUSÃO

A importância dos direitos humanos no século XXI decorre, basicamente, da necessidade de estabelecer *diálogos* entre as culturas, na sociedade pós-moderna, dotada de alto grau de complexidade. A promoção, portanto, da *interculturalidade* é a tarefa daqueles que se ocupam com a efetivação da categoria jurídica citada.

Deve-se atentar, porém, para algumas questões fundamentais, no desenvolvimento desta empreitada, como por exemplo:

(i) Não se tratam de meros *direitos subjetivos*, individualmente exercitáveis, e sim de direitos direcionados à coletividade, a alteridade é uma realidade para os direitos humanos;

(ii) Além de estabelecer direitos, como consequência lógica de uma relação jurídica, geram também deveres, impondo-se, principalmente aos Estados, obrigações para a sua efetivação;

(iii) Não são absolutos, e sim relativos, uma vez que dependem das manifestações típicas de cada cultura;

(iv) Não são universais, até porque nenhum conceito é universal por si só, encontrando seu fundamento de validade no *quando* e *onde* ele foi desenvolvido, o que impossibilita, portanto, que seja aceito universalmente.

Esses desafios não devem afugentar aqueles que buscam a concretização dos direitos humanos, enquanto forma de valorização e preservação da dignidade humana, mas fazer com que se tomem as devidas precauções necessárias para que não sejam cometidos equívocos decorrentes destes “obstáculos”, na defesa do *ser humano*.

Talvez, a grande provocação para quem se dedique a essa área do Direito seja exatamente buscar compreender melhor o significado da expressão *ser humano*, através de processos interdisciplinares e interculturais, mas sempre através da dissolução dos dissensos pelo diálogo, somente assim se pode alcançar o consenso.

7. REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

90 RUBIO, op. cit., p. 55.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.
- BELLO, Enzo. Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (Org.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-33.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Fenomenologia e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *Que é isto — a Filosofia?: Identidade e Diferença*. 2. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2009.
- HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do Outro Homem*. 3. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2009.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos contemporâneos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

- _____. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigues (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PAES, João Hélio Ferreira. *A Constitucionalização de Direitos Humanos Elencados em Tratados*. Ijuí (RS): Unijuí, 2010.
- PANIKKAR, Raimon. É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 5-28.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RUBIO, David Sánchez. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de Emancipações, Libertações e Dominações*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias Constitucionais em Perspectiva: em busca de uma constituição pluridimensional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crisis e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3-54.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STRECK, Lenio; STEIN, Ernildo (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.
- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, v. II.

CAPÍTULO X

O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA CENTRALIDADE DA PESSOA TRAFICADA

Giovanna Maria Frisso¹

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A responsabilidade internacional do estado em casos de tráfico internacional de pessoas — 3. O dever de investigar e o dever de julgar as violações de direitos humanos resultantes do tráfico internacional de pessoas: 3.1. O protocolo de palermo como instrumento processual de defesa dos direitos humanos — 4. O direito à reparação dos danos sofridos pela pessoa traficada — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tráfico internacional de pessoas, apesar de prática antiga, retomou recentemente o interesse internacional ao ser concebido como crime organizado. Isto se deu com a adoção do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças também chamado Protocolo de Palermo. O Protocolo define o tráfico internacional de pessoas como:

[...] 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 órgãos².

O Protocolo de Palermo reconhece a necessidade de uma abordagem global, que envolva países de origem, trânsito e destino e inclua medidas de prevenção e repressão. Dentre estas medidas, destaca-se a criminalização da conduta nos

1 Professora Adjunto no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade, Universidade Federal Fluminense. E-mail: giovanna_frisso@hotmail.com.
2 Cf. Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Pessoas, no seu artigo 3º, alínea a.

termos do Protocolo e a consequente harmonização do tipo penal entre os Estados³. O recurso ao direito penal, constatado já nas primeiras convenções sobre tráfico internacional de pessoas, tem sido visto não apenas como instrumento de repressão, mas também, em uma perspectiva utilitária, como mecanismo capaz de prevenir o tráfico internacional de pessoas ao dissuadir aqueles que se sintam motivados ou instigados à prática do ilícito.

Ao considerar o tráfico internacional de pessoas como um crime organizado, a normativa internacional destaca o interesse do(s) Estado(s) em reprimir e coibir a existência de um poder paralelo, não legitimado pelo povo. Neste contexto, Gomes afirma:

A importância da repressão à macro-criminalidade organizada decorre da real ameaça que representa ao Estado Democrático de Direito. Usurpa suas funções e se aproveita das situações de caso urbano e político para a instalação de seu poder paralelo. Um poder paralelo amparado em surpreende poder econômico, na deterioração do Estado de Direito [...], que dissemina a corrupção, intimida, viola leis e pessoas, sem freios, concretizando seu império por atos que variam do constrangimento e a intimidação até atos de extrema violência com assassinatos e tortura⁴.

O dever de investigar alegações de tráfico internacional de pessoas e de julgar os acusados, resultado do processo de criminalização previsto no Protocolo de Palermo, não guarda, necessariamente, relação direta com a proteção dos interesses da pessoa traficada⁵. Os direitos da pessoa traficada são subsumidos pelo interesse do Estado no combate ao crime organizado⁶. Este contexto permite constatar, por exemplo, relatos de pessoas que foram resgatadas contra a sua vontade⁷. O reconhecimento da pretensão acusatória do Estado faz com que

3 Sobre as dificuldades relacionadas a este processo de harmonização, cf. PISCITELLI, A. Entre as ‘máfias’ e a ‘ajuda’: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. *Cadernos Pagu*, n. 31, 2008. Piscitelli (op. cit., p. 34) afirma: “a formulação, harmonização e implementação de normativas legais relativas ao tráfico de pessoas têm lugar no cenário de embates políticos, nos quais há desencontros e articulações entre lógicas normativas que orientam ações de diferentes grupos de interesse. Desencontros e convergências são perceptíveis no entrecruzamento entre lógicas dos Estados nacionais e outras que podem ser consideradas supranacionais e transnacionais”.

4 GOMES, R. C. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 3.

5 GALLAGHER, A. Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis. *Human Rights Quarterly*, n. 23, 2001. p. 976.

6 PISCITELLI, op. cit., p. 37. Em sentido contrário, cf. BLANCHETTE, T. G.; SILVA, A. P. Mulheres vulneráveis e meninas más: uma análise antropológica de narrativas hegemônicas sobre o tráfico de pessoas no Brasil. In: FERREIRA, A. P. et al. (Org.). *A experiência migrante: entre deslocamentos e reconstruções*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010. p. 328.

7 Exemplos destas narrativas são encontradas em: cf. KEMPADOO, K. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*, n. 25, 2005. p. 68; cf. PISCITELLI, op. cit., p. 32; cf. SANTOS, B. S.; GOMES, C.; DUARTE, M. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 87, 2009. p. 88; cf. BLANCHETTE; SILVA, op. cit., p. 328.

a narrativa da vítima, quando ouvida no processo penal, seja concebida essencialmente como instrumento probatório⁸.

Esta instrumentalidade pode colocar a vítima, que atua perante o processo, e seus familiares em situação de risco. Ciente disto, a própria Convenção de Palermo e o Protocolo exigem a adoção de medidas apropriadas para a proteção eficaz das pessoas que prestam testemunho contra atos de represália ou intimidação. Estas medidas têm como objetivo não apenas proteger a integridade física e moral das testemunhas e de seus familiares, mas também tutelar uma fonte de prova relevante para a atribuição da responsabilidade penal⁹.

No entanto, estas medidas não são capazes de lidar com a situação de vulnerabilidade vivenciada pela pessoa traficada. Esta vulnerabilidade é, senão reforçada, mantida, uma vez que a pessoa traficada continua sendo percebida como um instrumento, agora do processo penal. Ademais, a forma pela qual a tipificação do tráfico internacional de pessoas se dá, bem como as particularidades do processo penal podem não resultar na responsabilização penal individual e, conseqüentemente, no não reconhecimento do processo de vitimização.

Diante disto, este artigo propõe ser necessário mudar a perspectiva a partir da qual se concebe o tráfico internacional de pessoa: a proteção do indivíduo traficado e não o julgamento e a punição do traficante deve ser o ponto de partida para a atuação dos Estados¹⁰. Em outros termos, a primazia da perspectiva do direito penal deve dar lugar à tematização do tráfico internacional de pessoas como tema de direitos humanos¹¹. Esta proposta reconhece que, por vezes, a pessoa traficada pode ser reconhecida como vítima de um crime e vítima de violações de direitos humanos¹². A impossibilidade de se atribuir a responsabilidade penal individual

8 CRAGGS, S.; MARTENS, R. *Rights, residence, rehabilitation: findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*. Suíça: International Organization for Migration, 2010. p. 49. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo29.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2014. É importante observar que o valor probatório da narrativa da pessoa traficada varia de acordo com o sistema legal em comento. Além disto, há um contínuo debate acerca da instrumentalização da vítima pelo processo penal, o qual pode ser relacionado ao próprio desenvolvimento do processo penal. Neste sentido, cf. LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 59; cf. DOERNER, W. G.; LAB, S. P. *Victimology*. Estados Unidos: Anderson Publishing, 2012. p. 2-3.

9 SOUZA, D. F. M. L. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 38.

10 A centralidade do recurso ao direito penal é observada, por exemplo, por: BRUGGEMAN, W. *Illegal immigration and trafficking in human beings seen as a security problem for Europe*. 19 set. 2002. Disponível em: <<http://www.heart-intl.net/HEART/030106/IllegalImmigrationandtrafficking.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

11 É interessante notar que justamente a insuficiência de uma perspectiva de direitos humanos para lidar com o tráfico internacional de pessoas foi a motivação para a elaboração do Protocolo, cf. GALLAGHER, op. cit., p. 982.

12 Cf. PISCITELLI, op. cit., p. 50. Pessoa traficada é, portanto, conceito mais amplo do que vítima do crime de tráfico internacional de pessoas. Cf. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. 21 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Trafficking/Pages/annual.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

pelo crime de tráfico internacional de pessoas não exime o Estado de sua responsabilidade de garantir e proteger os direitos humanos dos indivíduos que se encontram sob sua jurisdição. Neste sentido, recorrer à perspectiva de direitos humanos possibilita o reconhecimento de processos de vitimização afastados pelo direito penal, bem como a ampliação do rol de medidas a serem adotadas de forma a assegurar, dentre outros, os direitos à liberdade, à segurança pessoal, ao trabalho digno, à moradia adequada e à integridade física da pessoa traficada. Ademais, tratar o tráfico internacional de pessoas a partir de uma perspectiva de direitos humanos permite tematizar de forma mais ampla o contexto em que o ilícito ocorreu, bem como as relações entre vítima e perpetrador.

A discussão do tráfico internacional de pessoas à luz da perspectiva de direitos humanos considera a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no que diz respeito à atribuição de responsabilidade ao Estado, à noção de recurso efetivo e ao direito à reparação e os estudos produzidos pela relatoria especial sobre tráfico internacional de pessoas do Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas. O enfoque nos sistemas interamericano e europeu de direitos humanos se deve à obrigatoriedade das decisões emanadas da CIDH e da CEDH, bem como ao reconhecimento pelas respectivas Convenções de inúmeros direitos que são violados quando do tráfico internacional de pessoas. Dentre estes direitos, este artigo compreende o tráfico internacional de pessoas como uma conduta que viola essencialmente a proibição da escravidão, do trabalho forçado e da servidão¹³.

Diante do exposto, o artigo se divide em três partes. Na primeira parte, retoma-se brevemente a discussão acerca da atribuição de responsabilidade ao Estado pela conduta atentatória ao direito internacional praticada por particulares¹⁴. O exame da responsabilidade internacional estatal é feito a partir da doutrina sobre responsabilidade do Estado e das obrigações resultantes de tratados de direitos humanos. Em seguida, examina-se em que medida a noção de recurso efetivo em casos de violação de direitos humanos envolve o dever de investigar e de julgar os responsáveis por violações de direitos. O dever de investigar e o dever de julgar são examinados também como obrigações positivas a serem adotadas pelos Estados

13 VASCONCELOS, M.; BOLZON, A. Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões. *Cadernos Pagu*, v. 31, p. 65-86, 2008. A compreensão do tráfico internacional de pessoas como violação da proibição de escravidão será mediada pela análise do caso *Rantsev*. Neste caso, a CEDH, caso, não especificou ser o tráfico internacional de pessoas exemplo de escravidão, trabalho forçado ou servidão, mas conduta que vai de encontro aos objetivos da proibição da escravidão, trabalho forçado ou servidão estipulada no artigo 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application n° 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 282).

14 Não se afasta o possível envolvimento de agentes do Estado em casos de tráfico internacional de pessoas. A análise se concentra, todavia, na conduta de particulares dentro da noção de crime organizado, como poder paralelo ao do Estado.

para a implementação da proibição da escravidão, do trabalho forçado e da servidão¹⁵. Apesar de claramente relacionadas às obrigações contraídas pelos Estados que ratificaram o Protocolo de Palermo no que diz respeito à responsabilização penal, a análise dos elementos processuais da noção de recurso efetivo buscará indicar em que medida o dever de investigar pode ser compreendido para além da noção de investigação penal. A terceira parte amplia a noção de recurso efetivo, trazendo à luz seus aspectos substantivos, isto é, as medidas substanciais de reparação. Espera-se que com esta estrutura reste claro o potencial de uma perspectiva de direitos humanos para uma melhor compreensão do tráfico internacional de pessoas e, conseqüentemente, para o seu efetivo combate.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO EM CASOS DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

A responsabilidade internacional do Estado é o instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato atentatório ao direito internacional¹⁶. Ela se pauta no reconhecimento de que os Estados estão vinculados ao cumprimento daquilo que assumiram no cenário internacional. Portanto, o Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras de direito internacional público. A noção de responsabilidade internacional do Estado tem sido tradicionalmente aplicada entre Estados, no entanto ela se estende para atos cometidos contra indivíduos¹⁷.

Uma violação do direito internacional é imputável a um Estado sempre que praticado por seus funcionários ou quando tais atos forem praticados em seu nome¹⁸. Já um ato praticado por particulares pode ocasionar a responsabilidade do Estado devido à atitude estatal diante do evento. Como responsável pela ordem pública, o Estado deve adotar medidas que poderiam evitar o ato lesivo ao direito internacional ou ainda, tendo tomado conhecimento do fato, reprimi-lo.

Neste caso, a responsabilidade estatal não decorre propriamente do ato de um indivíduo, que vínculo nenhum mantinha com o Estado e que não atuou em nome deste, mas de uma conduta negativa do Estado relativamente às obrigações que lhe impõem o direito internacional¹⁹.

15 Cumpra observar, neste particular, que, apesar de até o momento a CIDH não ter se manifestado sobre o direito de não ser submetido à escravidão ou à servidão, a violação desta proibição, prevista no artigo 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos, já foi analisada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

16 A discussão sobre responsabilidade internacional do Estado seguirá o disposto na Resolução 56/83 da Assembleia Geral das Nações Unidas.

17 BASSIOUNI, M. C. International Recognition of Victims Rights. *Human Rights Law Review*, v. 6, 2006. p. 211.

18 Cf. Resolução 56/83 da Assembleia Geral das Nações Unidas, artigos 2 e 31.

19 MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 587.

Se a omissão pode ou não ser atribuída ao Estado, depende da existência de normas de direito internacional que exijam a adoção de determinadas medidas. No contexto do tráfico internacional de pessoas, esta obrigação é claramente estabelecida pelo Protocolo de Palermo, o qual exige, dentre outros, a tipificação do tráfico internacional de pessoas com vistas à investigação, ao julgamento e à condenação dos responsáveis. As obrigações contraídas pelos Estados a partir da ratificação do Protocolo de Palermo são obrigações contraídas para com outros Estados com a finalidade de se combater a criminalidade organizada transnacional. A inação de um Estado nesta área apresenta riscos para os demais Estados.

No entanto, o tráfico internacional de pessoas infringe também a normativa de direitos humanos. Reconhece-se hoje que o tráfico internacional de pessoas viola uma série de direitos humanos, tais como: o direito à liberdade, o direito à integridade e à segurança pessoal, o direito de não ser submetido a torturas ou a outras formas de tratamento cruel ou degradante, o direito à liberdade de circulação, o direito ao maior nível possível de saúde, o direito à educação. A violação destes direitos, ainda que cometidas por pessoas privadas, pode gerar a responsabilidade do Estado, já que, na normativa de direitos humanos, cabe ao Estado respeitar, garantir e proteger os direitos humanos dos indivíduos sob sua jurisdição²⁰.

Uma das formas pelas quais um Estado pode proteger determinado direito humano é criminalizando as condutas que o transgridam²¹. Tendo em mente esta obrigação, torna-se possível vislumbrar o Protocolo de Palermo como mecanismo útil para a proteção dos direitos humanos. Examinar o tráfico internacional de pessoas sob a ótica de direitos humanos não significa, portanto, afastar o processo de responsabilização penal.

É importante observar, todavia, que a identificação da vítima de violação de direitos humanos, ainda que estas violações constituam crimes, não deve estar necessariamente atrelada a um processo penal. Os Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário definem *vítimas* como:

[...] pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um dano, nomeadamente um dano físico ou mental, um sofrimento emocional, um prejuízo econômico ou um atentado importante aos seus direitos fundamentais, em resultado de atos ou omissões que constituam violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos [...] Sempre que apropriado, e em conformidade com o

20 Cf. PETERKE, S. (Org.). *Manual prático de direitos humanos*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 157-163; cf. MAZZUOLI, op. cit., p. 864.

21 PETERKE, op. cit., p. 162.

direito interno, o termo “vítima” compreende também os familiares próximos ou dependentes da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimação. **Uma pessoa será considerada vítima independentemente do fato de o autor da violação ter ou não sido identificado, capturado, acusado ou condenado e qualquer que seja a relação de parentesco entre o autor e a vítima**²².

Processos de vitimização podem, portanto, ser reconhecidos ainda que inexistente um processo penal. Nos casos de tráfico internacional de pessoas, esta possibilidade torna-se relevante não apenas pela forma pela qual o crime é tipificado em cada país, mas também pelas particularidades da conduta e suas consequências para o processo penal²³. Estimar o tráfico internacional de pessoas a partir do número de pessoas cujos processos de vitimização foram reconhecidos por meio de um processo penal é um processo falho. Diante disto, torna-se relevante pensar o dever de investigar a partir de uma perspectiva de direitos humanos, que não seja limitada pelas especificidades do tipo penal adotado em cada país e, portanto, capaz de permitir a ampla identificação de pessoas traficadas.

3. O DEVER DE INVESTIGAR E O DEVER DE JULGAR AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS RESULTANTES DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

*Tanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos como a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecem que a violação de determinado direito humano gera, para a vítima, o direito a um recurso efetivo. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) estabeleceu recentemente que a proibição da escravidão, da servidão e do trabalho forçado estipulada no artigo 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos compreende o tráfico internacional de pessoas*²⁴. Apesar de inexistente jurisprudência relacionada ao tráfico internacional de pessoas no sistema interamericano de direitos humanos, a Convenção Americana de

22 Grifos nossos.

23 Cf. RODRIGUES, M. T. A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer? *Katálysis*, v. 12, n. 1, 2009. Rodrigues (op. cit., p. 118) exemplifica as dificuldades que as características do tráfico internacional de pessoas apresentam para o processo penal ao afirmar que inúmeros agentes contribuem para a produção do resultado, propiciando o anonimato e dificultando a atribuição de responsabilidades, ao obstar o estabelecimento do nexos causal e a delimitação da culpa. A narrativa de Brown sobre o tráfico internacional de mulheres na Ásia dá concretude à afirmativa acima ao afirmar que até o momento em que a mulher efetivamente cruza a fronteira ela pode ter sido comercializada por diferentes pessoas, inclusive por membros de sua família (cf. BROWN, L. *Sex slaves: the trafficking of women in Asia*. London: Virago Press, 2000. p. 74).

24 *O tráfico internacional de pessoas foi caracterizado no caso Rantsev como uma forma moderna de escravidão, uma vez que a pessoa traficada é tratada como uma propriedade, que recebe pouco ou nenhum pagamento pelo seu trabalho, tem suas atividades continuamente vigiadas e é normalmente submetida a ameaças e violência física* (cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application nº 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 281).

Direitos Humanos dispõe em seu artigo 6 (1) que “ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”. A leitura do dispositivo indica que a constatação de uma situação de tráfico internacional de pessoas caracteriza uma violação do artigo 6 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sendo assim, a constatação de uma situação de tráfico internacional de pessoas gera para a pessoa traficada o direito a um recurso efetivo²⁵.

Na jurisprudência da CEDH, o direito a um recurso efetivo compreende o dever de investigar²⁶. Trata-se da interpretação do artigo 13 Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual estabelece:

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.

A interpretação do artigo 13 pela CEDH é resumida no caso *Iovhchev*:

A Corte reitera que o artigo 13 da Convenção garante a disponibilidade a nível nacional de um recurso para implementar os direitos e as liberdades estabelecidas na Convenção na forma em que venham a ser assegurados na ordem jurídica interna. A consequência do artigo 13 é, portanto, a exigência de um recurso doméstico para lidar com o mérito de alegações baseadas na Convenção e garantir uma resposta apropriada [...]²⁷.

