

Especial – Núcleo de Direitos Humanos

Direção do Departamento de Direito

João Ricardo Wanderley Dornelles

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez

Ana Lúcia de Lyra Tavares

Gisele Cittadino

Joaquim de Arruda Falcão

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

José Ribas Vieira

Tânia da Silva Pereira

Coordenação de Publicações

Maria Celina Bodin de Moraes

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do
Departamento de Direito da PUC-Rio,
na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea -
Rio de Janeiro - RJ - 22453-900 ou para p e-mail web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 22/23 janeiro-dezembro, 2003.

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Apresentação 7

2. Artigos

Notas acerca da Lei nº10421/2002:
por uma nova perspectiva feminista 12

Carolina de Campos Melo

Direito a viver em uma sociedade democrática.
Uma breve análise sobre Democracia,
Direitos Humanos e Cidadania 31

João Ricardo W. Dornelles

Evolução histórica e conceituação do
Direito ao Desenvolvimento 43

Paula Bartolini Spieler

Participação política, cidadania e inclusão social 60

Regina Quaresma

O Programa Fome Zero no Brasil: uma análise crítica
sob a perspectiva dos Direitos Humanos 71

Táís Marília Aguiar Franceschini

3. Estudos de Grupos de Trabalho do Núcleo de Direitos Humanos

Simulação e Realidade 92

Coordenadora: Carolina de Campos Melo

Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 144

Coordenador: José Ricardo Cunha

Projeto Relatores da ONU e Sociedade Brasileira	176
---	-----

Coordenadores:

Márcia Nina Bernardes

Paulo Jorge Ribeiro

Exclusão Jurídica – Acesso à Justiça no contexto brasileiro	198
---	-----

Coordenador: Ronaldo Cramer

4. Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos

2003.1

Considerações sobre o diálogo intercultural dos Direitos Humanos	212
--	-----

Rachel Herdy de B. Francisco

2003.2

A questão da universalidade dos Direitos Humanos	232
--	-----

Chritiana Lamazière

5. Seminário

Ação Afirmativa e o Sistema de Cotas

no Ensino Público Superior no Estado do Rio de Janeiro.

Seminário realizado na Pós-Graduação em Teoria do Estado

e Direito Constitucional da PUC-Rio, em 27 de junho de 2003.

254

Nádia de Araújo

Apresentação

O presente número da *Revista Direito, Estado e Sociedade* representa mais uma conquista na trajetória humanista do Departamento de Direito da PUC-Rio. Ao longo dos últimos vinte anos, nosso departamento vem acumulando uma série de experiências no campo dos direitos humanos, tanto no nível de graduação como no âmbito dos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Com o objetivo de sistematizar tais esforços, o Departamento de Direito, sob a direção do Professor Dr. João Ricardo Dornelles, criou, em agosto de 2002, o Núcleo de Direitos Humanos (NDH), inicialmente coordenado pela Professora Carolina de Campos Melo e, em seguida, por um conselho gestor formado por, além da própria Professora Carolina, os Professores João Ricardo Dornelles, Florian Hoffmann e Márcia Nina.

O NDH, em sua curta existência, já alcançou grandes vitórias e vem consolidando seu espaço tanto na academia quanto entre as organizações de direitos humanos. Hoje, além do conselho gestor, o NDH conta com a colaboração de vários professores associados, que conduzem diversos projetos; quatro estagiários; uma pesquisadora, Paula Spieler; e uma coordenadora de publicações, Rachel Herdy – sem a qual este número não teria sido possível. É nesse contexto que se insere o presente número especial da revista, composto de trabalhos desenvolvidos neste novo fórum dedicado à crítica e à prática em direitos humanos.

Os trabalhos que integram este número abordam a vasta temática dos direitos humanos, em perspectivas diversas e atualizadas, tanto no plano teórico-conceitual como através da pesquisa de campo. A revista está estruturada em quatro seções. A primeira, de caráter eminentemente

teórico, reúne artigos sobre temas variados que compõem o arcabouço conceitual dos direitos humanos. Em seguida, a segunda seção pretende divulgar os estudos que vêm sendo realizados nos grupos de trabalho do Núcleo de Direitos Humanos. A terceira seção, por sua vez, visa a creditar as monografias de final de curso que venceram o Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos. Por fim, encerra-se com uma seção dedicada à transcrição do Seminário *Ação Afirmativa e as Cotas no Ensino Público Superior no Estado do Rio de Janeiro*, realizado na Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, em 27 de junho de 2003.

Os artigos que abrem a primeira seção da revista tratam de diferentes assuntos relacionados à temática dos direitos humanos. Todos eles transitam, cada qual com sua especificidade, no terreno comum das discussões sobre direitos humanos, democracia e desenvolvimento – o tripé estrutural do direito internacional dos direitos humanos. Em ordem alfabética, o primeiro ensaio, de Carolina de Campos Melo, reflete a preocupação em se compatibilizar o direito à igualdade com o direito à diferença. É sob essa ótica que a autora analisa a Lei nº 10.421/2002, que estabeleceu a igualdade de direitos – e ainda a diferença de gênero – entre a mulher gestante e a adotante no tocante à licença e ao salário maternidade.

O texto seguinte, de João Ricardo Dornelles, estabelece a relação interdependente entre direitos humanos e democracia, enfatizando a necessidade de se considerar esta última não mais como o regime ideal a ser alcançado, mas como uma prática social capaz de mobilizar a força emancipatória da cidadania para a efetivação dos direitos humanos. No mesmo sentido, a contribuição de Regina Quaresma pretende relacionar o tema da participação política e do exercício da cidadania para a efetivação da inclusão social.

A tomada de consciência dessa perspectiva interdependente é essencial para o encadeamento dos artigos subseqüentes, que passam a abordar a questão do desenvolvimento como um direito humano. Os textos de Paula Spieler e Thaís Franceschini mostram de que maneira a questão do desenvolvimento pode estar relacionada com a consolidação dos direitos humanos. Em ambos, fica clara a necessidade de se demarcar o horizonte conceitual desse novo direito que passou a ganhar relevo na agenda política brasileira desde o lançamento do Programa Fome Zero, com a posse do Presidente Luis Inácio Lula da Silva.

As contribuições de caráter empírico diretamente relacionadas ao caso brasileiro, fruto das pesquisas dos grupos de trabalho do Núcleo de Direitos Humanos, possibilitam transportar a discussão acerca dos direitos humanos do plano teórico para o terreno da *praxis*. Dessa forma, optou-se por dedicar uma seção à parte para a divulgação dos relatórios das pesquisas de campo realizadas.

É nesse contexto que se inserem as conclusões preliminares do grupo de trabalho *Exclusão Jurídica – Acesso à Justiça no Contexto Brasileiro*, coordenado por Ronaldo Cramer. Os estudos do grupo de trabalho pretendem apontar para uma análise da questão do acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos – e não sob a ótica estritamente processualista, como se costuma fazer.

A pesquisa *Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Aplicação e Formação*, coordenada por José Ricardo Cunha e Andréa Diniz, teve por objetivo geral a investigação do grau de efetivação dos direitos humanos, especialmente dos direitos econômicos e sociais, na prestação da tutela jurisdicional pela primeira instância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. A metodologia consistiu na aplicação de questionários aos juizes de 225 varas em funcionamento.

Com a finalidade de colaborar com a Relatora da Organização das Nações Unidas para Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, Asma Jahangir, que esteve no Brasil em setembro de 2003, os Professores Márcia Nina Bernardes, do Departamento de Direito, e Paulo Jorge Ribeiro, do Departamento de Sociologia, auxiliados pelo discente Leonardo Castilho, coordenaram um grupo de estudos interdisciplinar intitulado *Projeto Relatores da ONU e Sociedade Brasileira*. A iniciativa representou um conjunto de esforços entre diversas organizações da sociedade civil para a elaboração de um relatório extra-oficial a ser entregue à Relatora, em solenidade realizada em nossa universidade.

Convém ressaltar, ainda nesta seção, o espaço reservado para a publicação das peças processuais redigidas para a simulação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizada em maio de 2003, na PUC-Rio, como resultado dos esforços do grupo de trabalho *Simulações e Realidade*, coordenado por Carolina de Campos Melo. O objetivo dessa iniciativa consiste em contribuir para a especialização de profissionais para a realidade da advocacia internacional dos direitos humanos. Dentre suas atividades, destaca-se a participação em simulações

de julgamentos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nas páginas dedicadas ao presente grupo de trabalho encontram-se, além das peças processuais redigidas, a tradução do caso hipotético *Joel Valencia et al. v. Estado de Liberté*, elaborado por Elisabeth Abi-Mersheb e Juan Pablo Alban, ambos do Centro de Direitos Humanos e de Direito Humanitário da *American University Washington College of Law*, núcleo de referência neste tipo de simulação.

Almejando sistematizar a produção de monografias de final de curso que abordam a temática dos direitos humanos, o Núcleo de Direitos Humanos instituiu o Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos, o qual consiste precisamente na publicação de um artigo junto ao presente número especial da *Revista Estado, Direito e Sociedade*. A Banca Julgadora, formada pelos Professores Regina Soares, João Ricardo Dornelles, José Ricardo Cunha e Liszt Vieira, resolveu conceder os prêmios de 2003.1 e 2003.2 aos trabalhos de Rachel Herdy de B. Francisco e Christiana Lamazière, respectivamente, por se destacarem dos demais em razão da contemporaneidade do tema abordado: a questão da universalidade dos direitos humanos face à relatividade cultural.

A última seção, como já se adiantou, transcreve as contribuições de docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional no Seminário *Ação Afirmativa e as Cotas no Ensino Público no Estado do Rio de Janeiro*, que se realizou no dia 27 de junho de 2003 na PUC-Rio.

Esta breve apresentação dos trabalhos que compõem este volume especial da *Revista Direito, Estado e Sociedade* não possui qualquer pretensão de síntese; o objetivo foi tão-somente de fazer um apanhado panorâmico das contribuições, de maneira a anunciar ao leitor aquilo que se poderá encontrar nas páginas que se seguem. E a tarefa de anunciar os trabalhos aqui desenvolvidos torna possível externar a alegria que é ver a consolidação de nossos esforços. Somos extremamente agradecidos a todos aqueles que colaboraram com a presente edição.

Conselho Gestor

Núcleo de Direitos Humanos da PUC-Rio

Artigos

Notas acerca da Lei nº 10.421 / 2002: por uma nova perspectiva feminista

Carolina de Campos Melo*

A Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, veio a colocar fim à distinção entre a mulher gestante e a adotante no tocante à licença-maternidade e ao salário maternidade. Sob o argumento de que a Constituição Federal reservou em seu artigo 7º, inciso XVIII, tais direitos às gestantes, os tribunais nacionais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, vinham negando às adotantes o gozo de direitos inerentes à maternidade.

A proposta deste artigo é demonstrar que a referida lei se coaduna com uma nova perspectiva do pensamento feminista que leva em consideração o direito à diferença. O movimento em prol do direito à igualdade inerente à etapa sufragista do movimento feminista, responsável pela emancipação feminina no tocante aos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, passa a ser nos dias de hoje desafiado pelo direito à diferença.

A compreensão de que os direitos são inerentes à condição homogeneizante de indivíduo é reinterpretada sob a perspectiva de que, além de iguais, as mulheres são diferentes e devem exercer muitas vezes direitos diferentes. E nada mais particular à mulher que a maternidade.

* Carolina de Campos Melo é mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; Professora de História do Direito e Direitos Humanos da PUC-Rio; Advogada da União; e Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Para o melhor encadeamento das idéias inerentes a esta proposta, o artigo será dividido em 3 partes. Primeiramente, uma breve apresentação do quadro teórico da perspectiva feminista contemporânea. Em segundo lugar, uma breve análise das lutas pela diferença. Por fim, o enfoque será dado à Lei nº 10.421/2002, positivadora do direito à diferença inerente à maternidade. Ressalte-se desde já que o texto da lei encontra-se anexado ao final deste trabalho.

A. Breves considerações acerca do quadro teórico feminista contemporâneo

Que a mulher ocupa a cada dia um papel de maior preponderância nas sociedades contemporâneas não se trata de novidade. Todavia, pode isto significar que o feminismo tenha cumprido sua missão? Para aqueles que pensavam que o feminismo teria chegado ao fim, é importante comunicar que ele continua em 'pleno vapor'. O que se pode afirmar é que o feminismo em sua primeira onda, a sufragista¹, vem perdendo a hegemonia no debate contemporâneo. No caso brasileiro, a partir do Código Eleitoral de 1937, os direitos políticos vêm atingindo progressivamente a universalidade das mulheres e qualquer distinção legal que coloque a mulher em posição de desprestígio é prontamente abominada.

Como denuncia o Dossiê da ONU para o Dia Internacional da Mulher de 2001, a mulher ainda continua em situação de opressão² em

¹ A batalha sufragista tem início no fim do séc XIX. Argumentavam as teóricas sufragistas que a mulher, enquanto mãe e educadora, também desempenhava um serviço público da mesma forma que os homens que morriam em combate. Afinal, “*uma atividade aparentemente privada dava tanto direito à cidadania como ir trabalhar fora de casa quanto defender a nação.*” (PHILLIPS, Anne. “Deben las feministas abandonar a democracia liberal?”, *in: Perspectivas Feministas en teoría política*, Barcelona / Buenos Aires / México: 1996, p. 83). Foram inaugurados os direitos políticos em 1918 na Inglaterra e Alemanha, em 1931 na Espanha, em 1934, com o Código eleitoral no Brasil e ainda em 1945 na França. Neste sentido, a incorporação à cidadania baseia-se em premissas de desigualdade sexual: homens na qualidade de soldados e trabalhadores e mulheres como mães.

² Na concepção de Iris Young, o conceito de opressão pode ser vislumbrado em cinco formas (YOUNG, Iris Marion. “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, *in: Perspectivas Feministas en teoría política*, Barcelona / Buenos Aires / México: 1996, p. 111. [I]).

Exploração: os benefícios derivados do trabalho ou energia são transferidos a outras pessoas sem que estas os recompensem por isto;

todo o mundo.³ De acordo com o relatório apresentado pelo Brasil ao Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) em 2003, a Síntese de Indicadores Sociais 2002, lançada pelo Instituto Brasileiros de Geografia e Estatística (IBGE), afirma que, não obstante a melhora generalizada dos indicadores, sobretudo de saúde, educação, e condições dos domicílios, “as mulheres ganham menos que os homens em todos os Estados brasileiros e em todos os níveis de escolaridade”.⁴

A luta pelo fim desta e de outras formas de opressão conduziu à explosão de uma nova onda do feminismo nos anos 70, que desde então é presenteada por intensa produção teórica. Conta com um exército de pensadores assim como agentes conectados essencialmente à prática. Vinculados a diversas bandeiras como a maternidade, a realidade da mulher negra, a homossexualidade feminina, o androcentrismo, tais pensadores unem-se em um denominador comum teórico e prático que é “*acabar com a subordinação, desigualdade e opressão das mulheres e lograr*;

Marginalização: exclusão da participação nas principais atividades sociais, o que na sociedade norte-americana significa basicamente um lugar de trabalho;

Ausência de poder: viver e trabalhar sob autoridade de outras pessoas;

Imperialismo cultural: o grupo é estereotipado, por vezes, sua experiência e situação restam invisíveis, já que possui pouca oportunidade para expor sua experiência; e

Violência / hostilidade ocorrem por meio da política do medo e ódio.

³ Apesar de ter alcançado recentemente comparáveis níveis de educação, as mulheres ocupam somente 20 % dos cargos de direção. Entre 85 e 115 milhões sofreram alguma forma de mutilação genital. Ainda, as mulheres constituem 2/3 dos analfabetos em uma média planetária. Cabe lembrar que meninas analfabetas possuem, em média, dois filhos a mais que as escolarizadas. Historicamente a luta sufragista cumpriu e ainda cumpre seu papel. No entanto, cabe sua continuidade em face de outras formas opressivas. “Dossiê da ONU mostra que o mundo ainda é dos homens: desigualdade e abusos dominam discussões no Dia Internacional da Mulher”, *in: Jornal do Brasil*, 08 de março de 2001.

⁴ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004. p. 17. Ainda de acordo com o relatório, “o cruzamento dos indicadores de classe e raça evidencia a concentração da pobreza nos grupos de mulheres negras ou afrodescendentes. Os valores médio dos rendimentos de cada segmento da população no Brasil, considerando homens e mulheres são: homens brancos 4,75 s.m., homens negros 1,36 s.m., mulheres brancas 1,88 s.m.; enquanto o rendimento das mulheres negras é de 0,76 s.m. – o menor percentual de toda a população brasileira. Estes índices reafirmam a necessidade de o governo brasileiro implementar políticas públicas que recuperem e asseguram a dignidade de grande parte da população brasileira e das mulheres negras, de maneira especial ” (p.18).

portanto, sua emancipação e a constituição de uma sociedade em que já não tenham lugar as discriminações por razão de sexo e de gênero."⁵

Fortalece-se na década de 90, um grupo de autores, e principalmente autoras, que procuram revisitar a teoria política, propondo a concepção de uma **teoria política feminista**⁶. Com o objetivo de articular uma sistematização deste movimento, Carmen Castells divide as perspectivas feministas do debate anglo-saxônico em três principais correntes: liberal, socialista e radical.⁷

Para a teoria feminista **liberal**, baseada em uma concepção do indivíduo enquanto agente racional independente, a natureza humana é assexuada. Qualquer subordinação sofrida pela mulher não está enraizada na estrutura social androcêntrica em que uma mulher viva, mas é sim devida exclusivamente à discriminação legal ou individualmente perpetrada. Apontam-se a liberdade e a igualdade como principais valores consagrados pelas liberais, desafiando assim a isonomia de forma a lograr um real grau de igualdade com os homens.⁸

⁵ CASTELLS, Carmen. "Introdução", in: *Perspectivas Feministas en teoría política*, Barcelona / Buenos Aires / México, 1996, p. 10.

⁶ A teoria política feminista é composta de um largo leque de enfoques, o qual é dividido por Carmem Castells nos seguintes "âmbitos temáticos":

A) estudo crítico da obra dos clássicos do pensamento político;

B) crítica e reconceitualização de noções da filosofia e da teoria políticas pretensamente universais, como neutralidade, democracia, cidadania, racionalidade, opressão, entre tantos outros;

C) intervenções explícitas no debate contemporâneo em teoria política, como no debate entre comunitários e liberais; e

D) elaborações de uma ética feminista.

⁷ Carmen Castells baseia-se em uma divisão anterior, realizada por Alison Jaggar em 1983, a qual identificava 4 vertentes: a liberal, a radical, a socialista e a marxista. CASTELLS, C. *op. cit.*, p. 23.

⁸ Cabe ressaltar, em breves palavras, a contribuição de uma teórica liberal. Anne Philips afirma necessárias certas condições substanciais à cidadania e ainda o equilíbrio entre a proporção de mulheres no conjunto da cidadania e as eleitas para responsabilidade de poder. Todavia, o "*problema com a democracia liberal não reside tanto no fato de ser intrinsecamente incapaz de ampliar formas de participação cidadã, mas sim na auto-complacência com a qual afirma haver satisfeito todas as aspirações legítimas.*" (PHILIPPS, Anne. *op. cit.*, p. 91). Apesar das críticas que tece à democracia liberal, conclui que não há alternativa à mesma. O mundo está pleno de "cadáveres de alternativas" que dificilmente significam uma forma política qualitativamente diferente. Trata-se de um momento de prudência: não se pode correr o risco de uma alternativa não democrática à democracia liberal. Afinal, "*a igualdade política pode não satisfazer a todos os requisitos de uma sociedade igualitária mas, neste caso, sempre é melhor ter a metade de um pastel que não ter nada.*" (PHILIPPS, Anne. *op. cit.*, p. 84).

Por sua vez, para a teoria feminista **socialista**, a mulher constitui alvo não apenas do androcentrismo, mas também do capitalismo. O trabalho não-remunerado da segunda jornada pode ser apontado historicamente como fonte importante para a fortalecimento do capital. Considerada a natureza humana como historicamente criada, a opressão das mulheres não constitui um fator natural. As relações entre sexos são historicamente criadas mediante a interrelação da biologia, da sociedade e do entorno físico. Para as feministas socialistas, a mudança social não pode se restringir à dimensão econômica, mas deve versar também sobre o papel exercido através do gênero. Neste sentido, as socialistas defendem o marxismo das críticas de ser este exclusivamente economicista e incapaz de explicar o conflito entre sexos.

Por fim, a teoria política radical constitui a grande novidade no cenário da teoria política como uma alternativa entre as perspectivas liberal e socialista. Assevera-se que para que a mulher não mais sofra opressão é necessária uma “*revolução cultural*”⁹. Até o presente momento, o histórico conflito sexual tem sido vencido pelos homens por meio do controle dos corpos, da sexualidade e do processo reprodutivo femininos. Todavia, a política é a arte da mudança, podendo este conflito sofrer alterações. Para as radicais, “*a opressão das mulheres não pode erradicar-se reformando leis e fazendo que homens e mulheres compartilhem por igual as responsabilidades que antes se adjudicavam em função do sexo (como postulam as feministas liberais) nem compartilhando em pé de igualdade as instituições políticas e econômicas (como defendem as marxistas e socialistas).*”¹⁰ “O pessoal é político” foi a expressão encontrada pelas feministas radicais para desafiar a falsa dicotomia entre o público e o privado que conduz à divisão sexual entre homens e mulheres respectivamente. O que tradicionalmente não era discutido precisamente por se “violam” a esfera privada como sexualidade, assédio sexual, escravidão sexual, pornografia, maus-tratos, aborto, entre outros temas, deve ser necessariamente conduzido à esfera pública.

Carole Pateman chega a afirmar que não somente um contrato social foi pactuado entre os indivíduos, como ensina a teoria contratualista

⁹ Cf. YOUNG, Iris Marion. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 152 [II].

¹⁰ CASTELLS, C. *op. cit.*, p. 24.

clássica, mas também um contrato sexual¹¹ de divisão sexual de papéis. Afinal o “Contrato Original” é constituído pela soma entre o Contrato Social e o Contrato Sexual, por meio dos quais são compactuados respectivamente a liberdade dos homens e a sujeição das mulheres. Ainda para as radicais, a imperiosa revolução cultural constitui assim uma reconstrução radical da sexualidade: somente a mudança de comportamentos pode alterar a opressão produzida e reforçada pelos mesmos.

É claro que toda e qualquer perspectiva de adequação a categorias classificatórias (liberais, socialistas e radicais) corre o sério risco de simplificação do complexo quadro teórico do feminismo contemporâneo. Todavia, tal quadro reafirma a premissa de que pensar a questão do gênero nunca foi tão candente como nos dias de hoje.

¹¹ Ocorre na década de 70 um novo interesse pela teoria contratualista devido à revolução teórica causada pela “Teoria da Justiça” de John Rawls. Algumas autoras feministas utilizaram-se da base contratualista para repensar o papel feminino na sociedade. Serão delineados aqui alguns traços da teoria de Carole Pateman acerca do Contrato Sexual (PATEMAN, Carole. *The sexual contract*, Califórnia: Stanford University Press, 1988). Para esta autora, o contratualismo do séc. XVII e XVIII omitiu metade do contrato original.

Apesar do contratualismo moderno afirmar que o Contrato Social constituiu a passagem para a sociedade civil e para a liberdade; na realidade, o contrato não se opôs ao patriarcado e sim significou a forma pela qual o patriarcado moderno consolidou-se. “*O contrato social é história da liberdade; o contrato sexual é a história da sujeição. O contrato original constitui tanto liberdade quanto dominação. A liberdade dos homens e a sujeição da mulher são criadas por meio do contrato original – e o caráter da liberdade não pode ser mal compreendida sem a metade da história que falta que revela como o direito patriarcal dos homens sobre as mulheres é estabelecido através do contrato. A liberdade civil não é universal.*” (p. 2) A estrutura das sociedades contemporâneas incorpora a concepção patriarcal. Não obstante as alterações legais e as largas mudanças da posição das mulheres, vivemos ainda sobre as fundações do contrato sexual.

Trata-se de uma questão de dominação: as mulheres não são parte do contrato original, mas não podem ser deixadas para trás no estado de natureza. Passam a ficar presas na denominada esfera privada, desprovida pelo contratualismo de qualquer importância, enquanto os homens são considerados os atores por excelência da esfera pública.

Tal dicotomia tem origem no “Segundo Tratado” de Locke: o *poder político* como fruto da convenção entre indivíduos adultos, livres e iguais X *poder paternal* na esfera familiar (família como paradigma do privado). Por conseqüência, a dicotomia público X privado passa a justificar outras decorrentes da divisão sexual. O feminino corresponde à família / natureza / privado, no mesmo tempo em que o masculino é relacionado ao político / contrato / público.

Neste sentido, a grande contribuição de Pateman é afirmar que as esferas pública e privada não são estanques ou independentes. Na realidade, correspondem aos lados de uma mesma moeda. Constata assim que “o pessoal é político”. Problemas pessoais como violação, aborto, *status* de esposa, assédio sexual são políticos e, por isto, somente podem ser resolvidos na esfera pública.

B. Igualdade X Diferença

Os séculos XIX e XX confiaram na igualdade como princípio regedor das instituições e da sociedade. Diferenças de sexo, raça, religião, sexualidade ou etnicidade foram afastadas como preço para a aquisição da cidadania nacional. Nesta mesma perspectiva, as pessoas são nacionais e não membros de grupos sociais como mulheres, negros, homossexuais. É inegável a contribuição de tais conquistas para a consolidação de direitos ao longo da história. Movimentos sociais como as feministas, os movimentos negros e mais recentemente aos movimentos dos imigrantes tiveram sucesso em suas lutas com base na igualdade de direitos. As reivindicações por inclusão historicamente alicerçaram-se no princípio de igual valor de todo ser humano.

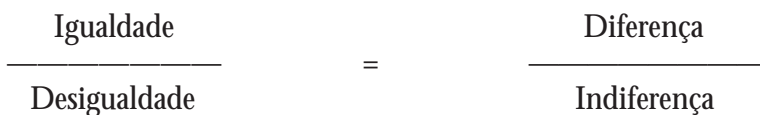
Todavia, nos últimos 20 anos, “heréticos” passam a contestar tal perspectiva. A homogeneidade não constitui um fenômeno natural, mas político. A pluralidade manifestada por grupos representados pelo gênero, idade, etnicidade, orientação sexual constitui desafio à “*mítica obsessão interna de pureza*”¹². Asseveram os grupos sociais oprimidos que um ideal de justiça não se constrói por meio de políticas assimilacionistas que transcendam as particularidades. A construção de uma sociedade livre de diferenças não é possível nem desejável; estas não podem ser ignoradas, mas conhecidas e aceitas.

A luta por políticas de diferença baseia-se em uma luta mais ampla que é a luta pelo fim da opressão. Não se confunde assim, como acusam seus críticos, com a perseguição de interesses particulares. Como afirma Iris Young, trata-se de uma coalizão arco-íris, na qual “*cada um dos grupos integrantes afirma a presença dos demais e afirma também a especificidade*

Conclui a autora: “*se as mulheres hão de participar plenamente, como iguais, na vida social, os homens hão de compartilhar por igual a criação dos filhos/as e outras tarefas domésticas. Enquanto as mulheres forem identificados com este trabalho ‘privado’, seu status público sempre ver-se-á debilitado. Esta conclusão não nega o fato biológico de que são as mulheres, e não os homens, que parem as criaturas; o que nega é o suposto patriarcal em virtude do qual este fato natural tolera que unicamente as mulheres podem criá-las. Que pai e mãe compartilhem por igual a responsabilidade na criação de seus filhos e filhas, e que participem por igual em outras atividades da vida doméstica, pressupõe alguns câmbios radicais na esfera pública, na organização da produção, no que entendemos por ‘trabalho’ e na prática da cidadania.*” (PATEMAN, C. *op. cit.*, p. 51).

¹² GOLDBERG, David. *Multiculturalism*, Cambridge (MA): Blackwell Publisher, 1994, p. 26.

de sua experiência e perspectiva acerca dos assuntos sociais.”¹³ Outrossim, a contestação à homogeneidade exige um reexame do conceito de igualdade de forma a albergar tratamento diferente para os grupos sujeitos à opressão. Trata-se de uma interpretação da igualdade, denominada por Iris Young de social, calcada na participação e inclusão de todos nas instituições sociais e ainda na oportunidade de desenvolvimento de suas capacidades.¹⁴ Na realidade, a igualdade social não contraria a igualdade formal, mas demonstra sua insuficiência. Afinal, igualdade não é o oposto da diferença.



O verdadeiro antônimo de igualdade é desigualdade. Por sua vez, a diferença não se opõe à igualdade, mas sim à indiferença que cerca qualquer ideal de homogeneidade. A igualdade em direitos não se restringe ao tratamento isonômico, mas contempla também uma igualdade social, baseada na diferença. Iris Young assevera que justiça em uma “*sociedade diferenciada por grupos demanda igualdade social entre os grupos e mútuo reconhecimento e afirmação das diferenças de grupo.*”¹⁵

Tradicionalmente, as minorias iniciam suas lutas afirmando o direito à igualdade formal e à inclusão. Nos últimos 20 anos, uma outra reivindicação foi acrescida: o respeito à diferença. Como bem percebe Boaventura de Souza Santos, igualdade e diferença não são excludentes: “(a)s pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”¹⁶

¹³ YOUNG, I. M. *op. cit.* [I], p. 115.

¹⁴ Cf. Iris Marion Young. *op. cit.* [II], p. 173.

¹⁵ YOUNG, I. M. *op. cit.* [II], p. 191.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. “Uma concepção multicultural de direitos humanos”, *in: Lua Nova. Revista de Cultura e Política*. Tema: Governo e Direitos, nº 39 – Brasil – 1997, p. 122. No dia 29 de janeiro de 2001, em Porto Alegre, por ocasião do I Fórum Social Mundial, o professor Boaventura de Souza Santos proferiu a palestra: *Multiculturalismo – paradoxos da igualdade e da diferença*. Remeteu-se ao trecho citado e acresceu um exemplo para clarear à platéia a complexidade da aplicação de políticas que considerem redistribuição e reconhecimento. Com o início do Orçamento Participativo do Estado do Rio Grande do Sul, os índios Guarani protestam por uma participação especial. Reivindicam a inserção no mecanismo sem perderem a identidade indígena. Afora votarem como cidadãos querem votar também como tribo indígena.

Não se propõe aqui um retorno ao feudalismo, momento no qual determinado *status*, em uma sociedade extremamente hierarquizada, conferia uma gama de direitos. A igualdade social pressupõe a igualdade formal, mas vai muito além. A conjugação de igualdade e diferença conduz à existência de direitos gerais e direitos especiais. Desta forma, todas as pessoas possuem direitos iguais, mas determinadas pessoas, precisamente por seu pertencimento a um determinado grupo social, terão direitos especiais. Antes de mencionar alguns destes direitos, resta a pergunta: mas quem seriam os titulares destes direitos?

A conjugação reexame da igualdade/exame da diferença remete à auto-organização dos grupos sociais e a atribuição de um sentido positivo para a identificação cultural. Ressalte-se que as identidades culturais aqui apresentadas não refletem um viés essencialista. Como pronuncia Stuart Hall, “*a identidade plenamente unificada, completa, segura e coerente é uma fantasia.*”¹⁷ Uniformizar identidades por meio de dicotomias nada mais é do que trazer para a diferença entre grupos a homogeneização criticada em nível nacional. Dicotomias como homem/mulher, branco/negro, homossexual/heterossexual negam a diferença intra-grupos. A diferença aqui, assim como a identidade, é compreendida como relacional, fluida e cambiante. “*Diferença hoje vem a significar não a alteridade, exclusão, oposição, mas especialidade, variação, heterogeneidade.*”¹⁸ Tal concepção contraria a impressão que um grupo vê sua existência limitada à existência de um outro grupo. Abre-se a possibilidade de experiências justapostas. Afinal, uma mulher pode ao mesmo tempo ser lésbica, branca, estrangeira e protestante e identificar-se perfeitamente com todos esses grupos sociais.

Por mais difícil que seja articular elementos constitutivos de um grupo sem essencializá-lo, é imperioso afastar requisitos ou atributos para definir aquele que pertence ou não ao grupo social. Ademais, os grupos sociais devem funcionar sobre o elemento da afinidade e não da essencialidade. Trata-se de um “*processo social de interação e diferenciação*”¹⁹ no qual as pessoas movem por afinidade por uma afirmação

¹⁷ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, tradução de Thomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro, 3º edição, Rio de Janeiro: DP&A, 1999, p. 13.

¹⁸ YOUNG, I. M. *op. cit.* [III], p. 171.

¹⁹ *Idem*, p. 172.

subjetiva. “*Contextualizando ambos os significados de diferença e de identidade permite assim o conhecimento da diferença dentro do grupo de afinidade. Em nossa sociedade plural complexa*” – seja na norte-americana ou em qualquer outra - “*todo grupo social possui diferenças que o atravessam, as quais são potenciais fontes de sabedoria, excitação, conflito e opressão.*”²⁰

A inclusão de todos os grupos sociais nas instituições e a oportunidade de desenvolvimento de suas capacidades são o cerne de qualquer política que vise à igualdade social. Neste sentido, a discussão identitária e as políticas específicas de grupo constituem instrumentos necessários para a construção da igualdade social. Por meio de dois exemplos iniciais, restará clara a forma pela qual ignorar a especificidade da condição da mulher por meio de uma suposta neutralidade normativa a torna mais sujeita à opressão.

O primeiro exemplo pode ser vislumbrado anualmente na ocasião do Dia Internacional da Mulher – 08 de março. Argumentam alguns que, se as mulheres alcançaram patamar de igualdade com os homens, porque precisariam de um dia reservado para elas? Os demais dias do ano seriam então Dias do Homem? É claro que não. A existência de um dia internacional para a mulher ou para o trabalhador não significa igualdade (formal), mas diferença. Tais datas remontam a momentos históricos da luta de tais grupos sociais. Isto não pode ser ‘varrido da memória’. Especialmente no tocante ao 08 de março, uma homenagem à condição da mulher enquanto grupo social historicamente oprimido deve ser prestada. Se tal comemoração é acusada por muitos de não surtir nenhum efeito, sua ausência auxiliaria em muito menos.

²⁰ *Ibidem*. Um rápido exemplo pode ilustrar tal complexidade. Conta Stuart Hall que em 1991, no episódio de indicação pelo Presidente Bush de Clarence Thomas como Ministro da Suprema Corte Americana, criou-se um verdadeiro impasse identitário. Em plenas “audiências” para sua aprovação perante o Senado, o indicado conservador foi acusado de assédio sexual por Anita Hill, uma mulher negra. Na opinião pública, alguns negros apoiaram imediatamente o indicado à mais alta corte do país. Outros apoiaram Anita Hill pela questão sexual. A disputa restou mais acirrada entre as mulheres negras: o que prevalecia em sua identidade: o elemento racial ou o de gênero? As mulheres brancas também dividiram-se: as conservadoras protestavam a inocência de Thomas enquanto as mais progressistas condenavam a postura sexista do mesmo. Perceba-se ainda que o fato de ser Thomas um candidato à Suprema Corte e ainda de Anita Hill ser uma ‘mera’ funcionária subalterna insere na discussão a questão da classe social. Tal exemplo corrobora o argumento de que as identidades não devem ser compreendidas em uma matriz essencialista.

Um segundo exemplo, também corolário ao direito à diferença, é a aplicação de medidas de ação afirmativa em face de determinados grupos sociais. Tais políticas podem ser classificadas, de acordo com Will Kymlicka, como **direitos à representação especial**, os quais podem ser aplicados no que se refere ao gênero, mas também a minorias nacionais e grupos étnicos. Repousam tais direitos sob o paradoxo da irrepresentatividade do sistema político, o qual falha ao não refletir nos órgãos legislativos a diversidade vivenciada em sociedade. Tais direitos possuem caráter temporário, contanto com vigência e eficácia “*até que uma sociedade na qual a necessidade por representação especial não mais exista. Sociedade deveria procurar remover a opressão, eliminando assim a necessidade de tais direitos.*”²¹

No Brasil, o Projeto de Lei nº 783 de 1995, apresentado pela então deputada federal Marta Suplicy (PT-SP), deu o pontapé inicial à discussão do direito à representação especial para o gênero. Não se chegou a afirmar a reserva de cadeiras nos Poderes Legislativos, mas deu-se o primeiro passo em relação às listas de candidatura. O projeto nº 783/95 foi peça decisiva para a elaboração da nova Lei Eleitoral de 1997, a qual assevera, *in verbis*

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher.

(...)

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Na realidade, o legislador brasileiro optou pelos níveis de paridades²², muito utilizados nos países da Escandinávia como forma de retirar o

²¹ KYMLICKA, Will e NORMAN, Wayne. “The return of the citizen: a survey of recent work on citizenship theory”, *in: Theorizing citizenship*, New York: State University of New York Press, 1995, p. 305.

²² A Noruega foi o primeiro país a adotar níveis de paridade nas instâncias governamentais. O “*Equal Status Act*” de 1978, em seu art. 21, estabelece que “*em qualquer agência governamental*

caráter temporário de tais medidas, uma vez que a ocupação de 30% para cada uma dos sexos, seja ele o feminino ou masculino, será sempre alvo de políticas públicas.²³ Tal opção não retira, nas reafirma, o caráter consagrador do direito à diferença da legislação eleitoral brasileira.

Ressalta-se que, não obstante a proporção de candidatas mulheres ter aumentado significativamente nos últimos anos, representação feminina encontra-se em patamares muito baixos.²⁴ Somos ainda 14,81% das Senadoras eleitas, 8,19% das deputadas federais, 12,56% dos deputadas estaduais; e 11,61% das vereadoras.²⁵

Tais exemplos demonstram que a conjugação de igualdade e diferença, assim como direitos gerais e direitos especiais, constitui ferramenta aplicada em diversas realidades nacionais, inclusive no Brasil, com o objetivo de responder a reivindicações de grupos historicamente objeto de opressão.

designada ou direção de comitês, comissões governamentais ou conselhos de 4 membros ou mais, cada sexo deve ser representado por, no mínimo, 40% de seus membros". Por sua vez, a Dinamarca, em 1985, foi a primeira a adotar tais medidas por via de lei (nº 157), obrigando a uma composição equilibrada entre homens e mulheres em seus órgãos consultivos e administrativos. Também na Finlândia, com a lei nº 609/86, deu-se início a uma política de igual preenchimento entre os gêneros dos cargos consultivos e administrativos. Note-se que desde março de 1989, a Conferência de Ministros do Conselho da Europa concluiu pela adoção de medidas que promovessem a efetiva igualdade de participação de homens e mulheres na vida política. Alguns países, como os descritos acima, já haviam optado ou optaram conseqüentemente pela implementação de tais medidas; outros escolheram a via das *recomendações* aos partidos políticos, como é o caso da Irlanda, ou mesmo da fixação de *metas de participação progressiva*, como a Holanda e Suécia.

Em geral, percebe-se que a implementação das medidas mais efetivas são aceitas principalmente pelos partidos de esquerda; enquanto que os de direita preferem as metas, como forma de atender aos poucos as reivindicações de maior participação feminina no quadro político.

²³ Apesar do avanço alcançado ao consagrar a reserva de, no mínimo, 25% das candidaturas, o Brasil reafirmou sua posição de único país, dentre os que se propõem a tais medidas, a não garantir a cota mínima de 30%, hoje considerada consenso mundial.

²⁴ Apesar de se encontrar ainda em implantação, o sistema sugere a necessidade de fixação de sanções progressivas objetivando o estabelecimento efetivo das cotas legais. Neste sentido, alguns países atribuem ou retiram apoio financeiro aos partidos em função da aplicação das cotas. Outros têm determinado que os registros dos partidos não serão mais realizados se não respeitadas as cotas.

²⁵ Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Política para as Mulheres. *op. cit.*, p. 19.

C. Lei nº 10.421 de 2002: positivação do direito à diferença

Assim como a teoria e a prática política entrelaçam suas forças em direção à emancipação feminina, cabe ao direito o papel fundamental de regular relações traçadas em sociedade. O direito não pode mais se esconder sob as máscaras de neutralidade e deve constituir instrumento de concretização da luta de grupos sociais historicamente disprivilegiados. É precisamente neste sentido que pode ser interpretada a Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002.

Como se pode perceber no texto transcrito ao final deste trabalho, a Lei alterou o artigo 392 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e acrescentou ao seu texto o artigo 392-A, o qual veio a estender a licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção. Por conseguinte, alterou ainda a Lei nº 8.213/91, no sentido de assegurar às mesmas o salário-maternidade. Em suma, a lei em tela veio a estabelecer a equiparação entre a gestante e a adotante para os efeitos da maternidade.

Antes da promulgação da Lei, não seria arriscado afirmar que a licença-maternidade era equiparada a uma licença justificada por uma incapacidade temporária concedida a uma empregada que não possui condição física para cumprir regularmente suas funções. Afinal, não paira dúvida acerca da delimitação da capacidade laboral da mulher nos últimos momentos da gravidez ou durante o período pós-parto. Todavia, uma incapacidade temporária atinge empregados homens e mulheres sem qualquer distinção. Neste sentido, a licença-maternidade concedida à gestante pode ser interpretada como uma norma sexualmente neutra, baseada no direito à igualdade.²⁶ Afasta-se assim a condição de uma norma vinculada à identidade de gênero, retirando-se da licença-maternidade o seu caráter de direito à diferença feminina.

Todavia, há de se enfatizar que a gravidez de uma mulher não constitui uma incapacidade. Muito pelo contrário, uma mulher que consegue

²⁶ Alerta Íris Young: “En mi opinión, aplicar a este tema el enfoque del tratamiento igualitario es inadecuado porque ello supone que no se proporciona a las mujeres el derecho a abandonar el trabajo con garantías de conservarlo cuando tienen niños/as, o bien porque tales garantías se asimilan bajo la categoría supuestamente neutral, desde el punto de vista de género, de ‘incapacidad’ o ‘discapacitación’.” (YOUNG, I. *op. cit.* [I], p 120).

conduzir a gestação até o fim conta, em regra, com condições de saúde. Afinal, trata-se da experiência mais feminina que uma mulher pode ter.

A ilação de que somente a maternidade originária da gestação é passível de licença-maternidade alicerça-se em uma concepção objetiva e biológica de maternidade. Afinal, para esta concepção, não está em jogo a essência da maternidade ou a necessidade de um intenso contato entre mãe e filho(a) nos primeiros dias e sim a incapacidade temporária para o trabalho. Afinal, segundo esta distinção objetiva, a gestante deve ser afastada de suas tarefas, o que não se aplicaria à adotante.

Em prol da extensão da licença-maternidade às mães adotantes, é ainda inafastável o argumento do melhor interesse da criança, consagrado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, utilizada como parâmetro normativo para o Estatuto da Criança e do Adolescente. Afinal, seja ela fruto de uma gestação ou de uma adoção, é fundamental a intensidade da troca afetiva com os pais, *in casu*, com a mãe, nos primeiros momentos de vida. O contrário significaria dizer que um filho adotivo é objeto de uma discriminação com efeitos odiosos, o que é absolutamente vedado pela Constituição Federal em seu artigo 226, parágrafo 6º.

É precisamente desta concepção objetiva / biológica que compartilha o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ao dar provimento ao **Recurso Extraordinário 197.807 – RS**²⁷ em abril de 2000, negou à mãe adotiva a licença-maternidade garantida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XVIII, professando não haver analogia entre a gestante e a adotante. Neste aspecto, quando a mulher objetivamente não apresenta qualquer impedimento físico que a afaste da atividade laboral, a licença não é justificada. Afinal, “*não se sabe de nenhuma mulher que, após adotar, tenha sentido as mesmas debilitações em que fica a gestante logo após o parto.*” Desconsiderou completamente este Tribunal o aspecto subjetivo inerente à maternidade. Também ignorou o melhor interesse da criança. Equivocadamente, a decisão afasta da licença-maternidade o caráter de norma específica baseada em um grupo social historicamente sujeito à opressão para abrigá-la no ‘lar’ das normas gerais das incapacidades temporárias.

²⁷ Cf. Informativo STF. nº 191 de 29 de maio a 2 de junho de 2000, p. 02.

Foi necessária a produção legislativa, precisamente a Lei nº 10.421/2002, para dar fim à distinção realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Em última análise, esta veio a conceder à licença-maternidade um caráter de norma especial inerente à condição feminina, independentemente da gestação.

Com o advento desta lei, assevera Tânia da Silva Pereira que a licença-maternidade na adoção foi “*definitivamente assumida no Brasil como lei ordinária, não mais podendo ser questionado este direito para todos que acolhem crianças e adolescentes no seu de suas famílias.*”²⁸

A Lei não se restringiu a estabelecer o direito à licença e ao salário-maternidade, mas ainda disciplinou o seu tempo de duração de acordo com a idade da criança adotada. *In verbis*:

Art. 2º (...)

§1º. No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º. No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º. No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

Desta forma, pode-se afirmar que a Lei nº 10.421 ponderou os interesses da mulher e da criança ao estabelecer a proporcionalidade do tempo em que uma criança deve restar em contato mais intensificado com sua mãe adotante.²⁹ Todavia, a referida lei continua a negar à adotante tais direitos quando a criança tiver mais que 8 anos.

Em conclusão, o direito ao afastamento por incapacidade temporária constitui uma regra neutra, baseada em direitos gerais a serem usufruídos

²⁸ SILVA PEREIRA, Tânia da. “Da adoção”, *in: Direito de Família e o Novo Código Civil*, Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, 3a. edição, rev. atual. e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 174.

²⁹ Cabe lembrar que a Lei nº 8112/90, o Estatuto do Funcionário Público, já previa em seu artigo 210 a licença à servidora adotante pelo prazo de 90 dias, nas circunstâncias da Adoção ou Guarda Judicial, reduzindo-o, ainda mais, para trinta dias, quando a criança tem mais de um ano de idade.

por homens e mulheres. O direito à licença-maternidade é um direito especial da mulher, por mais que ainda restrito àquelas que adotarem crianças que possuam a idade prescrita em lei. Por mais que duvidosa que seja tal distinção, não se pode negar à Lei nº 10.421 a condição de garantidora de um direito especial.

Seja a existência de um dia internacional da mulher, a aplicação de medidas de ação afirmativa para estimular a participação feminina nas listas eleitorais ou mesmo a extensão da licença-maternidade às adotantes, todas estas iniciativas podem ser interpretadas como a consagração da diferença. Espera-se que, com este trabalho, o leitor sinta-se estimulado a analisar o contexto social e jurídico em que se situa com as “lentes” da diferença. É precisamente por meio destas que os grupos sociais reivindicam sua inclusão nas democracias contemporâneas.

Bibliografia

- CASTELLS, Carmen. “Introducción”, in: *Perspectivas Feministas en teoría política*, Barcelona / Buenos Aires / México, 1996.
- GOLDBERG, David. *Multiculturalism*, Cambridge (MA): Blackwell Publisher, 1994.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, tradução de Thomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro, 3º edição, Rio de Janeiro: DP&A, 1999.
- KYMLICKA, Will e NORMAN, Wayne. “The return of the citizen: a survey of recent work on citizenship theory”, in: *Theorizing citizenship*, New York: State University of New York Press, 1995.
- PATEMAN, Carole. *The sexual contract*, California: Standford University Press, 1988.
- PHILLIPS, Anne. “Deben las feministas abandonar a democracia liberal?”, in: *Perspectivas Feministas en teoría política*, Barcelona / Buenos Aires / México, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma concepção multicultural de direitos humanos”, in *Lua Nova. Revista de Cultura e Política*, Tema: Governo e Direitos. nº 39 – Brasil – 1997.

- SILVA PEREIRA, Tânia da. “Da adoção” *in: Direito de Família e o Novo Código Civil*, Coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, 3.^a edição, rev. atual. e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- YOUNG, Iris Marion. “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”, *in: Perspectivas Feministas en teoría política*. Barcelona / Buenos Aires / México, 1996.
-
- _____ *Justice and the Politics of Difference*, Princeton: Princeton University Press, 1990.

Outras Fontes

- Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – CEDAW*, Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.
- “Dossiê da ONU mostra que o mundo ainda é dos homens: desigualdade e abusos dominam discussões no Dia Internacional da Mulher”, *in: Jornal do Brasil*. 08 de março de 2001.
- Informativo STF. nº 191 de 29 de maio a 2 de junho de 2000.

ANEXO 1: Legislação

LEI Nº 10.421, DE 15 DE ABRIL DE 2002

Estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, alternado a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art 1º. O art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º. *A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.*

§ 2º. *Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.*

§ 3º. *Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.*

§ 4º. *(VETADO)*

§ 5º. *(VETADO)*

Art. 2º. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 392-A. *À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do artigo 392, observado o disposto no seu parágrafo 5º.*

§ 1º. *No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.*

§ 2º. *No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1*

(um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º. No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º. A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Art. 3º. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Art. 4º. No caso das seguradas da previdência social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes desta Lei será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 5º. As obrigações decorrentes desta Lei não se aplicam a fatos anteriores à sua publicação.

Art. 6º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de abril de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

Direito a viver em uma sociedade democrática. Uma breve análise sobre Democracia, Direitos Humanos e Cidadania

João Ricardo W. Dornelles*

1. Apresentação

Não existe no campo da reflexão acadêmica sobre os direitos humanos uma sistematização em relação à democracia como direito fundamental. Alguns autores têm tratado do tema desde fins dos anos setenta do século passado.¹ Estas análises enfrentaram a questão das práticas sociopolíticas democráticas e, mais do que isso, da existência de uma cultura democrática como requisito para a efetivação dos Direitos Humanos. É verdade que Norberto Bobbio tratou o tema mais no campo institucional, ou seja, a democracia como uma forma de governo, um regime onde estão definidas as regras do jogo institucional democrático e as condições básicas para a garantia institucional dos direitos fundamentais.

* Professor das disciplinas Direitos Humanos e Criminologia na PUC-Rio, FESO e Faculdade de Direito de Campos; Diretor do Departamento de Direito da PUC-Rio; Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio; membro da Rede Brasileira de Educação para os Direitos Humanos; Diretor da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (Andhep); Vice-presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina (Ajial).

¹ Para tratar do tema da democracia e a sua relação com os direitos humanos ver os livros de Claude Lefort, *A Invenção Democrática: Os Limites do Totalitarismo*, São Paulo: Editora Brasiliense, 1987, e *Pensando o Político: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; de Norberto Bobbio ver: *O Futuro da Democracia*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984 e *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

O constitucionalista Paulo Bonavides chegou a afirmar, em artigo publicado no *Jornal do Brasil*², que os direitos da liberdade, da igualdade e da solidariedade formam uma pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, como ponto culminante dos direitos antecedentes. Afirma também que, ao contrário dos chamados direitos da primeira geração que devem ser interpretados, os direitos das gerações subseqüentes são concretos, não se bastam pelo seu enunciado formal. Enquanto os direitos da liberdade, as liberdades civis e políticas, dependeriam de uma abstenção do Estado, e apresentariam uma força simbólica a partir de sua enunciação formal, os direitos das demais gerações dependeriam diretamente de sua concretização, de uma ação efetiva. No que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais, dependendo de uma ação positiva direta do Estado, a materialização de tais direitos se dá com a existência de leis e de políticas públicas distributivas. No que se refere aos direitos da solidariedade a sua concretização se dá não apenas com a participação ativa do Estado, como também de órgãos internacionais, organizações não-governamentais, movimentos sociais locais e globais etc.³ E no caso do direito à democracia, o papel da sociedade civil é fundamental, desde que nosso entendimento não seja restrito e, ao contrário, a identifique como resultado das práticas sociopolíticas e culturais.⁴ No entanto, não podemos perder de vista o potencial revolucionário e transformador da democracia onde a noção de cidadania individual deixa de ser passiva, como na tradição liberal, e aparece como uma força simbólica capaz de liberar energias sociais de luta capazes de criar as condições para conquistas no campo da cidadania coletiva.

² Artigo de Paulo Bonavides, "A Globalização que interessa", *Jornal do Brasil*, 16/01/96.

³ No que se refere aos direitos individuais, civis e políticos, devemos buscar superar a concepção de que são direitos que dependem da abstenção do Estado para a sua materialização. O papel do Poder Público se expressa de diferentes formas para que os direitos civis e políticos possam ser efetivamente exercidos. O sufrágio universal como direito só pode ser exercido com a regulamentação do processo eleitoral, da participação dos partidos políticos etc. O mesmo no que se refere ao acesso à Justiça, que depende do funcionamento do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. O direito à vida ou o direito à integridade física não são garantidos com a simples declaração da sua existência, o Poder Público deve criar as instâncias institucionais para que tais direitos sejam efetivados.

⁴ Sobre o debate relativo à cidadania, ao espaço público democrático e à sociedade civil, ver VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro: Record, 2001.

Sem dúvida existem questões que se entrelaçam neste campo. Por um lado as questões relacionadas ao Estado Democrático em contraste com as inúmeras formas burocrático-autoritárias e, principalmente, com o poder totalitário. Por outro lado, questões referentes ao exercício da cidadania.

Assim, se coloca o anseio pela existência de uma vida democrática, ou da vida social em um ambiente democrático, como uma reivindicação ou uma demanda humana - tanto individual, quanto coletiva - onde a existência de um Estado Democrático de Direito aparece como o resultado das práticas dos cidadãos e do respeito aos direitos fundamentais. Trata-se, desta maneira, de entender a democracia não como simples regime político, ou como forma de governo, mas sim como forma social, como prática sociopolítica que se expressa no espaço cultural.

Uma das questões mais importantes colocadas é sobre a capacidade dos direitos humanos serem um meio de luta que possa contribuir para a emergência e a consolidação democrática.

Se no decorrer do século XIX, principalmente na sua primeira metade, o Estado liberal clássico se apresentava como “guardião” das liberdades civis, embora assegurando a proteção de interesses dominantes, as lutas sociais e as modificações do capitalismo e do próprio Estado possibilitaram a ampliação do espaço político marcando o advento da sociedade liberal-democrática com a conquista do sufrágio masculino⁵, a liberdade de opinião, a liberdade de associação para os trabalhadores, o direito de greve etc. Foram transformações impulsionadas não apenas pelas lutas dos trabalhadores e pela influência dos pensamentos socialista e libertário, mas também pela transformação dos padrões de acumulação capitalista que ampliaram os espaços do mercado interno incorporando, como consumidores-contribuintes, amplos contingentes sociais subalternos. É assim que a compreensão do sentido dos direitos humanos no quadro dos Estados de Bem-Estar Social requer uma análise do significado histórico e das transformações ocorridas no Estado Liberal e a própria consolidação das práticas democráticas.

⁵ As limitações dos direitos da cidadania permaneceram por longo tempo para as mulheres, principalmente no que se refere ao sufrágio universal.

Na sua caracterização do Estado Democrático de Direito, Claude Lefort⁶ faz o contraponto com o Estado Totalitário. Parte da noção do totalitarismo não como regime, mas como forma de sociedade, onde o núcleo de poder se fundamenta em nome de uma verdade absoluta, ou do saber, ou da ciência, ou da história. O poder totalitário faz coincidir absolutamente a esfera pública com a esfera estatal e esta se confunde com o privado não deixando espaço de autonomia para o desenvolvimento das liberdades civis e políticas. Já a democracia implica afirmar uma “*fala*” que é distinta do próprio poder do Estado, ou melhor, implica em reconhecer a existência de múltiplas “*falas*”, inclusive dentro do próprio Estado. O poder totalitário ignora a existência de diferentes “*falas*”, e só reconhece a “*fala*” que esteja dentro de sua órbita de influência direta. O discurso totalitário do poder basta por si, impossibilitando a existência autônoma da sociedade civil. Os indivíduos não são tratados como cidadãos e aquilo que seria considerado direito não passa de um disfarce para as práticas assistenciais do Estado.

Para Lefort, a condição indissociável e geradora do debate democrático é a existência plena das liberdades civis e políticas, não existindo direitos em uma sociedade totalitária, visto que a lógica da sua existência não é o bem-estar. A lógica que prevalece em uma sociedade totalitária é a do poder absoluto do Estado.⁷

Partindo desta análise, Lefort parte para a compreensão da *democracia como forma de sociedade*. As liberdades civis e políticas são os requisitos para existência de um debate público que se expressa como debate democrático. Ou seja, sem as liberdades democráticas, mesmo quando apenas expressas em enunciados formais, não é possível existir democracia. São tais liberdades, inclusive, que garantem as condições de reivindicação, protesto e demanda para o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais.

Devemos perceber o caráter radical e revolucionário da democracia no sentido da ampliação das liberdades, e do potencial que se abre para as forças sociais expressarem e ocuparem o espaço público com auto-

⁶ Ver LEFORT, Claude. “Os Direitos do Homem e o Estado-Providência”, in: *Pensando o Político: Ensaios sobre Democracia, Revolução e Liberdade*, Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1991.

⁷ No caso das experiências históricas do nazi-fascismo e do chamado socialismo real stalinista, o totalitarismo se expressa com base na lógica do Partido-Estado.

mia, independência e formas próprias de participação e organização, com um objetivo transformador. Portanto, o projeto de autonomia individual e coletiva está na base de uma sociedade democrática. E os direitos humanos, mesmo quando individuais, tem uma natureza social e política pois supõem uma dinâmica própria no campo das relações sociais.

Assim, os direitos humanos são substanciais a uma sociedade democrática. E é em nome de tais direitos que se possibilita o debate público-democrático, a contestação, o pluralismo, a democracia, a luta e o conflito democrático, constituindo o espaço público, de *“fala”* e ação, possibilitando o exercício, individual e coletivo, da cidadania.

Dessa forma, enquanto para a tradição liberal a ênfase é na cidadania passiva, que emana do poder do Estado, expressando-se nos direitos reconhecidos, e a tradição marxista tradicionalmente deu ênfase ao processo de lutas sociais e da conquista de direitos para a existência de uma cidadania ativa, Lefort amplia seu entendimento incorporando a dimensão simbólica da democracia como expressão transformadora radical e subversiva. O que se evoca é que a democracia é uma forma de relação social onde todos podem participar, produto do conflito social. Assim, o projeto de uma democracia radical é fundamentalmente revolucionário e uma idéia altamente subversiva para qualquer tipo de poder.

O reconhecimento da democracia no campo dos direitos fundamentais, ou como condição básica para a garantia dos demais direitos humanos nos coloca perante um debate sobre a questão da relação entre os Direitos Humanos, a Cidadania e o Estado Democrático.

2. Cidadania, Direitos Humanos e Democracia

Primeiramente, é necessário observar a existência de um ponto de tensão entre o conceito de cidadania e a noção de direitos humanos, pois se restringimos a cidadania aos nacionais, aos membros de uma comunidade nacional ou de uma sociedade comum, passa existir um distanciamento com a concepção mais ampla de direitos humanos, estes últimos gerais, universais, não diretamente vinculados à instância nacional.

O conceito da cidadania moderna, a democracia e a noção de soberania contemporânea partem da existência do Estado-Nação.

Não se trata de conceitos uniformes, existindo inúmeras interpretações. No entanto, podemos dizer que a noção de cidadania define

aqueles que são membros de uma coletividade, de um espaço comum de existência, revelando a sua natureza política.

As transformações ocorridas no Estado, a partir do processo de globalização neoliberal, debilitaram sensivelmente os direitos da cidadania e a soberania nacional.

O conceito de cidadania é objeto da análise e interpretação de diferentes autores.⁸ Partimos, no entanto, de uma análise crítica da obra do autor britânico Thomas H. Marshall, *“Cidadania e Classe Social”*, do ano de 1949. Para este autor a plena expressão dos direitos de cidadania requer a existência de um Estado de Bem-Estar Social Liberal-Democrático. Marshall trabalhou com a noção de integração social, dentro de uma perspectiva liberal-reformista keynesiana, entendendo que a cidadania era o principal elemento de mudança social nas sociedades industriais do pós-guerra. O autor centrou a sua análise na natureza da cidadania na Grã-Bretanha do pós-1945. Trata-se de uma concepção de “cidadania passiva” ou “privada”, visto que o exercício dos direitos não implica em uma obrigação social de participação na vida pública, dependendo apenas da capacidade assistencial do Estado.⁹

Marshall parte da noção de *status*. A cidadania seria um *status* concedido àqueles que são membros de uma comunidade. Se a noção da cidadania é incompatível com a desigualdade formal fundada no sistema de privilégios das sociedades feudais pré-burguesas, requer, portanto, a igualdade formal jurídica, a existência de uma medida única de valor jurídico, um direito único igual para todos.

A teoria de Marshall leva a um rompimento com a clássica tradição liberal de cidadania das Revoluções Burguesas, ligada apenas aos direitos políticos, ampliando-a com os direitos civis e sociais.

⁸ Sobre o conceito de cidadania e as suas diferentes concepções, ver MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967; TURNER, Bryan. *Citizenship and Social Theory*, Londres: Sage, 1994; RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993; BARBALET, J.M. *A Cidadania*, Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

⁹ Os autores canadenses Will Kymlicka e Wayne Norman denominaram essa concepção de Teoria Ortodoxa do Pós-Guerra. Ver destes autores o artigo “El Retorno del Ciudadano: Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, in: *Cuadernos del CLAEH*, nº 75, Montevideo, Uruguay, 1996.

Assim, Marshall conceitua a cidadania partindo de seus três elementos constitutivos, *direitos civis*, *direitos políticos* e *direitos sociais*, fazendo uma análise das relações entre a cidadania, a sociedade e os órgãos institucionais que garantem o seu exercício. Portanto, parte de uma relação instrumental entre cidadania, poder político e Estado.

Três gerações de direitos de cidadania podem ser, assim, descritos: civis, políticos e sociais. Primeiramente os direitos civis, correspondendo aos direitos necessários para o exercício das liberdades, originados no século XVIII; depois, os direitos políticos, consagrados no século XIX, os quais garantem a participação, tanto ativa quanto passiva, no processo político; e finalmente, já no século XX, os direitos sociais de cidadania, correspondentes à aquisição de um padrão mínimo de bem-estar e segurança sociais que deve prevalecer na sociedade.¹⁰

Para a teoria marshalliana a existência de um suporte institucional estatal através de políticas públicas de serviços sociais e educacionais é fundamental para a existência da cidadania ampliada. Do contrário não passaria de um enunciado formal vazio, sem essência. Portanto, para Marshall, mesmo os direitos civis e políticos dependem do Estado.

Como poderia efetiva-se os direitos civis sem a instituição de uma Justiça Civil e os procedimentos de acesso à Justiça como meio para garantir a igualdade de todos perante a lei?

Como garantir o direito político de participação e representação sem uma instituição como o Parlamento?

Assim, Marshall entende que são as instituições do Estado - com políticas sociais e instituições públicas - que efetivam os direitos civis, políticos e sociais.

O autor britânico indica que o desenvolvimento de um Estado Social leva a que a cidadania evolua e se amplie, deixando de ser um sistema de direitos que se originam nas relações de mercado para se transformar em um sistema de direitos que é, em parte, contraditório com o modelo capitalista liberal e a desigualdade entre as classes sociais.

¹⁰ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 42.

A concepção marshalliana de cidadania social apresenta um potencial conflito entre os direitos civis – como garantia da proteção do indivíduo frente ao Estado – e os direitos sociais que, por meio de ações do Estado, deveriam garantir as condições de bem-estar social sem levar em conta a lógica do mercado. Na verdade existe uma ambigüidade na formulação de Marshall, pois embora reconheça que a desigualdade entre as classes sociais potencializa o conflito com o capitalismo, considera que, nesta sociedade, é possível a coexistência da cidadania social e da desigualdade entre as classes. A questão se coloca pela constatação da ampliação da cidadania e, ao mesmo tempo, da manutenção da desigualdade através do sistema de classes nas sociedades capitalistas do século XX, o que faria com que a cidadania legitimasse a desigualdade social.