A CEDH reconhece ser conferida aos Estados Membros certa discricionariedade quanto aos meios necessários para dar efetividade à obrigação derivada do artigo 13. A jurisprudência da CEDH tem relacionado o alcance da obrigação prevista no artigo 13 à natureza da alegação do requerente no âmbito da Convenção. No entanto, a CEDH tem entendido que o recurso a uma instância nacional, capaz de analisar o mérito da questão, exige ao menos a investigação da alegada de violação de direitos humanos. Esta investigação pode se dar administrativamente.

A jurisprudência da CEDH também constrói o dever de investigar como uma obrigação positiva voltada para a prevenção de novas violações de direitos humanos. A investigação permite identificar as formas pelas quais os direitos são violados, bem como a extensão da violação e os danos dela resultantes. É justamente como uma obrigação positiva que a CEDH abordou o dever de investigar

25 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, op. cit., p. 23.

26 ROHT-ARRIAZA, N. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, v. 78, 1990. p. 462. É importante observar que no caso em análise não foi alegada a violação do artigo 13, e, portanto, a CEDH não se manifestou a este respeito.

27 Cf. CEDH. *Iovhchev v Bulgaria*. Application nº 41211/98, 2 Feb. 2006, para. 142-143.

no caso *Rantsev*²⁸. Os Estados devem investigar alegações de tráfico internacional de pessoas assim que as conheçam. Não se deve aguardar a manifestação da pessoa traficada ou de seus familiares. A pessoa traficada deve imediatamente ser afastada da situação de risco e, na medida do possível, participar da investigação para salvaguardar os seus legítimos interesses.

Trata-se de uma obrigação de meio. A investigação deve ser capaz de conduzir à identificação e punição dos indivíduos responsáveis. A CEDH estabeleceu ainda ser necessário investigar os aspectos relacionados ao recrutamento para, de fato, se garantir a efetividade do artigo 4 da Convenção²⁹.

Já a CIDH fundamenta o dever de investigar no artigo 1 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual afirma a obrigação do Estado de respeitar e garantir o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção a todas as pessoas sob a sua jurisdição. Em seu primeiro caso, *Velásquez-Rodríguez*, a Corte explicou que duas obrigações surgem do artigo 1 (1) da Convenção. Em primeiro lugar, os Estados devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção e, em segundo lugar, os Estados devem garantir o livre e pleno exercício desses direitos a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. A CIDH esclareceu o significado da segunda obrigação da seguinte forma:

Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais o poder público é exercido, de modo que eles sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção³⁰.

A CIDH tem se posicionado no sentido de que “o Estado é obrigado a investigar toda situação que envolva uma violação dos direitos protegidos pela Convenção”³¹. Embora o dever de investigar tenha sido formulado em termos gerais, tem-se entendido que ele surge especialmente quando a violação dos direitos se dá por meio de atos que são ou deveriam ser criminalizados³². No caso do

28 Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application nº 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 288.

29 Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application nº 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 289. A Rússia foi condenada pela CEDH por ter falhado em investigar como e onde Ms. Rantseva foi recrutada, bem como identificar os envolvidos no recrutamento ou os métodos de recrutamento utilizados. Em relação a Chipre, como a CEDH estabeleceu o dever de investigar a morte de Ms. Rantseva, o dever de investigar as alegações de tráfico internacional de pessoas foi considerado subsumido pelo dever de investigar a violação do artigo 2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o qual garante o direito à vida.

30 Cf. CIDH. *Velásquez-Rodríguez v Honduras*. Merits. Judgment, 29 July 1988. Series C, n. 4, para. 166.

31 Cf. CIDH. *Velásquez-Rodríguez v Honduras*. Merits. Judgment, 29 July 1988. Series C, n. 4, para. 176.

32 Cf. TOMUSCHAT, C. Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 10, 2002. p. 167. Apenas em casos em que o direito à vida, à integridade

tráfico internacional de pessoas, as violações dos direitos previstos na Convenção são condutas cuja criminalização tem sido exigida pela sociedade internacional.

No caso *Blake*, a CIDH observou que o direito de ser ouvido, nos termos do artigo 8 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, contempla o direito de as vítimas terem o crime investigado³³. O dever de investigar pode, portanto, ser interpretado como uma obrigação relacionada ao direito de a vítima ter informações específicas sobre as circunstâncias em que graves violações de direitos humanos ocorreram. Esta compreensão é particularmente relevante para as vítimas indiretas, as quais, em situações de tráfico internacional de pessoas, podem desconhecer o contexto de exploração e privações a que vítima direta foi submetida³⁴.

A CIDH também tem apresentado o dever de investigar e o dever de julgar e punir como obrigações positivas necessárias para a efetiva garantia dos direitos. De acordo com a CIDH, se a violação de determinado direito ficar impune, de forma que o pleno gozo dos direitos da vítima não seja restaurado, o Estado não terá cumprido a sua obrigação de garantir o livre e pleno exercício desses direitos a pessoas sujeitas à sua jurisdição³⁵. A responsabilização penal é vista como um mecanismo necessário para (re)afirmar a lei, o Estado de Direito.

Para a CIDH, o Estado não pode renunciar o seu dever de punir, uma vez que esta renúncia criaria um clima de impunidade. Esta atmosfera de impunidade faria, por sua vez, com que as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares se sentissem constantemente vulneráveis e inseguros em relação ao Estado. Isto poderia, inclusive, reduzir o interesse das vítimas em denunciar determinadas violações de direitos humanos.

No caso do tráfico internacional de pessoas, a desconfiança da vítima para com o Estado é agravada pela relação de dependência que por vezes é estabelecida

peçoal e à liberdade da vítima tenham sido violados o dever de julgar se torna obrigatório. À medida em que o tráfico internacional de pessoas pode resultar na violação da integridade pessoal e da liberdade da pessoa traficada, pode ser necessário, na análise do caso concreto, que o Estado promova o julgamento do acusado.

33 Cf. CIDH. *Blake v Guatemala*. Merits. Judgment, 24 Jan. 1998. Series C, n. 36, para. 97. O artigo 8 (1) estabelece: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

34 Entende-se por vítima indireta, nos termos dos Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, os familiares próximos ou dependentes da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimação. Ao mencionar o fato de determinadas famílias facilitarem o tráfico de suas filhas para a prática da prostituição, Brown explica que elas não têm o conhecimento exato do contexto em que a prostituição é exercida (cf. BROWN, op. cit., p. 52).

35 Cf. CIDH. *La Cantuta v Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment, 29 Nov. 2006. Series C, n. 162, para. 73.

com os traficantes e pelo não reconhecimento da situação de exploração, exemplificado no seguinte trecho sobre a realidade do tráfico no Estado de Goiás:

No Estado de Goiás, o traficante é visto pela vítima do tráfico internacional de seres humanos (e pela comunidade a qual a vítima pertence) como uma pessoa disposta a ajudá-la a sair de uma situação de vulnerabilidade (geralmente miséria) e galgar um degrau na escala social, viabilizando um maior conforto para seu núcleo familiar (há esperanças de que ganhará em euros e, quem sabe, conseguirá um bom casamento no exterior). Há, portanto, um *pacto perverso* entre o traficante e a traficada, que a faz crer não se considerar vítima do tráfico internacional. Ela se vê, sim, como uma vítima em sua pátria, uma vez que o Estado não se preocupa com sua condição de vulnerabilidade (financeira, cultural, familiar, social) suportada em território nacional e, de uma hora para outra, vem a se preocupar com sua saída ao exterior. Em resumo: a vítima está mais próxima do traficante do que do Estado³⁶.

Esta desconfiança também se manifesta em relação ao país de destino. Neste, o receio quanto à situação irregular pode afastar possíveis denúncias, como se observa no trecho abaixo:

O combinado não é caro. Paguei sim, 800 euros pelas passagens e empréstimos para iniciar a vida. Em menos de dois meses já havia pago a minha dívida, então ela (a minha amiga travesti) me procurou e disse que precisaria de mais dinheiro. Não achei justo. Procurei a questura e então foi minha decepção, o policial falou: **você quer fazer uma queixa contra uma cidadã italiana? Ela é documentada e você?** Você não é nada, é menos do que um cachorro, porque aqui até os cachorros possuem documentos. Então negociei com ela, paguei 50% do valor que ela me pediu e nunca mais nos falamos³⁷.

De acordo com a CIDH, a relação praticamente imediata entre o dever de investigar e o dever de julgar busca demonstrar para as vítimas que o seu sofrimento

36 SALGADO, D. R. *Elemento ao tráfico internacional de seres humanos*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/enfrentamento-ao-trafico-internacional-de-seres-humanos-daniel-salgado>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

37 ANDRADE, S. S. Análise do consentimento do escravo contemporâneo a partir das ideias de Dejours e Gaulejac. *Confluências*, v. 14, n. 2, 2012. p. 49. Grifos nossos. A citação, apesar de retratar o contexto italiano, tem como objetivo ilustrar a relação de desconfiança que a impunidade cria entre o Estado e o indivíduo, neste caso o imigrante. A ilegalidade da migração pode ser compreendida como uma das fontes do poder e controle que os traficantes exercem sobre as migrantes, cf. NUCCI, G. S. *Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100. É importante observar que a situação irregular da pessoa traficada não deveria, em uma perspectiva de direitos humanos, impedir o andamento do processo penal, devendo ser este, e não o repatriamento do imigrante ilegal, o foco imediato do Estado, cf. HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Issues/Trafficking/Pages/annual.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2014.

não foi desconsiderado pelo Estado³⁸. A responsabilização penal individual é o mecanismo que permite ao Estado expressar, de forma clara, seu desacordo com a conduta criminosa, ainda que praticada por seus agentes. A relação estabelecida entre o dever de investigar e o dever de julgar pode ser considerada como uma reação às características dos casos inicialmente analisados pela CIDH, quais sejam: casos representativos de graves de violação de direitos humanos em que a anuência do Estado para com a violação dos direitos humanos pode ser constatada seja pela omissão do Estado em relação à investigação e posterior responsabilização penal seja pela adoção de medidas impeditivas ao processo penal.

Já para a CEDH, o dever de julgar não é uma consequência necessária do dever de investigar. Isto porque o dever de julgar não é um elemento do direito a um recurso efetivo³⁹. O acesso da vítima à justiça não significa necessariamente o estabelecimento de um processo penal. Neste particular, os estudos do Alto Comissariado das Nações Unidas chamam atenção para a possibilidade de um processo de responsabilização civil, o recurso a procedimentos na área trabalhista e até mesmo mecanismos não judiciais⁴⁰.

Ao examinar a obrigação de um Estado iniciar um procedimento penal com base na noção de recurso efetivo, a CEDH tem diferenciado entre os Estados que têm adotado medidas razoáveis para cumprir com as suas obrigações de direitos humanos e os que não o têm. No primeiro caso, como a violação de direitos humanos pode ser considerada uma exceção, a CEDH tem entendido que a compensação dos danos sofridos pela vítima pode ser suficiente como medida reparatória⁴¹. A investigação é necessária não para dar início a um processo de responsabilização penal individual, mas sim para estabelecer as bases da compensação. Se, no segundo caso, as autoridades estatais adotam uma política ou prática administrativa de tolerância para com um contexto de graves violações de direitos humanos, a compensação já não é considerada suficiente⁴². O dever de julgar é, então, estabelecido como uma forma de se alterar este contexto, como uma forma de evitar novas violações por meio da dissuasão.

No caso *Siliadin*, a CEDH confirmou que o artigo 4 da Convenção compreende a obrigação positiva específica de os Estados membros punirem e reprimirem

38 PASQUALUCCI, J. M. Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure. *Michigan Journal of International Law*, v. 18, p. 38-41, 1996-1997.

39 ANTKOWIAK, T. M. Truth as right and remedy in international human rights experience. *Michigan Journal of International Law*, v. 23, 2001-2002. p. 985.

40 HUMAN RIGHTS COUNCIL, op. cit., p. 9 e 11.

41 ROHT-ARRIAZA, op. cit., p. 481.

42 MALLINDER, L. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 276.

eficazmente qualquer ato destinado à manutenção de uma pessoa em situação de escravidão, servidão ou trabalho forçado ou obrigatório⁴³. No caso *Rantsev*, a CEDH estipulou que, a fim de cumprir esta obrigação, os Estados membros são obrigados a pôr em prática um quadro legislativo e administrativo capaz de proibir e punir o tráfico internacional de pessoas. Para tanto, a CEDH observou que o Protocolo de Palermo abrange medidas voltadas para a prevenção do tráfico internacional de pessoas e a proteção das vítimas, além de medidas para a punição dos traficantes, reconhecendo ser necessário combinar medidas nestas três áreas na luta contra o tráfico⁴⁴. Por conseguinte, o dever de processar penalmente os acusados por tráfico internacional de pessoas é apenas um aspecto do compromisso geral dos Estados no combate ao tráfico⁴⁵. Diante desta perspectiva mais ampla, no caso *Rantsev*, a CEDH manifestou-se exclusivamente em relação ao dever de investigar e proteger as vítimas⁴⁶.

Observa-se, assim, que tanto a CIDH como a CEDH reconhecem o dever de investigar como elemento do direito da vítima de violação de direitos humanos a um recurso efetivo e como obrigação positiva voltada para a proteção de direitos humanos. O posicionamento das cortes regionais diverge, todavia, quanto à compreensão do dever de julgar. De acordo com a CIDH, o dever de julgar é consequência direta do dever de investigar. Já para a CEDH, o dever de julgar não deve ser estabelecido de forma absoluta, mas examinado à luz da forma pela qual o Estado tem se posicionado, bem como da natureza e da gravidade da violação de direitos humanos sob análise. A jurisprudência da CEDH chama atenção para a possibilidade de se tratar de forma separada o dever de investigar e o dever de julgar.

Em relação ao tráfico internacional de pessoas, esta possibilidade se mostra relevante uma vez que o processo de harmonização do direito penal iniciado pelo Protocolo de Palermo tem se dado de forma gradual. No entanto, de acordo com a normativa de direitos humanos, os Estados, independentemente do tipo penal, estariam obrigados a investigar alegações de tráfico internacional de pessoas pautadas na proibição do trabalho escravo. Neste contexto, a inação dos Estados membros da Convenção Europeia de Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos perante alegações de tráfico internacional de pessoas poderia, inclusive, gerar a sua responsabilidade internacional perante o indivíduo.

Assim, apesar de relacionados, a identificação de acusados do crime tráfico internacional de pessoas e o reconhecimento das vítimas de tráfico internacional

43 Cf. CEDH. *Siliadin v France*. Application n° 73316/01, 26 July 2005, paras. 89 e 102.

44 Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application n. 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 258.

45 Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application n. 25965/04, 7 Jan. 2010, para. 258.

Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application n. 25965/04, 7 Jan. 2010.

46 Cf. CEDH. *Rantsev v Cyprus and Russia*. Application n. 25965/04, 7 Jan. 2010.

de pessoas podem exigir processos de investigação diferenciados. O dever de investigar pautado em uma violação de direitos humanos tem como elemento central a pessoa traficada, a sua narrativa. A investigação deve estar voltada, dentre outros, para a compreensão dos motivos que levaram a pessoa traficada a migrar; o esclarecimento da forma pela qual se deu o seu contato inicial com o recrutador (local, data, meio de comunicação), bem como os termos entre eles acordados acerca do trabalho a ser realizado no exterior; a elucidação da forma pela qual o transporte fronteiriço se deu, os documentos utilizados e os meios de transporte empregados; a percepção que a pessoa traficada tem da pessoa responsável pelo seu recrutamento, transporte e exploração no exterior; a identificação dos momentos em que foi coagida ou explorada e o significado por ela atribuído a estes termos e seus receios naquele momento.

O exame cuidadoso das narrativas das pessoas cujos direitos foram violados evita a identificação errônea da pessoa traficada como migrante em situação irregular ou delinquente e, conseqüentemente, sua punição⁴⁷. Os dados coletados nestes processos de investigação permitem esclarecer possíveis relações entre migração e tráfico internacional de pessoas, bem como verificar a forma pela qual as pessoas traficadas compreendem estas relações e se situam neste contexto. As narrativas individuais permitem a elaboração de medidas voltadas para a prevenção do tráfico internacional a partir do “indivíduo concreto, em deslocamento, e não [...] [dos] rótulos que incidem sobre ele”⁴⁸.

3.1. O Protocolo de Palermo como instrumento processual de defesa dos direitos humanos

Mesmo não sendo um instrumento de direitos humanos, o Protocolo de Palermo traz uma série de dispositivos a serem considerados pelos Estados em relação à pessoa traficada quando do processo penal. Dentre elas, temos dispositivos relacionados à proteção da privacidade e da identidade das vítimas, à informação sobre procedimentos judiciais e administrativos e à recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas. Estes dispositivos, apesar de redigidos de forma programática,⁴⁹ buscam resguardar os direitos da pessoa traficada no decorrer do processo penal.

47 É provável que este processo de investigação mais amplo exija, por exemplo, o treinamento adequado dos agentes públicos por ele responsável, evitando a imediata caracterização da pessoa traficada como imigrante irregular, ainda que a lei o permita e esta caracterização possa reduzir os custos administrativos e financeiros impostos ao Estado, cf. GALLAGHER, op. cit., p. 1001. Sobre as relações entre migração ilegal e tráfico internacional de pessoas, cf. BRUGGEMAN, op. cit.; e cf. PEIXOTO, J. Tráfico, contrabando e imigração irregular: os novos contornos da imigração brasileira em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n. 53, 2007.

48 DIAS, G. M.; SPRANDEL, M. A. A CPI do Tráfico de Pessoas no contexto do enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 7, n. 7, 2012. p. 167.

49 GALLAGHER, op. cit., p. 990.

De forma mais específica, o Protocolo dispõe que “cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico ou administrativo contenha medidas que forneçam às vítimas de tráfico de pessoas, quando necessário: a) Informação sobre procedimentos judiciais e administrativos aplicáveis”. Para se garantir a efetividade dos recursos disponíveis às vítimas, informações também devem estar disponíveis no que diz respeito à assistência jurídica. É necessário que estes esclarecimentos sejam prestados de forma clara e consistente, afastando, por exemplo, preconceitos relacionados à dificuldade de acesso à justiça e à demora da prestação judicial. Neste contexto, o Estado deve promover não apenas o acesso a estas informações, mas também a sua uniformização.

Os estudos do Alto Comissariado das Nações Unidas indicam que os Estados têm falhado em prover estes esclarecimentos.⁵⁰ Cumpre notar, todavia, que ao informar as vítimas, os Estados têm a oportunidade de estabelecer as bases a partir das quais se dará o contato entre vítimas e o aparato administrativo e judicial e, conseqüentemente, ampliar suas chances de obter informações acerca da conduta de supostos traficantes⁵¹. A ausência de informação pode, por outro lado, resultar na ausência de denúncias, exigindo um esforço maior do Estado na fase de investigação.

O caráter transnacional do crime torna essencial que estas informações estejam disponíveis em diversas línguas. Neste particular, concentrar os processos de investigação na narrativa da pessoa traficada pode auxiliar a identificar os idiomas relevantes. A narrativa da pessoa traficada pode, por exemplo, chamar atenção para uma determinada rota e, conseqüentemente, para a necessidade de se produzir documentos em um idioma distinto do falado no país de origem e no país de destino. De maneira similar, estes dados podem ser relevantes para o desenvolvimento de cursos para intérpretes e tradutores, os quais poderão ser úteis não apenas no processo de elaboração e desenvolvimento de material informativo, mas também no próprio decorrer das investigações e do processo penal.

O Protocolo estabelece ainda, que quando possível, o Estado deve assegurar que a vítima tenha as suas opiniões e preocupações apresentadas e consideradas no processo penal instaurado contra os autores das infrações. Para tanto, torna-se necessária adoção de medidas que permitam a permanência da vítima em seu território, bem como medidas voltadas para a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas. Quanto à permanência da vítima no território, observa-se uma instrumentalização deste direito, ou seja, os Estados têm condicionado a permanência da vítima à sua contribuição com a polícia.

50 HUMAN RIGHTS COUNCIL, *op. cit.*, p. 12.

51 GALLAGHER, *op. cit.*, p. 990.

Para limitar o impacto negativo desta realidade, os estudos do Alto Comissariado das Nações Unidas indicam ser necessário garantir à vítima um tempo de reflexão e recuperação durante o qual ela possa examinar as opções que dispõe e tomar uma decisão informada sobre cooperar ou não com a polícia, sem correr o risco de ser expulsa do país. É importante observar que a decisão de cooperar com a polícia pode significar, por exemplo, entregar amigos, amantes, irmãos e irmãs⁵², por vezes as únicas referências daquela pessoa no país de destino ou as únicas pessoas capazes de facilitar uma segunda tentativa de migração.

A recuperação da saúde da vítima também tem sido vista de forma instrumentalizada. Ela tem sido considerada necessária para que a vítima possa decidir de forma consciente sobre cooperar ou não com a polícia, evitando desistências futuras. Além disto, a saúde física e psíquica da vítima é uma necessidade do processo penal: é necessário que a pessoa traficada esteja em condições de testemunhar. Em uma perspectiva de direitos humanos, torna-se importante averiguar que os acessos aos meios voltados para a recuperação da vítima não estejam vinculados à sua cooperação com a polícia nem à sua participação no processo penal. A recuperação da vítima é uma obrigação substantiva dos Estados.