Em última instância, Marshall buscou demonstrar como a cidadania tem alterado o padrão de desigualdade social. No entanto, permanece a contradição entre os direitos sociais e o valor do mercado. Existiriam desigualdades permitidas ou moldadas pela cidadania. Assim, as desigualdades podem ser toleradas no seio de uma sociedade considerada igualitária, desde que dentro de limites precisos, e que tais desigualdades sejam dinâmicas, oferecendo estímulo para a mudança e aperfeiçoamento que possibilitem a diminuição dessa desigualdade existente. Dessa maneira, Marshall, acredita que a cidadania social possibilita um estreitamento na distância da desigualdade.

Marshall trabalha pela ótica do Estado instituído, representado pelo Estado de Bem-Estar Social, e não do instituinte, ou seja, uma ótica da sociedade civil, que se expressaria nos movimentos sociais. Com Marshall existe, portanto, uma reificação da experiência britânica do Estado Social, como um modelo que se universaliza. Sua concepção se dá no contexto histórico dos anos 50 do século XX - em plena “guerra fria” - onde uma definição no campo da social-democracia europeia passava a ser fundamental como uma alternativa social de combate ao modelo socialista do leste europeu.

Como Marshall trabalha com uma idéia de evolucionismo, a cidadania seria sempre ascendente. Assim, sua teoria aparece como o próprio “fim da cidadania”, o seu alcance superior sob uma institucionalidade do “*Welfare State*”.

A partir do começo dos anos noventa do século XX, há uma reabilitação de Marshall. A crise dos modelos de Estado Social - seja na sua

versão liberal-reformista do Estado de Bem-Estar, seja na sua versão socialista - possibilitou a hegemonia neoliberal e os retrocessos profundos no campo dos direitos sociais. Apesar de ser um autor liberal-reformista, que se baseia no keynesianismo, Marshall, ao incluir os direitos sociais e o papel do Estado no conceito de cidadania, passa a receber duras críticas dos neoliberais. Para o neoliberalismo o Estado de Bem-Estar Social, com suas políticas sociais, gera a crise fiscal, a inflação, encarnando a figura do mal, um agente do parasitismo social com financiamento público, um agente da corrupção, da falta de caráter moral pois não estimularia o esforço pessoal e a acumulação competitiva, mas sim a acomodação. Toda a ofensiva neoliberal se dirige no sentido de afirmar que os direitos da cidadania são apenas os direitos individuais - os direitos civis e políticos -, enquanto enunciados formais, reduzidos a uma identidade do cidadão como proprietário-consumidor-contribuinte.

Assim, se nas décadas de 50, 60 e 70 do século XX, o pensamento de Marshall poderia não estar no campo progressista da esquerda socialista, a partir do final dos anos 80 do século passado sua teoria, em parte, é resgatada na luta contra o neoliberalismo. É Barbalet ¹¹ um dos autores que consideram a atualidade de Marshall, apesar de afirmar que não chega a existir uma teoria acabada sobre a cidadania.

A consideração sobre a atualidade de Marshall está no quadro das transformações ocorridas no capitalismo com a crise do modelo fordista, que só foi possível - no que se refere à uma política distributivista - no quadro de “guerra fria”, o que levou aos compromissos de incorporação, aliança e cooptação das classes subalternas e da promoção dos direitos sociais com taxas altíssimas de acumulação de capital.

Como, para Marshall, a cidadania é sempre ascendente a partir de um mínimo que a caracteriza, a crise do final do século XX, e as ameaças do neoliberalismo à cidadania social, tem levado a uma diminuição desse mínimo de direitos. E o minimalismo de defesa, nesse contexto de hegemonia neoliberal, coloca como objetivo dos segmentos da esquerda a busca da manutenção de um mínimo de presença estatal necessária para garantir as tarefas sociais.

Ao contrário de Marshall, o pensador italiano Norberto Bobbio afirma que os direitos da cidadania são históricos, não tendo um fim, e

¹¹ Ver BARBALET, J.M. *A Cidadania*, Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

não sendo necessariamente ascendentes. E, sendo históricos, são direitos que expressam as lutas entre diferentes atores sociais. Por outro lado Bobbio não se restringe apenas aos direitos da cidadania, mas trata dos direitos humanos que, sem a garantia institucional do Estado, não se materializam, não têm efetividade e não podem ser garantidos.

Bobbio abre espaço para uma noção ampliada e global da cidadania ao perceber o processo de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos, que possibilita a idéia de uma cidadania do mundo, que não se restrinja à clássica concepção baseada no Estado-Nação.

O campo da tradição marxista, por outro lado, entende que o Estado de Bem-Estar Social é o patamar mais avançado que o capitalismo poderia almejar na garantia de direitos sociais e de uma igualdade relativa, superando a desigualdade absoluta. Ao mesmo tempo que garante direitos, no entanto, cria uma heteronomia, onde as classes subalternas são menos cidadãos e mais clientela do sistema de bem-estar social.

No decorrer dos anos 90 do século XX, no entanto, houve um pronunciado deslocamento das originais referências de Marshall sobre diferentes questões relacionadas à cidadania. Novas identidades que não se relacionam unicamente com a noção do Estado-Nação, diferentes clivagens na dinâmica conflitiva das sociedades contemporâneas, que são geradoras de direitos, demandas individuais e coletivas, inclusão e exclusão social. Assim, o crescimento da exclusão social e da miséria, com as políticas de ajuste estrutural realizadas a partir dos anos 80 do século XX, fez crescer o debate sobre a cidadania e os direitos humanos.

Dessa forma, sob a interpelação da nova direita neoliberal, o debate contemporâneo obrigou a uma redefinição do campo progressista, se ampliando e mostrando em que medida existe um tensionamento em sociedades cada vez mais complexas, plurais, diversificadas e conflitivas. Por um lado, a exigência de relações democráticas - um alto grau de democracia - para dar conta desses múltiplos conflitos, complexidade e diversidade. Por outro lado, a colocação em cheque da própria institucionalidade democrática. E isso abre todo um campo de reflexão sobre os sujeitos sociais, a democracia e os direitos humanos como prática sociopolítica.

Bibliografia

- BARBA, Gregorio Peces; HIERRO, Liborio; ONZOÑO, Santiago I.; LLAMAS, Angel. *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid: Editorial Debate, 1987.
- BARBALET, J.M. *A Cidadania*, Lisboa: Editorial Estampa, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- _____. *Liberalismo e Democracia*, São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.
- _____. *O Futuro da Democracia*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- _____. e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*, São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.
- DORNELLES, J.R.W. *O que são Direitos Humanos*, São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos: o dilema latino-americano*, in: *Novos Estudos – Cebrap*, nº 38, março, 1994.
- HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico: Uma Perspectiva Crítica*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1982.
- KYMLICKA, Will; WAYNE, Norman. “El retorno del Ciudadano: Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”, in: *Cuadernos del CLAEH*, nº 75, Montevideo, 1996.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Companhia Das Letras, 1991.
- LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: Os Limites do Totalitarismo*, São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.
- _____. *Pensando o Político. Ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania e Classe Social*, Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- O'DONNELL, Guillermo. *Estado, democratização e alguns problemas conceituais*, in: *Novos Estudos – Cebrap*, nº36, julho, 1993.

- PICADO, Sonia. *Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Antología Básica*, Costa Rica: IIDH-CAPEL, 1990.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Editora Max Limonad, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*, São Paulo: Cortez Editora, 2001.
- _____. (org.). *A globalização e as ciências sociais*, São Paulo: Cortez, 2002.
- VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro: Record, 2001.

Evolução histórica e conceituação do Direito ao Desenvolvimento

Paula Bartolini Spieler*

1. O surgimento do conceito

O conceito de direito ao desenvolvimento surgiu na década de 1960, durante a fase de descolonização. O direito ao desenvolvimento era uma exigência afirmada pelos países do terceiro mundo, que almejavam consolidar sua independência política através de uma liberação econômica¹.

Conforme salienta Celso Lafer, o conflito entre os direitos econômicos, sociais e culturais (herança socialista, sustentada pela então URSS) e os direitos civis e políticos (herança liberal, sustentada pelos Estados Unidos) foi fruto de um “sistema internacional de polaridades definidas

* Bacharel em Direito pela PUC-Rio, Co-coordenadora do Projeto Comércio Internacional, Desenvolvimento e Direitos Humanos do Núcleo de Direitos Humanos da PUC-Rio e Pesquisadora da Fundação Getúlio Vargas. O presente trabalho consiste em trechos retirados da monografia de final de curso da autora (SPIELER, Paula Bartolini. *Direito ao Desenvolvimento: implementação e responsabilização das instituições financeiras internacionais*. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio para a obtenção do Título de Bacharel em Direito, 2003 – aprovada com o grau máximo). Ressalte-se, por oportuno, que a referida aluna participou do *Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos 2003*, tendo sua monografia sido submetida à banca composta pelos Professores João Ricardo Dornelles, Liszt Vieira e Regina Soares, que a concederam segundo lugar com menção honrosa e recomendação para publicação.

¹ BEDJAOUI, Mohammed. *The right to Development*, BEDJAOUI, Mohammed (org.) *International Law: Achievements and Prospects*, Paris: Martinus Nijhoff Publisher e UNESCO, 1991, p. 1177.

– Leste/Oeste, Norte/Sul”². Nesse contexto, surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”³.

Mohammed Bedjaoui, em 1969, ao impor aos países economicamente avançados a obrigação de desenvolver os países menos avançados economicamente, afirmou a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento⁴. Contudo, de acordo com o autor, tal obrigação tem que ser compreendida no contexto de uma nova lei internacional de solidariedade e cooperação, na qual os Estados desenvolvidos são os detentores da obrigação legal de cooperação, ao passo que os Estados em desenvolvimento são os possuidores do direito ao desenvolvimento⁵.

Nesse sentido, pode-se dizer que o direito ao desenvolvimento almeja uma globalização ética e solidária. De acordo com Bedjaoui:

a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma distribuição equitativa do bem-estar social e econômico do mundo. Ela reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza.⁶

Foi frente a essa nova necessidade que a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou, em 1969, a Declaração sobre o Progresso Social e Desenvolvimento⁷. Ainda, no mesmo ano, a Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, realizada em Teerã, relacionou, em seu relatório

² PIOVESAN, Flavia. Direito ao Desenvolvimento (texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002), p. 6.

³ LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999 *apud ibid.*

⁴ BEDJAOU, M. *op. cit.*, p. 1178.

⁵ *Ibid.*

⁶ ... “the international dimension of the right to development is nothing other than ‘the right to an equitable share in the economic and social well-being of the world’. It reflects an essential demand of our time since four fifths of the world’s population no longer accept that the remaining fifth should continue to build its wealth on their poverty” (BEDJAOU, M. *op. cit.*, p. 1182).

⁷ Adotada pela Assembléia Geral através de sua Resolução 2542 (XXIV), em 11 de dezembro de 1969.

final, os direitos humanos e o desenvolvimento com questões mundiais primordiais.

A noção sobre o direito ao desenvolvimento foi abordada pela primeira vez em 1972⁸, por dois eminentes acadêmicos: primeiramente por Keba MBaye, Chefe de Justiça do Senegal, que introduziu o direito ao desenvolvimento como um direito humano, e somente alguns meses após por Karel Vasak, que sustentou ser o direito ao desenvolvimento parte da terceira geração de direitos humanos. Ressalte-se, por oportuno, a observação feita por Antonio Celso Alves Pereira, segundo o qual a primeira pessoa que dispôs sobre o tema foi o Cardeal Etienne Duval, arcebispo de Argel que, em mensagem de Ano Novo proferida ao povo argeliano, em 1 de janeiro de 1969, proclamou o direito ao desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo⁹.

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNNH), proclamou, pela primeira vez, a existência do direito ao desenvolvimento em 1977¹⁰. Dois anos após, a CDHNNH veio confirmar a existência de tal direito e da igualdade de oportunidades como uma prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos¹¹. No entanto, o conteúdo do direito era vago, fazendo com que a CDHNNH não conseguisse atingir um acordo unânime na resolução¹². Tanto a Proclamação de Teerã quanto esta resolução de 1979 tinham uma abordagem estrutural (*structural approach*), *i.e.*, uma visão que liga os direitos humanos a questões mundiais.

Mais um avanço ocorreu quando, em 1981, a CDHNNH estabeleceu o grupo de trabalho de *experts* governamentais sobre o direito ao desenvolvimento. Os inúmeros relatórios produzidos, juntamente com alguns debates na CDHNNH e na Assembléia Geral das Nações Unidas,

⁸ BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1178.

⁹ PEREIRA, Antonio Celso Alves. O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos. In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Janeiro/Março 1992, n^{os} 77/78, p. 29 *apud* MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133. cf. Para Bedjaoui esta discussão não faz sentido. De acordo com ele, o Cardeal Duval, em seu discurso de ano novo, disse que nós devemos proclamar o direito ao desenvolvimento ao terceiro mundo. Contudo, Mbaye foi o primeiro a afirmar que o direito ao desenvolvimento é um direito humano (BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1178).

¹⁰ Resolução 4 (XXXIII) de 21 de fevereiro de 1977, da Comissão de Direitos Humanos.

¹¹ Resolução 5 (XXXV) de 2 de março de 1979, da Comissão de Direitos Humanos.

¹² Os Estados Unidos e mais sete estados do oeste se abstiveram.

levaram a adoção de uma resolução na qual a Assembléia Geral estatuiu o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável¹³. Destaque-se, por oportuno, que no mesmo ano foi adotada a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, que dispõe acerca do direito de todos os povos a seu desenvolvimento econômico, social e cultural (artigo 22).

2. A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento¹⁴

O marco do direito ao desenvolvimento foi a adoção, em 1986, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A Declaração foi adotada por 146 votos a favor, um contra (Estados Unidos) e oito abstenções (Reino Unido, França, Japão, Israel, Dinamarca, Finlândia, Islândia e Suíça).

Ressalte-se, por oportuno, que a Declaração não apenas estabelece que a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento¹⁵, mas também que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável de “toda pessoa humana e de todos os povos”¹⁶, razão pela qual estes devem participar ativamente e se beneficiar do direito ao desenvolvimento¹⁷, desfrutando do desenvolvimento econômico, social, cultural e político¹⁸.

Segundo Allan Rosas, tem-se que destacar três aspectos do direito ao desenvolvimento:

Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional (...).

¹³ Adotada pela Assembléia Geral através de sua Resolução 37/199, em 18 de dezembro de 1982.

¹⁴ Adotada pela Assembléia Geral através de sua Resolução 41/128, em 4 de dezembro de 1986.

¹⁵ Artigo 2(1), e preâmbulo.

¹⁶ Artigo 1.

¹⁷ Artigo 1(1).

¹⁸ Artigo 1(1).

¹⁹ ROSAS, Allan. The right to development, in: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 254-255, *apud* PÍOVESAN, F. *op. cit.*, p. 6.

Contudo, a finalidade desta Declaração, que era esclarecer a definição do direito em questão, não foi alcançada. De maneira diversa, o texto é muito vago, atraindo, por conseguinte, novo debate acerca do tema.

3. II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993)

A Declaração e Programa de Ação de Viena, principal documento elaborado pela II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, veio exprimir o consenso entre os Estados de que o direito ao desenvolvimento é “um direito humano universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais”²⁰. Assim, este documento tanto reafirmou o teor da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento quanto contribuiu para a inserção definitiva do direito ao desenvolvimento no vocabulário do Direito Internacional positivo dos Direitos Humanos²¹.

Outra inovação trazida pela Declaração e Programa de Ação de Viena foi o estabelecimento da interdependência²² entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. Ainda, tal Declaração alertou para o fato de que “a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a redução dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”²³ e que todos os obstáculos existentes para a efetivação do direito ao desenvolvimento devem ser eliminados²⁴.

No entanto, apesar dos avanços trazidos pelo referido documento, não se chegou a um consenso acerca da definição do direito ao desenvolvimento.

²⁰ Declaração de Viena. Parte I, par. 10. Apesar do consenso atingido em Viena, deve-se destacar que a consagração do direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável não é um ponto pacífico entre os doutrinadores.

²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos volume II*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 303.

²² Declaração de Viena. Parte I, par. 8; e cf. parte II, par. 80.

²³ Parte I, par. 10.

²⁴ Parte II, par. 72; e cf. parte I, par. 10.

4. O direito ao desenvolvimento

4.1 Definição e conteúdo

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, com o intuito de que fosse atingido um consenso acerca da definição²⁵ do direito ao desenvolvimento, criou, em 1998, o cargo de *Expert* Independente sobre o Direito ao Desenvolvimento, bem como um grupo de trabalho sobre o tema.

O *Expert* Independente, Arjun Sengupta, sustenta ser o direito ao desenvolvimento um processo no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser realizados plenamente. Nas próprias palavras de Sengupta, o direito ao desenvolvimento não é apenas *an umbrella right* - ou a soma de todos os direitos - e sim:

o direito a um processo que expanda as capacidades ou liberdades individuais, a fim de que o indivíduo tenha uma condição melhor de vida e possa perceber seu valor.²⁶

Sendo assim, Sengupta sugere que o direito ao desenvolvimento é o melhoramento de um “vetor” dos direitos humanos, que é composto por vários elementos que representam tanto os direitos econômicos, sociais e culturais quanto os direitos civis e políticos²⁷. Todos esses direitos são interdependentes - juntamente com o crescimento do produto interno bruto (PIB) e outros recursos financeiros, técnicos e institucionais - de tal forma que possibilitam o melhoramento das condições de vida de toda população. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito ao

²⁵ Isto porque se entende que a definição de direito ao desenvolvimento estabelecida no preâmbulo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é muito vaga, ao dispor que: “...o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.

²⁶ “It [the right to development] is the right to a process that expands the capabilities or freedom of individuals to improve their well-being and to realise what they value” (SENGUPTA, Arjun. *Fourth report of the independent expert on the right to development*[I]. Disponível em: <www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/42fb12931fb5b561c1256b60004abd37?Opendocument>. Acesso em: 01 set. 2003, p. 3).

²⁷ *Ibid.*

desenvolvimento unifica todos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais em um conjunto de direitos humanos indivisíveis e interdependentes.

Bedjaoui, por sua vez, sustenta que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental, a precondição de liberdade, progresso, justiça e criatividade²⁸. Já Amartya Sen vai mais longe, ao dizer que desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam²⁹. Por liberdades, entende-se como sendo tanto o fim quanto o meio do desenvolvimento³⁰.

Portanto, uma boa qualidade de vida para todos os seres humanos é o principal objetivo do direito ao desenvolvimento, que tem como meta acabar com a pobreza e satisfazer as necessidades prioritárias de todos. No entanto, para que se alcance esta finalidade, as políticas públicas têm que estar voltadas para a satisfação de necessidades básicas, como alimentação, moradia, água potável, emprego, saúde, educação e seguridade social, sem qualquer discriminação, num contexto de liberdade, dignidade e justiça social para os seres humanos. Ainda, tais políticas públicas têm que incluir outros direitos econômicos, sociais e culturais, tais como o direito ao trabalho, o acesso a condições justas de trabalho e o direito a se beneficiar do desenvolvimento científico, comercial, tecnológico e científico³¹.

Um dos pontos fundamentais do direito ao desenvolvimento, conforme disposto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é a participação de toda pessoa humana e de todos os povos no processo de desenvolvimento³². Anne Orford salienta que participação é a base do direito ao desenvolvimento³³, razão pela qual todas as pessoas devem

²⁸ "The right to development is a fundamental right, the precondition of liberty, progress, justice, and creativity" (BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1182).

²⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia Das Letras, 2001, pp. 52-55.

³⁰ *Idem*, p. 25.

³¹ DESAI, P.D. "Right to Development: Improving the Quality of Life", *in*: CHOWDURY, S.R. (ed.). *The Right to Development in International Law*, Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 31, *apud* MATTAR, Laura Davis. *The right to development and structural adjustment programmes – an analysis through the lens of human rights*, Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos pela Sussex University, 2002, p. 6.

³² Artigo 1(1).

³³ ORFORD, Anne. "Globalization and the right to development", *in*: ALSTON, Philip (org.). *Peoples' rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp.127-184, p. 138.

participar em todas as formas de desenvolvimento, bem como usufruir dos benefícios desse desenvolvimento.

Assim, sendo a participação de vital importância no processo de desenvolvimento, faz-se necessário identificar os sujeitos (ativo e passivo) do direito ao desenvolvimento.

4.2 Sujeitos

A proclamação do direito ao desenvolvimento como um direito humano por Keba Mbaye, em 1972, fez com que doutrinadores o reconhecessem apenas como um direito individual. Contudo, esta visão restringe o direito ao desenvolvimento ao plano nacional, não reconhecendo, portanto, a dimensão internacional deste direito. Uma mudança de foco, *i.e.*, da dimensão nacional para a dimensão internacional, é a única forma efetiva que se tem para poder analisar os verdadeiros problemas e soluções que norteiam o direito ao desenvolvimento³⁴.

Dessa forma, partindo-se do pressuposto de que o direito ao desenvolvimento é um direito internacionalmente reconhecido, indaga-se quem são seus sujeitos. De acordo com Anne Orford, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento dispõe que o direito ao desenvolvimento é um direito coletivo³⁵, mas destaca que tal direito abrange não somente a comunidade ou coletividade, mas também a pessoa humana³⁶. Rich segue o mesmo entendimento, ao afirmar que embora haja direitos coletivamente reconhecidos, o beneficiário principal das legislações de direitos humanos será sempre a pessoa humana³⁷. De maneira diversa, Donnelly sustenta que é impossível existir um direito humano coletivo³⁸.

Por outro lado, há quem entenda que o direito ao desenvolvimento é um direito individual, por se tratar de “um princípio de direito internacional dos direitos humanos que expressa a indivisibilidade dos direitos

³⁴ ORFORD, A. *op. cit.*, p. 139.

³⁵ *Idem*, p. 136.

³⁶ Artigo 1(1), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

³⁷ Nas palavras de Rich: “*even when human rights law recognizes groups, the individual continues to be its primary beneficiary*” (RICH, R. “The right to development”, *in*: CRAWFORD, J. (org.). *The Right of Peoples*, Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 43, *apud* MATTAR, L. *op. cit.*, p. 9).

humanos”³⁹. A importância desta visão reside no fato de que, como direito individual consagrado, o responsável pela implementação do direito ao desenvolvimento fica vinculado a respeitar a dignidade da pessoa humana em qualquer lugar através do reconhecimento da dimensão desenvolvimentista de todos os direitos humanos individuais consagrados universalmente⁴⁰.

A concepção do direito ao desenvolvimento como um direito dos povos é a menos contestada, uma vez que o artigo 1 (1), da Declaração⁴¹ sobre o Direito ao Desenvolvimento o reconhece expressamente.

De acordo com Bedjaoui, o direito ao desenvolvimento como um direito dos povos decorre da própria noção de autodeterminação, segundo a qual todos os povos têm o direito de determinar seu modelo de desenvolvimento, bem como de escolher seu sistema econômico e social sem sofrer qualquer interferência⁴².

Nesse sentido, saliente-se o debate travado no momento da elaboração da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento acerca do sujeito do direito em questão. Por um lado, havia a maioria dos países em desenvolvimento e socialistas que sustentava a idéia de que não apenas o indivíduo, mas também os povos e os Estados deveriam ser sujeitos do direito ao desenvolvimento⁴³. Por outro lado, havia os países desenvolvidos, que eram totalmente contrários à idéia de que o direito ao desenvolvimento deveria ser um direito coletivo⁴⁴, pois, para tais países, um direito só pode ser considerado direito humano se seu sujeito for o indivíduo.

Diante dessa divergência de opiniões, o direito ao desenvolvimento só foi reconhecido como um direito individual e coletivo após intensas negociações. A verdade é que pouco importa o debate acerca do sujeito

³⁸ *Idem*, p. 10.

³⁹ *Idem*, p. 9.

⁴⁰ CHOWDURY, S.R.; WART, P.J.I.M. “The significance of the right to development: an introductory view”, in: CHOWDURY, S.R. *et. al* (orgs.). *The right to development in international law*, Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 12 *apud ibid*.

⁴¹ A Declaração Africana sobre os direitos humanos, em seu art. 22, também reconheceu expressamente o direito ao desenvolvimento como sendo um direito dos povos.

⁴² BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1188.

⁴³ LINDROOS, A. *op. cit.*, p. 30.

⁴⁴ *Ibid*.

ativo do direito em tela, já que a própria Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em seu artigo 1(1), consagra tanto a pessoa humana quanto os povos como sujeitos do direito ao desenvolvimento, sendo que a pessoa humana será sempre seu principal sujeito. Por esse motivo, Bedjaoui sustenta que o maior problema não consiste em identificar o sujeito ativo, mas sim o provedor deste direito⁴⁵.

O sujeito passivo, de acordo com Abi-Saab, é a comunidade internacional⁴⁶. Bedjaoui corrobora com este entendimento, ao sugerir que o desenvolvimento é um desafio à comunidade internacional; um fenômeno internacional *par excellence*⁴⁷.

A responsabilização da comunidade internacional faz sentido, uma vez que sendo o direito ao desenvolvimento um direito internacional, o Estado não pode ser seu único garantidor, da mesma forma que ele não é o único capaz de violá-lo⁴⁸. Assim, Anne Orford afirma que a própria Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento dispõe, ainda que não expressamente, acerca da responsabilidade das organizações internacionais na promoção e garantia do direito ao desenvolvimento⁴⁹.

Por mais que não seja um ponto incontroverso, Anne Orford continua sua linha de raciocínio dispondo que, em virtude da globalização econômica, os Estados não têm, nos dias de hoje, soberania absoluta⁵⁰ na determinação das condições econômicas, sociais e culturais que as pessoas vivem. Sendo assim, se há, em um mundo globalizado, outros agentes (instituições financeiras internacionais, multinacionais e orga-

⁴⁵ BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1181.

⁴⁶ ABI-SAAB, George. "The legal formulation of a right to development" *in*: Hague Academy of International Law, The right to development at the international level, 1980, at 163 *apud* STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2000, p. 1321.

⁴⁷ BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1181.

⁴⁸ cf. Donnelly sustenta que, de acordo com a concepção tradicional de direitos humanos, apenas os Estados são seus garantidores. Dessa forma, Donnelly afirma que apenas os estados podem violar o direito ao desenvolvimento. Uma mudança de foco, de acordo com ele, estaria eximindo o estado da responsabilidade por violações de direitos humanos (*apud* ORFORD, A. *op. cit.*, p. 143).

⁴⁹ Anne Orford cita os artigos 3(3), 4(1) e 4(2) e afirma que os mesmos podem ser interpretados no sentido de requerer que os Estados, como membros de instituições internacionais, promovam o direito ao desenvolvimento (*Idem*, p. 142).

⁵⁰ Embora não seja o propósito do presente estudo, cabe mencionar que Anne Orford, neste ponto, questiona se um dia o Estado teve ou não uma soberania absoluta (*Idem*, p. 144).

nizações internacionais) capazes de fixar ou influenciar as políticas públicas nacionais de determinado Estado, estes também têm que ser responsabilizados. Ainda, de acordo com Chowdury e De Waart, organizações e instituições internacionais com personalidade jurídica própria, tais como o FMI e o Banco Mundial, também estão obrigadas a respeitar e promover o direito ao desenvolvimento⁵¹.

Contudo, a comunidade internacional não tem meios (organismos, recursos) para, sozinha, conseguir satisfazer as obrigações do direito ao desenvolvimento, motivo pelo qual a mesma tem que agir através de seus membros, *i.e.*, os Estados desenvolvidos⁵².

Na verdade, conforme disposto no artigo 3 (1) da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o Estado é o principal responsável pela implementação de condições nacionais e internacionais propícias à realização do direito ao desenvolvimento⁵³. No plano nacional, o Estado deve elaborar políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento⁵⁴, bem como eliminar as barreiras existentes⁵⁵ para sua efetivação. Ainda, o Estado deve incentivar a participação popular em todos os campos como forma de realizar plenamente todos os direitos humanos⁵⁶, bem como tomar todas as medidas necessárias para eliminar as violações de direitos humanos⁵⁷ e, conseqüentemente, realizar o direito ao desenvolvimento.

⁵¹ Chowdury e De Waart chegam a essa conclusão ao se referirem à Declaração das Nações Unidas sobre Cooperação Internacional e Desenvolvimento – UM. Doc. A/RES/S-18/3, de 4 de junho de 1990 (*apud* MATTAR, L. *op. cit.*, p. 14). Destaque-se, por relevante ao estudo, a definição de “comunidade internacional”. A Enciclopédia de Direito Público Internacional define comunidade internacional no âmbito do direito internacional por palavras-chaves, tais como patrimônio comum do homem, interdependência, ordem econômica internacional, comunidade legal internacional, *jus cogens* e lei dos direitos humanos. “Comunidade legal”, por sua vez, deriva dos princípios e regras de direito internacional. Ao unir as duas expressões, pode-se admitir que “comunidade legal internacional” engloba tanto os Estados quanto entidades organizadas dotadas de personalidade jurídica internacional (*apud idem*, p. 14).

⁵² *Ibid.*

⁵³ Embora não seja muito mencionada, vale destacar que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento foi acompanhada pela Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas (no. 41/133) denominada “Direito ao Desenvolvimento”, que afirma que o direito ao desenvolvimento só será alcançado se houver esforços nacionais e internacionais na sua implementação.

⁵⁴ Art. 2(3), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁵⁵ Art. 6(3), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁵⁶ Art. 8(2), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁵⁷ Art. 5, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Já no plano internacional, a palavra-chave é cooperação. Isto significa dizer que os Estados devem cooperar entre si para: (i) assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao mesmo⁵⁸; (ii) fortalecer e garantir os direitos humanos e liberdades individuais⁵⁹; (iii) promover o estabelecimento da paz e segurança internacionais⁶⁰. Ainda, dispõe o artigo 4 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que os Estados devem, individual ou coletivamente, cooperar com os Estados em desenvolvimento a fim de que estes possam realizar o direito ao desenvolvimento. Isto porque, de acordo com o preâmbulo desta Declaração, a cooperação internacional deve ser o meio para se resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, assim como para promover e incentivar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Pelo exposto, tem-se que os responsáveis pela promoção, garantia e implementação do direito ao desenvolvimento são: a comunidade internacional (o que engloba tanto os Estados quanto as instituições financeiras internacionais, multinacionais e organizações internacionais) e todos os seres humanos⁶¹.

4.3 Força normativa

O direito ao desenvolvimento é um princípio de direito internacional em geral e um princípio de direitos humanos em particular⁶². Contudo, sua força normativa é discutida. Nesse sentido, há três posições que devem ser debatidas: (i) a primeira sustenta que o direito ao desenvolvimento tem status legal; (ii) a segunda afirma que o direito ao desenvolvimento tem apenas uma conotação moral; e (iii) a terceira posição remonta a responsabilidade indireta dos Estados.

Em relação ao status legal, Bedjaoui sustenta que o direito ao desenvolvimento é tão incontroverso que deve pertencer ao *jus cogens*⁶³. Mesmo

⁵⁸ Art. 3(3), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁵⁹ Art. 6, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁶⁰ Art. 7, Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁶¹ Art. 2(2), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁶² Chowdury e De Waart *apud* MATTAR, L. *op. cit.*, p. 16.

⁶³ BEDJAOUI, M. *op. cit.*, p. 1193.

assim, Bedjaoui, a fim de encontrar respaldo para seu argumento, analisa a força legal das resoluções. De acordo com ele, o status legal de uma resolução depende da exatidão de seu conteúdo, da existência de mecanismos de implementação do direito e de seu resultado de votação.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é precisa em relação ao seu conteúdo - o direito ao desenvolvimento - e, em relação à votação, o único país que se manifestou de forma contrária a mesma foi os Estados Unidos. No entanto, a Declaração carece de mecanismos de implementação, mas, conforme destaca Bedjaoui, os artigos 55 e 56 da Carta das Nações Unidas sugerem uma *actio popularis* como mecanismo de implementação, uma vez que os Estados, através desses artigos, assumiram um compromisso de zelar pelos direitos humanos⁶⁴. Nesse sentido, a *actio popularis* seria o mecanismo faltante na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, embora ela dependa exclusivamente da vontade dos Estados em agir.

Anja Lindroos, por sua vez, analisa a força normativa do direito ao desenvolvimento em si, ao salientar que para um “interesse”⁶⁵ ter força legal, três requisitos têm que ser preenchidos⁶⁶. Em primeiro lugar, deve haver um responsável, individual ou coletivo, pela garantia e implementação desse direito. Em segundo lugar, esse direito tem que ter deveres correlacionados. E, em terceiro lugar, tal direito deve ter um conteúdo discernível. Analisando-se o direito ao desenvolvimento através da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, constata-se, como já mencionado, que o conteúdo da Declaração é definido e que os responsáveis pela garantia e implementação do direito ao desenvolvimento são a comunidade internacional e os seres humanos. Ainda, a própria Declaração estabelece inúmeros deveres aos Estados – de forma expressa - e aos demais integrantes da comunidade internacional – de maneira não expressa. Portanto, seja pelo critério proposto por Anja Lindroos seja por aquele proposto por Bedjaoui, constata-se que o direito ao desenvolvimento tem status legal.

⁶⁴ *Idem*, p. 1194.

⁶⁵ Aqui, direito é referido por Anja Lindroos como “interesse” (LINDROOS, A. *op. cit.*, p. 29).

⁶⁶ *Ibid.*

Contudo, se se entender que tal raciocínio não tem fundamento, deve-se buscar uma outra solução. A segunda posição a ser analisada refere-se à força apenas moral do direito ao desenvolvimento. Do ponto de vista da moral, é irrelevante se a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento tem status de tratado ou não – o que significa que a Declaração é ou não aplicável no sistema legal internacional⁶⁷. Isto porque, estando esta Declaração dentro do sistema das Nações Unidas, aplica-se à mesma os princípios estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).

De acordo com o preâmbulo da DUDH, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana remonta a existência de uma “ordem internacional moral”, válida independentemente do consentimento dos Estados⁶⁸. Portanto, assim como disposto na DUDH, os Estados têm o dever de cooperar com as Nações Unidas a fim de respeitar e promover os direitos humanos. Já a obrigação da comunidade internacional em respeitar os direitos humanos decorre tanto do dever imposto aos Estados quanto de uma valoração moral⁶⁹.

No entanto, se não se aceitar a força legal ou a força moral do direito ao desenvolvimento, mesmo assim o Estado, bem como a comunidade internacional, terão uma obrigação indireta na sua implementação. Isto porque, conforme já mencionado anteriormente, o direito ao desenvolvimento unifica os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos, *i.e.*, direitos humanos já positivados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁷⁰, ambos de 1966, o que já seria suficiente para caracterizar a obrigação indireta dos responsáveis⁷¹.

Apesar do exposto acima, a afirmação da força normativa do direito ao desenvolvimento continua sendo uma das questões principais, a fim de que seu respeito e sua implementação possam ser vigorosamente exigidos.

⁶⁷ MATTAR, L. *op. cit.*, p. 18.

⁶⁸ Chowdury e De Waart *apud idem*, p. 18-19.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Ambos os Pactos foram adotados pela Assembléia Geral das Nações Unidas através da Resolução 2.200-A (XXI), em 16 de dezembro de 1966, e ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

⁷¹ MATTAR, L. *op. cit.*, p. 20.

5. Conclusão

O direito ao desenvolvimento foi, durante a fase de descolonização (década de 1960), uma exigência firmada pelos Estados em desenvolvimento, que visavam atingir sua independência política através de uma liberação econômica⁷². Conforme exposto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986 e posteriormente confirmado na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável (parte da terceira geração de direitos). Contudo, deve-se ressaltar que sua consagração como direito humano não é pacífica entre os doutrinadores.

Dentre as definições do direito ao desenvolvimento abordadas, destaque-se a de Arjun Sengupta, que entende ser o direito ao desenvolvimento um processo no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. Ressalte-se, por oportuno, que todas as pessoas humanas e todos os povos devem participar deste processo, uma vez que participação é um dos pontos centrais do direito ao desenvolvimento.

Quanto aos sujeitos do direito ao desenvolvimento, verificou-se que o debate acerca do sujeito ativo (indivíduo ou coletividade) não tem muita importância, uma vez que a pessoa humana será sempre seu sujeito principal⁷³. Nesse sentido, urge-se a consagração expressa da comunidade internacional (Estados, instituições financeiras internacionais, multinacionais e organizações internacionais) como sujeito passivo do direito ao desenvolvimento, a fim de que se possa responsabilizar seus membros pela violação ou inobservância do direito ao desenvolvimento.

Em relação à força normativa do direito em tela, verificou-se que, independentemente da posição adotada⁷⁴, a comunidade internacional deverá sempre garanti-lo e realizá-lo. No entanto, faz-se necessário o estabelecimento expresso de sua força normativa para que se possa exigir da comunidade internacional seu respeito e sua implementação.

⁷² BEDJAOUI, Mohammed. *op. cit.*, p. 1177.

⁷³ Artigo 1(1), Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

⁷⁴ Foram estudadas três posições: (i) a primeira alega que o direito ao desenvolvimento tem status legal; (ii) a segunda sustenta que o direito ao desenvolvimento tem apenas uma dimensão moral; e (iii) a terceira alude à responsabilidade indireta dos Estados.

Em suma, o direito ao desenvolvimento é ainda um tema controverso, necessitando-se, portanto, de muito debate acerca do mesmo para que se possa chegar a um acordo. Sendo assim, sua implementação só será possível quando se atingir um consenso acerca de sua definição, abrangência, natureza e força legal, bem como quando seu sujeito passivo for expressamente delimitado.

Bibliografia

- BEDJAOUI, Mohammed. “The right to development” *in*: BEDJAOUI, Mohammed (org.). *International law: achievements and prospects*, Paris: Martinus Nijhoff Publisher and UNESCO, 1991.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos volume II*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DESAI, P.D. “Right to Development: Improving the Quality of Life” *in*: CHOWDURY, S.R. (org.). *The Right to Development in International Law*, Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1992.
- LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*, São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LINDROOS, Anja. *The right to development*, Helsinki: The Faculty of Law of the University of Helsinki & The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 1999.
- MATTAR, Laura Davis. *The right to development and structural adjustment programmes – an analysis through the lens of human rights*. Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos pela Sussex University, 2002.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ORFORD, Anne. “Globalization and the right to development” *in*: ALSTON, Philip (org.). *Peoples’ rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- PEREIRA, Antonio Celso Alves. “O direito ao desenvolvimento no contexto dos direitos humanos” *in*: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Janeiro/ Março 1992, nº 77/78.

- PIOVESAN, Flavia Cristina. *Direito ao desenvolvimento*. Texto produzido para o II Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2002.
- ROSAS, Allan. "The right to development", *in*: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Boston e Londres: Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia Das Letras, 1999.
- SENGUPTA, Arjun. *Fourth report of the independent expert on the right to development*. Disponível em: <www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/42fb12931fb5b561c1256b60004abd37?Opendocument>. Acesso em: 01 set. 2003.
- STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2000.

Participação política, cidadania e inclusão social

Regina Quaresma*

1. Introdução e Conceito

A proposta desta intervenção versará sobre o tema Participação Política, Cidadania e Inclusão Social. Enfrentar estas três dimensões, que estão imbricadas e amalgamadas, exige amadurecimento científico, criatividade e ousadia.

Não se pretende abordar a legislação que envolve a temática. Os legisladores produziram leis abundantes sobre o tema, difícil é efetivar tal legislação. Assim, vamos enfrentar a questão da efetivação através da participação popular e do necessário sentimento de cidadania para a inclusão social, e apontar algumas questões para reflexão.

Destaco duas questões centrais neste tema:

- 1) Como compreender a Cidadania hoje, no Brasil do Século XXI? Fomentando consciência e participação política - afinal só se pode buscar lutar pelo que se conhece.
- 2) Como exercer esta cidadania ativa e responsabilmente? Com educação, informação, conscientização e solidariedade – participando e se sentindo politicamente relevante.

* Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, membro fundadora da ABCD (Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas) e Professora de Direito Constitucional.

A Cidadania é uma idéia construída, e está em constante movimento, é fruto da nossa História. Uma invenção, e uma invenção nossa, da Humanidade, em permanente metabolismo sociocultural.

A Idéia de Cidadania nasce quando existem elementos que permitam seu surgimento, a cidadania é um como um broto, que tem uma longa jornada a percorrer até virar árvore, depende da participação de cada um de nós, do empenho, do conhecimento e do agir, mas não um agir qualquer, ela depende do agir coletivo, se apenas poucos cuidarem, interagirem e reagirem, este ideal não prospera.

A noção clara de cidadania leva tempo para se firmar, e depende da doação, do envolvimento e do compromisso permanente de todos. A Cidadania é o resultado de um conjunto de valores, um construído valorativo - axiológico, que surge da cultura de cada povo. Nasce do nosso passado, nosso presente e, a partir de um espaço imaginário de luta e enfrentamento social, gera o futuro.

Uma idéia essencial no conceito de cidadania consiste na sua vinculação com o princípio democrático. Por isso, podemos afirmar que a cidadania é o foco para onde converge a soberania popular.

Devemos ressaltar no seu conceito a cisão que o discurso jurídico burguês fez entre o “Homem” e o “Cidadão”, refletida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Lá, a expressão Direitos do Homem significava o conjunto dos direitos individuais, direcionando o aparato da sociedade para o objetivo de “servir” aos indivíduos, enquanto a expressão Direitos do Cidadão significava o conjunto dos direitos políticos, a capacidade de eleger representantes, votar e ser votado era o passaporte à democracia representativa.

Mas o conceito logo evolui para outras formas de participação, levando em conta não apenas os direitos políticos, mas também os sociais e fundamentais.

A cidadania, assim considerada, consiste na conscientização de que o Estado democrático não mais se sustenta sem ter como centro a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Humanos.

A Constituição brasileira de 1988 incorporou esta dimensão da cidadania, quando, logo no seu art. 1º, inciso II, a indica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, estamos diante de uma realidade crua onde o pobre não tem acesso nem mesmo às dimensões fundamentais de digna sobre-

vivência, quanto mais às fontes de informação, não há acesso ao conhecimento que alerte para os efeitos da sua inércia e ao respeito a seus direitos. Isso é uma questão fundamental de educação.

Há a necessidade de implementar uma nova agenda de prioridades que promova o pleno desenvolvimento da pessoa e a prepare para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, como determina formalmente a Constituição. Segundo o artigo 205: “a educação, direito de todos, e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Desse modo, a educação, um dos direitos sociais (art. 6º da CRFB/88), é concebida como mecanismo de formação de cidadãos. Mas o exercício efetivo da cidadania somente se procede mediante a apreensão de certos saberes necessários que, na prática, não conseguimos ainda alcançar.

O que perpassa a compreensão de cidadania enunciada pela Constituição Federal? A pedra de toque dessa perspectiva se concentra na idéia de que a cidadania somente se constitui de forma plena mediante ações positivas do Estado ou vedações ao exercício de seu poder.

Trata-se de estabelecer formalmente que o cidadão pleno é aquele que tem acesso aos direitos individuais, aos sociais, culturais e econômicos, na medida em que, sem os mesmos, a atividade política da cidadania se reduziria quase a zero. É evidente que esta concepção é mais avançada que a de cunho individualista, mas ainda não responde o núcleo do nosso problema e está longe de ser o suficiente. O exercício da cidadania não se dá, apenas, a partir de um certo ponto de partida, mas, fundamentalmente existe no sentido de conquistar uma nova condição de vida para as pessoas em sociedade. Um movimento de conscientização e enfrentamento constantes.

É importante lembrar que nenhum título ou status social existe por si mesmo, há de ser conquistado. É como o respeito, por exemplo, ele não se pede, se conquista.

Talvez aí resida a idéia de cidadania.

Também a universalização dos direitos humanos não é uma dádiva, mas processo contínuo de conquista determinado por intensos conflitos. E o cidadão é exatamente quem se insere ativamente nesse processo de luta por liberação.

A discussão jurídica, invariavelmente conduz a formalismos de diversas ordens, o que gera profundo bloqueio daquilo que de mais poderoso há no conceito de cidadania, que é o movimento de luta e de expansão da atividade coletiva. É necessário reorientarmos esta discussão. O conceito de cidadania não pode se resumir à teoria clássica da representação política, a capacidade eletiva.

Devemos perceber que a separação entre o político e o social é apenas uma ilusão criada para filtrar a potência constitutiva do social, impedindo-a de adentrar o cenário político de forma plena. Toda cidadania é política, social, econômica, cultural, jurídica, enfim, noção que afeta e se deixa afetar por uma multiplicidade de instâncias da vida.

É preciso conceber a cidadania como movimento dos que se inserem nas infinitas possibilidades que perpassam a existência humana. Não faz sentido, não dá certo e exclui atribuir a condição de cidadão apenas a quem está inserido nas 'propriedades' clássicas que definem o cidadão, como o título de eleitor. O cidadão também é Homem. Há um cidadão-negro, um cidadão-mulher, um cidadão-criança, um cidadão-idoso, um cidadão-deficiente, um cidadão-artista, um cidadão-homossexual, um cidadão-pobre, enfim, há cidadania por toda parte, a cidadania é desmedida e inapreensível, e aqui, me valho das palavras precisas do Professor Francisco de Guimaraens quando afirma que: "a Cidadania é mais oceano do que lago, mais magma do que rocha, mais molécula do que célula".

Então, o que pensar sobre estas conjecturas?

Sistematizando resumidamente podemos enumerar: 1) A cidadania depende da ética, sem este valor principiológico, sem esta base, nada se sustenta, sem compromisso e responsabilidade não alcançamos nosso objetivo. 2) É fundamental também o conhecimento e respeito às Leis e ao outro, eis a gramática da inclusão. 3) É necessário desejar superar a evolução histórica excludente e buscar a visão inclusiva que permita a participação popular, temos aqui necessidade de emancipação real e contemporânea. 4) O conceito de cidadania não pode se resumir à capacidade eletiva, pois a separação entre o político e o social é apenas ilusão, invenção, criada para filtrar o Poder constitutivo do Homem, impedindo-o de adentrar o cenário político de forma plena e eficaz, interagindo e participando de fato.

2. Participação política e suas fases

Tendo em vista esta breve síntese conceitual é importante focar a questão da participação popular em si. O que é participação popular? Imagino a participação popular em três grandes fases de manifestação.

A primeira é a idéia, e tudo parte desse pressuposto, de soberania popular, de que todos somos iguais e, portanto uma decisão que afete a todos só pode ser legitimamente tomada se todos estiverem de acordo, ou pelo menos se a maioria estiver de acordo, na seqüência chegamos à primeira fase da participação popular que é a própria representação política.

Então, uma primeira fase muito simples de participação popular é o voto, eleger representantes. Tradicionalmente as pessoas votam e, de 2 em 2 ou de 4 em 4 anos, se reencontram com o “problema” político, é como se ele fosse esquecido durante um certo tempo e a nova participação da população só fosse solicitada ao fim dos mandatos, quando é necessário eleger ou reeleger representantes. É a participação política indireta.

Uma segunda fase, e estas fases eu as imagino cumulativas, são os mecanismos de Participação Política Semidireta, alguns dos quais foram acolhidos por nossa Constituição. Primeiro a idéia de iniciativa popular (Art. 61, § 2º CRFB/88) redonda na possibilidade da população apresentar diretamente projeto de lei e, segundo, as consultas populares (art. 14, CRFB/88 e Lei 9.709/98), seja o referendo ou o plebiscito, procuram, de alguma forma incrementar a idéia de participação popular, ou seja, se participa indiretamente pelo voto, de tempos em tempos e, em algum momento intermediário volta o povo a Poder participar apresentando projetos de lei ou sendo convocado a se manifestar em plebiscitos ou referendos.

Incrementa-se então formalmente, a possibilidade de participação popular. Entretanto, o resultado desses atos depende das autoridades constituídas, dos representantes eleitos. No caso das consultas, uma convocação e no caso da iniciativa popular, os cidadãos podem apresentar projetos de lei, mas a deliberação também dependerá dos representantes eleitos. Realizando breve análise histórica, é possível afirmar que essas formas têm demonstrado sua ineficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

A terceira fase ocorre mediante mecanismos da Participação Política Direta, através dos quais o cidadão poderá participar de forma direta e permanente das deliberações do Poder Público, sempre no sentido de

influenciar na decisão. Existem algumas possibilidades previstas na nossa Constituição, como a Ação Popular (Art. 5º, inc. LXXIII), a obrigatoriedade das contas públicas municipais estarem à disposição de qualquer contribuinte para controle (Art. 31, § 3º), a cooperação de associações representativas no planejamento municipal (Art. 29, inc. XII), a possibilidade de denúncias ao Tribunal de Contas por todos os particulares (Art.74, § 2º), e ainda o orçamento participativo, instrumento pelo qual os Prefeitos podem debater com a Sociedade o destino das verbas Públicas. Há mecanismos especialmente previstos na Constituição para a Participação Política Direta. Mas não é apenas isto, existem ainda outras maneiras interativas que foram se desenvolvendo ao longo do tempo. Hoje está disponível na Internet o orçamento da maior parte dos entes federativos. Há assim formas institucionais de participação popular nesta terceira fase, também, pelas quais se pode continuamente estar participando do processo político das decisões, que afetam todas as pessoas. Ressaltamos o aumento da participação nas associações, nos sindicatos, na mídia, nos Lobbies, no terceiro setor (ONGs) etc. Mas são movimentos ainda buscando expressão coletiva necessária.

3. Participação Política e sua Ineficácia

Então qual seria o problema disso? Parece tudo tão correto e bem orquestrado. O problema é que na maior parte dos casos, na maior parte dos Estados, tudo isto funciona mal.

Na primeira fase, da eleição indireta de representantes do povo pelo voto, o problema é menos visível, porque no Brasil o voto é obrigatório, o que não afasta o problema dos argumentos e debates na hora da participação. Nessa fase, da teoria clássica de representação, vale lembrar que eleger representantes no Executivo e Legislativo apresenta o sério problema da superficialidade nas discussões. No nosso país o Povo se mobiliza em torno dos cargos Executivos e a discussão em relação ao Legislativo é extremamente incipiente.

Portanto, temos o sistema, temos o instrumento, mas a participação popular, apesar da maioria votar, pois é obrigatório, denota falhas. Apesar dos 53 milhões de votos que elegeram nosso Lula, e do inegável sentido emblemático que isto representa, é também inegável o desinteresse das pessoas em participar.

Se trouxermos esta questão para alguns Estados da Europa e Estados Unidos, por exemplo, verificaremos o mesmo problema, só que com maior intensidade. Não há candidato, onde o voto é facultativo que, junto a seu arsenal de campanha não tenha em cargo de destaque um meteorologista, pois, se chover a coisa complica e se fizer muito sol, também.

Portanto, a capacidade de mobilização para eleger representantes está esvaziada ou tem sido muito pequena em face da participação efetiva que deve existir, vale dizer não basta elegermos, temos que construir junto.

Não bastou elegermos o “Messias”, governar não é simples, ainda mais no continente que é o Brasil, e o tempo é pouco para “salvar a pátria” culturalmente desmobilizada, faminta e com complexidades de toda ordem.

Na segunda fase, os mecanismos de Participação Política Semidireta trazem os mesmos problemas da primeira, no sentido da apatia dos cidadãos e, no caso brasileiro temos ainda as dificuldades institucionais. Não são convocados plebiscitos nem referendos (Art. 14 e lei 9.709/98) e o processo pelo qual o povo pode apresentar projeto de lei pela iniciativa popular é extremamente complexo, exige um *quorum* praticamente utópico (Art. 61, § 2º).

Na terceira fase igualmente existem problemas, é muito difícil ver Ações populares propostas realmente por populares, verificamos hoje que a maioria das ações populares são coletivas e geralmente encabeçadas ou por um ilustre desconhecido ou notório conhecido, seguido de e outros, portadores de título de eleitor e defendendo direitos realmente pouco populares. Da mesma forma, denúncias a tribunais de contas e controle efetivo são mecanismos desconhecidos e pouco usados. Há associações que se dedicam a esse controle, mas não representam um dado que ainda seja relevante como deve, que mobilize as pessoas no sentido de participar do controle e decisões do Poder Público no seu dia a dia. E refiro-me ao povo em geral, o povo brasileiro.

4. Inapetência Participativa: Perspectivas?

Por que? Quais as razões pelas quais as pessoas não estão interessadas em participar do processo político? Aqui, é necessário pensar nas causas desta inapetência, pois ela exclui e inviabiliza o exercício da cidadania. São apenas algumas idéias e inquietações que compartilho.

O primeiro problema que levanto como causa para a inapetência no processo político ou na participação popular é o problema educacional, já destacado desde o início. Diante da urgente necessidade de sobrevivência, e sobrevivência apenas, as pessoas não têm sequer o que comer, como ter acesso e interesse à informação? Neste caso o processo político passa a ser artigo de luxo. O programa fome zero foi criado para minimizar este estado de excluídos famintos.

Uma segunda razão para esta indiferença política, razão que atinge pessoas que não são as do primeiro exemplo, é a falta de informação. Mesmo as pessoas que não precisam brigar pelo prato nosso de cada dia, que têm condições dignas de sobrevivência material padecem de uma grave falta de informação cívica.

Estes cidadãos não sabem o que o Legislativo faz, não sabem quais as repercussões das decisões da Assembléia Legislativa, Câmara dos Vereadores, o que é o Congresso Nacional, muito menos quais são as atribuições do Presidente da República. Tudo isto é muito obscuro, coisa para especialista. Será?

E não é à toa que presenciamos nos momentos de propaganda eleitoral candidatos a deputado federal prometendo coisas que só o Executivo pode fazer. Candidatos a vereador prometendo deliberações que cabem ao Congresso Nacional, e assim por diante.

4.1. Os Limites do Direito

Uma outra idéia que gostaria de compartilhar é a de que estes problemas não podem ser resolvidos por mecanismos jurídicos. É preciso sempre ser humilde e reconhecer os limites do próprio Direito, na medida em que ele também é uma invenção humana e serve apenas de ferramenta, estando longe de ser solução para uma sociedade complexa como a nossa.

Mas, apesar de tudo, o Direito, por ser ferramenta nesse processo, não dá aos seus operadores o salvo conduto de ignorar os problemas, ao contrário, devemos buscar mecanismos de inclusão, estudar os fatos e buscar soluções.

5. Um Convite à Reflexão

Então, resumindo as idéias temos: 1) O problema da dignidade das pessoas sem acesso sequer aos direitos individuais do Liberalismo Clássico (paz e segurança) nem os Sociais (educação, saúde, alimentação, lazer, moradia - Art.6ºCRFB/88). 2) A questão da educação política básica ou sua falta, traz alienação e desmobilização. Isto transcende em muito o direito, trata-se, de grave problema cultural de exacerbado individualismo que conduz ao tipo de sociedade que o mundo civilizado ocidental, infelizmente, consagrou.

As pessoas não têm capacidade para pensar em nada diferente daquilo que possa lhes trazer algum proveito próprio, direto e, de preferência imediato. As pessoas estão, às vezes por falta de opção, ocupadas demais em resolver seus próprios problemas. Estão preocupadas em investir na carreira, no futuro etc, para dedicar algum tempo a um processo que apenas indiretamente, ou remotamente possa lhes trazer algum benefício.

Os projetos hoje, em sua maioria são puramente individuais e os processos coletivos, como o processo político estão fora de moda, um pouco fora do tempo, deslocados historicamente.

As pessoas hoje, (e este é um caos complexo, profundo e grave), geralmente não pensam coletivamente, elas pensam individualmente e aí, se dedicar a qualquer causa coletiva parece roubar tempo para viver ferozmente esta individualidade, este deserto onde o outro não entra. Entretanto, o horizonte não é tão pessimista, veremos que existem vários movimentos de resistência e enfrentamento do modelo consagrado em marcha.

A relação entre pensar o problema individual que exclui o outro, se desloca perigosamente para a barbárie, gerando movimentos absolutos e absurdos, como o neofascismo e o neonazismo, neste contexto, o “outro” perde qualquer sentido. E, sem o outro, quem somos? O que somos? Sem a dimensão coletiva e solidária, estaremos no vácuo, vivendo o nada. O que fazer então?

Devemos ter na Constituição uma possibilidade concreta e eficaz. As Associações como uma necessidade rotineira, a Solidariedade e a Responsabilidade pelo que está por vir como um dever, um dever de todos. Há muito que fazer.

Hoje, mais do que nunca, é tempo de inventar uma nova agenda e ordem de prioridades, uma nova gramática, mais democrática e igualitária, capaz de celebrar a interdependência entre democracia, desenvolvimento e cidadania. Devemos fomentar a participação política consciente, o sentimento de cidadania, e a proximidade com a Constituição, com a finalidade de afirmar ideais que tenham sua centralidade no valor da absoluta prevalência da Dignidade Humana.

É preocupante o individualismo excludente dos nossos tempos, mas devemos ter esperança. Devemos ter fé na natureza humana. Afinal, o homem é o único ser capaz de desenvolver senso ético, de agir comunicativamente, e de aprender a ver e respeitar o outro. Apesar de sua ferocidade individualista, da comprovada indisposição para pensar coletivamente, sempre terá necessidade do outro, necessita ter a consciência de que deve e pode construir junto. Para No meio do deserto individualista há um oásis denominado solidariedade.

Senão o que explicaria o movimento coletivo e poderoso das Diretas Já ou do Impeachment do Collor? Inúmeros movimentos de resistência têm mostrado sua força coletiva e consciente, agindo incisivamente por sua inclusão. Criamos o Fórum Social Mundial, o Fórum Social Europeu, a resistência ao encontro dos G8, Davos, e muitos outros espaços exigindo saídas contra a ferocidade Imperialista, rumo a solidificação dos Direitos do Homem.

Estejamos atentos para a série de acontecimentos que vêm ocorrendo, colocando em cheque essa perversa e excludente ordem do individualismo absoluto.

6. Algumas Brevíssimas Conclusões

Assim, podemos resumir: 1) Seja por falta de tempo, educação ou interesse, o Homem não sabe da maioria de Direitos que possui; está, de forma geral, envolvido com problemas particulares; 2) é fundamental o compromisso com a ética e a inclusão pelo conhecimento, impossível sem educação; 3) deve haver um esforço comunitário constante para fomentar a busca do espaço real de uma construção sólida privilegiando o respeito em detrimento da perversão do abandono e do nada.

6.1 Um Conselho Solidário

Cabe a nós escolher o nosso papel em todo este cenário. É fundamental que sejamos fascinados pelo que fazemos. O Homem não é um monstro egoísta seguro apenas por coação ou competitividade. O Ser Humano pode tudo quando percebe que tem possibilidades. Não temos o direito de sermos omissos. Nada é pior que a omissão, que traz o vazio e a impotência.

O viver é caminhar com um punhado de interrogações em uma mão e possibilidades na outra. Sejam sábios na busca de reconhecer o espaço simbólico de luta, e de nos incluirmos nele. É fundamental andar, dar sempre mais um passo, jamais devemos nos acomodar, precisamos aguçar os sentidos e ver o que é possível fazer para não nos deixarmos excluir deste cenário em constante ebulição.

O Programa Fome Zero no Brasil: uma análise crítica sob uma perspectiva dos Direitos Humanos

Thaís Marília Aguiar Franceschini*

Introdução

“A fome, por mais que seja descrita nos livros, provavelmente não será sentida por quem lê”, disse Luiz Inácio Lula da Silva - mais conhecido como Lula, presidente do Brasil eleito em outubro de 2002 - numa Conferência na London School of Economics, renomada Universidade da Inglaterra, em 14 de junho de 2003. Uma das principais prioridades do novo governo brasileiro é combater a fome¹ e promover o acesso à alimentação com dignidade a todos os brasileiros, até o final dos quatro anos de mandato. Neste contexto, o Programa Fome Zero foi lançado com o objetivo de preencher uma importante lacuna na agenda política brasileira: a inexistência de um amplo programa de segurança alimentar e nutricional capaz de coordenar e integrar inúmeras ações nos níveis federais, estaduais, municipais e da sociedade civil.

* Mestre em Teoria e Prática dos Direitos Humanos pela Universidade de Essex (Inglaterra), Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB) e Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.

¹ Há diferentes maneiras de se definir a fome. De acordo com Urban Jonsson, ela pode ser descrita como uma “deterioração da saúde e/ou performance social produtiva de indivíduos que ingerem alimentos em pequena quantidade, ou de maneira errada, ou ambos. A pessoa pode ou não reconhecer a fome.” JONSSON, Urban. “The socio-economic causes of hunger”, in: *Food as a Human Right*, Tokyo: The United Nations University, 1984, p. 175.

Tendo em vista a importância deste assunto e a relevância, no meu entendimento, de uma abordagem sob uma perspectiva dos direitos humanos, o objetivo principal deste trabalho é analisar até que ponto o Programa Fome Zero possui características que refletem normas e valores preconizados nos direitos humanos internacionais.²

A idéia de analisar criticamente o Programa Fome Zero surgiu da percepção de que, embora não exista uma solução única e simples para erradicar a fome, uma abordagem do problema sob a perspectiva dos direitos humanos pode vir a fortalecer as políticas que visem a combater este mal, tornando-as mais efetivas e vigorosas. Como um direito humano, o direito à alimentação “situa-se acima da concepção onde a política de segurança alimentar é submetida à opção política. Comprometimento, responsabilidade, transparência e o devido processo sob a vigilância internacional são regras de conduta que impõem mais responsabilidades aos governos quando tratadas como direitos humanos do que como simples opção política.”³

De acordo com as *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, uma abordagem que inclua os direitos humanos pode trazer uma série de vantagens às estratégias de redução da pobreza na medida em que reforça e confirma que os direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo o direito à alimentação, são direitos humanos internacionais obrigatórios e não somente “aspirações programáticas.”⁴

O presente estudo está dividido em três partes principais. No primeiro capítulo algumas breves considerações sobre o direito à alimentação como um direito humano serão levantadas, bem como uma análise sobre a fome e a desnutrição no Brasil sob a perspectiva do direito à alimentação.

² Com este objetivo em mente, uma série de publicações e diretrizes sobre direitos humanos, tais como as “*Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*”; Comentário Geral n° 12; *Statement adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Poverty*, bem como outros documentos e artigos sobre o assunto serviram de base para analisar a proposta do governo para combater a fome no Brasil.

³ *Resources Mobilization to Ensure the Right to Food* (Food and Agriculture Organization of the United Nations - FAO, World Food Summit - Five Years Later, 10-13 June 2002, § 6).

⁴ HUNT. P., NOWAK. M., OSMANI. S. *Draft Guidelines: A Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*, Office of the High Commissioner for Human Rights, 10 September 2002, § 24.

Na segunda parte uma síntese do Programa Fome Zero será apresentada. No terceiro capítulo encontra-se a parte principal deste estudo em que apresentaremos uma análise crítica do Programa dentro da ótica dos direitos humanos. Falhas potenciais bem como pontos positivos serão apontados e analisados. A conclusão, juntamente com algumas sugestões, tendo como objetivo a inserção de alguns elementos dos direitos humanos ao Programa Fome Zero compõem a parte final deste estudo.

1. O Direito à Alimentação e uma Análise da Fome e Desnutrição no Brasil

1.1. O Direito à Alimentação – Algumas Considerações Gerais

O direito fundamental a uma alimentação adequada é amplamente reconhecido em tratados e documentos internacionais. O direito a um adequado padrão de vida, incluindo o direito à alimentação, é reafirmado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). A Declaração Universal não traz obrigações legais aos seus signatários, constituindo, no entanto, um instrumento indubitavelmente persuasivo. Por outro lado, o PIDESC é um tratado que cria obrigações legais para todos os seus Estados membros.⁵ Além disso, inúmeros instrumentos internacionais (declarações, resoluções, programas de ação) incorporam o direito à alimentação e outros tratados e documentos podem também proteger este direito de uma maneira direta ou indireta.⁶

⁵ Os Estados-membros do PIDESC poderão adotar as medidas enunciadas no Pacto progressivamente, de acordo com a disponibilidade de recursos. No entanto, apesar desta prerrogativa, tais Estados possuem a obrigação central de tomar as medidas necessárias para mitigar e aliviar a fome e para agir com toda efetividade possível, visando à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sempre que obrigações previamente assumidas não são cumpridas ou respeitadas, os Estados têm que demonstrar sua boa-fé na tentativa de fazê-lo, e isso irá delimitar a diferença entre inabilidade e má-fé.