Ao pensar o envolvimento da vítima no processo penal, torna-se necessário refletir sobre a privacidade da pessoa traficada. Garantir a privacidade da pessoa traficada pode ser essencial para a sua reinserção social, sobretudo em se tratando de casos de exploração sexual⁵³. No contexto de um processo penal, a garantia da privacidade da pessoa traficada pode significar a garantia de anonimato, se esta medida é considerada necessária para assegurar a sua segurança e a segurança de seus familiares.

A relevância destas medidas para a pessoa traficada é abordada por Salgado como uma forma de se evitar um segundo processo de vitimização⁵⁴ no seguinte trecho:

As pessoas por mim consideradas vítimas do tráfico de seres humanos já são, geralmente, vitimadas em seu país de origem (vivem em completa situação de vulnerabilidade) e buscam em outro país melhoria de vida. Creio que tais pessoas devem ser protegidas também contra a revitimização por parte do país receptor, incluindo o seu próprio sistema judicial. Deve-se buscar a aplicação, em sua plenitude, de instrumentos que viabilizem a promoção dos direitos

52 KEMPADOO, op. cit., p. 67.

53 Esta preocupação para com a crianças e mulheres é manifestada no Projeto de princípios para um recurso efetivo para pessoas traficadas, cf. HUMAN RIGHTS COUNCIL, op. cit., p. 20.

54 Neste sentido, o Projeto de princípios para um recurso efetivo para pessoas traficadas exige que as medidas de caráter processual, no mínimo, não causem nenhum dano à pessoa traficada (cf. Ibid., loc. cit.).

humanos, inclusive instrumentos de aconselhamento e apoio, até serem repatriadas/reintegradas⁵⁵.

Não apenas o país de destino, mas também o país de origem deve se esforçar para garantir os direitos da pessoa traficada. Na perspectiva de direitos humanos, ainda que o Protocolo seja silente neste aspecto, o Estado de origem deve amparar a pessoa traficada, garantindo-lhe apoio consular durante os procedimentos que ocorrem no país de destino.

Observa-se, assim, que as medidas estipuladas no Protocolo de Palermo, ainda que direcionadas ao desenrolar do processo penal, podem auxiliar a garantir o respeito aos direitos humanos da pessoa traficada. No entanto, como a própria CEDH afirmou, o combate ao tráfico internacional de pessoas exige medidas voltadas para a prevenção, a proteção das pessoas traficadas e a punição dos responsáveis. Neste sentido, reduzir os esforços voltados para a garantia dos direitos das pessoas traficadas a aspectos que possam ter impactos processuais significa reduzir, inadequadamente, a esfera de responsabilidade dos Estados, sejam eles Estados de origem, trânsito ou destino.

Como estas medidas exigem recursos, a limitada atuação dos Estados pode ser devida estar relacionada à indisponibilidade de recursos financeiros. No entanto, é importante verificar em que medida esta indisponibilidade não seria resultado do não reconhecimento dos processos de vitimização e, conseqüentemente, da não percepção da pessoa traficada como uma importante aliada no combate ao tráfico internacional de pessoas. Nestes casos, o público alvo das atividades de conscientização e esclarecimento não deve ser apenas possíveis vítimas, mas também agentes do Estado. É essencial esclarecer a relação entre o consentimento, previsto no Protocolo de Palermo, e o processo de vitimização.

4. ODIREITO ÀREPARAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELA PESSOA TRAFICADA

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos, o direito a um recurso efetivo, reconhecido no artigo 13, é complementado pelo artigo 41, que prevê que se a CEDH declarar a violação de um direito reconhecido na Convenção, ela determinará, se necessário, uma reparação razoável à parte lesada. Na Convenção Americana de Direitos dos Homens, o direito a um recurso efetivo é reforçado pelo artigo 63, cujo texto se assemelha ao do artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No entanto, a jurisprudência das duas cortes no que diz respeito às formas de reparação é bastante distinta. Diante disto, este artigo se pautará nas formas de reparação estabelecidas nos Princípios e Diretrizes Básicas

55 SALGADO, op. cit., p. 7.

sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Flagrantes das Normas Internacionais de Direitos Humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, quais sejam: a restituição, a compensação, a reabilitação, a satisfação e as garantias de não repetição⁵⁶.

No caso do tráfico internacional de pessoas, a restituição da pessoa traficada à situação anterior exige, por exemplo, que a pessoa seja posta em liberdade se estiver detida, ainda que a detenção seja resultado da ação de traficantes, e que seus bens, tais como seus documentos sejam devolvidos. O caráter transnacional da violação de direitos humanos exigiria ainda o repatriamento da pessoa traficada. No entanto, para muitas pessoas traficadas a situação anterior é caracterizada por sérias violações de direitos humanos. Nestes casos, a restituição pode significar reposicioná-las em uma situação vulnerável em que poderiam ser traficadas novamente⁵⁷. Como o processo de vitimização pode ser concebido de forma mais ampla como o resultado de determinantes estruturais, torna-se necessário adotar uma perspectiva crítica acerca do escopo da restituição como medida de reparação.

Cumprir observar ainda que o risco de criação de um ambiente de vulnerabilidade por meio do recurso à restituição como medida de reparação pode se dar não apenas pelo retorno a um contexto de exclusão, mas também pelo poder de intimidação que o crime organizado pode exercer quando do retorno da pessoa traficada⁵⁸. Nestes casos, pode ser preciso, por exemplo, aliar o repatriamento a um sistema de proteção das vítimas e seus familiares. Para averiguar o risco de intimidação no país de origem, é necessário ouvir as vítimas, sobretudo no que diz respeito ao contexto de seu recrutamento. Para tanto, uma investigação voltada exclusivamente para a acusação e a condenação de determinados indivíduos mostra-se insuficiente, uma vez que os indivíduos responsáveis pela exploração podem não ser os mesmos que recrutaram a vítima em sua comunidade.

O repatriamento pode, em outros contextos, se mostrar inadequado devido à inexistência de vínculos entre a pessoa traficada e o país de origem⁵⁹. Neste contexto, a repatriação exigiria a adoção de medidas voltadas para a reinserção da vítima na comunidade. Ao constatar a necessidade de adoção de medidas de reinserção quando da repatriação, abre-se espaço para se pensar a inserção da pessoa na comunidade para a qual foi traficada ou em um terceiro Estado. Assim, em não ocorrendo o repatriamento, a restituição deve incluir medidas capazes de outorgar à vítima a condição de residente permanente e de promover a sua inserção social.

56 Esta mesma compreensão é partilhada pelo Projeto de princípios para um recurso efetivo para pessoas traficadas, cf. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *op. cit.*, p. 20.

57 *Ibid.*, p. 6.

58 SOUZA, *op. cit.*, p. 33.

59 HUMAN RIGHTS COUNCIL, *op. cit.*, p. 7.

A restituição envolve também a reabilitação física e psíquica do indivíduo traficada, bem como serviços legais e sociais. O tráfico internacional de pessoas pode envolver violência física, coerção emocional, ameaças e intimidação. A reabilitação da pessoa traficada deve ir além das medidas adotadas para possibilitar a participação no processo penal. É importante que a narrativa da pessoa traficada seja utilizada para auferir os danos físicos e psicológicos por ela sofridos e não para negar acesso aos meios necessários para a sua recuperação, tendo em vista critérios como seu possível consentimento, sua origem, raça, idade, gênero ou a finalidade para a qual foi traficada. Em outros termos, a reabilitação deve ser possibilitada de forma não discriminatória⁶⁰.

Apesar da prioridade atribuída à restituição como forma de reparação, ela tem sido considerada uma medida excepcional. Mais comum é a compensação⁶¹. A compensação da vítima abarcaria, em um primeiro momento, os danos relacionados ao não pagamento do salário adequado e o lucro cessante. Além disso, ela deveria compreender os custos com tratamento médico e psicológico. A investigação voltada para a experiência da pessoa traficada pode auxiliar a identificar uma gama de custos por ela arcados e, conseqüentemente, a melhor definir o montante devido como compensação.

As medidas de satisfação, por sua vez, se mostram relevantes quando a pessoa traficada é erroneamente considerada como migrante ilegal. Neste contexto, as próprias decisões das cortes regionais de direitos humanos, ao considerarem de forma detalhada as especificidades do caso, têm sido entendidas como uma forma de satisfação. O potencial reparatório das decisões foi afirmado no caso *La Cantuta*. Neste caso, a CIDH considerou que uma decisão que se pronuncia sobre as questões de fato e sobre o mérito do caso, bem como sobre as respectivas conseqüências dos mesmos, contribui para a reparação dos danos infligidos a vítimas e seus familiares e para a não repetição de eventos semelhantes⁶².

Na tentativa de restaurar a reputação das vítimas e seu lugar na sociedade, a CIDH tem ordenado a publicação de suas decisões em jornais nacionais. Busca-se com a publicação que a condenação da violação sofrida pelas vítimas seja expressa a um público mais amplo. A publicação do mérito da decisão, que incorpora as histórias das vítimas, também pode ser entendida como uma afirmação do direito das vítimas de protestar contra a forma como foram tratadas. No caso do tráfico internacional de pessoas, a publicação das decisões das cortes regionais de direitos humanos pode ser vista como um mecanismo de conscientização. Esta publicação

60 Ibid., p. 8.

61 Ibid., loc. cit.

62 Cf. CIDH. *La Cantuta v Peru*. Merits, Reparations and Costs. Judgment, 29 Nov. 2006. Series C, n. 162, para. 57.

deve, todavia, ser examinada com cuidado, tendo em vista a privacidade da vítima, sobretudo, da vítima mulher e da vítima criança.

Por fim, torna-se necessário pensar todas estas formas de reparação em conjunto com as garantias de não repetição. É necessário que os Estados adotem medidas que abordem as causas do processo de vitimização, tais como: discriminação de gênero, desigualdade econômica, violência sexual, ausência de empregos, corrupção, falta de educação e recrudescimento de políticas migratórias. Neste sentido, Kempadoo afirma:

Ignorar as razões para migrar e as necessidades e desejos das pessoas de deixarem seus países para melhorar de vida, mesmo que isso envolva ser contrabandeado e trabalhar em condições deploráveis no comércio sexual, é fugir do problema da atuação e autoterminação dos migrantes e leva, portanto, a métodos e estratégias não adequados às necessidades de deles⁶³.

É importante observar que as causas estruturais do tráfico, normalmente, associadas aos países de origem, permeiam todas as fases do tráfico internacional de pessoas. A discriminação de gênero pode, por exemplo, reduzir as possibilidades de emprego de mulheres em seu país de origem, mas ela também permite que estas mulheres sejam recrutadas e transportadas como objetos por diferentes rotas e, por fim, exploradas e silenciadas nos países de destino. As causas estruturais do tráfico devem, portanto, ser consideradas por todos os Estados.

Além de garantias de não repetição voltadas para as causas estruturais do tráfico, é necessário desenvolver medidas específicas que consideram o local ocupado por determinado Estado nas fases do tráfico, bem como as principais formas de exploração. Garantias de não repetição no Estado de origem podem ser voltadas para a conscientização de grupos vulneráveis, bem como para a fiscalização de agências de recrutamento e viagens. Já em um Estado caracterizado como país de trânsito pode ser mais eficiente priorizar as fronteiras, combatendo práticas corruptas e treinando os oficiais. Por fim, em um país de destino as garantias de não repetição podem se voltar não apenas para a punição daqueles que exploram a pessoa traficada, mas também para a conscientização daqueles que demandam o serviço prestado pela pessoa traficada.

O desenvolvimento de garantias de não repetição significativas exige um amplo conhecimento da realidade do tráfico naquele país. Para tanto, é necessário ouvir as pessoas traficadas. A narrativa das vítimas cria condições para que garantias de não repetição estabelecidas em casos concretos possam contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas efetivas de prevenção.

63 KEMPADOO, op. cit., p. 69.

5. CONCLUSÃO

Não só a repressão do tráfico internacional de pessoas, mas também a sua prevenção tem sido, em grande parte, pautada no recurso ao direito penal. No entanto, a tipificação do tráfico internacional de pessoas é específica a cada país e o necessário respeito ao devido processo legal e aos direitos do acusado resultam na redução do número de casos de vitimização que podem ser examinados pelos Estados. O tratamento do tráfico internacional de pessoas a partir de uma perspectiva voltada para a responsabilização penal individual reduz a possibilidade de compreensão do tráfico internacional de pessoas ao afastar, por exemplo, suas causas estruturais.

Diante deste contexto, este artigo propôs a adoção de um enfoque de direitos humanos, em que o tráfico internacional de pessoas seja considerado à luz da proibição da escravidão. Este enfoque exige que o Estado assuma a sua responsabilidade de respeitar, garantir e proteger o direito de qualquer indivíduo que se encontre sob sua jurisdição a não ser submetido à escravidão. Desta forma, a pessoa traficada deve se tornar o foco das ações do Estado, devendo ser a sua instrumentalização para fins da consecução de um processo penal satisfatório impedida.

O respeito à dignidade e aos direitos da pessoa traficada exige que sua narrativa seja ouvida, que suas percepções sejam consideradas ainda que irrelevantes para a configuração do tipo penal. Para tanto, este artigo apontou ser necessário desvincular a noção de investigação de um inquérito policial. A investigação deve ser concebida como elemento do recurso a um direito efetivo, bem como uma obrigação positiva resultante do dever de o Estado proibir a escravidão. Em outros termos, a investigação deve ter como objetivo primordial assegurar o respeito dos direitos da pessoa traficada. Dentre estes direitos, o artigo chamou atenção para o direito à reparação, o qual deve estar relacionado, no caso do tráfico internacional de pessoas, ao afastamento da pessoa traficada de um contexto de vulnerabilidade e não à reconstituição da situação anterior.

Como o enfoque na perspectiva de direitos humanos não afasta o dever de julgar os acusados de tráfico internacional de pessoas, o artigo ressaltou a possibilidade de uma investigação pautada na perspectiva de direitos humanos poder oferecer subsídios importantes para o processo penal. Ademais, ao dar voz a uma parte continuamente silenciada, elementos necessários para a compreensão do processo de vitimização no contexto do tráfico internacional são expostos. A concretude destes elementos é essencial para a definição de medidas de reparação, bem como para o desenvolvimento políticas públicas efetivas de prevenção.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, S. S. Análise do consentimento do escravo contemporâneo a partir das ideias de Dejours e Gaulejac. *Confluências*, v. 14, n. 2, 2012.

- ANTKOWIAK, T. M. Truth as right and remedy in international human rights experience. *Michigan Journal of International Law*, v. 23, 2001-2002.
- BASSIOUNI, M. C. International Recognition of Victims Rights. *Human Rights Law Review*, v. 6, 2006.
- BLANCHETTE, T. G.; SILVA, A. P. Mulheres vulneráveis e meninas más: uma análise antropológica de narrativas hegemônicas sobre o tráfico de pessoas no Brasil. In: FERREIRA, A. P. et al. (Org.). *A experiência migrante: entre deslocamentos e reconstruções*. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- BROWN, L. *Sex slaves: the trafficking of women in Asia*. London: Virago Press, 2000.
- BRUGGEMAN, W. *Illegal immigration and trafficking in human beings seen as a security problem for Europe*. 19 set. 2002. Disponível em: <<http://www.heart-intl.net/HEART/030106/IllegalImmigrationandtrafficking.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2014.
- CRAGGS, S.; MARTENS, R. *Rights, residence, rehabilitation: findings of a comparative study assessing residence options for trafficked persons*. Suíça: International Organization for Migration, 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo29.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2014.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. 21 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Trafficking/Pages/annual.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- DIAS, G. M.; SPRANDEL, M. A. A CPI do Tráfico de Pessoas no contexto do enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v. 7, n. 7, 2012.
- DOERNER, W. G.; LAB, S. P. *Victimology*. Estados Unidos: Anderson Publishing, 2012.
- GALLAGHER, A. Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis. *Human Rights Quarterly*, n. 23, 2001.
- GOMES, R. C. *O crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*. 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/Issues/Trafficking/Pages/annual.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- KEMPADOO, K. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. *Cadernos Pagu*, n. 25, 2005.
- MALLINDER, L. *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- NUCCI, G. S. *Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PASQUALUCCI, J. M. Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure. *Michigan Journal of International Law*, v. 18, p. 38-41, 1996-1997.
- PEIXOTO, J. Tráfico, contrabando e imigração irregular: os novos contornos da imigração brasileira em Portugal. *Sociologia, Problemas e Práticas*, n. 53, 2007.
- PETERKE, S. (Org.). *Manual prático de direitos humanos*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.
- PISCITELLI, A. Entre as 'máfias' e a 'ajuda': a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. *Cadernos Pagu*, n. 31, 2008.
- RODRIGUES, M. T. A prostituição no Brasil contemporâneo: um trabalho como outro qualquer? *Katálysis*, v. 12, n. 1, 2009.
- ROHT-ARRIAZA, N. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, v. 78, 1990.
- SALGADO, D. R. *Elemento ao tráfico internacional de seres humanos*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/enfrentamento-ao-trafico-internacional-de-seres-humanos-daniel-salgado>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- SANTOS, B. S.; GOMES, C.; DUARTE, M. Tráfico sexual de mulheres: representações sobre ilegalidade e vitimação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 87, 2009.
- SOUZA, D. F. M. L. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 38.
- TOMUSCHAT, C. Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, v. 10, 2002.
- VASCONCELOS, M.; BOLZON, A. Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões. *Cadernos Pagu*, v. 31, p. 65-86, 2008.

CAPÍTULO XI

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM RUANDA: OS CAMINHOS PARA A RECONCILIAÇÃO

*Karine de Souza Silva*¹
*Cristina Prachthäuser Fusinato*²

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares — 2. Breve contextualização do conflito em Ruanda — 3. Justiça de transição em Ruanda: 3.1. Mecanismos externos; 3.2. Mecanismos internos — 4. Avanços e desafios do modelo híbrido de justiça de transição ruandês — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No ano de 1994, Ruanda³ foi palco de uma das maiores tragédias que se tem notícia na história da humanidade: um genocídio que vitimou quase um milhão de pessoas.

Findo o massacre, era abrangente a gama de desafios impostos aos setores domésticos e internacionais, nomeadamente, no que tange à proposição de vias destinadas à punição efetiva dos criminosos e à promoção de uma reconciliação duradora naquela sociedade profundamente fragilizada pela dor.

Este artigo objetiva apresentar as principais nuances do modelo de justiça de transição aplicado em Ruanda, cuja singularidade assenta no recurso a múltiplos mecanismos que, ora são originários do aparato jurisdicional interno — v.g., os tribunais Gacaca —, ora são provenientes do Direito Internacional Público — nomeadamente, através da instauração do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR) e da Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR).

Para tal, o primeiro tópico contextualiza, de forma abreviada, as raízes e a magnitude do conflito. Na sequência, é exposto o modelo de híbrido de justiça

-
- 1 Pesquisadora Produtividade Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (PQ/CNPq). Professora dos Programas de Pós-graduação em Direito (PPGD) e em Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGRI-UFSC). Esta pesquisa foi desenvolvida com apoio do CNPq. Coordenadora do *Eirenê*: Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional. E-mail: karine.silva@ufsc.br.
 - 2 Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Pesquisadora do *Eirenê*: Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional. E-mail: cristinapfusinato@gmail.com.
 - 3 País africano localizado na região dos Grandes Lagos.

de transição adotado no Estado africano, com ênfase na descrição dos mecanismos externos e internos. Por fim, é elaborada uma avaliação dos avanços e desafios do arquétipo de justiça transicional experimentado em Ruanda. Em última análise, pretende-se investigar quais as potencialidades de aprendizado que o caso em tela apresenta.

A presente investigação foi orientada por duas hipóteses principais: a) o exemplo ruandês, apesar das falhas, representou um divisor de águas, ao passo que impulsionou relevantes progressos no Direito Internacional, como a concepção do Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente; b) a implantação de expedientes domésticos de justiça é condição *sine qua non* para a reconciliação.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONFLITO EM RUANDA

No mês de abril do ano de 1994, Ruanda foi, ao longo de cem dias, palco de um genocídio que ocasionou a morte de mais de oitocentas mil pessoas. O episódio foi marcado pela ampla participação de civis e, por isso, não é possível entender o genocídio sem compreender as questões culturais e políticas que permearam o conflito. Fruto direto de tensões entre os grupos Batutsi e Bahutu⁴, acirradas no período de dominação europeia, a tragédia deixou marcas que ainda hoje pairam sobre a população local.

O Estado ruandês foi habitado inicialmente pelos *Twa*, povos seminômades que hoje representam a minoria étnica no país⁵. O segundo grupo⁶ que povoou a região foram os Bahutus, caracterizados, entre outras questões, por praticarem a agricultura. Por fim, chegaram os Batutsis, que passaram a se dedicar à pastorícia. A população atual de Ruanda é formada por essas três etnias, sendo que os Bahutus correspondem a aproximadamente 84% da população, enquanto os Batutsis representam apenas 14%⁷.

A estrutura política de Ruanda na época da chegada dos Batutsis era descentralizada, baseada em linhagens familiares, e o poder era dividido em clãs e principais governados por reis, ou *mwami*. Ao longo desse período, a divisão entre os três grupos era, sobretudo, ocupacional. Philip Gourevitch evidencia que

4 Os termos “Hutu” e “Tutsi” são mais utilizados na bibliografia publicada sobre o tema. No entanto, a escrita “Bahutu” e “Batutsi” foi selecionada neste trabalho por estar presente no *site* oficial do governo de Ruanda e ter a grafia mais fiel aos termos originais empregados no país.