⁶ Ver artigos 24 e 27 da Convenção dos Direitos das Crianças e Adolescentes; artigo 6 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; artigos 12 e 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW); Convenções da Organização Mundial do Trabalho; artigo 12(1) do Protocolo Adicional da Convenção Americana de Direitos Humanos na Área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador).

A concepção de que o direito à alimentação significa muito mais do que a disponibilidade de alimentos vem se tornando amplamente reconhecida e aceita. A realização do direito à alimentação de qualidade depende da disponibilidade de alimentos, respeitando características culturais em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer todos os indivíduos, e na acessibilidade (econômica e física) de alimentos “de formas sustentáveis e que não interfiram no gozo de outros direitos humanos.”⁷

Entretanto, apesar de alguns exemplos de progresso, é inegável que o direito à alimentação continua a ser negado e violado em todo o mundo.⁸ Na prática, a grande maioria dos governos não trata a erradicação da fome e desnutrição como uma prioridade. A realidade é que embora tenha havido uma grande conscientização sobre a necessidade de encontrar meios de garantir este direito humano fundamental, “o direito à alimentação está muito longe de ser uma realidade para todos.”⁹

1.2. O Direito à Alimentação, Fome e Desnutrição no Brasil

No que diz respeito ao direito à alimentação, o Brasil é parte de todas as convenções internacionais relevantes a este direito fundamental, e ratificou, sem reservas, o PIDESC. Apesar de a Constituição de 1988 não fazer menção ao direito à alimentação, “há previsão de uma vasta gama de “direitos sociais” e o direito à alimentação pode ser derivado de outros direitos na Constituição (ex. direito a um salário mínimo, reforma agrária, assistência social, educação, não discriminação e o direito à vida).”¹⁰

⁷ Draft Guidelines, *supra*, n. 4, § 92.

⁸ Como foi registrado no Relatório de Desenvolvimento Humano de 2000, apesar de consideráveis progressos terem ocorrido nos padrões de vida, aproximadamente 790 milhões de pessoas estão famintas ou com alimentação deficiente. (UNDP: Human Development Report 2000, *in: Human Rights and Human Development*, p. 8).

⁹ ROBINSON, Mary. *The Right to Food: Achievements and Challenges* (United Nations High Commissioner for Human Rights. World Food Summit - 5 Years Later, Rome, Italy, 8-10 June 2002), § 2.

¹⁰ ZIGLER, Jean. Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mission to Brazil, (Commission on Human Rights, 3 January 2003), § 17. Ademais, uma significativa emenda para incluir no artigo 6º da Constituição Federal o direito à alimentação como um direito social foi proposta pelo Senador Antonio Carlos Valadares. A emenda em questão já foi aprovada

O Brasil possui uma das mais avançadas Constituições do mundo, com uma notável inclusão de direitos econômicos, sociais e culturais¹¹, bem como leis que são especialmente favoráveis aos direitos humanos. Na prática, porém, o país enfrenta diariamente a triste realidade de uma ampla violação de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de direitos civis e políticos.

O fato é que, apesar de alguns avanços na área do direito à alimentação, fome e desnutrição são ainda uma forte realidade que continua a assombrar o país. Em um estudo realizado em 2002 pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - foi apontado que, em uma população de aproximadamente 170 milhões, o Brasil possui 54 milhões vivendo abaixo da linha da pobreza, isto é, em uma situação de insegurança alimentar. Adicionalmente, 22 milhões estão abaixo da linha extrema da pobreza, o que significa que sua renda não pode garantir a necessidade mais básica de todas: a alimentação.¹²

O problema no Brasil não é insuficiência de alimentos, mas sim o fato que milhões de brasileiros não têm acesso aos mesmos. A produção no país é mais que suficiente para alimentar todos os brasileiros de acordo com a FAO - Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. A falta de recursos para combater a fome também não pode ser usada como pretexto. Conforme defendido por especialistas, as dificuldades de acesso aos alimentos não decorrem da falta de recursos, sendo, na realidade, “causadas pelo modelo de desenvolvimento concentrador de riqueza e perpetuador de profundas desigualdades.”¹³

pelo Senado brasileiro em 28 de abril de 2003 e se encontra, ao tempo deste estudo, para apreciação na Câmara dos Deputados.

¹¹ O artigo 5º da Constituição Federal prevê que os direitos e garantias dos tratados internacionais, para os quais o Brasil é membro, são considerados parte da lei nacional e podem ser aplicáveis diretamente. Neste sentido, violações dos direitos humanos, incluindo o direito à alimentação podem ser sujeitos ao exame de cortes “ou entidades (quase)-judiciais.” No entanto, o Brasil possui um Judiciário ainda conservador que “não considera os direitos econômicos, sociais e culturais como passíveis de serem submetidos a julgamento no caso de violações, diferentemente de avanços que vêm sendo observados em outros países.” (ZIGLER, J. *supra*, n. 10, § 19).

¹² Ver ZIEGLER, J. *supra*, n. 10, § 8, nota 5.

¹³ VALENTE, Flávio. *Relatório Brasileiro sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais 2003*, p. 154, § 117.

Sem dúvida, uma desigualdade gigantesca é um dos mais sérios desafios a serem enfrentados na luta contra a fome no país. O Brasil é o terceiro país mais desigual do mundo.¹⁴ E o triste diagnóstico da situação da fome no país é ainda mais inaceitável quando comparamos o Brasil com outros países com o mesmo PIB e constatamos que o nível de fome e pobreza é mais elevado aqui.¹⁵

Dentre os diversos obstáculos à realização do direito à alimentação no Brasil apontados pelo Relator Especial das Nações Unidas pelo Direito à Alimentação, Jean Ziegler, e pelo Relator Nacional para os Direitos Humanos à Alimentação Adequada, Água e Terra Rural, Flávio Valente, podemos citar: (i) a adoção de um modelo econômico neoliberal; (ii) as dívidas do Brasil e os ajustes fiscais impostos pelo FMI - Fundo Monetário Internacional; (iii) as relações clientelistas¹⁶; (iv) a ausência de mecanismos de reparação administrativos ou judiciais; (v) corrupção e impunidade¹⁷; (vi) resistência por parte da elite e classe média no Brasil à reformas em gastos sociais, o que constitui um problema na reorientação destes gastos em favor dos pobres, o que acaba por disseminar, perpetuar e até mesmo intensificar a atual desigualdade social que caracteriza o país; (vii) uma “forte cultura de discriminação e naturalização da miséria e da fome (...). A pobreza é vista como natural ou parte do destino das pessoas.”¹⁸

¹⁴ Apenas a África do Sul e Malawi possuem distribuições de renda piores que o Brasil. *Projeto Fome Zero: Uma Proposta de Política de Segurança Alimentar para o Brasil*, Outubro 2001, p. 80. Estudos apontam que os 10% mais ricos da população possuem 50% da renda no Brasil e os 50% mais pobres, apenas 10%.

¹⁵ ZIEGLER, J. *Supra*, n. 10, § 43.

¹⁶ “Clientelismo é o termo usado para descrever como pessoas ou grupos de status mais elevados (patrões) tiram vantagem de sua autoridade e de seus recursos para proteger e beneficiar àqueles que possuem um status inferior, em troca de votos e/ou lealdade.” ZIEGLER, J. *Supra*, n. 10, § 29, nota 30.

¹⁷ A punição de gestores públicos responsáveis por ações de improbidade administrativa é dificultada devido à insuficiência de legislação vigente no Brasil com este propósito. Ademais, a morosidade do Judiciário na tramitação dos processos e na emissão das sentenças, bem como fortes indícios de conivência do Judiciário com estas irregularidades podem ser levantados como fatores que contribuem para o elevado grau de corrupção e impunidade no país. VALENTE, F. *Supra*, n.13, p. 230, § 174.

¹⁸ VALENTE, F. *Supra*, n. 13, p. 163, § 170.

2. Breves Considerações sobre o Programa Fome Zero

O Programa Fome Zero, que se encontra em processo de implementação pelo governo brasileiro desde janeiro de 2003, tem como base o *Projeto Fome Zero* - um documento apresentado em outubro de 2001 por Lula em nome da ONG *Instituto Cidadania*, como uma proposta de segurança alimentar e erradicação da fome no Brasil. O resultado são 118 páginas de uma análise detalhada sobre a situação da fome no país juntamente com uma série de propostas e políticas estruturais, emergências e específicas¹⁹ a serem implementadas na luta contra este mal que constitui uma triste realidade para milhões e milhões de brasileiros. Vale mencionar que algumas das propostas apresentadas em 2001 foram (e em alguns casos ainda são) alvo de críticas e estão sendo, por esta razão, revisadas e adaptadas.²⁰

O *Projeto Fome Zero* apresenta um estudo histórico sobre a construção do conceito de segurança alimentar. Além disso, o *Projeto* descreve as Estratégias de Redução da Pobreza adotadas no país ao longo dos anos 90, apresentando também um diagnóstico sobre o problema da fome no mundo e no Brasil. A alimentação de qualidade é reconhecida como um direito humano inalienável e ao longo do *Projeto* grande ênfase é dada à necessidade de garantir o acesso à alimentação com dignidade.

No entanto, apesar de o *Projeto Fome Zero* reconhecer a alimentação de qualidade como um direito humano inalienável de todo cidadão, o desafio de integrar, de fato, direitos humanos à estratégia de combate à fome pode reforçar alguns dos elementos já existentes e também incorporar outros ainda não inseridos, mas igualmente importantes.

¹⁹ Políticas estruturais e intervenções emergenciais são apresentadas como parte do *Projeto Fome Zero*. Grande destaque é dado à importância de não se restringir o Programa unicamente a intervenções emergenciais ou então a políticas estruturais que não levem em consideração medidas de natureza emergencial. O *Projeto* também aponta que áreas rurais e urbanas demandam políticas diferenciadas já que o perfil da fome nas cidades é diferente daquele que encontramos no campo. Também é mencionado que são necessárias políticas específicas para erradicação da fome para atender a diferentes segmentos da população. Por esta razão, políticas específicas são também apresentadas como parte do *Projeto*.

²⁰ Assim que Lula foi eleito, um Grupo de Trabalho - Joint Working Group - formado por representantes de um Grupo de Transição e por funcionários da FAO, BID e Banco Mundial (convidados pelo Presidente eleito) foi criado com o objetivo de revisar o *Projeto* apresentado originalmente em 2001. Adicionalmente, devido a algumas críticas que foram surgindo durante o ano de 2003, algumas das propostas previamente apresentadas foram revisadas e adaptadas.

3. Análise Crítica do Programa Fome Zero sob a Perspectiva de Direitos Humanos

De acordo com inúmeros especialistas e defensores dos direitos humanos, embora se reconheça que direitos humanos “per si” não são “a” resposta, “eles podem ajudar a equalizar a distribuição e o exercício de poder dentro e mesmo entre sociedades.”²¹ Estratégias baseadas em uma abordagem de direitos humanos internacionais “têm mais chance de serem efetivas, sustentáveis, incluídas, equitativas e significativas para aqueles que vivem na pobreza.”²²

Nas seguintes subseções, uma investigação da extensão na qual o Programa Fome Zero está de fato levando em consideração importantes elementos dos direitos humanos tais como a inclusão do conceito de direitos, monitoramento, responsabilidade, indicadores e marcos será apresentada.²³

3.1. Inclusão do Conceito de Direitos

“O caminho mais fundamental por meio do qual o empoderamento ocorre é através da introdução do próprio conceito de direitos.”²⁴ O primeiro passo para se dar o empoderamento é através do reconhecimento de que os famintos e pobres têm necessidades, mas que eles também têm direitos. E direitos criam obrigações legais.

No que diz respeito a esta questão, o Programa Fome Zero é consistente com as *Draft Guidelines* e demais normas de direitos humanos. Com grande frequência é enfatizado no *Projeto* que a

²¹ Statement of CESCR on Poverty and ICESCR, 10 May 2001, § 6.

²² *Ibid*, § 13. “O que é essencial de se reconhecer é que uma abordagem dos direitos humanos à problemática da fome oferece àqueles que se dedicam ao desenvolvimento e à fome não apenas mais uma análise das razões pelas quais as pessoas não têm uma alimentação adequada - uma simples continuação da “pesquisa sobre a miséria” -mas sim a possibilidade de operacionalizar um conjunto de normas, uma série de declarações de como as coisas “*deveriam ser*” contra as quais a performance dos Estados poderiam ser analisadas.” (EIDE et al: “Introduction: The Food Problématique”, in: *Food as a Human Right*, supra, n. 1, p. vii.).

²³ Com o objetivo de evitar um superficialismo e de realizar uma análise mais aprofundada sobre esta questão, a necessidade restringir e eleger, dentre os elementos dos direitos humanos, os mencionados acima, acabou emergindo.

²⁴ *Draft Guidelines*, supra, n. 4, § 5.

alimentação é um direito humano inalienável e que é dever do Estado criar as condições para a população brasileira fazer uso efetivo do mesmo com dignidade.²⁵ Já no primeiro parágrafo e em outras seções do Projeto, o PIDESC é mencionado.²⁶ O dever do Estado de respeitar, proteger e garantir os direitos humanos a todos os cidadãos dentro de sua jurisdição é também mencionado. Assim, a idéia levantada nas *Draft Guidelines*, de que a redução da pobreza é muito mais que caridade, encontra essa contrapartida no Programa.

No entanto, apesar do devido reconhecimento no *Projeto Fome Zero* de que a alimentação é um direito humano inalienável, existe também uma premência de ir além deste reconhecimento indubitavelmente positivo. A necessidade de incorporar elementos dos direitos humanos contemplados nos instrumentos internacionais é também essencial e urgente para aumentar a eficiência do Programa. Katarina Tomasevki corretamente defende que uma diferença pode ser estabelecida entre “aquelas estratégias que reconhecem um dado direito como um direito humano e aquelas que definem também indicadores para seu monitoramento e mecanismos para sua proteção.”²⁷ As seguintes subseções oferecem uma análise da extensão na qual o governo brasileiro está de fato integrando alguns destes elementos na estratégia de erradicação da fome no país por meio do Programa Fome Zero.

3.2. Elementos da Estrutura Normativa de Direitos Humanos

3.2.1. Monitoramento

Um sistema de monitoramento eficiente é essencial para transformar os benefícios definidos em políticas e estratégias em realidade.²⁸ De

²⁵ Ver Projeto Fome Zero, *supra*, n.14, pp. 5, 10, 14, 15, 83.

²⁶ Projeto Fome Zero, *supra*, n.14, §§ 9 e 14.

²⁷ TOMASEVSKI, Katarina. “Human Rights Indicators: The Right to Food as a Test Case” *in*: NIJHOFF, Martinus. *The Right to Food. International Studies in Human Rights*, 1984, p. 153.

²⁸ Um sistema de monitoramento tem como objetivo ajudar na identificação de áreas nas quais aqueles que têm obrigações de realizar direitos devem se concentrar ou para as quais suas atenções devem ser redirecionadas e também “permitir que aqueles que possuem direitos possam responsabilizar os que têm obrigações quando estes falham na realização das mesmas.” *Draft Guidelines*, *supra*, n. 4, § 224.

acordo com Jean Ziegler, “em uma abordagem baseada na inclusão de direitos, eficientes mecanismos de monitoramento devem ser incorporados à estrutura legal e reguladora para assegurar que os programas sejam implementados e atinjam seus beneficiários dentro de um limite de tempo específico.”²⁹

No Brasil, a fragilidade dos instrumentos de monitoramento para assegurar o cumprimento dos direitos humanos, especialmente os econômicos, sociais e culturais, constitui um grande obstáculo.³⁰

Com relação ao Fome Zero, o *Projeto* menciona que é papel do governo implementar políticas públicas na área de segurança alimentar juntamente com a sociedade, a qual, por sua vez, precisa exercer também o seu papel de monitorar a execução destas políticas.³¹

E embora os conselhos gestores - formados por três oficiais do governo e seis membros ordinários da sociedade - estejam sendo formados tendo como um dos seus importantes objetivos o papel de, nas palavras do Presidente, “tomar conta (da implementação de políticas) para que as antigas e tristes realidades de desvios, perdas e apropriação indevidas não venham a acontecer”³², na prática, os problemas ainda persistem por uma série de razões.

O próprio Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, admite que existem falhas relacionadas com o monitoramento e fiscalização do Programa. Em entrevista ao *Correio Braziliense*, Graziano reconheceu que durante o ano de 2003 houve falta de fiscalização na implementação do Fome Zero. “Nós não tivemos tempo, ficamos sem ar. E não foi por

²⁹ ZIEGLER, J. *Supra*, n. 10, § 56. Apesar de o monitoramento ser essencial à realização dos direitos humanos, incluindo o direito à alimentação, também é válido mencionar que o monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais ainda constitui uma tarefa desafiadora. No entanto, para lidar com estas dificuldades no plano internacional, algumas ferramentas conceituais - que não são isentas de problemas, mas certamente constituem um avanço no que diz respeito ao monitoramento destes direitos nos últimos anos - vêm sendo desenvolvidas.

³⁰ VALENTE, F. *Supra*, n. 13, p. 165. Jean Ziegler defende em seu relatório que, mesmo que o país tenha alcançado algum progresso em termos de proteção do direito à alimentação em um nível jurídico, ainda existem problemas na implementação destes programas por uma série de razões, incluindo a falta de monitoramento, responsabilização e mecanismos de reparação financeira por violações causadas.

³¹ Ver Projeto Fome Zero, *supra*, n. 14, pp. 15, 64 e 65.

³² Fome Zero - Um programa de inclusão social - www.fomezero.gov.br

falta de recursos. O problema é que o Programa foi implementado em 2500 municípios e inspecionar todo este universo é uma tarefa difícil.”³³ Pode até ser. Mas considerando a essencialidade de um efetivo sistema de monitoramento para o sucesso do combate à fome, mais atenção deveria estar sendo dada a este elemento tão essencial.

E, até mesmo em casos em que este sistema de monitoramento foi estabelecido - como nos dos conselhos gestores - e tais conselhos são capazes de verificar se as políticas estão sendo regularmente implementadas e se os beneficiários registrados são realmente os mais vulneráveis, vários problemas ainda são uma realidade. Graziano reconhece este fato: “Muitas vezes, os conselhos gestores denunciam irregularidades, mas as pessoas (que foram beneficiadas irregularmente) não são excluídas do Programa porque elas têm ligações com prefeitos.”³⁴ E, aqui, um outro grande obstáculo para o urgente combate à fome floresce: a falta de responsabilização.

3.2.2. Responsabilização

A importância vital da responsabilização pode ser resumida na seguinte afirmação: “Direitos e obrigações requerem responsabilidade; a não ser que apoiados por um sistema de responsabilização estes direitos e obrigações podem vir a se tornar pouco mais que meras vitrines.”³⁵ Uma abordagem dos direitos humanos enfatiza deveres e obrigações e requer que todos aqueles que têm a obrigação de propor estratégias e assegurar direitos, incluindo Estados e organizações internacionais, sejam responsabilizados por suas condutas.³⁶

Monitoramento e responsabilização estão intimamente ligados na medida em que “a responsabilização depende de, mas vai além do

³³ Correio Braziliense, 23 de dezembro 2003, p. 2.

³⁴ Correio Braziliense, 23 de Dezembro 2003, capa.

³⁵ Draft Guidelines, *supra*, n.4, § 8.

³⁶ “Talvez a mais importante fonte de contribuição de uma abordagem que inclua os direitos humanos seja a ênfase que é colocada na responsabilização de atores cujas ações têm um impacto nos direitos das pessoas. Direitos implicam em obrigações, e obrigações demandam responsabilidade. É, portanto, uma característica intrínseca de uma abordagem dos direitos humanos que arranjos e instituições legais/administrativas, que visem assegurar responsabilização, sejam trazidos a todas estratégias de redução da pobreza.” (Draft Guidelines, *supra*, n.4, § 23).

monitoramento.”³⁷ É também importante mencionar que, embora a responsabilização não necessariamente implique em punição, a necessidade de oferecer reparações para violações dos direitos humanos deve ser garantida. A idéia é que não é apenas uma questão de aceitar um direito, o Estado tem também o dever de garantir reparações eficientes, perante instituições domésticas, em casos de violações dos direitos humanos.

No Brasil a responsabilização pela violação de direitos é certamente um grande problema. Casos de corrupção no Legislativo, Executivo e Judiciário são bastante comuns e o clima de impunidade é ainda uma forte realidade que certamente constitui um grande obstáculo para a realização do direito à alimentação. Jean Ziegler mostra que, no Brasil, para situações nas quais estratégias e políticas não são implementadas eficientemente ou que não alcançam aqueles que deveriam ser beneficiados, as leis e decretos brasileiros geralmente não prevêm reparações eficientes, nem no âmbito administrativo, nem no judicial. Desta forma, ele defende que “mecanismos judiciais e administrativos mais eficientes de compensação e responsabilização devem ser instituídos. A implementação do direito à alimentação deve incluir melhor acesso a mecanismos mais efetivos para responsabilização e compensação aos pobres.”³⁸

Quando analisamos o Programa Fome Zero, a situação não parece muito diferente. A falta de previsão de responsabilização daqueles que devem implementar as políticas e estratégias surge como uma possível lacuna. O *Projeto* reconhece a alimentação como um direito humano, mas não encara devidamente a necessidade de se determinar a responsabilização daqueles que têm obrigação de respeitar, proteger e realizar este direito.

E considerando a importância vital do encaminhamento desta questão para a eficiência do Programa, avanços neste aspecto tornam-se extremamente urgentes.³⁹ Na prática, a falta de responsabilização parece

³⁷ *Ibid.* S. 225.

³⁸ ZIEGLER, J. *Supra*, n. 10, § 57(c).

³⁹ Existe necessidade de “denunciar ampla e publicamente práticas existentes de improbidade administrativa e de utilização de mecanismos de coerção contra a população, deixando clara a responsabilidade das autoridades competentes, em suas distintas instâncias de atuação, pela investigação e resolução das irregularidades comprovadas.” (VALENTE, F. *Supra*, n. 13, § 112 (c)).

estar minando o Programa de diversas formas. Graziano reconhece que irregularidades são muito comuns em vários municípios cobertos pelo Fome Zero, em virtude da ligação de pessoas que não atendem aos requisitos, para serem beneficiárias, com autoridades locais e prefeitos. Além disso, o ministro também defende que diversos problemas relacionados com a implementação do Programa devem-se à falta de organização de muitas prefeituras. Entretanto, se não forem estabelecidos mecanismos específicos para responsabilizar as autoridades competentes, é improvável que algo venha a ser feito a respeito destas irregularidades, o que afetará principalmente e de forma mais intensa os excluídos socialmente - famintos e pobres - que são, na realidade, aqueles que sempre acabam pagando o preço mais alto em casos de má administração, corrupção e impunidade.

Assim sendo, como acertadamente defende o Relator Nacional pelo Direito à Alimentação, Água e Terra Rural, o governo deve criar instrumentos de monitoramento participativo que venham a permitir a apresentação de denúncias por pessoas ou grupos que não se sintam adequadamente contemplados pelas políticas e estratégias. Além disso, a criação de mecanismos efetivos para analisar estas denúncias, sugerir ações que interceptem ou inviabilizem irregularidades, apresentem soluções e assegurem reparações poderia ser um importante passo a ser dado para garantir a responsabilização daqueles que têm a obrigação de respeitar, proteger e satisfazer o direito à alimentação.

3.2.3 Indicadores e Marcos

Uma abordagem baseada em direitos humanos requer a identificação de indicadores e marcos apropriados - i.e., alvos intermediários, de preferência anuais - para monitorar o nível de progresso e “medir` o esforço governamental na implementação de suas obrigações relacionadas aos direitos humanos.”⁴⁰ A necessidade de se identificar indicadores e metas está ligada à percepção de que, caso se verifique que o progresso na realização de políticas tem sido lento, ações corretivas possam ser

⁴⁰ TOMASEVSKI, K. *Supra*, n. 27, p. 152.

tomadas e aqueles que têm obrigação de realizar as estratégias possam ser devidamente responsabilizados.⁴¹

Katarina Tomasevski defende que, levando-se em consideração a realização progressiva do direito à alimentação, a definição de indicadores e marcos demonstra um compromisso do Estado no sentido de garantir seu cumprimento.⁴² As *Draft Guidelines* enfatizam que estratégias de redução da pobreza devem prever quando e como o Estado espera chegar à realização dos direitos.

Apesar da necessidade de se reconhecer que a definição de indicadores para a realização do direito à alimentação esteja longe de ser uma tarefa fácil, Tomasevski mostra que um dos requisitos essenciais para definir indicadores relacionados ao direito à alimentação é a confirmação da indivisibilidade e inter-relacionamento entre os direitos humanos.

Quando especificamente analisamos a definição de indicadores no Fome Zero, parece claro que o Programa apresenta uma lacuna também neste aspecto. Embora nele esteja previsto o estabelecimento de políticas estruturais e emergenciais com algumas metas a serem alcançadas, tais como o aumento de renda e a redução das desigualdades; a redução do custo dos alimentos; o aumento da oferta básica dos alimentos - através da implementação de políticas agrícolas, apoio a agricultura familiar e incentivo ao auto-consumo e produção de alimentos - entre outras, não há definição de indicadores para monitorar a realização destas políticas.

E, como uma das críticas apresentadas ao Fome Zero é baseada exatamente na lentidão com que suas políticas vêm sendo implementadas, o estabelecimento de indicadores e marcos constitui uma necessidade ainda mais pujante para monitorar a evolução da situação alimentar no país. O Comentário Geral número 1 recomenda que o Estado defina, de forma clara, indicadores, marcos e prazos. E provavelmente a identificação destes indicadores, assim como de prazos para sua implementação, poderiam vir a se tornar um importante valor agregado de uma abordagem dos direitos humanos ao Programa Fome Zero.

⁴¹ Asbjorn Eide defende que “o propósito de se desenvolver indicadores adequados é para que medidas precisas sejam adotadas a fim de assegurar a realização de um padrão adequado de vida.” Asbjorn Eide, “The Right to an adequate standard of living including the right to food” in NIJHOFF, Martinus. *Economic Social and Cultural Rights: a Textbook*, Dordrecht, 2001, p. 141.

⁴² TOMASEVSKI, K. *Supra*, n. 27, p. 156.

4. Conclusão

Fome e desnutrição são problemas extremamente complexos que seguramente não possuem soluções simples. Fatores estruturais, políticos, econômicos e sociais interferem na realização do direito à alimentação adequada. Além disso, um grande obstáculo na luta contra a fome está nos abusos de poder por parte daqueles que querem manter seus privilégios, o que em muitos casos “assumem a forma de violência ou ameaças de violência para evitar que os pobres se organizem efetivamente ou adquiram recursos ou conhecimentos. E isso frequentemente ocorre de forma bem sutil.”⁴³ Além do mais, as causas primárias da pobreza e fome são tanto endógenas como exógenas e, definitivamente, “nenhum resultado significativo será atingido sem uma mudança expressiva na atitude dos países ricos.”⁴⁴

Não é difícil concluir que a batalha contra a fome, que afeta milhões e milhões em todo Brasil e no mundo, é definitivamente uma tarefa complicada. Flávio Valente argumenta que o governo brasileiro tem que encarar uma série de desafios para efetivamente garantir segurança alimentar num contexto que leve em consideração os direitos humanos, incluindo a necessidade de definir qual o modelo de desenvolvimento é de fato proposto ao Brasil e também como o governo pretende financiar a implementação deste modelo e promover o crescimento econômico.⁴⁵ O Relator Nacional pelo Direito à Alimentação, Água e Terra Rural também argumenta que “existe ainda uma clara disputa interna em relação ao modelo de desenvolvimento a ser adotado”⁴⁶, demonstrando que o governo ainda não conseguiu lidar com estas dimensões de maneira clara.

⁴³ KUTZNER, Patricia. *Contemporary World Issues: World Hunger*, Santa Barbara: ABC-Clio, 1991, p. 8.

⁴⁴ UN Centre for Human Rights: *Right to adequate food as a human right*, Centre for Human Rights, Geneva. New York: United Nations, 1989, § 153.

⁴⁵ O governo brasileiro vem sendo criticado por diversas razões, dentre elas, a de que uma abordagem econômica um tanto tradicional vem sendo adotada. O governo responde às críticas defendendo que as medidas econômicas tomadas em 2003 foram necessárias. Muitos experts mostram que o novo governo está tendo dificuldades em lidar com o anseio de agradar o mercado financeiro internacional e ao mesmo tempo investir na economia nacional para promover o crescimento econômico. E não há recursos financeiros para fazer ambos ao mesmo tempo.

⁴⁶ VALENTE, Flávio. “A política de insegurança alimentar e nutricional no Brasil de 1995 a 2002”, Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), p. 16.

De acordo com Flávio Valente o componente de promoção do direito humano à alimentação encontra-se ainda restrito ao discurso político não tendo sido incorporado ao planejamento das ações e ainda menos à fase de implementação. O fato é que a incorporação efetiva de uma abordagem dos direitos humanos na implementação das políticas e estratégias requer muito mais que simples referências ao direito à alimentação no *Projeto* que originalmente criou o Fome Zero.

Para que esta incorporação dos direitos humanos ao Programa Fome Zero venha a acontecer de maneira sustentável, como tentamos mostrar ao longo deste trabalho, as seguintes medidas tornam-se essenciais: (i) necessidade de criar uma ampla conscientização sobre direitos humanos⁴⁷; (ii) necessidade de capacitar os membros dos conselhos gestores e de garantir o empoderamento dos beneficiários do Programa através de uma participação ativa e consciente dos próprios famintos e susceptíveis à fome⁴⁸; (iii) definição de indicadores e marcos claros; (iv) necessidade de criar e fortalecer instituições por meio das quais aqueles que têm a obrigação de realizar as estratégias possam ser responsabilizados por suas ações, através da criação de mecanismos efetivos para verificar denúncias e apresentar soluções e reparações.

Flávio Valente defende que várias medidas devem ser tomadas pelo governo para assegurar um Plano Nacional de Inclusão Social e Combate à Fome e Insegurança Alimentar, tais como a promoção de medidas estruturais que garantam a desconcentração de renda e de terras; a retomada de um processo de desenvolvimento que enfatize a redistribuição

⁴⁷ Nas *Draft Guidelines* também é levantado que os governos devem estabelecer programas de treinamento especial visando a educação das autoridades administrativas, judiciais e da polícia, assim como do público em geral, objetivando a tolerância e respeito aos pobres e susceptíveis à fome. Além disso, também é defendida a necessidade de introduzir campanhas de informação em direitos humanos em favelas e outras áreas onde os pobres e famintos vivem. *Draft Guidelines, supra*, n. 4, § 187 and 199 (a).

⁴⁸ De acordo com as *Draft Guidelines*, os Estados devem assegurar que aqueles responsáveis pela formulação e implementação das estratégias de redução da pobreza devem receber treinamentos básicos em direitos humanos para que possam se familiarizar com os compromissos do Estado com direitos humanos e suas implicações. Além disso membros dos conselhos gestores devem ser treinados e encorajados a contribuir com idéias para a realização dos objetivos e também devem ser capacitados para informar aos mais vulneráveis sobre os seus direitos. Para que o empoderamento dos beneficiários venha a acontecer, a criação de uma cultura de conscientização dos direitos humanos é de vital importância e, na realidade, um desafio.

efetiva de renda; fortes investimentos em infra-estrutura; e a necessidade de capacitar funcionários públicos para combater a cultura intrínseca de paternalismo e discriminação.⁴⁹

Além disso, ao buscar a realização do direito à alimentação adequada e o empoderamento dos beneficiários, atenção deve ser trazida à necessidade de garantir outros direitos humanos tais como o direito ao trabalho, saúde, informação, participação, dentre outros. Ademais, a necessidade de garantir educação de qualidade para todos deve também ser destacada como uma característica essencial para um Estado que objetive erradicar a fome e empoderar famintos e pobres. “Educação é, freqüentemente, tão importante quanto recursos naturais na determinação dos níveis de subsistência e padrões de vida.”⁵⁰ Para reforçar este argumento, muitos especialistas têm mostrado que “países desenvolvidos têm tentado evitar que a pobreza seja uma barreira à educação.”⁵¹

Deve-se também ressaltar que o empoderamento dos beneficiários, conceito extremamente importante da abordagem que inclui os direitos humanos, deve ser sempre enfatizado. Como é apropriadamente ressaltado em livros, artigos, documentos e resoluções de direitos humanos, para se realizar o direito humano à alimentação adequada com dignidade, existe uma necessidade imperativa de se reconhecer que as estratégias para os pobres e famintos têm de “dar a eles oportunidades de decidirem seus próprios destinos.”⁵²

⁴⁹ Flávio Valente, *Respostas Pesquisa sobre “Fome Zero”*, entrevista a Pablo Alcalde. O Relator explica que a área de serviços públicos no Brasil tem uma cultura histórica consolidada dentro de uma perspectiva de troca de favores, submissão e prestação de serviços como um favor do Estado. Desta forma, a capacitação de funcionários públicos mostra-se necessária para que o conceito de direitos seja introduzido e validado e, com isso, haja um empoderamento dos que vivem na pobreza e enfrentam a fome.