5 Na altura do genocídio, representavam aproximadamente 1% da população (cf. SILVA, Alexandre dos Santos. *A intervenção humanitária em três quase-Estados africanos: Somália, Ruanda e Libéria*. 2003. 214 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) — Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003).

6 Não foram encontradas informações oficiais que indiquem em que época, exatamente, chegaram cada um desses grupos.

7 Cf. INGELAERE, Bert. The Gacaca courts in Rwanda. In: HUYSE, Luc; SALTER, Mark (Ed.). *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*. Stockholm: IDEA, 2008.

[...] hutus e tutsis lutavam ombro a ombro nos exércitos dos *mwami*; por meio de uma política de casamentos e vizinhança, os hutus tornaram-se herdeiros dos tutsis, e os tutsis se tornaram herdeiros dos hutus. Por causa de toda essa miscigenação, os etnógrafos e historiadores chegaram ultimamente à conclusão de que os hutus e tutsis não podem propriamente ser considerados grupos étnicos distintos⁸.

Foi apenas no século XVII que o poder passou a ser centralizado na região. Nessa altura, a cultura local valorizava a criação do gado em detrimento dos terrenos cultiváveis, o que acabou posicionando os Batutsis em um patamar privilegiado em relação aos Bahutus. Essa diferenciação se acirrou depois de 1860, quando o rei Rwabugiri (Batutsi), o *mwami*, passou a empregar uma política militar que visava a expansão de seus domínios. Consequentemente, influenciado pelo fato de pertencer ao grupo Batutsi, ele destinou a grande maioria dos cargos a indivíduos do seu respectivo grupo, tornando a distinção cada vez mais politizada⁹. Desta forma, é possível perceber que séculos antes do acontecimento do genocídio, as tensões políticas entre os grupos já apresentavam seu gênese.

Ao longo do período colonial, no século XIX, o território onde hoje se localiza Ruanda ficou inicialmente sob domínio da Alemanha. Após a derrota dos alemães na I Guerra Mundial, a Liga das Nações determinou a transferência do comando dessas regiões¹⁰ para o Reino da Bélgica¹¹. A política de colonização belga era assentada no domínio indireto¹², que “permitia às autoridades africanas participar do poder colonial em seus papéis políticos tradicionais ou nos que os europeus lhes impunham mas, incontestavelmente, em posição subordinada”¹³. Desta forma, tendo como base principalmente as teorias da superioridade racial¹⁴ e alegando que os Batutsis possuíam traços mais parecidos com os do

8 GOUREVITCH, Philip. *Gostariamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias*. São Paulo: Companhia das letras, 2006. p. 45.

9 MENDONÇA, Marina Gusmão. O genocídio em Ruanda e a inércia da comunidade internacional. *Brazilian Journal of International Relations*, v. 2, n. 2, p. 300-328, 2013.

10 A Bélgica, na época, caracterizava-se pela condição de Reino e era governada por Alberto I, que se manteve na posição de 1908 a 1934, cf. BELGIAN GOVERNMENT. *Belgium's independence (1830—present time)*. Disponível em: <http://www.belgium.be/en/about_belgium/country/history/belgium_from_1830/>. Acesso em: 2 jul. 2014.

11 O domínio belga ocorreu de 1916 a 1961, cf. PINTO, Teresa Nogueira. Poder e Sobrevivência: Modelos de Justiça no Ruanda pós Genocídio. *Contactos*, v. 1, n. 2, 2012. p. 3.

12 Sobre métodos de colonização europeia, cf. BETTS, Raymond F. A dominação europeia: métodos e instituições. In: BOAHEN, A. Adu. (Org). *História Geral da África, vol. VII: a África sob dominação colonial, 1880-1935*. São Paulo: Ática; Unesco, 1991.

13 *Ibid.*, p. 356.

14 A “ciência das raças” estava na moda na Europa nessa época, e para quem estudava a África Central a doutrina-chave era a chamada hipótese hamítica, proposta em 1863 por John Hanning Speke, inglês que ficou célebre por “descobrir” o grande lago africano que ele batizou de Vitória e identificá-lo como a fonte do Rio Nilo. A teoria antropológica de Speke, que ele desenvolveu sem a menor base factual, era a de que toda a cultura e toda a civilização da África Central haviam sido introduzidas por um povo mais alto e de aparência distinta, que ele considerava ser uma tribo caucasóide de origem etíope, descendente do rei Davi

homem branco, tais como uma estatura mais alta e nariz mais afinado, a administração belga passou a privilegiar a escolha deste grupo para assumir os cargos políticos, fato que acabou acirrando ainda mais a segregação que vinha se instaurando no território ruandês.

Décadas depois, a conquista da independência por parte das nações africanas inflamou as tensões entre os dois grupos. Nesta altura, o controle do poder estava em mãos dos Bahutus o que aguçou o clima de revanchismo contra os Batutsis. Em 1973, o General Juvénal Habyarimana — que pertencia ao grupo Bahutu — liderou um golpe de Estado que destituiu o presidente eleito em 1960, Grégoire Kayibanda. Diante das diversas irregularidades e da ocorrência de conflitos durante o governo de Habyarimana, as instituições internacionais começaram a se inquietar com a situação em Ruanda. As hostilidades entre os dois grupos exasperaram ainda mais diante da pressão que o governo vinha sofrendo dos setores externos e da crise econômica que vinha assolando o território. Na tentativa de se conservar no poder, o presidente passou a divulgar um discurso de “inimigo comum”, que acusava a etnia rival Batutsi de ser a principal responsável pelas desestabilidades. Foi nesse contexto que os setores governamentais e midiáticos iniciaram uma pesada campanha propagandística que instigavam a eliminação dos Batutsi.

Nesta esteira, o mandatário Habyarimana viu-se forçado viajar para um encontro com o presidente da Tanzânia, com a finalidade de discutir com atores internacionais a respeito da instabilidade regional e dos acontecimentos em solo ruandês¹⁵. Mas, a aterrissagem no aeroporto de Kigali nunca aconteceu. Na noite de 06 de abril de 1994 os ruandeses foram informados de que o avião que trazia Habyarimana fora atingido por dois mísseis enquanto retornava à capital ruandesa¹⁶. Imediatamente à divulgação desta notícia, a imprensa local começou a acusar os Batutsis pela queda da aeronave que conduzia o presidente. Este foi o estopim deflagrador do genocídio que afetou aproximadamente um milhão de pessoas. Note-se que o envolvimento dos poderes internacionais ao longo do conflito foi mínimo, o que produziu uma sensação de inoperância e descaso das forças exteriores.

O fim do massacre deixou transparecer feridas que pareciam incuráveis. Diante da matança generalizada e suas profundas sequelas, fazia-se necessário e urgente encontrar uma alternativa de reconciliação. Os genocidas dizimaram, aproximadamente, três quartos da população ruandesa pertencente ao grupo

bíblico, e, portanto, uma raça superior aos negroides nativos. [...] Speke achou uma “raça superior” de “homens tão diferentes quanto possível da ordem comum dos nativos”, graças as suas “faces finas e ovais, grandes olhos, narizes empinados, revelando o melhor sangue da Abissínia” — ou seja, da Etiópia. Essa “raça” compreendia muitas tribos, incluindo os *watutsis* — tutsis —, todas as quais criavam gado e tendiam a dominar as massas negroides (cf. GOUREVITCH, op. cit., p. 49).

15 SILVA, op. cit.

16 MENDONÇA, op. cit.

Batutsi¹⁷. O número de vítimas somente foi excedido pelo número de acusados de envolvimento no conflito, o que tornava extremamente difícil os trâmites de julgamento dos mesmos.

Foi nesse panorama que o governo ruandês e a Organização das Nações Unidas (ONU), iniciaram a árdua e longa tarefa de promover ações destinadas à restauração da paz, valendo-se, para tal, dos mecanismos da justiça de transição.

A justiça de transição vem ganhando destaque desde o final da Guerra Fria, uma vez que tem promovido a utilização de ferramentas que visam a reconciliação nacional como, por exemplo, comissões da verdade, pedidos públicos de perdão, formas alternativas de julgamentos, valorização do perdão e reparação de vítimas. O objetivo principal da justiça de transição é reconciliar um Estado onde a democracia e as relações sociais foram abaladas de forma profunda. Este tipo de justiça se mostra mais eficaz do que aquela que prevê apenas a punição.

A singularidade do caso ruandês funda-se na formulação uma solução híbrida de justiça de transição para o período pós-genocídio, que mesclava, inicialmente, a utilização de mecanismos do Direito Internacional Público — vislumbrados na instauração de uma corte penal *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) — e do Direito interno¹⁸. Este último, assentado nas bases Direito ocidental¹⁹, no entanto, mostrou-se insuficiente diante da falta de recursos e de profissionais que pudessem conduzir as centenas de julgamentos que se faziam necessários em tempo hábil.

Foi neste contexto que ganhou força a possibilidade de implantação, como mecanismo da justiça de transição, dos chamados tribunais Gacaca. Trata-se de uma prática utilizada em Ruanda desde o século XVI, empregada principalmente na resolução de pequenas causas relacionadas à propriedade. O julgamento ocorria na própria comunidade, pautado nos costumes da população local, e tinha como objetivo promover a reconciliação através do diálogo entre as partes. Com algumas alterações e atualizações, as cortes Gacaca passaram, então, a funcionar em Ruanda

17 HUMAN RIGHTS WATCH. *Justice After Genocide: 20 Years On*. 28 mar. 2014. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2014_March_Rwanda.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2014.

18 As referências ao direito interno ao longo do trabalho simbolizam o sistema oficial de justiça do governo de Ruanda, pautado nos moldes do Direito ocidental.

19 Quando o termo “ocidental” for utilizado neste trabalho para caracterizar determinadas questões, faz referência ao processo desencadeado principalmente no período em que “a ciência e a razão iluminaram a modernidade ocidental, encobrando seu lado noturno, a colonialidade que expropriou e excluiu habitantes e habitantes de Áfricas e Américas. Corpos e tradições, racializados e discriminados enquanto fulcros de cognição e socialização, ficaram invisíveis e ininteligíveis. Históricas locais, experiências vivenciadas e incrustadas no corpo [...] foram renegadas (ANTONACCI, Maria Antonieta. *Decolonialidade de corpos e saberes: ensaio sobre a diáspora do eurocentrado*. In: _____. *Memórias ancoradas em corpos negros*. São Paulo: PUC, 2013. p. 239). No entanto, cabe frisar ainda que “ocidental” não necessariamente faz referência apenas a atitudes e costumes europeus.

a partir de 2001, com o objetivo de acelerar o processo de ajuizamento dos envolvidos no conflito e, conseqüentemente, de fomentar a reconciliação nacional. A característica mais marcante dos tribunais Gacaca é a aproximação com a cultura doméstica. Através dessas cortes, o genocídio pode ser abordado a partir de uma perspectiva local, próxima dos sujeitos envolvidos e das motivações que originaram o conflito.

Na seqüência, serão apresentados os mecanismos de justiça de transição que foram empregados para reconciliação em Ruanda.

3. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO EM RUANDA

O campo da justiça transicional²⁰ dispontou nas últimas décadas²¹ do século XX²², com o objetivo de promover a reconciliação de sociedades que viveram

20 Para Paul van Zyl, “Pode-se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos. O objetivo da justiça transicional é processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação” (cf. ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós conflitos. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47). Pierre Hazan, por sua vez, afirma que a justiça de transição permite “[...] reestabelecer a dignidade das vítimas, contribuir com a reconciliação nacional mediante o esforço por estabelecer a verdade e a justiça (seja de forma simbólica ou penal), prevenir novos crimes, participar do estabelecimento e manutenção da paz, e estabelecer ou reforçar o Estado de direito mediante a introdução de reformas institucionais e políticas. Se trata de objetivos tanto individuais como sociais, visto que abarcam desde o restabelecimento psicológico da vítima até a ‘reconciliação nacional’ através da formação de uma nova identidade coletiva. Para alcançar estes objetivos, a justiça de transição utiliza determinados mecanismos: os procedimentos judiciais, as comissões da verdade, as leis de lustração ou de purificação, as reparações, os pedidos públicos de perdão, a reescrita da história” (cf. HAZAN, Pierre. *Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición*. *International Review of the Red Cross*, n. 861, 2006. p. 26).

21 O grande marco das discussões a respeito da justiça de transição foi a Conferência sobre Crimes de Estado, realizada pelo *Aspen Institute* em 1998. Idealizada por Alice Henkin, a conferência buscou “desenvolver uma estrutura intelectual que conseguisse compreender as questões comuns confrontadas na Argentina, Uruguai, Brasil, Filipinas e outros lugares” (cf. ARTHUR, Paige. Como as ‘Transições’ reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 82), da mesma forma que “procurou esclarecer os desafios políticos, morais e legais enfrentados por aqueles que buscavam justiça para os crimes de estado durante as transições para a democracia nos anos 80” (Ibid., p. 108). O nome de maior destaque na conferência é Ruti Teitel, o qual é atribuído o pioneirismo do uso da expressão justiça de transição, cf. REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. Teitel propõe a definição de uma genealogia do conceito, dividindo-a em três fases, nas quais a primeira teria iniciado em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a partir da criação do Tribunal de Nüremberg. A segunda fase, portanto, representaria a já citada “terceira onda de democratizações”, em que houve diversos processos de transições democráticas ao redor do mundo, após o colapso da União Soviética. Por fim, a terceira fase corresponde ao momento atual, e é marcada pela globalização e pela normalização do conceito da justiça transicional, ou seja, o termo passa a ser assimilado e utilizado mundialmente. (cf. TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 135-169).

22 A obra *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, de Jon Elster, por exemplo, propõe uma análise temporal desde a Grécia Antiga, buscando identificar elementos similares aos

episódios de violações sistemáticas dos direitos humanos, através da consolidação de uma transição democrática que, por sua vez, impeça a reincidência das violências. Para tal, existem alguns mecanismos que, aplicados em conjunto, podem auxiliar neste processo. Dentre eles, os quatro principais são: justiça, busca pela verdade, reformas no quadro administrativo do Estado e reparações às vítimas. Cabe, então, neste momento, entender de que forma são colocados em prática e, paralelamente, quais foram as ferramentas utilizadas no período pós-genocídio em Ruanda.

São duas as principais formas de justiça: retributiva e restaurativa²³. A primeira, como o próprio termo aponta, prevê a punição dos envolvidos em casos de violação dos direitos humanos. Nessa categoria, encontram-se mecanismos como tribunais nacionais e internacionais, por exemplo. Já a justiça restaurativa busca formas de reparações coletivas, como a investigação da verdade sobre o acontecimento, os pedidos públicos de perdão ou, em alguns casos, até mesmo reparações materiais.

Pierre Hazan²⁴ define a hipótese de que existem quatro principais mecanismos de aplicação da justiça de transição em países que passaram por violações graves de direitos humanos.

O primeiro deles é a aplicação da justiça pelos aparelhos judiciários. Este “consiste na investigação dos fatos e na responsabilização jurídica (civil, penal e/ou administrativa) dos agentes violadores dos direitos humanos”²⁵. Além dos tribunais penais internacionais, também são mecanismos de justiça as cortes híbridas, que incorporam elementos nacionais e internacionais. Ruanda é um caso emblemático neste sentido, tendo implementado um modelo híbrido de justiça, através da junção do TPIR, do sistema penal interno e dos tribunais Gacaca.

A segunda diretriz da justiça de transição é a busca pela verdade. A mesma está englobada na justiça restaurativa e é operada principalmente pelas comissões da verdade. Para Paul Van Zyl²⁶, uma das principais funções do estabelecimento de uma verdade oficial é a possibilidade de sensibilização de futuras gerações, evitando práticas semelhantes no futuro.

mecanismos de justiça de transição. Ruti Teitel (op. cit.), por outro lado, sugere o Tribunal de Nuremberg como marco do surgimento da justiça transicional.

23 Cf. BASTOS JR., Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Entre as justiças retributiva e restaurativa: fragmentos em torno do debate da justiça de transição. *Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 292-320, jul./dez. 2009.

24 HAZAN, op. cit.

25 QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. 2012. 173 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 101.

26 ZYL, op. cit.

A tarefa de levantamento de dados e escrita de uma história oficial em Ruanda ficou por conta principalmente da primeira fase de elaboração dos tribunais Gacaca. No entanto, houve também a atuação de uma comissão da verdade, instituída antes do acontecimento do genocídio, que tinha como intuito investigar as acusações de atentados no país, e contribuiu para dar visibilidade internacional à situação antes mesmo de o conflito eclodir²⁷.

As reformas institucionais são o terceiro elemento da justiça de transição²⁸. Nesse sentido, tanto os governos que assumirão o controle do Estado após a transição, quanto as comissões da verdade podem atuar. O rompimento com a estrutura responsável pelas violações de direitos humanos é essencial ao processo de reconciliação nacional, contribuindo para a criação de um clima de maior segurança e mudança.

Por fim, o último dos principais mecanismos da justiça de transição, é aquele que prevê reparações às vítimas. Essas reparações podem ocorrer de diversas formas. No campo das reparações simbólicas, pode-se citar medidas como os pedidos públicos de perdão, a construção de monumentos de homenagem às vítimas, o estabelecimento de datas de comemoração nacional, ou a construção de memoriais. Além disso, a política de reparação pode ainda ser ancorada em assistências psicológicas às vítimas, bem como, em casos menos frequentes, através de compensações materiais²⁹.

Em Ruanda, o ato de contrição foi extremamente valorizado ao longo da execução dos tribunais Gacaca, sendo considerado um elemento primordial para a reconciliação nacional e reintegração dos acusados à sociedade. Além das manifestações de arrependimentos e pedidos públicos de perdão, outras formas de compensação às vítimas foram aplicadas. É o caso da realização de serviços comunitários impostos aos culpados pelos crimes no país. Estes deveriam, por exemplo, reconstruir casas destruídas, ajudar na recuperação de prédios públicos ou auxiliar em serviços agrícolas³⁰.

3.1. Mecanismos externos

Os dois principais mecanismos de justiça de transição externos que atuaram no processo de reconciliação nacional em Ruanda foram estabelecidos,

27 PINTO, Simone Rodrigues. Justiça transicional em Ruanda: a busca pela reconciliação social. *Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 190-216, jul./dez. 2009.

28 HAZAN, op. cit.

29 Ibid.

30 FERREIRA, Patrícia M. Justiça e Reconciliação Pós-Conflito em África. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 7-8, p. 11-26, 2002.

respectivamente, pelas Resoluções 872³¹ e 955³² do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (CSNU). A Resolução 872 criou a Missão de Assistência da ONU para Ruanda, conhecida como UNAMIR. Esta foi implantada em 1993, no período que precedeu o genocídio, e sua atuação se deu antes, durante e após o conflito. Já a Resolução 955, instituiu o TPIR, um tribunal *ad hoc*, inspirado nos moldes do já existente Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

Os tribunais *ad hoc* também são caracterizados pelas suas competências temporais e territoriais. Por serem mecanismos elaborados com o objetivo específico de julgar crimes ocorridos em espaço e tempo previamente definidos, estão resritos a determinações desta espécie. No caso do TPIR, só puderam ser julgados os crimes perpetrados entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994, bem como violações dos direitos humanos cometidas por nacionais no território de Ruanda e/ou no território dos Estados vizinhos. Por fim, é importante ressaltar que os tribunais *ad hoc* possuem primazia³³ em relação à jurisdição interna dos Estados em questão. Desta forma, um caso que esteja sendo julgado internamente em Ruanda pode ser requisitado a qualquer momento pelo TPIR, o qual assume todas as responsabilidades pelo julgamento em questão.

A Missão de Assistência da ONU para Ruanda (UNAMIR) foi fruto dos trabalhos realizados pela Missão de Observadores da ONU para Uganda e Ruanda (UNOMUR), implantada pela Resolução 846³⁴ do CSNU, em junho de 1993.

Apesar da gravidade da situação de Ruanda, havia uma forte resistência entre os países-membros da ONU em relação à implantação de uma nova Missão de Paz³⁵. Mas, apesar desta resistência, em 5 de outubro de 1993, através da Resolução 872 do Conselho de Segurança³⁶, foi estabelecida a UNAMIR, à qual foi instituído um mandato inicial de seis meses. Seu contingente inicial foi de 2.500 soldados, e sua atuação se deu em quatro fases:

A primeira fase (5 de outubro de 1993 a 4 de janeiro de 1994) promoveu a instalação e operação de um BBGT (Governo transitório

31 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/872, 5 out. 1993.

32 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/955, 8 nov. 1994.

33 Artigo 8º: O Tribunal Internacional para o Ruanda tem primazia sobre as jurisdições nacionais de todos os Estados, podendo, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e com o Regulamento Processual (cf. NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*. Resolução 260. Nova Iorque: Assembleia Geral, 1948. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 2 jul. 2014).

34 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/846, 22 jun. 1993.

35 Este fato é devido a uma série de falhas ocorridas em Missões anteriores, como na Bósnia ou na Somália, por exemplo. Além disso, os Estados permanentes do CSNU possuíam, à época, outros interesses mais urgentes do que a resolução do conflito em Ruanda.