⁵⁰ STAKMAN. E.C., BRADFIELD. R., MANGELDORF. P.C.: *Campaigns against Hunger*, Massachussets: Belknap Press, 1967, p. 301.

⁵¹ *Ibid.*, p. 302.

⁵² Right to adequate food as a human right, *supra*, n. 68, § 153. Os Estados devem “assegurar a participação popular através de periódicas análises das necessidades e oportunidades locais, bem como facilitar também a inserção dos grupos menos privilegiados da sociedade em planos de ação resultantes de tais análises.” (Right to adequate food as a human right, *supra*, n. 68, § 153.) Desta forma, os governos devem sempre estar cientes sobre a necessidade de assegurar que os próprios pobres e famintos não sejam excluídos dos diálogos. Existe a premência de expandir as capacidades dos indivíduos para que possam realizar o que é por eles próprios valorizado e melhorar o seu bem-estar da maneira que lhes parecer mais adequada.

Uma participação ativa e informada é um dos elementos principais no qual o sucesso de uma estratégia para erradicar a fome dependerá, tendo em vista que cada vez mais se reconhece que estratégias unilaterais impostas em uma das partes raramente funcionam, mesmo em situações em que estas estratégias somente irão trazer benefícios para esta parte. “Aqueles grupos que são completamente excluídos dos processos de tomada de decisões que os afetem dificilmente mantêm o acesso à alimentação adequada por muito tempo.”⁵³ O fato é que garantir participação em um país tão desigual e com obstáculos estruturais tão grandes certamente não é uma tarefa simples, mas que tem se mostrado extremamente urgente e mesmo indispensável. No entanto, quando nos referimos ao empoderamento dos beneficiários, deve ser enfatizado que políticas estruturais devem ser levadas mais a sério⁵⁴ a fim de garantir a realização de direitos humanos fundamentais que irão abrir espaço para dar àqueles normalmente excluídos uma chance de participar, fazer escolhas, tomar parte e moldar suas próprias vidas.

De acordo com Paulo Freire, todo ser humano, não importando o quão oprimido ou submerso em uma “cultura de silêncio” possa estar, é capaz de gradativamente olhar de forma crítica ao seu mundo e promover uma transformação da sua realidade, desde que um verdadeiro diálogo seja estabelecido.

Paulo Freire argumenta que sem diálogo não há comunicação e sem comunicação não pode haver uma verdadeira educação.⁵⁵

“Diálogo requer uma fé intensa no homem, fé em seu poder de fazer e refazer, de criar e recriar, fé em sua vocação de ser mais completamente humano (o que não é privilégio de uma elite, mas um direito de nascimento de todo homem).”⁵⁶

⁵³ ALSTON, Philip: “International Law and the Human Right to Adequate Food”, in: NIJHOFF, M. *The Right to Food. International Studies in Human Rights*, 1984, p. 20.

⁵⁴ Segundo especialistas, as políticas estruturais ainda se encontram em uma fase embrionária e não vêm sendo colocadas em prática. Para ilustrar, Flávio Valente argumenta que a Reforma Agrária beneficiou menos que 15 mil famílias quando estavam previstas 60 mil. “Na área da ações estruturantes, somente o apoio à Agricultura Familiar, por intermédio do Plano Safra pode ser destacado.” (VALENTE, Flávio. *Respostas Pesquisa sobre “Fome Zero”*, entrevista a Pablo Alcalde, ainda a ser publicada).

⁵⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogy of the Oppressed*. New York: The Continuum Publishing Corporation, 1984, p. 81.

⁵⁶ *Ibid*, p.79.

E, apesar da maioria dos obstáculos para o gozo do direito à alimentação no Brasil ainda estarem presentes de forma pujante e inegável, bem como o fato de a magnitude da tarefa em questão ser imensa, no meu entendimento, embora exista espaço para avanços e progressos em muitos aspectos, o governo do Brasil está definitivamente dando um passo significativo nesta luta. A existência de um compromisso político é defendida por muitos como pré-requisito para a erradicação da fome e da pobreza, e o presidente do Brasil vem demonstrando um sério compromisso e vontade de combater a miséria e suas conseqüências nefastas. Além disso, apesar do governo possuir um papel essencial para garantir que haja progressos no combate à fome, muitos especialistas demonstram que “mudanças sociais vêm da sociedade como um todo.”⁵⁷ E os movimentos sociais e a sociedade civil brasileira, amplamente reconhecidos como fortes instrumentos de poder de transformação, têm um potencial ainda maior de florescer em um governo que enfatiza a importância da cidadania como um valor capaz de propiciar um melhor padrão de vida para todos os brasileiros. Certamente, como demonstrado no decorrer deste trabalho, existem vários aspectos que deverão ser reconsiderados e modificados a fim de que esta transformação se concretize de forma sustentável e efetiva, mas existe também uma esperança que o Brasil esteja indo no caminho certo.

⁵⁷ BENTLEY, Stephen Bentley: “Zero Hunger: forging a national food security policy in Brazil.”

Estudos de Grupos de
Trabalho do Núcleo de
Direitos Humanos

Simulações e Realidade: Caso Joel Valencia et al. Vs Estado de Liberté

Coordenadora Carolina de Campos Melo*

Apresentação

O projeto *Simulações e Realidade: Grupo Permanente de Estudo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos* teve início em setembro de (2002). O grupo é composto por estudantes do Departamento de Direito, sob a coordenação da Professora Carolina de Campos Melo, e tem como objetivo capacitar os alunos para o exercício da advocacia internacional em direitos humanos.

A (tardia) incorporação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1992 representou um passo decisivo para a consolidação dos direitos humanos em nosso país. A partir de então, e notadamente após a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana em dezembro de 1998, o sistema interamericano vem despertando o interesse de organizações não-governamentais que passaram a utilizá-lo como mecanismo de efetivação dos direitos humanos e de responsabilização do Estado Brasileiro.

Tendo em vista a necessidade dos cursos de direito de cumprir o papel de formar operadores do direito capazes de atuar na advocacia

* Carolina de Campos Melo é mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; professora de História do Direito e Direitos Humanos da PUC-Rio; Advogada da União; e Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio.

internacional dos direitos humanos, o Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito criou um grupo permanente de reflexão acerca do Sistema Interamericano. Este grupo tem como objetivo e responsabilidade principal representar a PUC-Rio nas SIMULAÇÕES de julgamentos que ocorrem nos fóruns de reunião de universidades do continente americano voltados para a capacitação de alunos para a REALIDADE do sistema OEA.

Foi assim que, no início de 2003, o grupo passou a dedicar-se ao estudo do caso hipotético *Joel Valencia et al. vs Estado de Liberté*, elaborado pelos especialistas Elisabeth Abi-Mersheb e Juan Pablo Alban do Centro de Direitos Humanos e de Direito Humanitário da *American University Washington College of Law* para a 8ª Simulação de Direitos Humanos da Corte Interamericana.

Devido ao fracasso na obtenção de financiamento para o envio dos alunos para Washington, a PUC-Rio solicitou e obteve autorização escrita desta universidade para a realização de uma audiência simulada própria com referencia ao caso *Joel Valencia et al. vs Estado de Liberté*. A simulação ocorreu com sucesso no dia 15 de maio de 2003. O caso foi julgado por uma banca formada por Andressa Camargo, do Centro de Justiça Global; Patrícia Ferreira, do CEJIL (Center for Justice and International Law); e pelos professores Carolina de Campos Melo, João Ricardo Dornelles e José Ricardo Cunha. As equipes vencedoras foram premiadas com a participação no III Colóquio Universitário de Direitos Humanos, que ocorreu em São Paulo, entre os dias 26 de maio e 06 de junho.

De forma a não perder de vista os esforços envidados pelo grupo, decidiu-se publicar aqui as peças redigidas. Considerando o padrão gráfico da *Revista Direito, Estado e Sociedade* do Departamento de Direito da PUC-Rio, os autores foram instruídos a não produzir o relatório do caso no corpo das peças processuais, mas tão-somente a abordar as questões jurídicas pertinentes.

Desta forma, o leitor encontrará três documentos nas próximas páginas: a tradução do caso, a demanda inicial e a contestação. Os alunos Aníbal Ribeiro Guimarães Jr. e Paula Spieler foram responsáveis pela tradução do caso das versões em espanhol e inglês. Adriana Fernandes Rennó, Ana Paula Anastácio, Isabel Cristina M. de S. Pereira, Livia Fernandes França, Marcelo Magalhães Khair e Maria Laura Fornasar foram responsáveis pela elaboração da demanda endereçada pela Comis-

são Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por sua vez, Leonardo Castilho, Lícia Bosco, Paula Bartolini Spieler, Rachel Herdy de Barros Francisco, Simone Souto Pitta e Viviane Borges dos Santos elaboraram a contestação do Estado de Liberte.

Acredita-se que a leitura da tradução e das peças seja de extrema importância para despertar a curiosidade do leitor acerca do funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mesmo que se trate de uma violação hipotética de direitos humanos. Ademais, uma análise atenta dos trabalhos permitirá aos interessados aprofundar os conhecimentos de direito material e processual que a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, portanto, o exercício da advocacia internacional em direitos humanos requer.

Oitava Competição Anual de Simulação da Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso Hipotético

VALENCIA et al. v. LIBERTÉ

Os povos das Américas têm o direito à democracia, e os seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la.

...

Elementos essenciais de democracia representativa incluem, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o acesso e o exercício do poder em conformidade com a lei, a manutenção de eleições periódicas, livres e justas, através do voto secreto... um sistema pluralista de partidos e organizações políticas, a separação dos poderes e a independência dos diversos órgãos do governo. [1]

I. Pano de Fundo Histórico

1. Liberté tem sido um país difícil de governar desde que obteve a sua independência em 1833, após uma longa e sangrenta guerra. O Estado faz fronteira com três diferentes países e, a oeste, com o Oceano

Pacífico. Sua população, de aproximadamente vinte milhões de habitantes, é composta por 50% de mestiços, 20% de nativos originários da região, 20% de descendentes de colonizadores europeus (originários de vários países) e 10% de descendentes de diversas linhagens africanas. Da mesma forma como vem ocorrendo na maioria dos países de sua região, Liberté tem sido marcado por graves desigualdades na distribuição de renda, bem como rígidas divisões dentro de sua sociedade com base em critérios econômicos, étnicos e culturais.

2. O mais recente marco na história de Liberté se deu em 1996, quando sob os auspícios das Nações Unidas, foram assinados os acordos de paz, pondo fim a um duro conflito interno. Apesar de ter durado toda uma década, a insurgência nunca conseguiu reunir poder ou apoio popular suficiente para a obtenção de controle político. Ao mesmo tempo, graves e sistemáticas violações de direitos humanos cometidas pelas Forças Armadas e pela Polícia Nacional, e, em um grau menor, pelas insurgências durante o conflito, contribuíram enormemente para a descrença nos partidos políticos e nas figuras que tradicionalmente detinham o poder.[2] Mesmo quando o conflito era esporádico e se restringia a determinadas regiões do país, a sua intensidade dramática não era de menor extensão ou violência, tendo provocado mais de dez mil mortes, e, inclusive, chegando a comprometer os interesses vitais do país. Ao final, apesar de as forças insurgentes terem sido dizimadas, as forças vitoriosas não se mostraram capazes de manter a governabilidade, já que ambos os lados haviam perdido a legitimidade. Estes acordos estabeleceram o início de um novo período na história de Liberté.
3. Em dezembro de 1997, ocorreram eleições nacionais, e a nova administração assumiu o governo em 15 de janeiro de 1998. A nova Presidenta, Cláudia Reina, era a líder do recém-criado Partido Unido de Liberté (P.U.L.), o qual se dizia representante de um consenso de cidadãos que repelia tanto a rebelião através da violência, quanto o controle através da repressão. A sua plataforma, em termos fiscais, era de centro, com tendências conservadoras e, em assuntos sociais, moderadamente progressista. A sua agenda baseava-se na revitalização das instituições democráticas e na implementação dos acordos de paz.

4. O processo de negociação desses acordos possibilitou a abertura de novos espaços para o diálogo político, permitindo a participação de atores políticos não-tradicionais no processo de tomada de decisão. Como exemplo disso, a própria presidenta Reina - a primeira mulher a ocupar tal posto naquele país - nomeou duas mulheres para os Ministérios da Justiça e da Economia; um outro, legítimo representante dos povos indígenas para o Ministério do Desenvolvimento; e um afro-descendente para o Ministério da Educação. Ao contrário do que ocorrera no passado de Liberté, desta vez, vários congressistas que tomavam posse em seus cargos representavam a enorme diversidade étnico-racial existente no país.
5. Em 1998, seguindo os preceitos ditados pelos acordos de paz, uma Assembléia Constituinte aprovou emendas à Constituição, as quais foram posteriormente ratificadas através de um referendun nacional. Na área de direitos humanos, três das principais emendas foram introduzidas com o objetivo de evitar a repetição dos abusos cometidos durante os dez anos de conflitos. A primeira emenda buscou garantir a proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados ratificados por Liberté, sendo-lhes conferido o status jurídico equivalente à própria Constituição. A segunda estabeleceu que os poderes do Executivo, no caso de decretação do estado de emergência, estariam definidos no artigo 101 daquela Constituição. Eis a íntegra da emenda:

“Poderá o Presidente da República declarar o estado de emergência em todo o território nacional, ou apenas em parte, no caso de iminente agressão externa, guerra, sérios distúrbios internos ou desastre natural. Eventuais limitações a direitos individuais deverão estar expressamente indicadas no decreto. O Presidente, dentro de quarenta e oito horas de sua decretação, deverá notificar o Congresso. O estado de emergência não poderá se estender além do prazo que as exigências assim requererem. Decorridos noventa dias de sua decretação, e caso não tenha ocorrido a sua revogação, a mesma deverá ocorrer automaticamente ao final. O Congresso pode, se as circunstâncias o justificarem, revogar o decreto a qualquer tempo através de voto majoritário.”

A terceira emenda fixou que o papel das Forças Armadas está vinculado à segurança externa e o da Polícia Nacional à segurança interna da população.

6. Em 1999, em virtude de seu comprometimento com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Liberté criou um grupo de trabalho inter-institucional para analisar a possibilidade de realização de acordos amigáveis em casos individuais, bem como acompanhar a implementação de decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (C.I.A.D.H.). Como resultado, o Estado pôde iniciar negociações em onze casos, tendo concluído acordos amigáveis em oito deles. No final de 1999, Liberté ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais conhecido também como Protocolo de San Salvador.
7. Durante a primeira administração de Reina, o país não só implementou os acordos de paz como, também, experimentou um período de crescimento econômico acima das expectativas. Desta forma, o Estado pôde investir a receita adicional em infra-estrutura, no desenvolvimento de iniciativas na área rural e nas áreas de educação e de saúde, começando, assim, a reverter algumas das conseqüências econômicas e sociais negativas geradas pelo conflito.

II - Situação Atual

8. Em janeiro de 2001, Reina lançou sua campanha de reeleição. O cenário político naquele momento estava bastante complexo, uma vez que figuras que tinham exercido poder durante o conflito interno conseguiram se reagrupar e, conseqüentemente, almejavam reconquistar a importância que tinham perdido no final do conflito.
9. O mês de janeiro de 2001 também marcou o começo de um grave declínio na situação econômica de Liberté. Uma seca que já se arrastava por quase um ano na principal região agrícola do país, o sudoeste, contribuiu para a SUA pior safra em cinqüenta anos. A seca também provocou um sério impacto em todo o sistema fluvial interno, espinha dorsal da indústria pesqueira de água doce. Estes

fatores contribuíram para o aumento da inflação e uma significativa queda das exportações, o que acabou afetando negativamente o comércio exterior e a balança nacional de pagamentos. Os setores agrícola e pesqueiro se viram em meio a graves problemas. Dentre eles, destaquem-se as demissões e o grande número de desempregados. Assim, a inflação, o dismantelamento do comércio e as suas conseqüências, prejudicaram o desenvolvimento do setor industrial, bem como levaram a um crescente desemprego em todo o país.

10. Ao longo do primeiro semestre de 2001, cortes nos gastos do setor público, devidos, em grande parte, à recessão e ao pagamento de juros da dívida externa, contribuíram para agravar, ainda mais, o desemprego e o descontentamento social. À medida que a situação se agravava, vários sindicatos adotaram como estratégia o desenvolvimento de determinadas ações para evitar um prejuízo ainda maior para seus trabalhadores - cujos salários e benefícios corriam sérios riscos de redução - bem como para tentar reverter as demissões já ocorridas.
11. Em meados de 2001, todos estes desafios começaram a convergir para um mesmo ponto. O descontentamento e a intranqüilidade de diversos segmentos da população deram início a uma série de protestos populares na capital e em todo o país. Os protestos eram conduzidos por trabalhadores desempregados, estudantes e professores que se sentiam ameaçados pelos cortes na Educação e, cada vez mais, por membros da classe média preocupados em proteger os interesses de suas famílias. Em julho de 2001, os sindicatos dos portuários deram início a uma operação-tartaruga contra a ameaça das empresas transportadoras em reduzir empregos e cortar benefícios, medidas que violariam drasticamente os contratos de trabalho vigentes.
12. Com a aproximação das eleições, programadas para dezembro de 2001, o governo se mostrou preocupado com a possibilidade de que a crescente intranqüilidade afetasse o processo eleitoral. Enquanto que os protestos significavam uma real preocupação, relatos originados de diversas fontes da mídia indicavam que forças

da extrema direita ou da esquerda contribuíam decisivamente para uma discordância cada mais agressiva e, em alguns casos, até mesmo para uma violenta confrontação. Elementos locais eram utilizados com vistas ao incitamento das multidões ao ódio e, em alguns casos, à violência. Em algumas regiões, os discursos pareciam especialmente elaborados para lançar determinadas classes ou grupos sociais uns contra os outros, ao sugerir que os problemas daqueles dez anos de conflitos ainda estavam pendentes ou ao espalhar boatos de que se agravariam ainda mais os cortes na área social.

13. No início de setembro de 2001, um significativo número de protestos acabou com grande violência, seja através de conflitos entre manifestantes e policiais, seja pelos conflitos entre as diversas facções políticas conflitantes, ou entre ambos. Durante o mês de setembro, mais de cinquenta manifestantes e duas dúzias de policiais foram gravemente feridos nestas confrontações. À medida que a situação se agravava, em 01/10/2001 o governo ordenou o imediato reforço das medidas de segurança, inclusive com o aumento do número de policiais presentes em todas as manifestações. A esta altura, os protestos dos portuários, iniciados em julho, já provocavam sérios impactos na economia do país devido à paralisação de todo o movimento de carga e descarga dos navios.
14. Em meados de outubro de 2001, esses confrontos se tornaram ainda mais perigosos. Em várias regiões, em meio a protestos que se tornavam crescentemente violentos, tiros foram disparados e, ao final, cinco pessoas, entre as quais um policial, morreram. Testes balísticos confirmaram aquilo que o governo insistia em afirmar: os projéteis disparados não eram os do tipo utilizado pelas forças de segurança. Inúmeros órgãos da imprensa começaram a noticiar que vários elementos estavam a serviço da desestabilização do país e visavam frustrar ou manipular as eleições vindouras. Dois importantes jornais chegaram a publicar relatórios, não confirmados, em que se dizia que figuras da oposição planejavam utilizar protestos para bloquear estradas em determinadas regiões durante as eleições vindouras.

15. Na medida em que ficou bastante claro que todos aqueles protestos que acabavam resultando em violentos confrontos, inclusive com o disparo de tiros, não eram atos necessariamente isolados ou espontâneos, o Estado ordenou à Polícia Nacional que redobrasse seus esforços para assegurar a segurança durante aquelas manifestações, que investigasse os incidentes ocorridos e que detivesse os seus responsáveis. Sendo assim, a Polícia Nacional destinou a maior parte de seu contingente humano e de recursos materiais para lidar com os protestos e investigar os incidentes de violência.
16. Em 28 de outubro de 2001, os sindicatos dos portuários, frustrados com a recusa dos patrões em acatar o respeito aos seus contratos, convocaram uma greve que levou à paralisação dos portos nacionais. A situação se agravou ainda mais pelo fato de que algumas áreas do sudoeste, duramente atingidas pela seca, dependiam agora da importação de alimentos, os quais apodreciam nos navios ante a recusa dos portuários em descarregá-los. À esta altura, pesquisas indicavam que Reina se encontrava com a mais baixa taxa de aprovação de seu governo.
17. A situação parecia fugir ao controle. Neste momento, milhares de pessoas protestavam em diferentes áreas do país quase todos os dias, o que tornava ainda mais difícil - senão impossível - para a Polícia Nacional apresentar uma resposta rápida e satisfatória a cada um daqueles protestos. Ao final de cada dia, novos relatórios recapitulavam o número de feridos nos protestos. Na primeira quinzena de novembro de 2001, quatro manifestantes e três policiais perderam suas vidas depois de serem feridos em violentos confrontos. Dezenas de outras pessoas foram igualmente feridas. Três outros manifestantes e dois transeuntes foram mortos em consequência dos disparos no meio dos protestos. Neste momento, a greve já era considerada como a responsável por um prejuízo à Economia de centenas de milhares de dólares norte-americanos.
18. Em 7 de novembro de 2001, Reina decretou o estado de emergência em âmbito nacional. Esse decreto determinava o seguinte:

“1. Dada a situação de risco apresentada pelo crescente número de violentos protestos em todo o país; que elementos, agindo em clara violação da lei, estão distorcendo estes protestos a fim de disseminar o medo, a confusão e a revolta; e com respeito à obrigação do Estado em defender a vida e a integridade física de seus cidadãos, eu decreto: (a) a imediata mobilização das Forças Armadas para atuar conjuntamente com a Polícia Nacional; e (b) a suspensão do artigo 22 da Constituição para permitir que as forças de segurança executem as detenções necessárias e apresentem à autoridade judiciária competente, em até quarenta e oito horas, qualquer pessoa detida. [3]

2. De modo a permitir que as forças de segurança promovam o pronto restabelecimento da ordem pública e, conseqüentemente, assegurem que os cidadãos possam exercer o seu direito ao voto nas próximas eleições nacionais sem qualquer temor ou constrangimento, eu decreto a postergação daquelas eleições por um período de um mês, ou seja, até 10 de janeiro de 2002.

3. Tendo em vista que a gravidade da situação atual é causada pela greve nos portos da região ocidental, provocando um prejuízo de centenas de milhares de dólares à economia nacional, e o agravamento das dificuldades vividas pelos agricultores e por seus familiares, eu decreto que as partes suspendam imediatamente todas as ações coletivas de trabalho e dêem início imediato ao recurso obrigatório da arbitragem, através do Conselho Nacional de Arbitragem, para dirimir conflitos contratuais.

4. Dada as exigências da situação, esta declaração entrará em vigor imediatamente e será aplicada até 15 de março de 2002.”

19. Naquele mesmo dia, Reina notificou o Secretário-geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre o conteúdo dessa declaração. No dia seguinte, invocando o artigo 17 da Carta Democrática Interamericana, Reina dirigiu um comunicado ao Presidente do Conselho Permanente da OEA para: relatar a situação de crise interna em seu país; afirmar a sua preocupação com as sérias ameaças ao processo político institucional democrático; requerer assistência

no fortalecimento e preservação deste mesmo processo, bem como solicitar o envio de uma missão de observação eleitoral para monitorar as eleições nacionais vindouras.

20. Em 12 de novembro de 2001, o Conselho Permanente da OEA se reuniu em uma sessão especial e votou uma resolução com base na gravidade da situação em Liberté; na necessidade de afirmar os princípios fundamentais do sistema regional em favor da democracia representativa, conforme estabelecido na Carta Democrática Interamericana; na necessidade de apoio ao governo constitucional e nos institutos da lei; e chamando todas as instituições públicas a assegurar as condições necessárias para a realização de um processo eleitoral válido. Após seguidas consultas com Liberté, ficou decidido que a OEA enviaria uma missão observadora eleitoral o mais rápido possível.
21. Neste ínterim, ante a impossibilidade de total cobertura das áreas de conflitos, seja pela sua extensão em todo o território nacional, seja pelo grande número de protestos, a Polícia Nacional reconheceu não dispor de pessoal suficiente e, inclusive, que algumas situações deveriam ser tratadas por “soldados”. Dessa forma, a Polícia Nacional deu início à uma atuação conjunta com as Forças Armadas de Liberté.
22. Em 17 de novembro de 2001, vinte recrutas militares, recém-alistados, foram encarregados de cuidar de alguns protestos numa área rural da região sudoeste. Se, até então, as manifestações pareciam ser de pequena escala, quando os recrutas lá chegaram, às 9hs00min, o número de manifestantes já era superior a quinhentas pessoas. Em pouco tempo, aquilo que parecia ser um ato de pequenas proporções, se transformara em algo muito maior, com vários confrontos entre facções políticas rivais, numa escalada de violência ainda mais grave. Preocupados com o aumento da violência e com a possibilidade de perder o controle da situação, por volta das 9hs30min os recrutas prenderam mais de cento e cinquenta pessoas, entre homens, mulheres e crianças. Dado o diminuto tamanho da delegacia local, todos foram transferidos em um ônibus para a base militar mais próxima.

23. Entre os detidos, encontrava-se um menor de 16 anos de idade, Joel Valencia, e dez colegas seus de escola, que haviam sido persuadidos por ele a faltar as aulas para participar dos protestos. O grupo de mais de cento e cinquenta detidos foi colocado sob guarda em um auditório, enquanto dois recrutas conferiam seus documentos e faziam o registro dessas informações. Como no auditório os ânimos permaneciam acirrados, muitas vezes vários incidentes de confrontação verbal e empurrões ocorreram, tanto entre os diversos grupos de manifestantes quanto entre estes e os recrutas. Totalmente intimidados, Joel e seus colegas tentaram se manter em um canto da sala. Os detidos receberam água e comida e passaram toda a noite na base, tendo sido liberados somente no dia seguinte, às 19hs30min.
24. Neste meio tempo, os pais das crianças, assustados com o sumiço de seus filhos, passaram horas tentando reunir informações sobre os seus paradeiros, até serem alertados para o fato de que eles poderiam ter sido detidos durante os protestos. Às 15hs00 do dia 17 de novembro, os pais, reunidos em um só grupo, foram impetrar um habeas-corpus para a liberação de seus filhos. O juiz local, após ter rapidamente localizado as crianças, telefonou para a base, de onde obteve a confirmação de que as crianças estavam lá detidas. O juiz informou os pais sobre o paradeiro de seus filhos, mas negou o habeas corpus com base na suspensão, em caráter de emergência, do artigo 22 da Constituição.

III - O Desafio Constitucional

25. Joel Valencia desenvolveu o gosto por assuntos públicos graças ao papel bastante ativo desempenhado por seus pais na luta pelos direitos civis em Liberté. No início daquela década de conflitos em seu país, eles eram uns dos principais líderes na área de direitos civis, tendo, inclusive, fundado a organização não-governamental Fórum Democrático (F.D.), cujos objetivos eram a proteção das liberdades civis e a promoção de instituições democráticas. Os membros do F.D., muitos dos quais eram advogados, líderes trabalhistas e ativistas de oposição, com bastante frequência arriscavam-se na defesa de direitos básicos, à época algo sob constante ataque.

Angela Valencia, mãe de Joel, continua a trabalhar para o F.D. como conselheira-legal. Abraham Valencia, o pai de Joel, deixou a organização no final de 1997 depois de ter sido eleito para o Congresso Nacional, através do Partido da Justiça (P.J.), de centro-esquerda. Em 2001, ele se encontrava em acirrada campanha visando a sua reeleição.

26. Ao longo de 2001, o F.D. vinha monitorando a resposta governamental à deterioração econômica, social e política que assolava Liberté. A declaração do estado de emergência, dada a sua amplitude, deixou desconcertados os seus membros, uma vez que tal medida os lembrava das medidas repressivas impostas por decreto do Executivo durante os dez anos de conflito interno. Nesse sentido, o F.D. deu início à propositura de uma ação de inconstitucionalidade em relação à declaração do estado de emergência. Para todos aqueles envolvidos no caso, especialmente Angela, o que acontecera a Joel ilustrava precisamente a gravidade dos riscos a que todos estavam expostos.
27. Em 1º de dezembro de 2001, o F.D. apresentou sua ação de inconstitucionalidade, argüindo, essencialmente, que aquela medida era injustificável e excedia os limites estabelecidos no artigo 101 da Constituição, o qual previa os procedimentos a serem adotados neste caso. Posteriormente, o F.D. atacou três medidas específicas que foram adotadas em conformidade com a declaração do estado de emergência. Em primeiro lugar, em nome dos pais de Joel e de todos os pais de seus colegas, demonstrando toda a cólera em virtude do que tinha acontecido com seus filhos (e assustados com o que poderia ter-lhes acontecido enquanto permaneceram detidos), a ação contestava a legalidade: (a) da detenção das crianças, (b) que eles permaneceram detidos com adultos, e (c) a suspensão da proteção constitucional de imediato acesso ao instituto do habeas-corpus. A argüição era no sentido de que essas ações seriam ilegais em qualquer caso, mas absolutamente proibidas pelo fato de se tratar de menores.
28. Em segundo lugar, em nome do pai de Joel e dois outros membros do Congresso que concorriam à reeleição pelo P.J., o F.D. afirmou

que o adiamento das eleições representava uma interferência indevida em seus direitos de se candidatar e de votar. Eles, inclusive, argumentavam que tal decisão constituía uma tentativa de manipulação de todo o processo eleitoral e que, ao final, visava o favorecimento do P.U.L. que, assim, tentava demonstrar a sua firme condução na restauração da ordem em período imediatamente anterior à realização das eleições. Estas, segundo os demandantes, se realizavam, há cinqüenta anos, sempre no dia 10 de dezembro, não tendo nunca ocorrido o seu adiamento, nem mesmo no momento de pior conflito interno.

29. Em terceiro lugar, em nome dos cinco sindicatos dos portuários e de seus membros que haviam organizado a greve, o F.D. alegou que a ação do Executivo em forçar o término da greve constituía grave ofensa ao direito dos sindicatos de participar naquele processo de barganha coletiva e representar os interesses de seus membros.
30. Em 6 de janeiro de 2002, uma decisão da Corte Constitucional confirmou a constitucionalidade das medidas tomadas pelo Executivo, com uma única exceção. Em essência, concluindo que a urgência e a severidade da situação de intranqüilidade justificavam uma certa deferência ao Executivo – órgão responsável pela aplicação da lei e apto a utilizar os meios necessários para assegurar a ordem pública – a Corte derrubara qualquer pretensão contrária ao questionamento da validade das medidas de detenção e prisão. E concluiu afirmando que a garantia da ordem pública era requisito necessário para a ocorrência de eleições revestidas de legalidade. A exceção ficou por conta das negociações entre os portuários e os patrões. Admitindo a iniciativa do Executivo em dar início às negociações, bem como em fornecer instrumentos que a facilitassem, a Corte repeliu a imposição da arbitragem obrigatória entre as partes como forma de negociação, exceto quando previsto em acordo coletivo. A obrigatoriedade da arbitragem, no entender da Corte, constituiria um empecilho ao direito dos trabalhadores em recorrer da decisão, através do duplo grau de jurisdição. Ainda assim, a Corte decretou o fim da greve, com base na urgência do interesse nacional.