36 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/872, 5 out. 1993.

de base ampla). Especificamente, ajudou a garantir a segurança de Kigali bem como a desmilitarização da área que contorna a cidade ajudando na remoção de minas, proporcionando segurança para repatriação dos refugiados ruandeses e deslocados, coordenando a assistência humanitária em conjunto com as operações de socorro, investigando supostos descumprimentos de disposições do acordo de paz (de Arusha) e monitorando as condições de segurança, guiando o país em direção à realização de eleições democráticas. A segunda fase (5 de janeiro a 4 de abril de 1994) envolveu os preparativos para desmembrar, desmobilizar e integrar as forças do governo e as forças rebeldes. A terceira fase (5 de janeiro a 4 de abril de 1995) seria caracterizada pela efetivação da ação de desmembramento, desmobilização e integração das duas partes. A última fase (5 de janeiro a 4 de novembro de 1995) teria o objetivo de promover a segurança até a realização das eleições³⁷.

Ao General canadense Roméo Allain Dallaire, foi designado o cargo de comandante da UNAMIR, devendo liderar o cumprimento dos principais objetivos da Operação, que se configuravam em: contribuir para a segurança de Kigali, criando uma zona de segurança; monitorar o acordo de cessar-fogo e demarcar novas zonas desmilitarizadas; fiscalizar a situação do governo transitório, levando a novas eleições; monitorar a volta de refugiados a Ruanda e o reassentamento dos cidadãos; garantir a realização do trabalho de assistência humanitária; investigar incidentes relacionados às atividades da política e *gerdarmerie*³⁸.

No entanto, mesmo com a aprovação do envio das tropas da ONU, uma série de falhas pôde ser identificada desde o início da Missão. O próprio General Dallaire denunciou a demora do envio do total do efetivo, assim como a falta de condições mínimas para ação. Dallaire afirma que apesar de o mandato ter sido aprovado em outubro de 1993, o contingente completo só foi encaminhado em meados de fevereiro do ano seguinte. Além disto, quando os militares chegavam a Ruanda, na grande maioria das vezes, não possuíam consigo nem o equipamento mínimo necessário para a realização de suas tarefas³⁹.

Com o início do genocídio, em abril de 1994, a situação ficou ainda mais grave. O Conselho de Segurança havia alertado ao governo ruandês que só permitiria a permanência dos soldados da UNAMIR caso os conflitos entre as tropas do governo e as forças rebeldes cessassem. Portanto, com a morte do presidente Habyarimana e o desencadear das matanças, a reação da ONU caminhou no sentido da retirada dos capacetes azuis do território ruandês. O General Dallaire, no entanto,

37 DALLAIRE, R. A.; POULIN, B. UNAMIR: Mission to Rwanda. *Joint Forces Quarterly*, n. 7, p. 66-71, 1995.

38 BARROS, Carolina; MORAIS, Clarice; DAHER, Raissa. As Peacekeeping Operations (PKOS) e o caso de Ruanda. *Frenteira*, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, p. 47-63, 2008. p. 55.

39 DALLAIRE; POULIN, op. cit.

posicionou-se contrariamente ao encerramento das atividades da Missão e conseguiu que esta decisão fosse revogada⁴⁰. Os esforços do *force commander* resultaram na aprovação, em 21 de abril de 1994, da Resolução 912⁴¹ do CSNU, a qual manteve a vigência do mandato da UNAMIR, mas reduziu o contingente.

Foi apenas em meados de maio, um pouco mais de um mês depois do início das hostilidades, que o CSNU passou a dedicar uma atenção maior aos acontecimentos em Ruanda⁴². No dia 18 de maio, foi aprovada a Resolução 918⁴³, que aumentava novamente o número de efetivos da UNAMIR. Desta vez foi estabelecida a quantidade de 5500 militares⁴⁴, que deveriam, a partir de então, atuar de acordo com as modificações no mandato da missão de paz.

Como essas novas tropas só chegaram a Ruanda em agosto de 1994, quando as forças da Frente Patriótica Ruandesa (FPR)⁴⁵ já haviam tomado a capital e encerrado o conflito, o foco da atuação dos novos soldados passou a girar em torno de outros objetivos.

Desde a sua criação, o mandato da UNAMIR foi prorrogado sete vezes, até o encerramento de suas atividades, em 9 de março de 1996⁴⁶.

A não intervenção inicial atrasou e dificultou a atuação da comunidade internacional no sentido de impedir as inúmeras violações dos direitos humanos já em curso em Ruanda. Quando o CSNU voltou as atenções ao país africano, o genocídio já estava deflagrado. Mesmo diante disto, o reforço enviado foi escasso e precário, demonstrando-se insuficiente para uma atuação eficaz. O estabelecimento da Operação Turquesa agravou mais os conflitos entre a FPR e as forças do governo, o que pode ter causado um atraso ainda maior na conciliação entre as partes.

A UNAMIR, como já visto anteriormente, não foi a única forma de intervenção orquestrada pela ONU no processo de justiça de transição em Ruanda. Findo o conflito, o novo governo solicitou auxílio à Organização, requerendo assistência no processo de julgamento dos crimes que ocorreram. A ONU necessitava, urgentemente, rever sua atuação diante do genocídio, fato que apressou o processo

40 DALLAIRE, Roméo Alain. *Shake Hands With the Devil*. New York: Carrol & Graff Publishers, 2003.

41 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/912, 21 abr. 1994.

42 Isto se deu devido ao envio de relatórios do Alto Comissariado da ONU para Refugiados, que identificaram um aumento no número de migrações, bem como aos elevados índices de mortalidade.

43 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/918, 15 maio 1994.

44 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/918, 15 maio 1994.

45 Milícia organizada por Batutsis, peça-chave neste contexto, visto que em 1º de outubro de 1990 deu início a uma invasão que mobilizou cerca de quatro mil homens e adentrou no território ruandês, provinda do norte do país.

46 O mandato da UNAMIR foi prorrogado a partir da aprovação das Resoluções S/RES/909, S/RES/918, S/RES/925, S/RES/965, S/RES/977, S/RES/1028 e S/RES/1029. A Resolução S/RES/1050 estabeleceu a retirada dos soldados da UNAMIR a partir do dia 9 de março de 1996.

de criação do segundo mecanismo externo de justiça de transição para o Estado ruandês: o Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

As novas lideranças políticas ruandesas formularam um pedido⁴⁷ ao CSNU, em 29 de setembro de 1994 para a instauração de um tribunal internacional dotado de competência para julgar as violações de direitos humanos ocorridas em Ruanda. A Resolução 955, que oficializou a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, estabelecendo também o seu Estatuto, foi aprovada em 08 de novembro de 1994.

Entre os 15 membros que compunham o Conselho de Segurança na época, treze votaram a favor, um se absteve (China), e Ruanda votou contra. Apesar de ter sido o Estado que inicialmente solicitou a instituição do tribunal, o modo como o mesmo foi estruturado não agradou o governo ruandês. Uma das principais questões responsáveis pela não adesão ruandesa foi a não inclusão da pena de morte entre as sanções previstas no Estatuto, contrariando a jurisdição interna do país⁴⁸. Desta forma, os líderes do governo alegaram que aqueles que fossem julgados pelo TPIR poderiam ser beneficiados de diversas formas em relação àqueles julgados na jurisdição interna. Como não havia a possibilidade de aplicação de uma pena de morte, e as condenações deveriam ser cumpridas em prisões localizadas nos Estados-membros que se voluntariassem para tal finalidade, aqueles que estivessem sob jurisdição do TPIR gozariam de melhores condições enquanto estivessem cumprindo suas penas. Ao contrário, todos os que fossem julgados em Ruanda, corriam o risco pagar com suas vidas as sentenças estabelecidas e, mesmo aqueles que fossem condenados a penas mais amenas estariam sob condições precárias nas prisões ruandesas.

Uma das características que tornam o TPIR tão emblemático, é o princípio da responsabilidade penal individual. A partir da noção de que o indivíduo é considerado um sujeito de Direito, passa-se a responsabilizar individualmente as pessoas acusadas de cometimento de crimes contra o Direito Internacional Humanitário. Da mesma forma, são responsabilizados aqueles que ordenaram a realização de crimes, independentemente da posição ou cargo que o indivíduo ocupa, no governo ou em qualquer outra área⁴⁹.

É preciso levar em conta, no entanto, como já ilustrado anteriormente, que a justiça de transição não pode ser implantada de forma eficaz se não existirem esforços por parte do Estado onde as desavenças aconteceram. Uma justiça transicional

47 Cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/1994/1115, 29 set. 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/379/95/PDF/N9437995.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 maio 2014.

48 LAGE, Leonardo Almeida et al. *Tribunal Penal Internacional Para a Ruanda: Caso Governo II. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas*, 2012. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/03-TPIR.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

49 Artigo 6º, cf. NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/RES/955, 8 nov. 1994.

que não leve em consideração as peculiaridades da cultura em que será aplicada, provavelmente não terá uma ação profunda no sentido da reconciliação nacional. As instituições internacionais podem e devem dar suporte ao processo, mas este não surtirá o efeito desejado caso o governo local não apresente alternativas internas de reconstituição da democracia. Cabe então, neste momento, apresentar os mecanismos propostos pelo Estado ruandês na direção da reconciliação nacional.

3.2. Mecanismos internos

Entre os mecanismos internos destinados à transição, estavam o sistema judiciário nacional e os tribunais Gacaca⁵⁰. Além disso, subsidiariamente, foram implantadas outras alternativas locais que objetivavam a reconciliação nacional e a restauração da democracia.

Não foi necessário um período muito longo para que ficasse evidente que o sistema judicial interno aliado ao TPIR não seriam capazes de julgar todos os indivíduos envolvidos no genocídio. Foram acusadas cerca de oitocentas mil pessoas que, teoricamente, seriam processadas por um sistema afetado pelas marcas do conflito. Ainda que o TPIR ficasse encarregado de uma parte dos casos, o sistema interno de justiça seria incapaz de julgar todos os acusados em tempo hábil.

Mesmo com o auxílio financeiro de setores internacionais, devido ao contínuo aumento do número de acusados, “mantendo-se a média alcançada [...], levar-se ia um século para preparar todos os dossiês e arquivos das pessoas presas e acusadas”⁵¹.

Além disto, muitos casos de suborno de juízes e advogados foram denunciados⁵², dificultando a tentativa de se criar um ambiente de segurança e justiça.

Para Teresa Nogueira Pinto,

Ruanda continuava em busca de um modelo de justiça que permitisse a reconciliação nacional e a sobrevivência — política, social e econômica do país. O modelo adotado não poderia ignorar que foram ruandeses que planejaram e executaram o genocídio, foram ruandeses as vítimas e testemunhas do crime, e só ruandeses poderiam encontrar a resposta adequada para reconstruir e reconciliar o país⁵³.

Era extremamente necessário que se criasse uma alternativa capaz de acabar com a cultura do divisionismo, evitando, desta forma, que um sentimento de revanchismo se instaurasse novamente, propiciando um novo conflito.

50 Cf. UNITED NATIONS. *The Justice and Reconciliation Process in Rwanda*. Department of Public Information, Mar. 2014. Disponível em: <<http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/Backgrounder%20Justice%202014.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

51 PINTO, 2009, p. 206.

52 Ibid.

53 PINTO, 2012, p. 28.

Foi então que em 26 de janeiro de 2001, a Lei Orgânica nº 40/2000 foi aprovada pela Assembleia Nacional de Transição, estabelecendo a criação dos tribunais Gacaca⁵⁴.

As cortes Gacaca não eram uma invenção do governo de transição em questão. “Desde o século XVI que existiam, enquanto sistema de resolução de disputas menores como o uso da terra, o gado ou as questões de propriedade” visando, sobretudo, “a coesão social, através do diálogo entre as partes e perante a comunidade”⁵⁵.

Esta prática era utilizada quando algum conflito menor ocorria no seio da comunidade, sendo este geralmente ligado a questões relativas à propriedade. A comunidade se reunia e a cerimônia era coordenada pelos *Inyangamugayo*, anciãos considerados autoridades íntegras, os quais eram encarregados de mediar a discussão. Os tribunais, portanto, procuravam restaurar a ordem e a harmonia, buscando o conhecimento da verdade para atingir este objetivo. As cortes Gacaca incorporavam elementos de reparação, ao invés de apenas a punição, determinando sentenças que visavam compensar a parte prejudicada⁵⁶.

Em 1961, a partir da independência e, conseqüentemente, de uma maior autonomia do aparelho estatal, as cortes Gacaca gradualmente adquiriram novos elementos da formalidade ocidental em sua constituição. Alguns procedimentos passaram a ser adicionados, as cerimônias começaram a ser registradas, os encontros passaram a acontecer em datas previamente estabelecidas, entre outros⁵⁷.

Após o genocídio e a decisão de utilização das cortes Gacaca no processo de reconciliação nacional, novas alterações foram realizadas. Entendia-se que esta alternativa deveria experimentar um processo de atualização para que pudesse servir aos ideais propostos. As “novas Gacaca”, portanto, já possuíam características bastante distantes da sua formação original, o que acabou gerando, em parte da população⁵⁸, a ideia de que esse novo modelo seria uma “tradição inventada”⁵⁹.

Sendo assim, em sua nova forma, os tribunais Gacaca tinham como principais objetivos: estabelecer a verdade acerca do acontecido; acelerar os procedimentos legais de pessoas acusadas de genocídio; erradicar a cultura da impunidade; reconciliar os ruandeses e reforçar a união entre os mesmos; utilizar as

54 RWANDA. *Organic Law n° 40/2000*. Disponível em: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/2000-Gacaca-Courts-Law-40-2000-of-26Oct2001.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

55 PINTO, 2012, p. 32.

56 Ibid.

57 INGELAERE, op. cit.

58 Principalmente a parcela mais idosa da população, a qual teve um contato maior com a realização das Gacaca “tradicionais” (Ibid.).

59 Ibid.

capacidades da população de Ruanda para lidar com seus problemas através de uma justiça baseada nas tradições ruandesas⁶⁰.

O primeiro passo dado em direção à implantação dos tribunais Gacaca foi a elaboração de 04 categorias as quais seriam utilizadas para classificar os acusados⁶¹: a primeira englobava as pessoas responsáveis pelo planejamento e liderança do genocídio, bem como aqueles que detinham cargos de alta hierarquia e incitaram a realização de crimes, pessoas que cometeram assassinatos abomináveis e todos aqueles que praticaram atos de violência sexual. A segunda era destinada a pessoas que cometeram crimes que resultaram em mortes. A terceira categoria enquadrava indivíduos que causaram danos graves para as vítimas. Por fim, na última categoria estavam as questões de propriedade⁶².

Os juízes responsáveis pela mediação dos julgamentos foram escolhidos no âmbito da comunidade, pelo critério de possuírem uma personalidade considerada íntegra.

Foram implantadas um total de 12.103 cortes Gacaca, presididas por cerca de 170.000 *Inyangamugayo*⁶³.

Os tribunais Gacaca pretendiam promover a descentralização de uma parcela da justiça. Além disso, durante os julgamentos, o ato da confissão era extremamente encorajado, bem como o pedido público de perdão, com a intenção principal de aprofundar o ideal da reconciliação nacional.

Dois anos depois das reformas realizadas pelo governo de Ruanda, a média de julgamentos por mês aumentou consideravelmente. No entanto, ainda assim não atingia o contingente necessário para o cumprimento dos prazos estabelecidos previamente pelo governo para o encerramento das atividades dos tribunais Gacaca. Esta situação agravou as diversas críticas e limitações que passaram a ser conferidas aos tribunais. As autoridades encaravam a aplicação deste mecanismo como uma possibilidade de aliviar o sistema judicial interno. Os acusados, em contrapartida, viam uma alternativa para tentarem se esquivar da situação precária em que as prisões ruandesas se encontravam. Por fim, para a grande maioria das vítimas, as cortes Gacaca representavam sobretudo uma chance de obterem em algum momento uma reparação material pelos crimes cometidos

60 INGELAERE, op. cit., p. 38.

61 Esta categorização foi obtida a partir da leitura do artigo de Teresa Nogueira Pinto (op. cit.), devidamente referenciado neste trabalho. No entanto, o quadro apresentado a seguir, oriundo do artigo de Bert Ingelaere (op. cit.), possui algumas diferenciações em relação ao modelo proposto por Teresa Nogueira Pinto (op. cit.).

62 PINTO, 2012.

63 Anciãos considerados autoridades íntegras, os quais eram encarregados de mediar a discussão nas antigas cortes Gacaca (cf. INGELAERE, op. cit.).

contra elas. Isso se configurava como um ponto tão relevante principalmente diante da situação econômica do país, que piorou graças ao conflito⁶⁴.

Após praticamente 10 anos de funcionamento, as cortes Gacaca encerraram suas atividades em 2012.

O levantamento de informações realizado na primeira fase de sua implementação foi essencial no processo de construção de uma verdade a respeito do genocídio. Através disto, inúmeras pessoas puderam colocar um fim ao sentimento de impunidade em relação àqueles que cometeram crimes contra as mesmas e/ou ao desconhecimento a respeito do paradeiro de seus familiares e entes queridos. Além disso, e acima de tudo, representam a aplicação de uma prerrogativa extremamente ressaltada nas teorias a respeito da justiça de transição: a implantação de modelos que levem em consideração as características culturais locais, propostos pelos próprios envolvidos.

No entanto, as cortes Gacaca não poderiam, sozinhas, constituir a política governamental em busca da reconciliação nacional. Era preciso que outros mecanismos fossem criados para dar suporte ao processo, aproximando vítimas e agressores, e buscando amenizar as consequências do genocídio. Entre elas, podem ser citadas a criação de leis que tinham como objetivo promover o fim do divisionismo e combater a “ideologia do genocídio”⁶⁵.

Além da promulgação destas leis, o governo ainda promoveu encontros e conferências que visavam discutir a respeito do conflito, bem como desenvolver possíveis alternativas de promoção da paz.

Porém, uma das mais importantes alternativas formuladas pelo governo de transição ruandês foi a Comissão para União e Reconciliação Nacional (NURC). Criada em março de 1999, tem fundamento no artigo 178 da Constituição de Ruanda e na lei N° 35/2008⁶⁶ e nasceu com o propósito de promover uma série de programas destinados a aprofundar a reconciliação nacional.

A NURC, portanto, insere-se no contexto de recurso a ferramentas apoiadas na tradição e cultura ruandesas⁶⁷, passo fundamental para a reconciliação nacional, pois estas são capazes de promover uma justiça mais acessível e participativa, auxiliando na construção de sentimentos de confiança e legitimidade entre os ruandeses⁶⁸.

64 PINTO, 2012.

65 Ibid.

66 Cf. NATIONAL UNITY AND RECONCILIATION COMMISSION. *NURC Background*. Disponível em: <<http://www.nurc.gov.rw/index.php?id=83>>. Acesso em: 4 maio 2014.

67 Como os programas *Ingando* ou *Abunzi*, por exemplo.

68 Cf. Id. *Mission of NURC*. Disponível em: <<http://www.nurc.gov.rw/index.php?id=84>>. Acesso em: 4 maio 2014.

O documento publicado pela ONU a respeito dos mecanismos de justiça transicional instaurados em Ruanda no pós-genocídio traz ainda três outros programas organizados pelo governo ruandês que trabalham com questões acerca dos conflitos de 1994. O primeiro deles é denominado *Itotero* e foi estabelecido em 1997. Trata-se de um programa acadêmico de liderança para a promoção dos valores ruandeses e para formação de futuros líderes que prezem pelo desenvolvimento da comunidade⁶⁹. Além disto, o documento ainda ressalta a promoção de seminários e programas de pesquisa, que buscam problematizar e divulgar os acontecimentos relacionados ao genocídio.

Sendo assim, levando em consideração as informações apresentadas até aqui, pode-se neste momento partir para a análise da atuação destes mecanismos na sociedade ruandesa, bem como dos avanços e desafios que os mesmos ainda apresentam.

4. AVANÇOS E DESAFIOS DO MODELO HÍBRIDO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO RUANDÊS

Os anos que sucederam o genocídio ruandês foram marcados pelas tentativas de alcançar a reconciliação nacional. Após o fim das hostilidades, as prioridades interna e externa em relação à Ruanda passaram a ser a promoção da união nacional e restauração da democracia. Para isto, procurou-se implantar no país mecanismos que pudessem auxiliar neste objetivo.

A comunidade internacional, por sua vez, atuou no processo de transição ruandês principalmente através da UNAMIR e do TPIR.

A Missão de Assistência para Ruanda foi considerada, em geral um “grande fracasso para a ONU”⁷⁰. Esse caso foi tão emblemático que, inclusive, ficou registrado na história das missões de paz da ONU. A partir das inúmeras insuficiências da UNAMIR, a própria instituição questionou e modificou a forma como as operações de paz vinham sendo organizadas.

O comandante da UNAMIR, General Roméo Dallaire, teceu duras críticas à forma como o CSNU agiu em relação à Missão de Paz. Estas críticas foram baseadas, principalmente, na insuficiência de tropas, bem como no atraso da chegada das mesmas, aliado à falta de equipamentos mínimos necessários para que pudessem exercer um trabalho eficaz. Além disso, Dallaire afirma que a comunidade internacional reagiu tarde demais, o que acabou tornando possível a deflagração do genocídio⁷¹.

69 Cf. UNITED NATIONS, op. cit.

70 BARROS; MORAIS; DAHER, op. cit., p. 57.

71 DALLAIRE; POULIN, op. cit.

Após os acontecimentos em Ruanda, foram elaborados dois grandes estudos acerca da atuação da UNAMIR⁷².