IV - Procedimentos Perante o Sistema Interamericano

31. Convencido de que a declaração do estado de emergência e suas medidas específicas questionadas perante a Corte Constitucional serviram para destacar problemas cruciais na proteção de direitos humanos e na consolidação do sistema democrático necessário à garantia destes direitos em Liberté, o F.D. apresentou uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 30 de janeiro de 2002, em nome das mesmas partes que o F.D. já havia representado no âmbito doméstico, sob a alegação de que o Estado de Liberté era responsável internacionalmente pelas violações:

(a) dos artigos 27 e 1(1) da Convenção Americana com relação à declaração do estado de emergência, de uma forma geral;

(b) dos artigos 1(1), 5, 7, 8, 19 e 25 da Convenção Americana em relação à prisão, detenção e negativa de proteção judicial para Joel Valencia e seus dez colegas de escola;

(c) dos artigos 1(1) e 23 da Convenção Americana quanto a Abraham Valencia e aos dois outros candidatos ao Congresso, respectivamente; e

(d) dos artigos 1(1) e 16 da Convenção Americana, e do artigo 8 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) em relação aos trabalhadores portuários.

O F.D. alegou que tanto a declaração do estado de emergência quanto as medidas específicas representavam uma ameaça aos princípios básicos do sistema regional, especialmente no tocante ao respeito aos direitos humanos, à observância da lei e à separação dos poderes, como previsto na Carta Democrática Interamericana.

32. Em 30 de junho de 2002, a Comissão declarou a admissibilidade do caso em relação aos artigos enumerados, colocando-se à disposição das partes para uma possível solução amigável. As partes declinaram da proposta.

33. Em 25 de novembro de 2002, a Comissão adotou um relatório, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana, determinando que as situações denunciadas pelos peticionários constituíam violações dos artigos 1(1), 5, 7, 8, 16, 19, 23, 25 e 27 da Convenção Americana, bem como do artigo 8 do Protocolo de San Salvador. A Comissão recomendou que Liberté adote as medidas necessárias, inclusive no âmbito legislativo, para: restabelecer e assegurar, dentro do máximo espectro possível, o gozo dos direitos violados, bem como providenciar a reparação adequada quando o restabelecimento de determinado direito não for possível ou suficiente. Informações apresentadas por aquele Estado em 5 de janeiro de 2003, como resposta ao relatório do artigo 50, indicavam que estas recomendações não haviam sido implementadas.
34. Em 25 de janeiro de 2003, a Comissão submeteu o caso à C.I.A.D.H. Em 30 de janeiro de 2003, a C.I.A.D.H. notificou o Estado de Liberté. Em 5 de fevereiro de 2003, Liberté dirigiu um comunicado à C.I.A.D.H. indicando que as medidas que haviam sido questionadas foram adotadas precisamente para garantir o respeito aos direitos básicos, à observância da lei e o efetivo exercício do voto popular. Ainda o Estado informou não ter nenhuma exceção preliminar a propor. A C.I.A.D.H. agendou uma audiência para a produção de provas orais sobre o mérito do caso.

V - Instrumentos Relevantes

35. Liberté é um Estado-membro da OEA desde 1948, bem como parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1978, ano no qual a ratificou sem nenhuma reserva. O Estado aceitou a jurisdição contenciosa da C.I.A.D.H. através do depósito da declaração, em 1978, sem qualquer acordo especial. Em 1999, Liberté ratificou o Protocolo de San Salvador. Ainda, Liberté participou, com todos os outros Estados-membros da OEA da adoção da Carta Democrática Interamericana em 2001.
36. Além de sua participação nesse sistema regional, Liberté é parte do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto In-

ternacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos ratificados e sem a apresentação de qualquer reserva, em 1980.

37. Por último, deve-se destacar que o Regulamento da Comissão Interamericana, que entrou em vigor em 1º de maio de 2001, bem como o Regulamento da C.I.A.D.H., que entrou em vigorem 1º de junho de 2001, aplicam-se ao presente caso.

Notas:

[1] Carta Democrática Interamericana (Lima, 11 de setembro de 2001), trechos dos artigos 1 e 3.

[2] Entre 1986 e 1996, a C.I.A.D.H. realizou quatro inspeções *in loco*, publicou quatro relatórios sobre Liberté e aprovou cinquenta e oito relatórios sobre casos individuais, que sustentavam ser o Estado responsável por violações de direitos humanos. Cinco desses casos foram submetidos à apreciação da C.I.A.D.H., que reconheceu a responsabilidade do Estado e determinou a adoção de medidas reparatórias.

[3] O artigo 22 da Constituição de Liberté estabelece, entre outras coisas, que:

“Todas as pessoas têm o direito à liberdade pessoal, e dela só podem ser privadas mediante ordem judicial ou flagrante delito, de acordo com as condições estabelecidas em lei;

Os detidos deverão ser colocados à disposição de uma autoridade judiciária competente no prazo de 10 horas;

Os detidos só poderão ser abrigados em instalações designadas para essa finalidade e, em todos os casos, aqueles considerados suspeitos e os indiciados deverão ser mantidos separados daqueles já sentenciados.”

[Tradução de Aníbal Ribeiro Guimarães Jr. e Paula Spieler]

Comissão Interamericana de Direitos Humanos*

Valencia et al. v. Liberté

Senhor Presidente da Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada *Comissão*) submete a presente demanda à Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante *Honorable Corte*), com fulcro nos arts. 33 e 62.3 da Convenção Americana (doravante denominada *Convenção*), em face do Estado de Liberté, com o objetivo de que sejam declaradas as violações dos arts. **1.1, 5, 7, 8, 16, 19, 23, 25 e 27** da Convenção Americana de Direitos Humanos, e do artigo 8 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado *Protocolo*).

Por oportuno, salienta-se que os diplomas internacionais ratificados pelo Estado de Liberté devem ser devidamente considerados pela Honorable Corte diante dos fatos, direitos e pedidos expostos a seguir. É importante ressaltar que os diplomas que não integram o Sistema

* Demanda elaborada pelos alunos do grupo de estudo *Simulações e Realidade* para a audiência simulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corpo discente envolvido: Adriana Fernandes Rennó, Ana Paula Anastácio, Isabel Cristina M. de S. Pererira, Livia Fernandes França, Marcelo Magalhães Khair e Maria Laura Fornasar.

Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (doravante denominado *Sistema Interamericano*) serão utilizados apenas de forma interpretativa.¹

1) DAS QUESTÕES PRELIMINARES

1.1) Admissibilidade

1.1.1) Esgotamento dos recursos internos No dia primeiro de dezembro de 2001, o Fórum Democrático, uma organização não-governamental, ingressou com uma ação de inconstitucionalidade perante a Corte Constitucional de Liberté. Esta negou, no dia 6 de janeiro de 2002, todas as medidas questionadas, com exceção da imposição de arbitragem obrigatória, já que esta não estava prevista nos acordos de negociação coletiva. Sendo a Corte Constitucional de Liberté de única instância, não há como se recorrer dessa decisão, tendo sido esgotados todos os recursos internos, segundo o art. 46.1 (a) da Convenção.

1.1.2) Tempestividade

Após a sentença definitiva da Corte Constitucional de Liberté, proferida em 6 de janeiro de 2002 (*supra*), as partes decidiram recorrer ao Sistema Interamericano. Dessa forma, em 30 de janeiro de 2002 foi apresentada tempestivamente a denúncia perante a Comissão, em conformidade com o prazo de seis meses, de acordo com o art. 46.1 (b) da Convenção.

1.1.3) Ausência de litispendência internacional

A matéria do presente caso não se encontra pendente de solução em outro processo internacional. Portanto, não há que se falar de litispendência internacional, segundo o art. 46.1 (c) da Convenção.

¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales e outros)*, sentença de 19/11/1999, § 192.

1.1.4) Sobre a impossibilidade de discussão das preliminares

As questões de admissibilidade aqui expostas não podem mais ser objeto de discussão. Isso porque, o Estado de Liberté renunciou expressamente ao direito de opor objeções preliminares; uma vez renunciadas, não pode mais o Estado retroceder. Sendo assim, as mesmas não merecem ser objeto de análise pela Honorável Corte. Com a própria renúncia do Estado já se presumem verdadeiros os argumentos da parte autora no que tange à admissibilidade. Mesmo que a Honorável Corte entenda que o Estado renunciou ao direito de opor exceções preliminares de forma tácita, não poderia o Estado pretender opô-las neste momento, uma vez que as mesmas devem ser invocadas de maneira expressa e oportuna, sob pena de *estoppel*².

1.2) Competência da Honorável Corte

O Estado de Liberté aceitou a competência contenciosa da Honorável Corte mediante declaração depositada, sem acordo especial, em 1978. Desta feita, a Honorável Corte é competente para apreciar o caso em questão, segundo o art. 62.3 do referido documento.

2) DO DIREITO

Antes de expor as violações dos artigos acima aludidos, cumpre afirmar que o Estado de Liberté violou *prima facie* o art. 1.1 da Convenção, uma vez que a violação a qualquer direito consagrado nesta implica a infração da obrigação do Estado-Parte de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidas.³

² Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Loayza Tamayo*, exceções preliminares, sentença de 31/01/1996, § 41; Caso *Comunidade Mayagna Sumo Awás Tingni*, exceções preliminares, sentença de 01/02/2000, §§ 54 e 57.

³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentença de 29/07/1988, § 162; Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Godínez Cruz*, sentença de 20/01/1989, § 171. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Neira Alegria e Outros*, sentença de 19/01/1995, § 85.

2.1) Estado de emergência

2.1.1) Não há situação que justifique o estado de emergência

O Estado de Liberté violou o art. 27 da Convenção, pois a declaração do estado de emergência não estava de acordo com as situações ali previstas como possíveis. Há três situações que justificam o estado de emergência segundo este artigo: (i) guerra, (ii) calamidades naturais e (iii) perturbações de ordem pública. Nenhuma dessas três situações ocorreu em Liberté, apesar de a última ter sido utilizada como justificativa.

No país havia apenas protestos em algumas regiões do país, que não configuraram um perigo excepcional. Além disso, a seca, que poderia configurar um perigo maior, não afetava todo o país, mas somente algumas áreas da região sudoeste. Portanto, outras medidas poderiam ter sido tomadas antes da decretação do estado de emergência. Tratou-se de medida excessiva da Presidenta Reina, que se deixou seduzir pelo caminho mais fácil, ao invés de optar pela via democrática na resolução dos conflitos.

2.1.2) O estado de emergência foi utilizado contra o sistema democrático

Segundo a Opinião Consultiva n.º 8 da Honrável Corte⁴, “a suspensão de garantias perde toda a sua legitimidade se é utilizada contra o sistema democrático”. No mesmo sentido afirma o art. 3 da Carta Democrática de Direito (doravante denominada CDI):

São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos e às **liberdades fundamentais**, o acesso ao poder e seu exercício com sujeição ao Estado de Direito, a **celebração de eleições periódicas, livres, justas** e baseadas no sufrágio universal e secreto como expressão da soberania do povo, o regime pluralista de partidos e organizações políticas, e a **separação e independência dos poderes públicos** (grifamos).

⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 08/87, *Habeas Corpus sob a Suspensão de Garantias*, de 30/01/1987, § 20.

À luz desse dispositivo, percebe-se que, no caso em questão, a suspensão de garantias foi de encontro ao sistema democrático, como será fundamentado no decorrer deste documento. Se não havia razão para a decretação do estado de emergência, a declaração não possui legitimidade.

2.1.3) Não foi respeitada a temporalidade do estado de emergência

O art. 27 da Convenção prevê que as disposições adotadas no estado de emergência devem durar “o tempo estritamente limitado às exigências da situação”. Trata-se de limitação prevista igualmente na Opinião Consultiva n.º 8⁵. No tocante ao direito interno de Liberté, o art. 101 da Constituição prevê que o estado de emergência dure no máximo 90 dias, sendo suspenso automaticamente no fim deste prazo. É possível um pedido de prorrogação do prazo, desde que seja provada a sua necessidade. Porém, no presente caso, o Estado de Liberté declarou o estado de emergência fora do prazo *ab initio*: de sete de novembro de 2001 a 15 de março de 2002 – quatro meses de duração. Convém lembrar que o Comentário Geral n.º 29, do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas⁶, afirma, outrossim, que a suspensão de garantias deve respeitar a temporalidade e o princípio da legalidade. Portanto, mesmo que houvesse uma situação justificável para o estado de emergência, o decreto não respeitou a limitação temporal determinada tanto pelo direito interno como pelo direito internacional.

2.1.4) Não foi respeitado o art. 27.3 da Convenção

Embora a Presidenta Reina tenha comunicado ao Secretário-Geral da OEA a declaração do estado de emergência, não o fez de forma específica com relação às disposições suspensas. O art. 27.3 da Convenção exige que não somente o estado de emergência seja devidamente comunicado, mas ainda as disposições cuja aplicação tenha sido suspensa, os motivos determinantes da suspensão e a data em que esta deverá cessar. Como se vê, a comunicação foi feita de maneira incompleta, contrariando preceito da Convenção.

⁵ *Idem*, §§ 38 e 39.

⁶ Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, Comentário Geral n. 29, *Estados de Emergência*, adotado na 72ª sessão, em 31/08/2001.

2.1.5) Violou-se o princípio da separação dos poderes

Observando-se o *supra* mencionado art. 3 da CDI, tornam-se nítidos outros desrespeitos do Estado de Liberté em relação aos princípios mais elementares do sistema regional. Ao proclamar o decreto do dia sete de novembro de 2001, a Presidenta Reina desrespeitou a separação e a independência dos poderes públicos, uma vez que o Poder Executivo ignorou o Poder Legislativo no que concerne aos limites estabelecidos por este àquele, notadamente ao impedir o acesso dos cidadãos a direitos e garantias fundamentais expressos constitucionalmente.

É o que ocorreu com o direito de greve, uma vez que o decreto ordenou que as partes cessassem qualquer medida coletiva e se submetessem à arbitragem obrigatória perante o Conselho Nacional de Arbitragem. A mesma conduta desordenada verificou-se na postergação das eleições, abrangendo a seara dos direitos políticos, conforme restará demonstrado neste documento.

2.2) Suspensão do *habeas corpus* e outras garantias

A suspensão do art. 22 da Constituição de Liberté, que prevê o direito à liberdade pessoal e os meios judiciais capazes de efetivar esse direito, impossibilitou o recurso de Joel Valencia e seus amigos ao *habeas corpus*.

Embora o art. 27.2 não tenha introduzido o direito à liberdade pessoal no rol de direitos insuscetíveis de suspensão via decreto emergencial, a garantia do *habeas corpus*, além de ser idônea para a proteção do direito em questão, é igualmente legítima para a defesa dos direitos à vida e à integridade pessoal, entre outros, que não podem ser suspensos em estados de emergências. Neste sentido manifestou-se a Corte Interamericana em opinião consultiva sobre o tema:

(...) es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes⁷.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC n° 08/87, *cit.*, § 35.

Mais adiante, afirma a Corte que:

Esta conclusión se fundamenta en la experiencia sufrida por varias poblaciones de nuestro hemisferio en décadas recientes, particularmente por desapariciones, torturas y asesinatos cometidos o tolerados por algunos gobiernos. Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido.⁸

A Honorável Corte reiterou a impossibilidade de suspensão do *habeas corpus* durante estados de emergência no caso *Cantoral Benavides*, oportunidade na qual afirmou a mesma tese:

Dentro de las garantías judiciales indispensables que deben observarse, el hábeas corpus representa el medio idóneo “para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.⁹

A suspensão do *habeas corpus* acarretou ainda a violação do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 8, uma vez que não foi garantido às vítimas o direito de serem ouvidas com as devidas garantias e dentro de prazo razoável. O devido processo legal constitui requisito indispensável ao exercício das garantias tidas como indispensáveis para a proteção dos direitos insuscetíveis de suspensão, como é o caso do *habeas corpus*. Sobre o tema já se manifestou a Corte:

Relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC n° 08/87, *cit.*, § 36.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Cantoral Benavides*, sentencia de 18/08/2000, § 165.

y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión¹⁰.

2.3) Prisão ilegal

2.3.1) Verificação de prisão arbitrária

O Estado de Liberté violou os dispositivos 7.2 e 7.3 da Convenção, que vedam a prisão arbitrária. No mesmo sentido versa o art. 9.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante denominado Pacto).

De acordo com estes diplomas, toda e qualquer hipótese que justifique a prisão deve estar previamente fixada pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou de acordo com leis formalmente promulgadas. A prisão de 150 pessoas, ocorrida em Liberté no dia 17 de novembro de 2001, não encontra amparo legal. Foi realizada sem a autorização de autoridade judicial competente e de forma a evitar a possibilidade de que a manifestação fugisse ao controle dos recrutas. Portanto, tratou-se de prisão baseada em evento futuro e incerto. Outra atitude não poderia ser esperada de 20 recrutas recentemente incorporados à Guarda Nacional e, por isso, completamente despreparados para lidar com situações como a que se sucedeu, demonstrando a imprudência do Estado.

Além dos incisos acima mencionados, o Estado de Liberté violou, outrossim, o art. 7.5 da Convenção, que encontra paralelo no art. 9.3 do Pacto. Toda pessoa presa deve ser apresentada prontamente à autoridade judicial ou a outra autoridade indicada por lei, fato que não ocorreu no presente caso.

2.3.2) Violação do artigo 19 da Convenção devido à prisão de crianças

O Estado de Liberté violou o art. 19 da Convenção, pois as crianças não tiveram acesso às medidas de proteção que a condição requer, como

¹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva nº 09/87, *Garantias Judiciais em Estados de Emergência*, de 06/10/1987, § 30.

será exposto a seguir. De maneira a elucidar a interpretação dos fatos, ressalte-se que o Estado não levou em conta o art. 3 da Convenção da Criança, uma vez que não respeitou o princípio do melhor interesse da criança.

Com relação ao melhor interesse da criança, é oportuno mencionar aqui o entendimento da Honorable Corte sobre a questão. Assim, a expressão *mejor interesse da criança* “implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”¹¹

De acordo com o art. 27.2 da Convenção, os direitos das crianças não podem ser suspensos durante o estado de emergência. Não cabe ao Estado de Liberté invocar o estado de exceção no qual se encontrava para justificar as violações que cometeu contra Joel Valencia e seus amigos.

2.3.3) Tratamento cruel, desumano e degradante

O Estado de Liberté violou os dispositivos 5.1 e 5.2 da Convenção. Cumpre asseverar que os arts. 37 (a) e (c) e 40 da Convenção da Criança são do mesmo entendimento.

Como é de conhecimento, Joel Valencia e seus companheiros, todos crianças para efeitos legais, presenciaram cenas traumáticas. Às vítimas, restou permanecer na quina do auditório, assustadíssimas, pois temiam os conflitos entre os manifestantes e os recrutas. A obrigação de não dispensar tratamento cruel, desumano ou degradante apresenta modalidades especiais em se tratando de menores de idade, tendo em vista as normas sobre proteção das crianças estabelecidas na Convenção e em diplomas especiais. Conclui-se, portanto, que os adolescentes não foram tratados “com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade.”¹²

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 17/02, § 137. Não obstante a OC n° 17 ter sido adotada em momento posterior à decretação do estado de emergência, vale a pena ressaltá-la aqui de forma a elucidar a presente questão.

¹² Convenção sobre os Direitos de Criança, adotada pela Resolução n° L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, art. 37 (c).

Na Opinião Consultiva nº 17, a Honorável Corte afirma que “para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”.¹³ Na mesma oportunidade, a Honorável Corte afirmou que se deve favorecer a permanência da criança em seu núcleo familiar, sendo a separação excepcional. Observamos que, no caso *sub judice*, o Estado de Liberté violou todas essas disposições, além de ter negado às crianças a possibilidade de qualquer contato com seus familiares.

O Estado de Liberté violou, ainda, o art. 37 (b) da Convenção da Criança, que prescreve que a prisão deve ser utilizada como o último recurso. *In casu*, a prisão não foi usada como medida de último recurso, mas sim como única ação. Os adolescentes não apresentavam qualquer perigo iminente à sociedade: não estavam armados. Dessa forma, qualquer medida que não uma simples notificação verificar-se-ia como incontestavelmente descabida e desproporcional.

2.3.4) A prisão das crianças e dos adultos foi no mesmo local

O Estado de Liberté violou o art. 5.5 da Convenção. Com o objetivo de preservar o ambiente mais propício à dignidade das crianças, o direito internacional preceitua que a prisão destas seja efetuada em local diferenciado daquele reservado aos adultos. No caso em tela, homens, mulheres e crianças foram mantidos em conjunto no mesmo auditório. Este entendimento também é adotado pelo art. 37 (c) da Convenção da Criança.

Razoável seria o argumento de que a aparência das crianças poderia ter induzido os recrus a erro. Todavia, tal argumento não resiste ao exame do fato de que os documentos dos presos foram verificados, determinando-se assim imediatamente a delimitação entre aqueles que eram menores e maiores de 18 anos. Considerando que os recrus verificaram os documentos logo após a prisão, não se justifica a manutenção dos mesmos no cárcere. Desta forma, em cumprimento ao direito internacional dos direitos humanos, e notadamente ao princípio do

¹³ Ver *supra* nota 12.

melhor interesse da criança, todos os menores de 18 anos deveriam ter sido libertados imediatamente após a identificação.

2.4) Direito de greve

2.4.1) A suspensão do direito de greve não foi promulgada em lei

O exercício do direito de greve dos trabalhadores possui fundamentação legal, especificamente no art. 8.1 (a) e (b) do Protocolo. Além desse dispositivo, tal direito encontra amparo no artigo 8 (d) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante PIDESC)

O Protocolo prevê no art. 8.2 que as restrições ao direito de greve e de sindicalização devem estar previstas em lei e, ainda, terem sempre em vista os princípios de ordem pública e moralidade que presidem o estado democrático. Em consonância, o art. 5 do Protocolo que afirma que os direitos assegurados neste Protocolo, dentre eles os direitos sindicais e de greve, só podem ser limitados por meio de lei promulgada. Da mesma forma dispõe o art. 8 (c) do PIDESC.

No Estado de Liberte é livre o exercício do direito de greve e de sindicalização, uma vez que não há no ordenamento jurídico de Liberté qualquer dispositivo restritivo. Dessa forma, não é possível qualquer limitação ou restrição ao exercício de tais direitos.

Cumprê enfatizar que o exercício do direito de greve é uma forma dos trabalhadores organizados em sindicato protegerem e promoverem seus interesses quando frustrada a tentativa de negociação. É o que ocorre no presente caso, já que não só os empregadores se recusaram a negociar com os trabalhadores portuários, como também lhes foi retirado o direito de ingressar em juízo para assegurar os direitos ameaçados. Nessa ordem de idéias, depreende-se que o direito de greve é uma das atividades do sindicato, devendo ser a este garantido o direito de exercê-lo livremente.

Desta forma, o exercício do direito de greve está compreendido no direito sindical previsto no artigo 8.1 (a). O fato de estar disposto na alínea b do mesmo artigo demonstra a relevância de se garantir o respeito a tal direito e constitui simples redundância, conforme já mencionado.

Uma violação ao artigo acima mencionado torna cabível, portanto, a apresentação da demanda perante a Honorável Corte, no que tange à violação do direito de greve no caso em tela, com base no artigo 19.6 do Protocolo¹⁴.

2.4.2) O afastamento do princípio do acesso à justiça devido à imposição de arbitragem obrigatória

Ao declarar o estado de emergência em 7 de novembro de 2001, a Presidenta Reina ordenou que os trabalhadores fossem imediatamente submetidos à arbitragem obrigatória, como meio de negociação, e que a greve fosse suspensa, em virtude não só dos prejuízos causados pela mesma à economia nacional, como também da crise enfrentada pelos agricultores e suas famílias.

No entanto, isso não estava disposto no contrato coletivo dos trabalhadores portuários, privando-os de ingressar em juízo para assegurar seus direitos ameaçados, o que viola o princípio do acesso à justiça. Mesmo que tenha sido este o entendimento da Honorável Corte Constitucional de Liberté, há de se ressaltar que, no lapso temporal entre a vigência do decreto e a decisão da Honorável Corte, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário foi frontalmente ferido.

2.4.3) A greve não consistia em perigo à nação

Ao serem fechados os portos em razão da greve dos funcionários portuários, não houve ameaça ao interesse nacional. Aqueles que foram realmente afetados pela paralisação portuária foram os empresários, que tiveram diminuição em seus lucros.

Neste sentido, afirmar que o interesse nacional foi confrontado pela paralisação seria o mesmo que afirmar que, em Liberté, interesse público e lucros privados constituem sinônimos. Neste sentido, a imposição de limites ao direito de greve somente justifica-se por lei, e tendo como

¹⁴ *Artigo 19 – Meios de Proteção.*

6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.”

objetivo a garantia do interesse público. No caso, o enriquecimento de poucos não pode adquirir o status de limitação a um direito humano consagrado pelo direito internacional dos direitos humanos.

2.5) Eleições

2.5.1) O Estado de Liberté desrespeitou o processo previsto na CDI que autoriza a prorrogação das eleições

Em 11 de setembro de 2001, foi aprovada pela Organização dos Estados Americanos a CDI, a qual foi posteriormente ratificada pelo Estado de Liberté. É fato que o mesmo já aplicou o art. 17 do documento citado, tendo em vista que a Presidenta recorreu ao Conselho Permanente da OEA com o propósito de informar sobre a situação de crise do país, expressar sua opinião no sentido de que o processo democrático institucional de Liberté se encontrava sob ameaça, solicitar ajuda para o fortalecimento e preservação do mesmo e requerer à OEA o envio de uma missão de observadores eleitorais para supervisionar as vindouras eleições nacionais.

Com a declaração do estado de emergência foram adiadas as eleições, sob a justificativa de se proteger o direito de voto dos cidadãos. No entanto, a prorrogação das eleições encontra-se sujeita a procedimento específico previsto na CDI. A seguir, tornar-se-á evidente que esse procedimento não foi seguido pelo Estado de Liberté.

O art. 18 do mesmo documento evidencia que o Estado de Liberté, ao decretar o estado de emergência e postergar as vindouras eleições, desrespeitou o previsto na CDI. Para que as eleições pudessem ser postergadas, era necessário que se realizasse uma prévia análise da situação pelo órgão competente da OEA, bem como uma avaliação coletiva do Conselho Permanente da referida organização, no sentido de permitir tal acontecimento – o que não ocorreu.

Torna-se necessário asseverar que a ameaça à democracia hoje adquire várias formas, podendo ocorrer até mesmo em um ambiente democrático. A CDI representa uma inovação ao possibilitar que alterações à ordem constitucional e democrática de determinado Estado possam ser evitadas. Pode-se dizer que o Estado de Liberté enquadra-se nessa hipótese: alteração da ordem constitucional que afeta gravemente a ordem democrática.

Em conformidade com o art. 4 da CDI, o respeito ao Estado de Direito é requisito – e elemento indispensável – à democracia. Esta, por sua vez, não é passível de afastamento quando se objetiva o respeito aos direitos humanos, de acordo com o art. 7 do mesmo documento. Assim se posicionou a Comissão no *Informe sobre a Situação dos Direitos Humanos em El Salvador*, considerando o passado autoritário deste Estado, similar à história de Liberté.¹⁵

2.5.2) O Estado de Liberté violou o artigo 23 da Convenção

A luta para assegurar o direito ao sufrágio universal acompanha a humanidade há tempos, estando o mesmo expresso em vários dos mais relevantes pactos, declarações e documentos internacionais, consoante verificar-se-á a seguir.

A 10 de dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde a preocupação pela garantia do direito ao sufrágio universal é explícita em seu art. XXI. O Pacto (1966) é unísono na questão de que trata seu art. 25¹⁶. Da mesma forma, a Convenção recebe esse entendimento em seu art. 23 (b).

A partir da análise dos dispositivos relacionados, compreende-se que as eleições devem possuir determinadas características específicas: devem ser autênticas, periódicas e universais. Assim, observa-se que a postergação das eleições vai de encontro com aqueles ao impedir a realização de eleições periódicas. Isto exposto, conclui-se, em decorrência dos arts. 4 e 7 da CDI, que o Estado de Liberté violou o art. 23 da Convenção.

¹⁵ “*El derecho de tomar parte en el gobierno y de participar en elecciones genuinas, periódicas, libres y de voto secreto, es de fundamental importancia para la salvaguardia de los derechos humanos. La razón de ello radica en que, tal como lo demuestra la experiencia histórica, los gobiernos derivados de la voluntad del pueblo, expresada en elecciones libres, son los que proporcionan la más sólida garantía de que los derechos humanos fundamentales serán observados y protegidos.*” (OEA/Ser. L.V/ II. 45, doc. 23 rev.2, 17 de novembro de 1978, página 126).

¹⁶ “*Art. 25. Todo ciudadano terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas: 1 - de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; 2 - de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; 3 - de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.*”

Ademais, o art. XXI.3 da Declaração Universal de Direitos Humanos e o art. 25 (b) do Pacto conduzem ao mesmo entendimento.

Dessa forma, não assume a Constituição de Liberté a condição de perflhar prerrogativa que vá de encontro a tão respeitado direito. A partir do dispositivo 27.2 da Convenção, os direitos políticos, dentre estes aquele ao sufrágio universal, não podem ser suspensos, ainda que em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte.

Dessa forma, claro está que o art. 101 da Constituição de Liberté, recentemente emendado, não poderia, ao contrário do que se constatou, abarcar os direitos políticos dentre aqueles direitos individuais que podem ser afetados diante da declaração de estado de emergência.

Por fim, é incontestável o fato de ser descabida a hipótese de o Estado de Liberté haver cumprido as determinações da OEA no que tange ao caso em tela, uma vez que inexistia qualquer pronunciamento da OEA que autorizasse a alteração das datas das eleições, tampouco as outras violações *supra* referidas.

2.5.3) O Poder Executivo utilizou-se indevidamente de seu poder com o escopo de adquirir vantagens na contenda eleitoral

Com efeito, o informe da missão de observadores eleitorais enviados a Liberté expressou que o processo eleitoral desenvolveu-se com regularidade, ainda que o desrespeito à data tradicional das eleições não tenha sido recebido com agrado pelos candidatos nem pela cidadania. O referido documento enfatizou que os cidadãos sentiram que seus direitos de eleger e serem eleitos haviam sido afetados pela ação do governo.

Cumprir acrescentar que as eleições nacionais realizavam-se há mais de 50 anos propositadamente na mesma data, 10 de dezembro, que corresponde tradicionalmente a uma comemoração da cidadania, já que o dia registra o aniversário da independência do Estado de Liberté.

Apenas um mês após a data legalmente prevista para as eleições, postergadas devido à possibilidade de que as mesmas pudessem ser afetadas pelo descontentamento da população em relação à política implementada pelo Governo, atestou-se que o processo eleitoral transcorreu inesperadamente de forma pacífica.

Cabe frisar que a população não era favorável ao adiamento, conforme atestado pela missão de observadores eleitorais. Ademais, pouco antes de ser decretado o estado de emergência, as pesquisas de opinião demonstravam que o nível de popularidade da Presidenta Reina, que estava concorrendo às eleições presidenciais e cujo partido (Partido pela Unidade de Liberté) concorria às eleições parlamentares, ambas a serem disputadas brevemente, estava baixo como nunca houvera estado antes. Logo, conclui-se que um adiamento da data das eleições beneficiaria - ou, ao menos, de nada prejudicaria - o Partido pela Unidade de Liberté.

No entanto, o mesmo não ocorreria com os demais partidos na contenda eleitoral, os quais indubitavelmente seriam prejudicados, tendo em vista que não dispunham de meios para interferir na determinação dos procedimentos eleitorais. É imprescindível asseverar que nem mesmo à Presidenta Reina era permitido agir nesse sentido. No entanto, a mesma o fez a partir do uso desmedido e exagerado do poder a ela conferido por ser a Chefe do Poder Executivo do Estado de Liberté. Evidencia-se, dessa forma, a má-fé da Presidenta Reina ao postergar indevida e arbitrariamente as eleições em Liberté, tornando-se cristalina a verificação dos objetivos políticos que a mesma tramava alcançar, ainda que a custo de transgredir o Estado de Direito naquele país, caracterizando, reiteradamente, a ruptura do princípio da separação dos poderes estatais.