O estudo realizado em conjunto por Dinamarca, Noruega, Suécia, Estados Unidos e Reino Unido, denominado *joint evaluation* apresentou cinco principais pontos de conclusão: a missão foi iniciada em escala ineficiente, mesmo sabendo-se dos grandes desafios; o baixo orçamento e os procedimentos de intervenção dificultaram a ação; o planejamento inadequado com relação ao contingente local diminuiu as opções da UNAMIR na hora do ataque; o secretário-geral falou com suas obrigações no que se refere ao seu papel de líder e ao buscar uma resposta adequada do Conselho de Segurança, quando o genocídio tornou-se óbvio; o Conselho de Segurança descumpriu suas responsabilidades básicas, falhando em responder com eficiência ao início dos atos de violência⁷³.

As pesquisas solicitadas por Kofi Annan, por sua vez, realizaram duras críticas à atuação da UNAMIR, chegando inclusive a responsabilizar diretamente determinados funcionários da ONU pelas falhas ocorridas. Suas recomendações finais deram origem ao *Brahimi Report*⁷⁴, um relatório também elaborado pelo Secretário-Geral, que visava reformular e fortalecer as *Peacekeeping Operations*⁷⁵.

O General Roméo Dallaire também propôs recomendações. Segundo ele, “a comunidade internacional deve ser capaz de responder operacionalmente, administrativamente e logisticamente a crises humanitárias, como a ocorrida em Ruanda, de forma rápida e efetiva”⁷⁶.

72 O primeiro deles foi um estudo externo da ONU, levado a cabo por Dinamarca, Noruega, Suécia, Estados Unidos e Reino Unido, e foi denominado *joint evaluation*. O segundo estudo, por sua vez, foi realizado pela própria organização. No entanto, este último teve um caráter bastante superficial, visivelmente evitando tecer maiores críticas à ONU. Diante disto, após a eleição de Kofi Annan para o cargo de Secretário-Geral, duas novas pesquisas foram encomendadas pelo mesmo, sendo consideradas mais eficazes do que a anterior (cf. BARROS; MORAIS; DAHER, op. cit.).

73 Ibid., p. 58.

74 O relatório em questão realizou uma série de recomendações, com especial foco nos seguintes pontos: ação preventiva; construção da paz; manutenção da paz; mandatos claros, confiáveis e realizáveis; análises estratégicas; administração civil transicional; determinação de cronogramas de aplicação; liderança das missões; quadro de funcionários militares; quadro de policiais civis; quadro de especialistas civis; capacidade de rápida implementação de informações ao público; logística e gestão; suporte para as operações; ajustes estruturais no Departamento de Operações de Manutenção da Paz; e estratégias tecnológicas e políticas.

75 BARROS; MORAIS; DAHER, op. cit.

76 Cf. DALLAIRE; POULIN, op. cit., p. 17. Além disso, o general recomenda que as Nações Unidas necessitam de recursos que possam ser disponibilizados às operações de paz, e que seria interessante a criação de um pequeno contingente de efetivos permanentes. Além disso, ressalta a necessidade de que se destine aos efetivos das missões de paz a autoridade necessária para responder rapidamente a situações de crises. Dallaire e Poulin (Ibid.) ainda chamam a atenção para a nova situação das relações internacionais, observando que os Estados devem se adaptar a este novo contexto, permitindo que a ONU possa tomar atitudes que os mesmos não poderiam tomar de forma individual. Isto seria de grande ajuda no desenvolvimento de uma maior autonomia por parte das Nações Unidas e das Operações de Paz.

Algumas importantes mudanças passaram a ocorrer dentro do DPKO após as falhas identificadas na UNAMIR. Um grande exemplo destas mudanças foi a criação de uma *Early Warning Unit*, dentro do *Office for the Coordination of Humanitarian Affairs*, destinada a “ajudar na identificação de potenciais conflitos”⁷⁷. Além disso, os obstáculos financeiros passaram a ser reavaliados e alterados, bem como as respostas internacionais às crises intraestatais⁷⁸.

Por fim, as Nações Unidas ainda instituíram um fundo estratégico de reservas para que as missões futuras possam agir de forma mais rápida quando necessário⁷⁹.

A partir das considerações colocadas até o momento, pode-se avaliar que, apesar das falhas abissais ocorridas durante a implantação das missões de paz da ONU, o caso serviu de marco para um importante processo de revisão do DPKO e das atitudes da instituição diante de conflitos intraestatais, possibilitando ações mais rápidas e efetivas.

Uma das grandes consequências desta reação tardia e ineficaz da comunidade internacional em relação à UNAMIR, foi a criação do TPIR. Apesar disto, esse foi o mecanismo de justiça de transição mais atuante entre os apresentados pelo CSNU para a situação ruandesa.

Diante da situação pós-conflito, inúmeras desconfianças surgiam em relação à eficácia da justiça interna. Sendo assim, uma das principais motivações do TPIR, foi a criação de uma alternativa de caráter imparcial, que pudesse ser imune às dificuldades que a cultura ruandesa impunha. A escolha de Arusha como sede do tribunal também teve estas motivações.

No entanto, muitas foram as críticas destinadas ao TPIR. Como já mencionado anteriormente, o fato de este tribunal não estar em consonância com a legislação interna de Ruanda, acabou, em alguns casos, beneficiando os arquitetos do genocídio. Isso se deu, sobretudo, pela possibilidade de as penas serem cumpridas em países voluntários⁸⁰. Diante desta situação, aqueles que foram considerados como genocidas, foram agraciados com a possibilidade de cumprirem suas penas em locais que ofereciam condições muito melhores do que as prisões ruandesas.

77 BARROS; MORAIS; DAHER, op. cit., p. 59.

78 Por exemplo, casos como o da Serra Leoa ou do Timor Leste foram muito mais rapidamente alertados ao CSNU pelo Secretário-Geral, minimizando o máximo possível as consequências dos conflitos em questão. Por fim, as Nações Unidas ainda criaram um fundo de reservas estratégico para que as missões futuras possam agir de forma mais rápida quando necessário (Ibid.).

79 Ibid.

80 Cf. Artigo 26º: A pena de prisão é cumprida no Ruanda ou num dos Estados a designar pelo Tribunal Internacional para o Ruanda partir de uma lista dos Estados que fizeram saber ao Conselho de Segurança da sua disponibilidade para receber pessoas condenadas. A prisão fica sujeita às regras nacionais do Estado em causa, sob controle do Tribunal Internacional para o Ruanda.

Além disto, muitos dos indiciados utilizaram-se da limitação territorial e temporal estabelecida no Estatuto do TPIR para contestar e reduzir suas penas. O Estatuto — ao prever que apenas poderiam ser julgados crimes cometidos entre 1º de janeiro de 31 de dezembro de 1994, perpetrados por nacionais ruandeses no território de Ruanda, bem como no território dos Estados vizinhos — acabava gerando diversas possibilidades de apelação das penas. O grande problema disto é que muitos dos crimes levados a cabo em 1994, foram planejados antes do ano de 1994, por indivíduos que não necessariamente os cometeram. Outro exemplo de falha do TPIR — se considerarmos que sua finalidade é auxiliar em um processo de justiça de transição, o qual se dá dentro das fronteiras de um determinado Estado, e visa atingir a população deste local — é o alcance insuficiente da divulgação dos resultados do tribunal no território Ruandês. Apesar de as condenações do tribunal terem sido bastante comentadas na mídia internacional, “a divulgação dos resultados do TPIR dentro do próprio país afetado pelo conflito foi tímida”⁸¹.

Uma das críticas mais relevantes é, no entanto, a “imagem de uma justiça que vem de fora e permanece longe das vítimas”. Alguns chegam a questionar a própria criação do TPIR, argumentando que este modelo ocidentalizado de justiça está “distantes da realidade ruandesa e do genocídio”⁸². O caráter punitivo, e não restaurativo, do TPIR, pode vir a reforçar a dicotomia entre Batutsis e Bahutus, ou, em sua nova versão, entre “vencedores” e “perdedores”.

É preciso reconhecer, entretanto, os aspectos positivos decorrentes do TPIR, o qual serviu de base para a criação do Tribunal Penal Internacional, que é um órgão permanente.

Entende-se, portanto, que a criação do TPIR foi importante principalmente no sentido de expandir a jurisprudência do Direito Internacional Penal e de punir os acusados. Apesar de tardia, a reação da ONU através do TPIR, foi relevante no tocante à divulgação da ideia segundo a qual os crimes de genocídio são passíveis de punição em âmbito internacional. Além disso, independente das limitações citadas aqui, deve-se reconhecer que alguns dos maiores genocidas foram devidamente punidos, em alguns casos, com a pena de prisão perpétua.

Entretanto, é importante ressaltar que um processo de justiça de transição pautado apenas em um modelo externo e ocidental, que tem como finalidade única a punição dos responsáveis pelo cometimento de crimes contra os direitos humanos,

81 PAULA, Luiz Augusto Módolo de. *Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. 2011. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 133.

82 PINTO, 2012, p. 23.

provavelmente não obterá êxito. É necessário que, concomitantemente a esta opção, criem-se mecanismos que possam auxiliar de forma mais profunda o processo de reconciliação nacional, reintegrando vítimas e agressores à sociedade, por exemplo. É com base nestas prerrogativas que cabe, então, discutir a respeito dos efeitos gerados pela implantação dos mecanismos internos de justiça de transição.

Diferentemente do TPIR, as cortes Gacaca mesclam, dentro de uma lógica interna de Direito, aspectos de justiça punitiva e restaurativa⁸³. No entanto, sua ênfase é voltada para o caráter restaurativo, principalmente através de características como a valorização da confissão e dos pedidos públicos de perdão, bem como a possibilidade de comutação de penas em serviços comunitários, visando, assim, promover a reintegração dos acusados à sociedade⁸⁴.

Uma das críticas mais conhecidas na literatura acerca do tema⁸⁵, gira em torno da eleição de “pessoas íntegras” da comunidade para a condução dos julgamentos, sem que estas possuam formação jurídica de base. Os indivíduos escolhidos passaram por um treinamento para que pudessem obter conhecimento a respeito de procedimentos básicos de Direito. No entanto, optou-se por preservar esta, que era uma das mais significativas características das cortes Gacaca. As críticas em relação a isto alertam para o fato de estas pessoas não estarem preparadas adequadamente (tendo em vista a forma oficial ocidental de aplicar o Direito), e este fato possibilitar falhas no processo de julgamento e condenação⁸⁶.

Mas, talvez, uma das maiores acusações a respeito das cortes Gacaca seja direcionada à determinação de que os crimes cometidos por membros da FPR⁸⁷ não são passíveis de julgamento. O argumento contra esta prerrogativa aponta para a formação de uma concepção de “culpa coletiva Bahutu”, reescrevendo o genocídio como um conflito dual, no qual o grupo Bahutu foi o responsável, enquanto o grupo Batutsi foi o prejudicado⁸⁸. Diante disso, Tiemessen argumenta que “para as Gacaca conseguirem superar esta caracterização étnica e limitada, a noção de sobrevivente e perpetrador deve incluir tanto Hutus quanto Tutsis”⁸⁹.

83 TIEMESSEN, Alana Erin. After Arusha: Gacaca Justice in Post-Genocide Rwanda. *African Studies Quarterly*, v. 8, n. 1, p. 57-76, 2004.

84 Ibid.

85 Cf. PINTO, 2012, p. 3; cf. TIEMESSEN, op. cit.

86 PINTO, 2012.

87 Tiemessen (op. cit.) define alguns dos principais crimes cometidos pela FPR, como, por exemplo, a destruição de propriedades, recrutamento de crianças e crimes contra a humanidade cometidos com o intuito de tirar o governo Bahutu do poder. Um relatório divulgado pela UNHCR salientou que massacres envolvendo milhares de civis foram organizados pelos membros da FPR, totalizando, aproximadamente, de 25.000 a 45.000 mortos entre abril e agosto de 1994. Sobre isto, cf. TIEMESSEN, op. cit.

88 Ibid.

89 Ibid., p. 68.

Outro problema decorrente do fato de os membros da FPR não serem julgados nos tribunais Gacaca é a instauração de uma chamada “justiça dos vencedores”. A partir do momento em que apenas um grupo assume a “vitória” ao fim de um conflito, isto acaba tornando-o representado por uma dualidade entre “perdedores” e “vitoriosos”. Esta nova configuração é problemática por duas principais razões: pela possível criação de um sentimento de revolta e revanche por parte daqueles considerados “perdedores” e, ao mesmo tempo, por ir contra os ideais da justiça de transição⁹⁰.

Teresa Nogueira Pinto⁹¹ argumenta que é preciso levar em consideração as reais limitações pelas quais o país passava após o término do genocídio. Como já abordado anteriormente, Ruanda se encontrava em uma situação extremamente delicada. Boa parte da população havia sido assassinada no conflito, e outra grande parte se encontrava encarcerada, sob acusação de envolvimento nos crimes cometidos. O desequilíbrio de gênero dificultava o processo de reconstrução social e física do país, o sistema judiciário estava congestionado e, conseqüentemente, a situação financeira também era desastrosa. Sendo assim, é visível que diante deste panorama, as cortes Gacaca tenham enfrentado diversas dificuldades. A principal resposta do governo ruandês quanto a isto, foi que “a escassez de recursos e o excesso de processos impedia o Estado ruandês de prover advogados oficiais”⁹².

Bert Ingelaere⁹³ ainda apresenta mais três principais vantagens dos tribunais em questão. A primeira delas ressalta o fato de que entre as cortes Gacaca e os sistemas de justiça nacional ou internacional⁹⁴, os ruandeses tendem a preferir a primeira opção quando o objetivo é lidar com os crimes de genocídio. Para a população local, os tribunais clássicos são psicologicamente e fisicamente muito longínquos, tornando as cortes Gacaca uma opção mais próxima e permitindo uma compreensão mais simples. A segunda vantagem diz respeito à situação das mulheres após a implantação desses tribunais tradicionais. Ingelaere afirma que a população feminina passou a assumir um papel importante diante dos procedimentos jurídicos destas cortes, permitindo, por exemplo, que as mulheres testemunhem contra crimes sexuais. Por fim, o autor ainda salienta que os tribunais Gacaca contribuíram para amenizar o acúmulo de processos que vinham congestionando o sistema de justiça oficial.

Outro ponto relevante é o papel das vítimas. Antes de tudo, o fato de serem reconhecidas e estarem em posição central em um tribunal como o Gacaca, permite, “através de um conjunto básico e garantido de direitos, que elas existam enquanto seres visíveis, que partilhem com as demais pessoas uma existência moral

90 PINTO, 2012.

91 Ibid.

92 Ibid., p. 43.

93 INGELAERE, op. cit.

94 Representados pelos tribunais nacionais “oficiais” e pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

respeitada que lhes dê visibilidade⁹⁵. Em segundo lugar, as declarações diante de um processo judicial possibilitam que, somadas a outros testemunhos, se possa construir uma memória coletiva a respeito dos acontecimentos em questão. Isso acaba desencadeando em um processo de escrita da história e de uma formulação crítica do lugar em que essas vítimas ocupam em determinado contexto⁹⁶.

Portanto, considerando que as cortes Gacaca fazem parte do projeto de reconciliação nacional, pode-se avaliar a sua atuação a partir de duas principais formas: a) primeiramente, contribuíram no sentido de incentivar as confissões e os pedidos públicos de perdão; b) concomitantemente a isto, deve-se valorizar a possibilidade de comutação de penas em casos julgados sob a jurisdição de tais cortes. Esta característica promove a reconciliação de duas principais maneiras: reintegrando os acusados à sociedade e fazendo com que os mesmos paguem suas dívidas de forma a auxiliar no processo de reconstrução do país, e não apenas sob pena de reclusão.

Quanto à NURC, seu principal feito foi transformar a agenda da reconciliação em algo acessível à comunidade, estabelecendo mecanismos que visam restaurar e consolidar a união nacional através da educação, da sensibilização e mobilização de indivíduos locais, bem como através de programas de treinamento dos mesmos. Isto foi realizado principalmente através de organizações como Abakangurambaga ou Ingando, por exemplo. No entanto, ao longo do processo de implantação destas ferramentas, houve negligência por parte da Comissão em relação ao levantamento e arquivamento de dados, o que tornou difícil a tarefa de análise dos resultados obtidos.

Sendo assim, a partir das informações expostas ao longo do texto, pôde-se compreender como e por que o genocídio ruandês existiu, quais as suas consequências, e quais as alternativas elaboradas para se tentar amenizar os resultados deste conflito. Com base nas referidas informações, cabe a partir de agora pensar esse modelo de uma forma mais ampla, buscando identificar quais os avanços, mas, acima de tudo, quais os desafios que ainda estão impostos à sociedade ruandesa, na busca pela justiça e reconciliação nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O genocídio em Ruanda deve ser compreendido como um dos principais desafios já colocados até hoje para a justiça de transição. A quantidade de acusados⁹⁷ e de vítimas é exorbitante, mas é necessário que se pense além disso.

95 SOUZA PINTO, Gabriel Rezende de. As vítimas e o Direito Penal Internacional: por uma participação fundada na teoria do reconhecimento. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 12, n. 1, p. 399-429, 2009. p. 422.

96 Ibid.

97 De acordo com o *site* do TPIR, até o momento foram julgados 75 casos. Dentre estes, 47 foram condenados, 16 possuem recursos em análise e 15 foram absolvidos. Quanto aos tribunais Gacaca, de acordo com

A grande pergunta, no entanto, para que se possa realmente avaliar o modelo de justiça de transição implementado em Ruanda é: quais lições o genocídio ruandês e as alternativas para a reconciliação nacional apresentaram ao mundo? Além disso, vale questionar ainda quais as mudanças efetivas que ocorreram após os acontecimentos de 1994.

No caso específico ruandês, o maior ensinamento que proveu à comunidade internacional, representada principalmente pelo CSNU, provavelmente gira em torno da necessidade de uma maior atenção em relação a sinais que possam indicar prematuramente a deflagração de conflitos semelhantes ao ocorrido no país. Mesmo quando já haviam sinais significativos do massacre no território ruandês, a ONU continuou demonstrando resistência em proporcionar auxílio ao Estado.

Duas décadas é um período historicamente curto para se atestar se a justiça de transição cumpriu totalmente com seus objetivos de justiça e reconciliação.

Mas, antes que tudo, pode-se considerar que a justiça de transição é condição necessária para reconciliação, e que esta só ocorrerá de modo efetivo se levar em consideração as outras alternativas mencionadas, sobretudo, as internas.

Do mesmo modo, é necessário reconhecer o empenho do governo em assumir suas responsabilidades nacionais no tocante à implantação de mecanismos destinados a julgar os criminosos e a reconciliar a população.

Alana Tiemessen⁹⁸, por sua vez, assevera que quatro principais lições foram apreendidas a partir do genocídio em Ruanda. Primeiramente, ela acredita que a comunidade internacional deveria apoiar a instauração de medidas locais de justiça que possam cooperar com as alternativas internacionais, e não competir. Em segundo lugar, afirma que as formas locais de justiça devem garantir o respeito às características culturais do Estado, não utilizando padrões externos de justiça penal em sua estrutura. Em terceiro lugar, alerta para a questão da relação entre justiça e poder, argumentando que a retórica de colocar “unidade e segurança” acima de tudo, pode acabar mascarando algumas cisões dentro de uma sociedade pós conflito, e levando a novos episódios de violência. Por fim, a autora ainda defende que se deve descartar a ideia de que a reconciliação só pode acontecer se for baseada em uma justiça punitiva. Isso significa compreender que, talvez, a maior lição deixada pela implementação do processo de justiça de transição em Ruanda tenha sido a de que a reconciliação não pode e nem deve ter apenas um significado e uma

o Ministro da Justiça ruandês Tharcisse Karugarama, foram julgadas aproximadamente 1,9 milhão de pessoas, sendo 65% desta totalidade considerada culpada. Cf. RWANDA ends Gacaca genocide tribunals. *Deutsche Welle*, 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://dw.com/p/15H87>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

98 TIEMESSEN, op. cit.

“fórmula” de aplicação⁹⁹. A busca pela reconciliação deve levar em consideração as experiências e consequências individuais e coletivas de cada nação que eventualmente tenha passado por um processo semelhante ao genocídio ruandês.

Sendo assim, diante de todas as considerações levantadas até aqui, parece claro que a justiça de transição em Ruanda ainda possui muitos desafios a serem vencidos. Mesmo passadas duas décadas do fim do conflito e apesar de muitas conquistas — principalmente a elaboração das cortes Gacaca como uma alternativa tradicional de justiça — não parece evidente que o processo esteja concluído.

Diante dos desafios que estão postos, cabe ao governo e a sociedade civil envidarem todos os esforços para fulminar os sentimentos de vingança, de impunidade, e de desconfiança. Do contrário, talvez este episódio ainda não tenha sido encerrado.

6. REFERÊNCIAS

- ANTONACCI, Maria Antonieta. Decolonialidade de corpos e saberes: ensaio sobre a diáspora do eurocentrado. In: _____. *Memórias ancoradas em corpos negros*. São Paulo: PUC, 2013.
- ARTHUR, Paige. Como as ‘Transições’ reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 73-133.
- BARROS, Carolina; MORAIS, Clarice; DAHER, Raíssa. As Peacekeeping Operations (PKOS) e o caso de Ruanda. *Fronteira*, Belo Horizonte, v. 7, n. 14, p. 47-63, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/3875/4171>>. Acesso em: 29 abr. 2014.
- BASTOS JR., Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Entre as justiças retributiva e restaurativa: fragmentos em torno do debate da justiça de transição. *Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 292-320, jul./dez. 2009.
- BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. As reparações por violações de direitos humanos em regimes de transição. *Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 1, p. 228-249, jan./jun. 2009.
- BELGIAN GOVERNMENT. *Belgium's independence (1830 — present time)*. Disponível em: <http://www.belgium.be/en/about_belgium/country/history/belgium_from_1830/>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- BETTS, Raymond F. A dominação européia: métodos e instituições. In: BOAHEN, A. Adu. (Org). *História Geral da África, vol. VII: a África sob dominação colonial, 1880-1935*. São Paulo: Ática; Unesco, 1991.

99 TIEMESSEN, op. cit.

- CARPANEZZI, Mariana Bertol. *É preciso palavras para construir o silêncio: o genocídio de Ruanda no discurso oficial do Conselho de Segurança das Nações Unidas*. 2008. 132 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) — Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- COBBAN, Helena. The legacies of collective violence: The Rwandan genocide and the limits of law. *Boston Review*, v. 27, n. 2, p. 4-15, 2002.
- DALLAIRE, R. A; POULIN, B. UNAMIR: Mission to Rwanda. *Joint Forces Quarterly*, n. 7, p. 66-71, 1995.
- DALLAIRE, Roméo Alain. Interview General Romeo Dallaire. *PBS.org*, 1 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/ghosts/interviews/dallaire.html>>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- _____. *Shake Hands With the Devil*. New York: Carrol & Graff Publishers, 2003.
- FERREIRA, Patrícia M. Justiça e Reconciliação Pós-Conflito em África. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 7-8, p. 11-26, 2002.
- GOUREVITCH, Philip. *Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.
- HAZAN, Pierre. Medir el impacto de las políticas de castigo y de perdón: en favor de una evaluación de la justicia de transición. *International Review of the Red Cross*, n. 861, 2006.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Justice After Genocide: 20 Years On*. 28 mar. 2014. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2014_March_Rwanda.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- ILIBAGIZA, Immaculée. *Sobrevivi para contar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- INGELAERE, Bert. The Gacaca courts in Rwanda. In: HUYSE, Luc; SALTER, Mark (Ed.). *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences*. Stockholm: IDEA, 2008.
- INSTITUTE FOR JUSTICE AND RECONCILIATION. *Evaluation and Impact Assessment of the National Unity and Reconciliation Commission (NURC)*. Nov. 2005. Disponível em: <http://www.nurc.gov.rw/index.php?id=70&no_cache=1&tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=7>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- LAGE, Leonardo Almeida et al. *Tribunal Penal Internacional Para a Ruanda: Caso Governo II. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas*, 2012. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/03-TPIR.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- MENDONÇA, Marina Gusmão. O genocídio em Ruanda e a inércia da comunidade internacional. *Brazilian Journal of International Relations*, v. 2, n. 2, p. 300-328, 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*. Resolução 260. Nova Iorque: Assembleia Geral, 1948. Disponível em: <<http://>

www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 jul. 2014.

NAÇÕES UNIDAS. Resolução do CSNU. S/1994/1115, 29 set. 1994. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/379/95/PDF/N9437995.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 maio 2014.

_____. Resolução do CSNU. S/RES/955, 8 nov. 1994.

_____. Resolução do CSNU. S/RES/912, 21 abr. 1994.

_____. Resolução do CSNU. S/RES/872, 5 out. 1993.

_____. Resolução do CSNU. S/RES/872, 5 out. 1993.

_____. Resolução do CSNU. S/RES/846, 22 jun. 1993.

NATIONAL UNITY AND RECONCILIATION COMMISSION. *Mission of NURC*. Disponível em: <<http://www.nurc.gov.rw/index.php?id=84>>. Acesso em: 4 maio 2014.

_____. *NURC Background*. Disponível em: <<http://www.nurc.gov.rw/index.php?id=83>>. Acesso em: 4 maio 2014.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. *Genocídio e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda*. 2011. 265 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PINTO, Simone Rodrigues. Justiça transicional em Ruanda: a busca pela reconciliação social. *Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 2, p. 190-216, jul./dez. 2009.

PINTO, Teresa Nogueira. Poder e Sobrevivência: Modelos de Justiça no Ruanda pós Genocídio. *Contactos*, v. 1, n. 2, 2012.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito*. 2012. 173 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

RWANDA ends Gacaca genocide tribunals. *Deutsche Welle*, 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://dw.com/p/15H87>>. Acesso em: 1 jul. 2014.

RWANDA. *Organic Law n° 40/2000*. Disponível em: <http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/2000-Gacaca-Courts-Law-40-2000-of-26Oct2001.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

SILVA, Alexandre dos Santos. *A intervenção humanitária em três quase-Estados africanos: Somália, Ruanda e Libéria*. 2003. 214 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) — Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

- SILVA, Karine de Souza; COSTA, Rogério Santos da. *Organizações Internacionais de Integração Regional: União Europeia, Mercosul e UNASUL*. Florianópolis: EDUFSC, 2013.
- SOUZA PINTO, Gabriel Rezende de. As vítimas e o Direito Penal Internacional: por uma participação fundada na teoria do reconhecimento. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, v. 12, n. 1, p. 399-429, 2009.
- TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 135-169.
- TIEMESSEN, Alana Erin. After Arusha: Gacaca Justice in Post-Genocide Rwanda. *African Studies Quarterly*, v. 8, n. 1, p. 57-76, 2004.
- UNITED NATIONS. *The Justice and Reconciliation Process in Rwanda*. Department of Public Information, Mar. 2014. Disponível em: <<http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/Backgrounder%20Justice%202014.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2014.
- ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós conflitos. In: REÁTEGUI, Félix (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-71.

CAPÍTULO XII

AS COMISSÕES INTERNACIONAIS DE INQUÉRITO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS¹

Otávio Cançado Trindade²

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Antecedentes históricos: o inquérito como instrumento de conciliação e arbitragem — 3. As comissões de inquérito nas organizações internacionais: 3.1. Operações de manutenção da paz e apuração de fatos; 3.2. Responsabilização individual por meio de comissões de inquérito; 3.3. A comissão de inquérito para a Líbia e a não renovação de seu mandato — 4. Considerações finais — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é examinar como as comissões internacionais de inquérito contribuem para a apuração de violações de direitos humanos e quais os limites e oportunidades criadas pelas comissões estabelecidas pelo Conselho de Direitos Humanos. A apuração das violações de direitos humanos por meio desse mecanismo do direito internacional se tem revelado como etapa preliminar a iniciativas posteriores para a responsabilização individual.

Desde que foi criado, em 2006, o CDH tem recorrido com frequência a comissões de inquérito para levar situações de violações de direitos humanos ao sistema ONU. Já em seu primeiro ano de funcionamento, o CDH criou Comissão de Inquérito (CdI) sobre o Líbano, com o mandato de investigar “os ataques sistemáticos contra civis e as mortes de civis causadas por Israel no Líbano” (cf. Resolução S-2/1). No mesmo ano, por meio da Resolução S-3/1, o CDH criou “missão de

1 O presente artigo foi publicado em 2014 na obra *O direito internacional e o primado da Justiça* (Ed. Renovar), que reuniu conferências proferidas em Congresso Acadêmico de mesmo nome, promovido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas, pela Sociedade Latinoamericana de Direito Internacional e pela Sociedade Brasileira de Direito Internacional, com o apoio da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Embora se tenham passados dois anos de sua primeira publicação, o tema permanece atual. Há três comissões de inquérito em andamento sob a égide do Conselho de Direitos Humanos (CDH) das Nações Unidas, o que demonstra tratar-se de mecanismo, ainda, à disposição do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

2 Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Diplomata de carreira, é Chefe da Divisão do Fórum IBAS e do Agrupamento BRICS do Itamaraty (opiniões expressas em caráter estritamente pessoal).

apuração de fatos” para avaliar a situação das vítimas de ataques israelenses aos Territórios Palestinos Ocupados. Ainda em 2006, criou mecanismo similar para avaliar a situação dos direitos humanos em Darfur, no Sudão (cf. Resolução S-4/101)³.

Após o interstício de 2007 e 2008 sem recorrer a esse mecanismo, foi a partir de 2009 que o CDH passou a fazer uso cada vez maior de comissões de inquérito. Logo em janeiro daquele ano, por meio da Resolução S-9/1, o CDH criou “missão de apuração de fatos” para “investigar todas as violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário” cometidas por Israel quando de incursão militar a Gaza. A referida missão resultou no “relatório Goldstone”⁴, cujas conclusões determinam responsabilidades por violações a obrigações de direitos humanos e de direito humanitário. Em 2010, o CDH criou novo procedimento de inquérito para investigar violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário em ataque de Israel a embarcações que se dirigiam a Gaza (cf. Resolução 14/1). Em fevereiro de 2011, semanas antes da aprovação pelo Conselho de Segurança da Resolução 1973 — seguida de intervenção armada na Líbia — o CDH criou comissão de inquérito para o país, com o objetivo de apurar “violações de direitos humanos”, “crimes” e recomendar medidas para determinar responsabilidades (cf. Resolução 15/1)⁵.

Ainda em 2011, o CDH formou nova comissão de inquérito para apurar violações de direitos humanos em *Côte d’Ivoire* após eleição presidencial no país. Em agosto do mesmo ano, o CDH criou comissão de inquérito para investigar violações de direitos humanos cometidas na Síria a partir de março de 2011 (cf. Resolução S-17/1). Em 2012, nova missão de investigação foi criada pelo CDH para apurar as implicações de assentamentos israelenses para os direitos humanos dos palestinos nos territórios ocupados (cf. Resolução 19/17). Em 2013, o CDH estabeleceu comissão de inquérito para investigar “violações graves, sistemáticas e generalizadas de direitos humanos” na Coreia do Norte (cf. Resolução 22/19). Em 2014, o CDH criou comissão de inquérito cujo mandato foi renovado em 2015 para investigar violações maciças, sistemáticas e generalizadas na Eritreia (cf. Resolução 29/18). Também em 2014 foi criada nova comissão para apurar violações de direitos humanos e direito humanitário nos Territórios Palestinos Ocupados (cf. Resolução S-21/1).

Nos seus 10 anos de funcionamento, o CDH criou, em média, uma comissão de inquérito por ano. Trata-se de instrumento cada vez mais frequente a que recorre o principal órgão de direitos humanos da ONU. Com abrangência global, o

3 Além da missão do CDH, o Conselho de Segurança criou Cdl para o Darfur, em 2006.

4 Cf. Documento A/HRC/12/48.

5 Na 19ª sessão regular, quando apresentou o último relatório, a Comissão não teve mandato renovado.

CDH tem competência para criar esse tipo de mecanismo em relação a qualquer país. Essa realidade justifica uma análise mais detida sobre as características atuais desse mecanismo, diferenças em relação ao procedimento de inquérito como método de solução de controvérsias e os limites das comissões de inquérito quando comparadas com outros meios de proteção de direitos humanos.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O INQUÉRITO COMO INSTRUMENTO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

O uso de comissões de inquérito foi positivado no direito internacional por meio das Convenções da Haia de 1899 e 1907. O propósito dessas comissões era elucidar fatos controversos com vistas à solução pacífica de uma controvérsia. Entendia-se que o estabelecimento de comissões de inquérito criava condições políticas para reduzir tensões e, por consequência, diminuía a possibilidade do recurso a contra-medidas ou ao uso da força⁶.

O método utilizado à época, no entanto, guardava grandes diferenças em relação às atuais comissões de inquérito criadas por organizações internacionais. Privilegiava-se a elucidação de diferentes pontos de vista sobre fatos específicos que davam origem a litígio inter-estatal. O objetivo das comissões de inquérito era dirimir questões de fato para posterior solução da controvérsia por meio de conciliação ou arbitragem.

A Convenção de 1899 foi a primeira tentativa de se regulamentar, em nível global, o uso do inquérito como meio de solução de controvérsias. Determinante para a sua adoção foi o incidente com a embarcação norte-americana de guerra *Maine*, que explodiu em 1898 ancorada em Havana e se tornou ingrediente para a guerra entre Espanha e EUA. À época, os dois países criaram suas respectivas comissões de inquérito e chegaram a versões opostas sobre o incidente. A Espanha negou responsabilidade e alegou como causa do acidente falha técnica. Os EUA concluíram pela explosão em mina submarina⁷.

A Convenção de 1899 logrou, portanto, oferecer ferramenta aos Estados litigantes para que chegassem a um acordo sobre questões de fato por meio de comissões conjuntas de inquérito. A Convenção dispôs que os Estados concernidos deveriam acordar a composição das comissões, os fatos a serem apurados e as regras de procedimento. Refletindo preocupação em evitar que o mecanismo se equiparasse a uma arbitragem, a Convenção de 1899 dispôs expressamente que

6 BROWNLIE, Ian. The Peaceful Settlement of International Disputes. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 267-283, 2009.

7 MERRILLS, J. G. *International dispute settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 45.

o relatório final não teria natureza de laudo e que os Estados litigantes teriam total liberdade para conferir o efeito que quisessem ao relatório⁸.

As novidades introduzidas pela Convenção de 1907 aproximaram ainda mais as comissões de inquérito de procedimentos de conciliação ou arbitragem. O referido instrumento previu uma sede para as comissões (Haia), um idioma de trabalho, um secretariado para as comissões (Corte Permanente de Arbitragem), a possibilidade de nomeação de advogados pelas Partes, pedidos de informação pelas comissões, além do caráter secreto dos procedimentos⁹. A Convenção também estabeleceu regras processuais para que cada Parte apresentasse à comissão a sua versão dos fatos, acompanhada de documentos, depoimentos e laudos periciais. À própria comissão de inquérito foi atribuído o poder de ouvir testemunhas ou nomear peritos.

Essas alterações aproximavam cada vez mais o inquérito de uma arbitragem e mitigavam a discricionariedade dos Estados na conformação das Comissões. O êxito na apuração do incidente de *Dogger Bank*¹⁰ por comissão de inquérito, cujo relatório foi aceito pelas Partes litigantes (Rússia e Reino Unido), gerou otimismo e facilitou a aprovação da Convenção de 1907¹¹.

Ainda antes de adentrar a fase das comissões de inquérito estabelecidas por organizações internacionais, os chamados “tratados Bryan”, concluídos em 1913 e 1914 pelos EUA e outros Estados, reproduziram o modelo criado pelas Convenções da Haia. Sob esses instrumentos, as Partes concordavam em submeter qualquer controvérsia, de qualquer natureza, que não pudesse ser solucionada de outra forma, a uma “comissão de paz”. A comissão era incumbida de apurar os fatos e apresentar relatório dentro de um ano. As Partes se comprometiam a não recorrer à guerra até que o relatório fosse apreciado. De modo similar à fórmula da Convenção de 1907, as comissões dos “tratados Bryan” eram compostas por um nacional e um não nacional escolhido por cada Parte, além de um quinto membro escolhido por comum acordo. Ao permitir à comissão propor às Partes

8 BAR-YAACOV, Nissim. *The handling of international disputes by means of inquiry*. London, New York, Toronto: Oxford University Press, 1974. p. 20-44.

9 BAR-YAACOV, op. cit., p. 106.

10 Em 1904, no Mar do Norte, uma embarcação russa atacou 48 barcos pesqueiros britânicos pensando tratar-se de frota japonesa (o Reino Unido era aliado do Japão). Três pescadores morreram e vários outros ficaram feridos. O incidente quase levou o Reino Unido e a Rússia à guerra (28 navios britânicos foram mobilizados, o Canal de Suez e portos ingleses foram fechados para navios russos). A tensão foi agravada pela aliança do Reino Unido com o Japão, rival da Rússia na disputa por influência na Ásia. Em novembro de 1904, Reino Unido e Rússia firmaram acordo que levava o caso a uma comissão de inquérito. Três meses depois (fevereiro de 1905), a comissão concluiu que as embarcações britânicas não haviam praticado qualquer ato hostil. Embora não tenha sido determinado pela comissão, a Rússia acabou por pagar indenização às vítimas do incidente.

11 COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 25.

solução para a controvérsia — de modo não vinculante — esse mecanismo mais se aproximou a uma conciliação¹².

Os primeiros experimentos de administração territorial diretamente por organizações internacionais, na época da Liga das Nações, também terão contribuído para o desenvolvimento posterior, na era das Nações Unidas, de missões de observação internacional e de apuração de fatos¹³. Embora não se limitassem à investigação de fatos específicos, esses arranjos criados após a Primeira Guerra Mundial, que tinham o objetivo de prevenir novos conflitos, necessariamente levavam à produção de relatórios que eram submetidos aos órgãos da Liga das Nações.

O recurso a comissões de inquérito no início do século XX tem características muito distintas dos arranjos criados atualmente por organizações internacionais, sobretudo pela ONU. Em primeiro lugar, o modelo das Convenções da Haia tem como objetivo chegar a uma versão acordada sobre episódios específicos. Não se almeja tratar das consequências jurídicas do fato apurado. Em segundo lugar, as comissões são criadas por Estados litigantes e estão a serviço deles. Não prestam contas a terceiros. Em terceiro lugar, os fatos a serem apurados são previamente definidos pelas Partes e são bem delimitados. Dizem respeito a incidentes de fronteira, incidentes navais ou atos de sabotagem, por exemplo. Não compreendem situações mais abrangentes como padrões de violações de direitos humanos. Em quarto lugar, o seu método de trabalho mais lembra a flexibilidade das arbitragens do que o rigor de procedimentos definidos por órgãos da ONU. Prazos e procedimentos são submetidos para a aprovação de ambas as Partes. Ambas as Partes devem ser ouvidas e prover informações. Os próprios membros da comissão são escolhidos pelas Partes. Os traços em comum de todos esses elementos são: i) consenso como fundamento de validade do procedimento; ii) contexto bilateral; e iii) etapa preliminar com vistas à solução de uma controvérsia interestatal.

Essas características muito se distanciam do que atualmente ocorre nas organizações internacionais. Como se verá mais adiante, a definição do mandato das comissões de inquérito criadas pelo CDH está fora do controle do Estado a ser investigado. Os prazos, o procedimento a ser empregado e a composição da comissão

12 CLAPHAM, Andrew. *Briery's Law of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 2012. A. Clapham (op. cit., p. 434-435) assinala que em 1990 esse mecanismo foi utilizado para solucionar controvérsia sobre compensação que deveria ser paga pelo Chile em razão de atentado a bomba em Washington, que vitimou o chanceler chileno Orlando Letelier e um nacional americano. Uma vez que o valor decidido pelo judiciário americano não poderia ser executado em face do Estado chileno — pelas regras de imunidade do Estado — uma comissão de inquérito foi criada com base em tratado de 1914 (Bryan-Suárez Mujica) para determinar o valor a ser pago pelo Chile.

13 Administração do Território do Saar, da "Cidade Livre de Danzig" e da cidade de Leticia. Sobre a administração internacional de territórios, cf. TRINDADE, Otávio. *A Carta das Nações Unidas: uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 203-263.

independem da vontade do Estado objeto do exercício. Por fim, o encaminhamento que se dará aos resultados do trabalho também está fora do alcance do Estado concernido. Esses elementos refletem o fato de que o objetivo atual das comissões de inquérito é apurar responsabilidades, e não lograr uma solução para uma controvérsia internacional.

Apesar do uso exitoso de comissões de inquérito durante o entre-guerras para solucionar crises internacionais, não é frequente na atualidade o recurso a esse instrumento, nos moldes das Convenções da Haia. Esse desuso parece ir na contra-mão do que almejam os Estados ao buscar solucionar controvérsias: se o procedimento de inquérito é tão flexível, por que não é usado de forma mais recorrente?

A própria desnecessidade de se recorrer a um mecanismo que tem as suas complexidades para resolver uma pendência inter-estatal pode ser uma das razões. Muitos dos chamados “incidentes diplomáticos” — como o choque entre embarcações, a violação de fronteiras — podem ser resolvidos pela negociação bilateral. Fator mais preponderante pode ser a grande variedade de opções para o encaminhamento de uma questão em foros multilaterais ou regionais. Além das Nações Unidas, organizações como a OIT, a OACI, a OEA e a OSCE têm os seus meios para a criação de comissões de inquérito. O encaminhamento que se queira dar a uma controvérsia, o grau de especialização técnica necessária para a apuração dos fatos e o cenário de apoio por parte de outros Estados serão determinantes para a escolha do foro apropriado. Uma terceira justificativa para a falta de uso das comissões de inquérito nos moldes da Haia é a pouca atratividade de formas de solução de controvérsias que requeiram a participação de terceiros. É conhecida a resistência dos Estados em delegar a solução de litígios a terceiros¹⁴. Embora esse argumento não se coadune com o maior uso de comissões de inquérito pelo CDH, é preciso lembrar que, nesse foro, a iniciativa para a criação das comissões não parte dos Estados concernidos.

3. AS COMISSÕES DE INQUÉRITO NAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

3.1. Operações de manutenção da paz e apuração de fatos

A apuração de fatos relacionados a ameaças à paz e à segurança internacionais é uma das principais funções das Nações Unidas. Essa atividade está vinculada à Organização desde a sua criação, quando foram enviadas missões de observação militar à Índia, Paquistão e Palestina.¹⁵ O primeiro representante do

14 MERRILLS, op. cit., p. 58-60.

15 Alguns exemplos de missões criadas pelo Conselho de Segurança já em 1948 são os Grupos de Observação Militar na Índia e no Paquistão (UNMOGIP e UNIPOM) e a primeira operação de manutenção da paz — a UNTSO (Organização das Nações Unidas para a Supervisão de Trégua), que ainda está em vigor na Palestina.

Brasil no Conselho de Segurança das Nações Unidas, Embaixador Cyro de Freitas-Valle, entendia que a ONU tinha o dever de despachar comissões de inquérito a qualquer sítio do mundo onde a paz parecesse ameaçada, ou em vias de ser ameaçada, e que nenhum Estado teria o direito “de misturar pontos de prestígio nacional com a ideia de bem acolher uma de tais comissões”¹⁶.

Exemplo recente desse tipo de missão foi a Missão das Nações Unidas para Supervisão na Síria (UNSMIS), criada em 2012 pela Resolução 2043 do Conselho de Segurança, cujo mandato chegou ao fim em agosto daquele ano. A observação militar é componente essencial das operações de manutenção da paz e desempenha papel importante de fornecer ao Secretário-Geral e ao Conselho de Segurança (CSNU) informações sobre crises internacionais.

Foi com base nesse modelo que a Assembleia Geral (AGNU) adotou, em 1991, a “Declaração sobre Apuração de Fatos pelas Nações Unidas na Área de Manutenção da Paz e Segurança” (cf. Resolução 46/59). Em um contexto em que, superada a Guerra Fria, o CSNU retomara a sua capacidade de tomar decisões sob o Capítulo VII da Carta, a AGNU chegou a um consenso sobre princípios que devem orientar o trabalho de apuração de fatos. A abrangência, objetividade, imparcialidade e tempestividade foram alguns requisitos reconhecidos pela AGNU.

A formulação utilizada na referida Resolução reflete algumas preocupações dos Estados em relação a esse tipo de missão das Nações Unidas. Recomendando, de forma velada, parcimônia no uso de comissões de inquérito, o parágrafo 5 pondera que os órgãos competentes das Nações Unidas devem ter em mente que o envio de uma missão de apuração de fatos pode sinalizar preocupação por parte da Organização e deve contribuir à construção de confiança e à redução do conflito, evitando que seja agravado. Há, ainda, formulações que reconhecem a necessidade de consentimento do Estado para que esse tipo de missão entre no respectivo território. Notam-se preocupações com a instrumentalização política do trabalho de apuração de fatos e com a soberania territorial.

3.2. Responsabilização individual por meio de comissões de inquérito

Uma diferença fundamental entre comissões de inquérito criadas pelo CDH e as missões de observação militar criadas sob o CSNU diz respeito ao mandato. As primeiras são criadas para apurar violações a obrigações de direitos humanos e colher evidências que conduzam à responsabilização. As segundas recebem mandato de monitorar um cessar-fogo ou a implementação de um plano de paz.

¹⁶ GARCIA, Eugênio Vargas. *O sexto membro permanente: o Brasil e a criação da ONU*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 278.

A comparação entre o mandato da UNSMIS e aquele da CdI para a Síria ilustra essa diferenciação:

[...] monitorar a cessação da violência armada em todas as suas formas e por todas as partes e monitorar e apoiar a implementação plena da proposta de seis pontos do Enviado [Especial] (mandato da UNSMIS)¹⁷.

[...] investigar todas as denúncias de violações do direito internacional dos direitos humanos desde março de 2011 na República Árabe Síria, apurar os fatos e as circunstâncias que possam constituir tais violações e os crimes perpetrados e, quando possível, identificar os responsáveis com vistas a assegurar que os perpetradores de violações, inclusive aquelas que possam constituir crimes contra a humanidade, sejam responsabilizados (mandato da CdI para a Síria)¹⁸.

Cotejando os dois mandatos, sobressai o componente da apuração de responsabilidades, inclusive individual, no mandato da CdI para a Síria. A formulação utilizada pelo CDH antecipa algumas questões de direito, como a ocorrência de crimes internacionais e a classificação desses crimes como “crimes contra a humanidade”. O componente jurídico é mais acentuado do que no mandato da UNSMIS, pois a CdI necessariamente deverá, além de apurar fatos, apurar responsabilidades. O trabalho da CdI resultará, portanto, na identificação de suspeitos de crimes contra quem poderá pesar uma pretensão punitiva. Em seu segundo relatório¹⁹, a Comissão chegou a elaborar lista individualizada — mantida sob sigilo pelo Secretariado da ONU — dos supostos responsáveis por crimes internacionais.

Exemplo da tendência de responsabilização individual por meio de trabalho de comissões de inquérito foi o trabalho da Comissão de Inquérito para Darfur, criada em 2004 após a adoção da Resolução 1564 pelo CSNU. O relatório da Comissão de Darfur é celebrado por alguns como um dos mais importantes documentos das Nações Unidas, modelo de responsabilização individual e de sinergia entre o sistema de direitos humanos e o CSNU²⁰. São méritos atribuídos à Comissão: i) identificação de 51 suspeitos de crimes internacionais; ii) relato detalhado dos acontecimentos na região; iii) esclarecimento de princípios e regras aplicáveis ao caso concreto (relação entre direitos humanos e direito internacional humanitário, regras de direito consuetudinário, regras que obrigam atores não estatais); iv) impulso político para a aprovação, pela extinta Comissão de Direitos Humanos, de resolução que endossa o envio do caso ao Tribunal Penal Internacional (TPI), insta o governo sudanês a cumprir resoluções do CSNU e

17 Cf. Resolução 2043 do CSNU.

18 Cf. Resolução S-17/1 do CDH.

19 Cf. A/HRC/21/50.

20 ALSTON, Philip. The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 3, p. 600-607, jul. 2005.

cria relator especial para o Sudão; v) relato preliminar ao CSNU dos fatos e implicações jurídicas antes de remeter situações ao TPI, numa espécie de mecanismo de “filtragem” de casos a serem submetidos pelo CSNU ao TPI²¹.

Quanto a esse último argumento, duas ponderações se fazem necessárias. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente o caráter político de órgãos da ONU como o CSNU, a AGNU e o CDH. Portanto, por mais convincente quanto à ocorrência de crimes internacionais e preciso na identificação de suspeitos, se um relatório não coincidir com a vontade política dos Estados membros de tais órgãos, não haverá encaminhamento ao TPI. Exemplo dessa situação foi o não seguimento ao “relatório Goldstone”, sobre violações de direitos humanos e do direito humanitário ocorridas na Faixa de Gaza no final de 2008. Em segundo lugar, o argumento favorece o envio de casos ao TPI pelo CSNU, mecanismo criticado pelo caráter político do CSNU e pelo poder de veto — o que confere “imunidade de fato” a nacionais de determinados Estados.

Outro exemplo de vínculos entre comissões internacionais de inquérito e o TPI é verificado no seguimento que se pretende dar à missão de apuração de fatos do CDH sobre o incidente da flotilha humanitária que se dirigia a Gaza. A missão recebeu o mandato de “investigar violações do direito internacional, incluindo do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, resultantes dos ataques israelenses contra a flotilha de embarcações que levavam assistência humanitária” a Gaza²².

Como costuma acontecer nos mandatos formulados por órgãos das Nações Unidas, caso seja interpretado de forma literal, o mandato já carrega consigo juízo de valor e uma antecipação das conclusões do relatório final. No caso da flotilha, o mandato já parte do pressuposto de que houve violações e que teriam sido resultantes de ataques israelenses. A missão recusou-se a realizar uma investigação com base nessas premissas. Para preservar a sua imparcialidade, os integrantes da missão reinterpretaram o seu mandato nos seguintes termos: “apurar os fatos em torno da interceptação israelense da flotilha que se dirigia a Gaza para determinar se ocorreram violações de direito internacional, incluindo do direito internacional humanitário e dos direitos humanos”²³.

Após colher depoimentos de testemunhas, analisar laudos médicos, imagens de vídeo e fotografias, a missão concluiu que a interceptação, em águas internacionais, da embarcação *Mavi Marmara* — de bandeira de Comores — foi ilegal. Também

21 A situação de Darfur foi remetida ao TPI pela Resolução 1593 (2005), do CSNU, em seguimento ao relatório da Comissão de Inquérito. Dois mandados de prisão já foram expedidos pelo TPI em face do Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, em março de 2009 e julho de 2010.

22 Cf. Resolução 14/1.

23 Cf. Documento A/HRC/15/21, p. 57.

concluiu que há evidências de que os seguintes crimes teriam sido cometidos, nos termos do art. 147 da 4ª Convenção de Genebra: i) homicídio doloso; ii) tortura ou tratamento desumano; iii) grande sofrimento deliberadamente causado ou graves lesões ao corpo ou à saúde. A missão também concluiu que várias obrigações internacionais de Israel foram violadas, incluindo: i) o direito à vida (art. 6, Pacto de Direitos Civis e Políticos — PDCP); ii) a proibição da tortura (art. 7, Convenção contra a Tortura); iii) direito à liberdade e o direito de não ser submetido a detenção arbitrária (art. 9, PDCP); iv) direito dos detentos de serem tratados com humanidade e respeito (art. 10, PDCP); v) liberdade de expressão (art. 19, PDCP).

Com base no relatório da missão criada pelo CDH, o Comores — Estado em que a embarcação *Mavi Marmara* estava registrada — submeteu o caso à Promotoria do TPI em maio de 2013 para investigação e eventual denúncia ao Tribunal²⁴. Fundamentou a jurisdição do TPI nos arts. 12 (2) (a), 13 (a) e 14 do Estatuto de Roma. Esses dispositivos permitem que um Estado Parte no Estatuto — no caso, o Comores — submeta um caso à Promotoria. Também dispõem que o TPI pode exercer jurisdição para julgar crimes cometidos em embarcações cujo Estado de registro tenha consentido com a sua jurisdição. Em junho de 2013, a jurisdição territorial foi ampliada para os fatos ocorridos nas embarcações da flotilha registradas em outros dois países (Grécia e Camboja).

A petição apresentada por Comores solicita a investigação pela Promotoria das mesmas violações apuradas pela missão do CDH. Por se tratar de denúncia apresentada por Estado Parte, o Estatuto de Roma prevê menor liberdade de ação por parte da Promotoria. O art. 53 dispõe, por exemplo, que, caso decida não investigar a denúncia, o Tribunal pode rever a decisão e determinar que seja reconsiderada. Em caso de não investigação, a Promotora deve, ainda, informar o Estado denunciante de sua decisão de forma motivada.

Embora a Promotoria tenha decidido encerrar as investigações, em novembro de 2014, por entender que o incidente não tem “gravidade suficiente” para motivar uma ação do TPI²⁵, o episódio contradiz algumas premissas dos entusiastas do uso de comissões de inquérito pelo CSNU em etapa prévia à denúncia, pelo CSNU, de casos ao TPI. Ao identificarem o caso do Sudão como “modelo” a ser replicado, os adeptos desse curso de ação argumentavam que “é improvável que denúncias voluntárias [ao TPI] levem muitas das situações mais graves ao Tribunal”²⁶.

24 Documento disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

25 A nota à imprensa divulgada pela Promotoria informa que a “gravidade” é um requisito explícito no Estatuto de Roma.

26 ALSTON, op. cit., p. 607.

3.3. A comissão de inquérito para a Líbia e a não renovação de seu mandato

A Comissão de Inquérito para a Líbia foi criada em fevereiro de 2011 para “investigar denúncias de violações de direitos humanos”, “apurar os fatos e as circunstâncias de tais violações bem como dos crimes cometidos” e, quando possível, “identificar os responsáveis” e “fazer recomendações, em particular, de medidas de responsabilização”²⁷. O mandato atribuído à Comissão gira em torno da apuração de responsabilidades individuais. Além disso, outro fator pesava para a ênfase na responsabilidade criminal: dois dias antes de criada pelo CDH, o CSNU adotara a Resolução 1970, de 2011, que submeteu a situação na Líbia à Promotoria do TPI²⁸.

Em linha com a prática de suas antecessoras, a Comissão para a Líbia interpretou o seu mandato de modo a abranger violações cometidas em território líbio por todas as partes (tanto agentes do Estado como grupos não estatais). Também assinou que, embora a resolução só mencionasse violações de direitos humanos, a Comissão examinaria os fatos à luz do direito internacional penal — em razão da decisão do CSNU de encaminhamento ao TPI — e do direito internacional humanitário — em razão do conflito armado iniciado naquele país em fevereiro de 2011²⁹.

Apesar de parecer mero zelo acadêmico, a aplicação de outras fontes de direito internacional — como o direito internacional penal e o direito internacional humanitário — por um órgão subsidiário do CDH tem implicações para o sistema de direitos humanos. O CDH, criado pela Resolução A/RES/60/251 da AGNU, não teria competência para tratar desses dois ramos do direito internacional segundo uma interpretação literal de seu mandato. A prática, no entanto, superou a formulação restrita adotada pela AGNU em 2006 e o procedimento de inquérito tem preenchido lacuna importante nessa área do direito, a saber, o pouco uso dos mecanismos de cumprimento do direito internacional humanitário³⁰.

A Comissão para a Líbia cumpriu o importante papel de identificar os distintos grupos armados (forças do governo, da oposição e forças internacionais), sobre os quais recaíam obrigações de direitos humanos e de direito humanitário. Além disso, conferiu classificação jurídica às distintas situações que ocorriam na Líbia (conflito armado não internacional, conflito armado internacional, situação de violência que não configura conflito armado). Esse exercício é imprescindível para a determinação do direito aplicável.

27 Cf. Resolução A/HRC/RES/S-15/1.

28 Por consequência, foram expedidos em 27 de junho de 2011 pelo TPI mandados de prisão contra Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi.

29 Cf. Documento A/HRC/17/44.

30 A 31ª Conferência Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, realizada em novembro de 2011, adotou resolução que reconhece a importância de se explorarem formas de fortalecer a eficácia dos mecanismos de cumprimento do direito internacional humanitário. Disponível em: <http://www.rerconference.org/docs_upl/en/R1_Strengthening_IHL_EN.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Em suas conclusões, a Comissão apurou violações de direitos humanos por forças do governo e da oposição³¹. As violações incluíram: execuções sumárias, detenção arbitrária, tortura e violência sexual. Demonstrando imparcialidade na apuração de fatos, a Comissão dedicou seção específica em seu relatório sobre o ataque aéreo da OTAN à Líbia. Segundo o relatório, dentre os 20 bombardeios da OTAN investigados, a Comissão verificou que em 5 deles 60 civis foram mortos e 55 feridos. Constatou, ainda, que outros 2 bombardeios destruíram infraestrutura civil que não seria considerada alvo militar³².

Ainda que tenha reconhecido que a OTAN não atacara civis de forma deliberada e que empregara medidas de precaução, a Comissão questiona alguns ataques e recomenda investigação das mortes de civis. Recomenda à OTAN, ainda, revisar seus procedimentos internos durante a operação na Líbia e aplicar diretrizes internas da organização para a indenização das vítimas civis de suas operações.

A análise da participação da OTAN no conflito líbio tem grande valor para o sistema ONU. Pelo fato de a ação militar ter se amparado na Resolução 1973 (2011), do CSNU, adotada em 17 de março daquele ano, a Comissão preencheu outra importante lacuna existente no sistema de segurança coletiva da ONU: a falta de prestação de contas e de monitoramento das ações militares executadas sob a autoridade da Carta. Ainda que tenha tido acesso limitado a informações, a Comissão identificou possíveis violações do direito internacional humanitário por parte da OTAN e não deixou dúvida quanto à aplicação das Convenções de Genebra à participação da aliança militar no conflito líbio, por se tratar de conflito armado internacional concomitante ao conflito não internacional entre o governo líbio e a oposição.

Após a apresentação de seu relatório à 19ª sessão do CDH (março de 2012), a Comissão não teve o seu mandato renovado. Tampouco houve o estabelecimento de um relator especial — ou perito independente — para dar seguimento ao seu trabalho, como ocorreu com a Comissão de Inquérito para Côte d'Ivoire, criada no mesmo ano. Objetivamente, essa omissão não pode ser explicada por suposta melhora repentina da situação de direitos humanos na Líbia.

A Resolução 19/39, adotada na ocasião, limita-se a “tomar nota” do relatório final da Comissão de Inquérito e “encoraja” apenas o governo de transição da Líbia a implementar suas recomendações. A linguagem contrasta com o léxico

31 Cf. A/HRC/19/68.

32 Relatório da Human Rights Watch constata 72 civis (28 homens, 24 crianças e 20 mulheres) mortos em bombardeios da OTAN a prédios residenciais na Líbia. A organização questiona o critério utilizado para a qualificação dos alvos como objetivos militares e conclama a OTAN a investigar os incidentes e a tornar público o resultado das investigações (cf. HUMAN RIGHTS WATCH. *Unacknowledged Deaths: Civilian Casualties in NATO's Air Campaign in Lybia*. United States, May 2012. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/libya0512webwcover.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

que se costuma utilizar quando da apresentação desses relatórios, frequentemente “saudados” pelos órgãos que os solicitaram. Os destinatários das recomendações, por sua vez, costumam ser “instados” a implementá-las. A Resolução, portanto, transparece descontentamento com o teor do relatório. A omissão do CDH em dar seguimento ao assunto demonstra os limites dos órgãos políticos da ONU ao lidar com o resultado de investigações que se apegam à imparcialidade. Outro motivo para o não seguimento poderá ter sido a mudança de regime no país.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de comissões internacionais de inquérito tem sofrido grandes transformações no que diz respeito à sua abrangência, ao acionamento desse mecanismo e à publicidade de seus trabalhos. Quanto à abrangência, a mudança mais marcante foi a ampliação do contexto fático. Passou-se da apuração de episódios específicos à investigação de violações de direitos humanos e de direito humanitário com vistas à responsabilização.

No que concerne ao acionamento de comissões de inquérito, a mudança introduzida pelas organizações internacionais — em particular as Nações Unidas — é a desnecessidade do consentimento prévio do Estado “investigado”. Essa característica contrasta com a fórmula estabelecida pelas Convenções da Haia e mesmo com mecanismos criados recentemente, como a Comissão Internacional Humanitária para a Apuração de Fatos, criada pelo art. 90 do Primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 e constituída em 1991. Essa Comissão exige o consentimento das Partes envolvidas para que seja acionada. Seu histórico de nunca ter sido acionada alimenta críticas à regra do consentimento. Por outro lado, comissões de inquérito criadas pelo CDH sem o consentimento dos Estados concernidos não têm tido acesso aos respectivos territórios, o que em muito prejudica os seus trabalhos.

Por fim, no que diz respeito à publicidade dos trabalhos das comissões, a grande diferença introduzida pelas organizações internacionais — mais evidente no sistema de direitos humanos — é a divulgação dos relatórios. Assim como a flexibilização do consentimento, essa característica pode criar limitações aos trabalhos das comissões caso levem à politização e à instrumentalização dos trabalhos das comissões.

Os exemplos de comissões de inquérito apresentados demonstram a importância desses mecanismos no direito internacional para a solução de controvérsias ou a apuração de violações de direitos humanos. A grande ênfase atual na responsabilização penal individual — inclusive com a elaboração de listas confidenciais de suspeitos — impõe uma reflexão sobre o impacto dessa prática para a solução de crises políticas. Deve-se ponderar se essa tendência não limita as possibilidades de soluções políticas para crises que possam evoluir para conflitos armados.

A esse respeito, é auspiciosa a recomendação em favor da “primazia da política” para lidar com conflitos, constante no Relatório do Painel Independente de Alto-Nível sobre Operações de Paz³³. O Painel sugere que as operações de paz das Nações Unidas “desempenhem papel de liderança nos esforços políticos antes e durante processos de paz bem como após a conclusão de acordos”. De certa forma, a recomendação está em linha com a ênfase na solução de controvérsias e na prevenção de conflitos — e não na responsabilização individual — que caracterizou a fase de codificação das comissões de inquérito nas Conferências de Paz da Haia de 1899 e 1907.

Por fim, o seguimento dos trabalhos das comissões é outro tema que determinará o êxito do mecanismo. Na medida em que se ampliou a abrangência das comissões — abarcando a apuração de violações de direitos humanos e não apenas de episódios específicos — medidas para a responsabilização do Estado, de indivíduos e a determinação de medidas de reparação devem ser a consequência natural de seguimento aos seus relatórios.

5. REFERÊNCIAS

- ALSTON, Philip. The Darfur Commission as a Model for Future Responses to Crisis Situations. *Journal of International Criminal Justice*, v. 3, n. 3, p. 600-607, jul. 2005.
- BAR-YAACOV, Nissim. *The handling of international disputes by means of inquiry*. London, New York, Toronto: Oxford University Press, 1974.
- BROWNLIE, Ian. The Peaceful Settlement of International Disputes. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 267-283, 2009.
- CLAPHAM, Andrew. *Brierly's Law of Nations*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- COLLIER, John; LOWE, Vaughan. *The settlement of disputes in international law: institutions and procedures*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- GARCIA, Eugênio Vargas. *O sexto membro permanente: o Brasil e a criação da ONU*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.
- MERRILLS, J. G. *International dispute settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- TRINDADE, Otávio. *A Carta das Nações Unidas: uma leitura constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 203-263.

33 Cf. Documento A/70/95 da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.un.org/sg/pdf/HIPPO_Report_1_June_2015.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016. O Painel Independente de Alto Nível foi incumbido pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, no 70º aniversário da Organização em 2015, a refletir sobre o pilar de paz e segurança da Organização.