3) DOS PEDIDOS

Diante do exposto, a Comissão requer:

1. que se reconheça o presente caso, tendo em vista a concorrência de todos os requisitos de admissibilidade;
2. ainda no que tange à admissibilidade, que não seja admitida a alegação de exceções preliminares por parte do Estado de Liberté, tendo em vista a inequívoca renúncia por este efetuada;
3. que se reconheça a **responsabilidade internacional** do Estado de Liberté pelas violações dos artigos **1.1, 5, 7, 8, 16, 19, 23, 25 e 27** da Convenção, e do artigo 8 do Protocolo;
4. que, no tocante à **prisão arbitrária**, diante da impossibilidade de se retornar ao *status quo ante*, o Estado de Liberté arque com o pagamento de justa indenização, abrangendo os danos materiais e morais, às famílias

das vítimas que sofreram a prisão arbitrária, de acordo com o art. 63.1 da Convenção;

5. que, com fulcro no mesmo dispositivo, seja conferido o pagamento de justa indenização, abrangendo os danos materiais e morais, aos membros dos sindicatos que tiveram seu direito de recorrer ao Poder Judiciário para resolução de conflitos violado, mesmo que por um lapso determinado de tempo, isto é, até a decisão da Honorable Corte Constitucional de suspender a medida;

6. no que se refere às **eleições** de 10 de janeiro de 2002, que estas sejam anuladas e que se instale um novo processo eleitoral;

7. que seja efetuado o pagamento de justa e devida indenização, abrangendo os danos materiais e morais, aos **candidatos** às referidas eleições, diante da postergação das mesmas;

8. Que seja tornada obrigatória a **disciplina educação em direitos humanos** a todas as crianças e jovens cursando o ensino básico escolar, a fim de que a população de Liberté seja conscientizada de seus direitos e deveres advindos do valor da dignidade humana através da educação formal, com o propósito de não mais ser aceita tacitamente a transgressão dos mesmos.

Por fim, requer-se que sejam restituídos ao Fórum Democrático os gastos judiciais despendidos no processo perante a Honorable Corte Constitucional de Liberté e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Liberté, 15 de maio de 2003.

Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Valencia et al. v. Liberté

Senhor Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O Estado de Liberté vem, com fundamento no artigo 37 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Honorável Corte”), apresentar a esta Honorável Corte a presente Contestação ao caso *Valencia et al. v Estado de Liberté*, submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Comissão ou CIDH”) em 25 de Janeiro de 2003, com o objetivo de refutar as alegações de supostas violações aos artigos 1.1, 5, 7, 8, 16, 19, 23, 25 e 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante “Convenção”), e do artigo 8 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado “Protocolo de San Salvador”).

1. QUESTÕES PRELIMINARES

1.1 A tempestividade da apresentação de objeções preliminares

Em se tratando do procedimento de admissibilidade perante a Corte, o artigo 36.1 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos assim dispõe sobre a apresentação de exceções preliminares:

* Contestação elaborada pelos alunos do grupo de estudo *Simulações e Realidade* para a audiência simulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corpo discente envolvido: Leonardo Castilho, Lícia Bosco, Paula Bartolini Spieler, Rachel Herdy de B. Francisco, Simone Souto Pitta e Viviane Borges dos Santos.

Artigo 36. Exceções Preliminares

1. As exceções preliminares só poderão ser opostas no escrito de contestação da demanda.

No caso em tela, o Estado de Liberté não apresentou objeções preliminares quando do recebimento da notificação da demanda, em 30 de janeiro de 2003. Ao contrário, enviou comunicação à Corte Interamericana manifestando não ter objeções a opor.

Contudo, isso não obsta a apresentação de objeções preliminares nesta ocasião, uma vez que o artigo 36 acima aludido é peremptório ao afirmar que estas “só poderão ser opostas no escrito de contestação da demanda”. É, pois, no momento de redigir a contestação – o que agora se faz –, e somente nele, que devem ser opostas as exceções preliminares ao caso.

Ao contrário do que pretende a Comissão, não se pode vislumbrar que o Estado de Liberté tenha renunciado ao direito de opor objeções preliminares. Isso porque o abandono unilateral de um direito sofre restrições em razão de interesse público, conforme o ensinamento do jurista brasileiro Caio Mário da Silva Pereira: “são irrenunciáveis os direitos públicos, como ainda aqueles direitos que envolvem um interesse de ordem pública”.¹ Ora, o direito de opor objeções preliminares manifesta indubitavelmente um interesse de ordem pública, sobretudo quando se está diante da objeção relativa ao direito do Estado demandado de julgar as violações de direitos humanos ocorridas no âmbito de sua jurisdição, *i.e.* o não esgotamento dos recursos internos.

Dessa forma, embora o Estado de Liberté tenha manifestado em outra ocasião a ausência de objeções preliminares, este fato não tem o condão de impedir a oposição das mesmas nesta oportunidade, seja porque assim determina peremptoriamente o artigo 36 do Regulamento da Corte, seja porque se trata de matéria insuscetível de renúncia. É, pois, tempestiva a presente apresentação de objeções preliminares, como se segue.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.301.

1.2 O não esgotamento dos recursos internos

1.2.1 A dupla perspectiva na avaliação do critério de prévio esgotamento dos recursos internos.

No presente caso, o Estado de Liberté entende que existe uma concorrência de avaliações acerca do critério de esgotamento dos recursos internos. O caso sob análise põe em relevo não apenas supostas violações factuais, mas a existência de violação por ato normativo². Assim, o Estado de Liberté entende que o caso deve ser compreendido através de uma dupla perspectiva: (i) a avaliação da compatibilidade do decreto emergencial com a Convenção Americana, na forma do artigo 2º deste diploma legal, e (ii) a suposta existência de violações concretas de direitos humanos.

1.2.2 O prévio esgotamento dos recursos internos quanto à compatibilidade do decreto emergencial com a Convenção Americana.

No tocante à legalidade do decreto emergencial, o Estado de Liberté entende que foi respeitado o requisito de prévio esgotamento dos recursos internos. A legalidade do ato normativo em análise foi argüida perante a Corte Constitucional, que representa a mais alta instância no ordenamento jurídico de Liberté.

Ocorreu, portanto, uma avaliação em tese da legalidade do ato normativo, que não estava vinculada a qualquer violação “factual”, mas sim à mera existência de uma norma contrária ao ordenamento jurídico interno e às obrigações convencionais assumidas pelo Estado de Liberté no ordenamento jurídico internacional.

Vale ressaltar que, ainda que não tivessem sido esgotados os recursos internos, a presente alegação poderia ser admitida. Isso porque o requisito de prévio esgotamento dos recursos internos não se aplica aos chamados

² É o que se depreende da alegação de que o Estado de Liberté violou os artigos 27 e 1.1, “com relação à declaração do estado de emergência em geral”. A Comissão não individualizou qualquer vítima desta violação, o que conduz à conclusão de que o que se pretende é condenar o Estado pela emissão de ato normativo – *i.e.*, decreto emergencial – contrário às obrigações convencionais.

“casos gerais”, *i.e.*, àqueles que tratam de violações generalizadas de direitos humanos em decorrência da elaboração de normas contrárias às obrigações assumidas pelos Estados Partes. Neste sentido, o entendimento do Juiz Presidente Antonio Augusto Cançado Trindade, valendo-se da jurisprudência da Comissão Européia de Direitos Humanos:

Recorde-se que, em outro caso, interestatal, o de *Chipre versus Turquia* (1978), a conclusão da Comissão Européia foi inequívoca, não deixando margem a dúvidas: a regra do esgotamento ‘não se aplica a reclamações cujo objeto seja o de determinar a compatibilidade com a Convenção de medidas legislativas e práticas administrativas.’³

A determinação da incompatibilidade de normas internas com a Convenção Americana encontra fundamento no artigo 2º deste diploma legal, que consagra o dever de prevenção no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sobre o tema manifestou-se a Corte Interamericana no caso *Suarez Rosero v. Equador*, referente à incompatibilidade do artigo 114 *bis* do Código Penal equatoriano com a Convenção Americana:

La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.⁴

Em razão do exposto, o Estado de Liberté não expressa qualquer objeção quanto à possibilidade de controle convencional do decreto emergencial. No entanto, conforme entendimento da Honorable Corte, o mesmo só poderia realizar-se no exercício de função consultiva. Quer dizer: “a jurisdição contenciosa da Corte é exercida com a finalidade de proteger os direitos e liberdades de pessoas determinadas, e não para resolver casos abstratos”⁵. A exigência de violação concreta

³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos Volume II*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 105.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Suárez Rosero v. Equador*, sentença de 12/11/1997 – Série C, No. 35, § 98. No mesmo sentido, v. voto dissidente do Juiz Cançado Trindade no caso *EL Amparo*, Interpretação de Sentença, 14/06/1996 – Série C, No. 46, *passim*.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinião Consultiva n. 14/94, *Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção*, de 9/01/1994, § 49.

de direitos humanos com respeito a indivíduos determinados consta do artigo 46.1.b.

Em arremate, recorre-se aqui às palavras da Honorable Corte:

É conveniente destacar, em primeiro lugar, que uma lei que entra em vigor não necessariamente afeta o âmbito jurídico de determinadas pessoas. Pode ocorrer que esteja sujeita a atos normativos posteriores, ao cumprimento de certas condições, ou simplesmente pela aplicação por funcionários do Estado, antes de afetar esse âmbito. (...) A lei que não é de aplicação imediata é mera faculdade dada às autoridades para tomar medidas de acordo com a mesma. Não representa, per se, violação dos direitos humanos.⁶

Isso significa tão-somente que o Estado considera a Corte competente para julgar a suposta incompatibilidade convencional do decreto emergencial, tarefa que, no entanto, só poderia ser feita em sede de jurisdição contenciosa, em conformidade com o artigo 64.2 da Convenção.

1.2.3 O não esgotamento prévio dos recursos internos quanto às supostas violações factuais

De acordo com o artigo 62.2 da Convenção Americana:

Artigo 62.2 - Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50.

Dentre esses processos, destaca-se o estabelecido no artigo 46.1.a da Convenção, referente ao esgotamento dos recursos internos como um dos requisitos necessários à admissibilidade de qualquer petição. Dessa forma, através de uma interpretação sistemática dos artigos 62.2 e 46.1 da Convenção Americana, pode-se concluir que o caso que não tenha observado tal requisito não pode ser levado à jurisdição da Corte Interamericana.

Uma vez que a demanda constitucional ajuizada perante a Corte Constitucional de Liberté não representa uma ação concreta, o Estado

⁶ *Idem*, §§ 41 e 42.

de Liberté entende que não houve o prévio esgotamento de seus recursos internos disponíveis com relação às supostas violações factuais. Além disso, as supostas violações dos artigos 1.1, 5, 7, 8, 16, 19, 23 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 8º do Protocolo de San Salvador não foram levadas às últimas instâncias jurisdicionais do ordenamento jurídico de Liberté.

O requisito de prévio esgotamento dos recursos internos visa a resguardar a jurisdição do Estado, tanto como dever quanto direito. Em outras palavras, procura concretizar o princípio da complementaridade da jurisdição internacional de direitos humanos. É o que se depreende da leitura do Preâmbulo da Convenção Americana de Direitos Humanos:

“Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (...)”.

Assim, “*deve a vítima ou representante buscar os remédios internos para reparar o dano*”⁷ antes de buscar uma solução na esfera internacional de proteção da pessoa humana.

1.3 A falta de competência da Corte Interamericana para aplicar tratados distintos da Convenção Americana

A Corte Interamericana de Direitos Humanos carece de competência para aplicar tratados e convenções internacionais que não foram elaborados sob os auspícios da OEA. O artigo 62.3 da Convenção Americana limita a competência *ratione materiae* da Corte Interamericana aos casos relativos à aplicação e interpretação daquele diploma legal.

Nesse sentido, vale ressaltar o acolhimento da mesma objeção preliminar no caso *Las Palmeras v. Colômbia*⁸:

⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*, São Paulo: Max Limonad, 2001, p.103.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso *Las Palmeras v. Colômbia*, sentença de 04/02/2000 – Série C, nº 67, § 34.

Si bien la Comisión Interamericana tiene amplias facultades como órgano de promoción y protección de los derechos humanos, de la Convención Americana se desprende, con toda claridad, que el procedimiento ante la Comisión que culmine en una demanda ante la Corte, debe referirse precisamente a los derechos protegidos por dicha Convención. Se exceptúan de esta regla, los casos en que otra Convención ratificado por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención (...).

Assim, o Estado de Liberté entende que a Corte Interamericana deve pronunciar-se incompetente para analisar as supostas violações de direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais que não pertencem ao Sistema Interamericano, bem como com relação a direitos insuscetíveis de demanda perante o mesmo.

2. QUESTÕES DE DIREITO

2.1 A validade do decreto emergencial

Conforme se depreende da análise dos fatos, é evidente a situação emergencial em que se encontrara o Estado de Liberté quando da decretação do estado de emergência. Dessa forma, foi válida e oportuna a suspensão de direitos, tendo em vista o que dispõe o art. 27 da Convenção Americana:

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Membro, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção (...).

No caso sob análise, o que motivou a decretação do estado de emergência foi a grave comoção interior a qual estava sujeito o Estado de Liberté e a possibilidade cada vez mais evidente de violação dos direitos à vida e à integridade de seus habitantes. Como a própria Comissão reconheceu, quando da apresentação da presente demanda, a Presidente

Reina decretou o estado emergência “*em último apelo aos recursos que lhe estavam disponíveis*”. Não havia outra coisa a fazer senão decretar um estado de emergência, com fundamento na manutenção da segurança do Estado. Tratava-se, pois, de um poder-dever do Estado de Liberté.

A Corte Interamericana, em parecer consultivo sobre a manutenção do habeas corpus em situações emergenciais, já declarou que “a suspensão de garantias pode ser, em algumas hipóteses, o único meio para atender a situações de emergência pública e preservar os valores superiores da sociedade democrática.”⁹

De acordo com os Padrões Mínimos de Paris de Normas de Direitos Humanos em Estado de Emergência¹⁰, o estado de exceção sujeita-se a cinco condições gerais, a saber: (i) o princípio da notificação das derrogações; (ii) o princípio da proporcionalidade da medida às exigências do caso; (iii) a compatibilidade das medidas adotadas com as demais obrigações internacionais assumidas pelo Estado em questão; (iv) o princípio da não-discriminação, e (v) a não derogabilidade dos direitos fundamentais. Como se vê, são princípios que podem ser diretamente inferidos através de um exame cuidadoso do artigo 27 da Convenção Americana, *supra* citado.

Concretamente, o decreto presidencial é válido, uma vez que se referiu expressamente à situação que o ensejou, estabeleceu expressamente os direitos individuais que foram suspensos – no caso, tão-somente o direito à liberdade pessoal –, tomou as medidas estritamente necessárias e proporcionais ao estabelecimento da normalidade, foi devidamente comunicado a quem de direito cabia e, por fim, estabeleceu o momento em que deveriam cessar os efeitos suspensivos do decreto.

Em resposta à afirmação de que o estado de emergência durou além do necessário e permitido, cumpre ponderar que a possibilidade de reedição do decreto findo o prazo de 90 dias, aliada ao poder incondicional do Congresso de revogá-lo a qualquer momento, permite entender que o estabelecimento inicial do lapso temporal do estado de emergência acima do prazo legal, sem que tenha havido qualquer manifestação por parte do Congresso, implica a aceitação tácita deste. Dessa forma, pode-

⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva nº 8/87 de 30/01/1987, §20.

¹⁰ Adotado na LXI Conferência da *International Law Association*.

se concluir que o Congresso do Estado de Liberté acatou o decreto presidencial de exceção e legitimou as medidas então tomadas.

Vale ressaltar que mesmo em situações de emergência a suspensão de certas garantias não comporta a suspensão temporária do Estado de Direito. Ao contrário do que se supõe, o estado de emergência é um verdadeiro Estado de Direito para situações anormais.

Assim, o estado de emergência será legítimo e protetor dos direitos humanos fundamentais se e na medida em que garantir os requisitos básicos para a existência de um Estado de Direito, conforme o ensinamento de Enrique R. Haba:

Solo si los requisitos básicos del Estado de Derecho lograran subsistir aún durante los regímenes de excepción, estos pueden ser compatibles con una adecuada protección de los derechos humanos. **Deberían permanecer en pie, por lo menos, tres requisitos fundamentales: principio de legalidad, separación de poderes, responsabilidad del gobierno y de la administración.** Únicamente si se respetan estas condiciones, el estado de excepción es compatible con la subsistencia de un Estado de Derecho¹¹ (grifou-se).

A razão para a existência legal de estados de exceção reside precisamente na intenção de preservar os direitos humanos. Considerando que o Estado de Liberté atuou dentro dos limites constitucionais e, ainda, de acordo com os instrumentos internacionais de que é parte, não há que se questionar a validade do decreto emergencial¹².

¹¹ HABA, Enrique P. *Tratado Básico de Derechos Humanos Vol. II*, San José: Juricentro, 1986, p. 675.

¹² No caso sob análise, não há que se falar em desrespeito aos elementos imprescindíveis do Estado de Direito, conforme acima aludido, uma vez que o estado de emergência não só manteve íntegras a legalidade e a separação dos poderes, como pressupôs a conservação destes princípios. Mesmo que se entendesse que houve violação do princípio da separação dos poderes – o que, de fato, não aconteceu –, é importante afirmar que, de acordo com a situação emergencial em que se encontra o país, cabe a alteração das competências constitucionais, quando isso for indispensável à restauração da ordem: “Es claro que también este [*o estado de exceção*] puede tener que enfrentar una agresión exterior, una conmoción interior o una calamidad pública. Para ello - ¡solo para ello! – cabe admitir una alteración de las competencias constitucionalmente asignadas al Ejecutivo: vigorizarlo más allá de ello que ellas autorizan en tiempo de normalidad, o llegar a admitir una extensión de la actividad militar” (HABA, E. *Ibidem*).

2.2 A possibilidade de denegação do *habeas corpus* quando se está diante da suspensão do direito à liberdade pessoal

O recurso de *habeas corpus* constitui um mecanismo judicial especializado para a tutela e garantia do direito humano à liberdade pessoal e encontra-se previsto no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, como se segue:

El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleva al detenido a la presencia del juez para que este pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. **En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6 (...).**¹³ (grifou-se).

O artigo 27.2 da Convenção Americana, ao tratar dos direitos e liberdades que não podem ser suspensos em estados emergenciais, não consagrou o artigo 7º acima aludido:

Art. 27.2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Dessa forma, pode-se afirmar, *a contrario sensu*, que o direito à liberdade pessoal pode ser suspenso. Conseqüentemente, o mesmo argumento se aplicaria ao *habeas corpus*, por ser este o mecanismo judicial

¹³ CORAO, Carlos M. Ayala. *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, San José / Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 57.

especializado para a garantia daquele direito e igualmente contemplado no artigo 7º da Convenção Americana¹⁴.

Ainda, ao consagrar que nem as “*garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos*” podem ser suspensas, o legislador interamericano parece afirmar que tão-somente as garantias para a proteção dos direitos ali mencionados – dentre os quais se exclui o direito à liberdade pessoal – não podem ser suspensas.

De acordo com o entendimento da Corte, notadamente nos pareceres consultivos ns. 8 e 9, o *habeas corpus* não se restringe a garantir o direito à liberdade pessoal. Vai muito mais além, na medida em que existe para a proteção de outros direitos, como o direito à vida e à integridade, que não podem ser suspensos, em conformidade com o artigo 27.2.

Nesse sentido, a Corte decidiu que o *habeas corpus* não pode ser suspenso quando destinado a garantir o respeito a direitos e liberdades cuja suspensão não está autorizada pela Convenção. Assim, a Corte opinou, por unanimidade, que:

(...) deben considerarse como garantías indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ente los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), *destinado a garantizar el respecto de los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma convención.* (grifou-se)

Com efeito, a possibilidade de suspensão do *habeas corpus* só pode ser admitida quando se trata da suspensão do direito à liberdade pessoal. Significa dizer: o *habeas corpus* só pode ser suspenso quando se está diante da suspensão de direitos e liberdades autorizadas pela Convenção, como é o caso do direito à liberdade pessoal. Em se tratando do direito à vida ou à integridade, que são igualmente garantidos pelo *habeas corpus*,

¹⁴ Sobre o argumento *a contrario sensu*, especificamente em relação a situações excepcionais, assim ponderou Carlos Maximiliano: “Cumprir advertir que em alguns casos o argumento *a contrario* aparece concludente até à evidência. Assim acontece quando a norma se refere a hipótese determinada, sob a forma de proposição negativa; e, em geral, *quando estatui de maneira restritiva, limita claramente só a certos casos a sua disposição, ou se inclui no campo estreito do Direito Excepcional. Então se presume que, se uma hipótese é regulada de certa maneira, solução oposta caberá à hipótese contrária.*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 245 – grifou-se).

não se pode pretender a suspensão do remédio, por serem estes direitos inderrogáveis.

No presente caso, o juiz negou o *habeas corpus* com fundamento na suspensão da liberdade pessoal de Joel Valência e seus amigos. O ato jurisdicional, portanto, foi legal na medida em que respeitou o decreto e a Convenção Americana. Se indivíduos entrassem com pedidos de *habeas corpus* com fundamento no direito à vida ou à integridade, outra seria a hipótese.

Além do mais, de acordo com o artigo 101 da Constituição de Liberté, a suspensão de qualquer direito individual em situações emergenciais deve estar expressamente prevista no decreto¹⁵. Sobre o tema, ressalte-se o ensinamento do Presidente dessa Honorable Corte, em seu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*:

Em relação ao exercício dos direitos internacionalmente consagrados, limitações ou restrições não se presumem: devem estar expressamente formuladas (...), e ser restritivamente interpretadas¹⁶.

O decreto do estado de emergência determinou expressamente a suspensão do artigo 22 da Constituição de Liberté, que trata do direito à liberdade pessoal, sem fazer qualquer alusão ao *habeas corpus* em si. Dessa forma, não se pode presumir a suspensão absoluta do *habeas corpus*, tampouco ampliar a interpretação do decreto emergencial de forma a abarcá-la.

2.3 A compatibilidade da prorrogação das eleições com o princípio da democracia representativa

Dentre as medidas adotadas pela Presidente Reina quando da decretação do Estado de Emergência, encontra-se o adiamento das eleições por um mês¹⁷.

¹⁵ É importante lembrar que tal artigo foi introduzido por uma emenda constitucional do atual governo da Presidente Claudia Reina. A emenda em questão, além de limitar os poderes do executivo em relação à decretação do estado de emergência, introduziu uma modificação fundamental: passou a atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados por Liberté hierarquia de norma constitucional.

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, *op.cit.*, p. 57.

¹⁷ As eleições foram transferidas do dia 10 de dezembro de 2001 para o dia 10 de janeiro de 2002.

Ao contrário do que pretende a Comissão, não se pode vislumbrar no caso a suspensão dos direitos políticos, sobretudo diante da vedação do artigo 27.2 da Convenção Americana¹⁸. O Estado de Liberté agiu em conformidade com o entendimento da Comissão¹⁹, que entende ser válido o adiamento das eleições quando há uma situação de violência, a exemplo do que ocorrera no caso em tela.

O fundamento único do adiamento das eleições foi o de permitir que estas se realizassem com maior segurança. A situação de violência em que se encontrava o Estado de Liberté poderia resultar em uma eleição que não expressasse a vontade livre dos cidadãos, uma vez que a segurança física é um requisito imprescindível para o livre funcionamento dos partidos políticos²⁰.

Assim, no caso em análise, não houve a suspensão dos direitos políticos, mas tão-somente o adiamento das eleições em face da existência de uma situação de violência. A decretação do estado de emergência e, conseqüentemente, o adiamento das eleições, ocorreram justamente para manter a democracia, princípio norteador dos Estados da OEA.

A importância do dito acima encontra fundamento no art. 3º, *d* da Carta da OEA, que estatui que os Estados americanos devem se organizar politicamente observando sempre o princípio da democracia representativa. Ainda, este princípio foi confirmado, em 11 de setembro de 2001, pela Carta Democrática Interamericana, em seus artigos 3º e 7º.

Ademais, vale ressaltar que a prorrogação das eleições ocorreu de forma proporcional às necessidades emergenciais, uma vez que as mesmas só foram adiadas por um mês. O curto lapso temporal entre a data pré-fixada e a nova data das eleições deu-se justamente para que não fossem atingidos os direitos políticos dos candidatos, ou melhor, para garantir a igualdade de condições entre os mesmos, consoante o disposto no art. 23, *b* da Convenção Americana. Dessa forma, a medida foi tomada proporcionalmente – somente um mês de adiamento – à situação de emergência que a suscitara.

Ainda, deve-se dizer que no dia seguinte da decretação de estado de emergência, a Presidente do Estado de Liberté, em conformidade com

¹⁸ Além disso, conforme salientado, para que se pudesse entender que os direitos políticos foram suspensos, era preciso que assim tivesse consignado de forma expressa o decreto emergencial, em conformidade com o artigo 101 da Constituição de Liberté.

¹⁹ Informe Guatemala (1981).

²⁰ *Ibidem*.

o art. 17 da Carta Democrática Interamericana²¹, comunicou ao Presidente do Conselho Permanente da OEA que o processo político institucional democrático de Liberté estava ameaçado, requerendo, assim, assistência para fortalecer e preservá-lo. A OEA, por sua vez, analisou a situação e, a fim de afirmar o princípio da democracia representativa e apoiar o governo de Liberté, decidiu enviar observadores para acompanhar as eleições.

Em 10 de janeiro de 2002, conforme previsto, foram realizadas as eleições. De acordo com os observadores presentes, não houve violação aos direitos políticos. Dessa forma, verifica-se que a prorrogação das eleições foi legitimada *a posteriori* pelos observadores, representantes *in loco* da OEA.

Ressalte-se, ainda, que, caso o Conselho Permanente tivesse constatado que a prorrogação das eleições atentava contra a ordem democrática, este poderia ter ordenado a realização das eleições na data antiga, nos termos do artigo 20 da Carta Democrática Interamericana, coisa que não fez. Nesse sentido, entende-se que o silêncio do Conselho Permanente equivale a um consentimento tácito.

2.4 A legalidade das prisões

O Estado de Liberté não violou o artigo 7º da Convenção Americana, uma vez que as prisões realizadas não podem ser caracterizadas como arbitrárias.

O decreto emergencial não só suspendeu a garantia de liberdade pessoal – que, como visto, é permitida –, como ainda estendeu o prazo legal para a apresentação da pessoa detida à autoridade judicial competente de dez para quarenta e oito horas.

As prisões *in casu* ocorreram em conformidade com os procedimentos estabelecidos no decreto emergencial, tendo sido respeitado o prazo legal de 48 horas para a apresentação dos detentos. Não se pode vislumbrar qualquer violação do direito à apresentação judicial, nos termos do artigo 7.5 da Convenção Americana. Tal medida visava justamente à manutenção da ordem pública e à concretização do dever do Estado de tomar medidas preventivas e razoáveis, de forma a proteger o direito à vida e à integridade de seus habitantes. Acrescente-se, ainda, que a legislação do

²¹ Neste, não se estabelece um prazo para se recorrer ao Conselho Permanente ou ao Secretário-Geral.

Estado de Liberté autoriza detenções para aqueles que cometem distúrbios à ordem pública, o que de fato acontecia no momento em que as detenções foram realizadas.

Diante de uma multidão de quinhentas pessoas e da existência de grave tumulto entre facções políticas inimigas, o perigo de a violência se expandir era iminente. Ademais, o fato de as manifestações ter fugido ao controle dos recruta, ao invés de ter demonstrado a falta de preparo dos mesmos, assinalou a urgente necessidade de solução à grave comoção interna a que estava sujeito o Estado de Liberté. Por esse motivo, nem mais, nem menos, é que cento e cinquenta pessoas foram detidas nas manifestações.

2.5 Em tempos de exceção, cabe admitir a extensão da atividade militar

Com relação à mobilização das forças armadas para servirem em conjunto com a guarda nacional, não se pode afirmar que houve uma violação de direitos humanos, uma vez que não se trata de um direito humano que possa ser invocado perante a Corte Interamericana. Ainda que assim fosse, a doutrina internacional admite, quando necessário, a mobilização das forças armadas para atuar em conjunto com a Polícia Nacional durante a vigência do estado de emergência:

Es claro que también este [*o estado de exceção*] puede tener que enfrentar una agresión exterior, una conmoción interior o una calamidad publica. *Para ello - ¡solo para ello! – cabe admitir una alteración de las competencias constitucionalmente asignadas al Ejecutivo: vigorizarlo más allá de ello que ellas autorizan en tiempo de normalidad, o llegar a admitir una extensión de la actividad militar.* Y aun en estos dos casos, tratándose de un Estado de Derecho se mantienen firmes unos limites básicos; todo órgano estatal ha de seguirlos respetando en lo fundamental.²² (grifou-se)

2.6 Os direitos das crianças não foram afetados pelo decreto emergencial

A detenção das crianças manifestantes deve ser vista à luz dos acontecimentos que circundaram o fato. A detenção ocorreu em um mo-

²² HABA, *op.cit.*, p. 676.

mento de grande tumulto e envolveu diversas pessoas, dentre crianças e adultos – e não especificamente Joel Valencia e seus amigos. Diante da dimensão do tumulto e da urgência de uma decisão a ser tomada (os recrutas tentaram durante meia hora conter a multidão), não se poderia exigir de vinte recrutas uma avaliação pessoal de cada membro do grupo de cento e cinquenta pessoas, de forma a se perquirir a idade de cada uma.

Além disso, as características físicas de Joel não permitiam supor que a vítima era menor. Somente quando colocados no auditório, e após a identificação dos cento e cinquenta detentos por apenas dois recrutas – o que talvez explique a demora na liberação dos menores – é que foi possível determinar suas respectivas idades e liberá-los.

No tocante à afirmação de que foram dispensados tratamentos cruéis, desumanos e degradantes às crianças detidas, a alegação não merece prosperar. A colocação das crianças em auditório localizado em base militar ocorreu em virtude da dimensão demasiado pequena da área reservada para os detentos na estação policial mais próxima ao evento. Não era possível abrigar no local pretendido, em condições dignas, cento e cinquenta pessoas.

Em momento algum os recrutas praticaram atos de violência ou trataram de forma desumana os menores. Se houve intimidação dos menores por parte dos demais detentos que também se encontravam no auditório, e, por esse motivo, tiveram os recrutas que tomar atitudes para conter a confusão, tal fato não implica a existência de ato intencionalmente praticado pelos recrutas com a finalidade de infligir sofrimentos físicos ou mentais aos detentos, nos termos do artigo 2º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

É bem verdade que a Convenção Americana preceitua, no artigo 5.5, que as crianças privadas de sua liberdade pessoal devem ser separadas de adultos. No entanto, tal prerrogativa não deve ser efetivada quando tal fato contrariar o melhor interesse das crianças.

No caso, as crianças foram presas com os adultos até que se verificassem os documentos dos detentos e se procedesse à liberação dos menores. Constatada a menoridade, as crianças foram soltas antes mesmo de completadas quarenta e oito horas, conforme previa o decreto de emergência.

Cabe lembrar que qualquer pretensão da Comissão Interamericana de violação dos direitos consagrados na Convenção sobre os Direitos das Crianças, elaborado sob os auspícios da ONU, não pode ser alegada

perante o Sistema Interamericano. A Corte Interamericana não é competente para apreciar as violações de direitos humanos constantes de outros tratados que não os da OEA, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana.

2.7 A inexistência de violação do direito de greve e a impossibilidade de suscitá-la perante a Corte Interamericana

A Corte Constitucional de Liberté suspendeu o exercício do direito de greve dos trabalhadores portuários, em 7 de novembro de 2001, tendo em vista a existência de interesses nacionais urgentes. A Corte agiu em conformidade com a situação de excepcionalidade em que se encontrava o Estado de Liberté²³.

No caso em tela, a Corte Constitucional viu-se obrigada a interromper a greve dos trabalhadores portuários no caso concreto, de acordo com o princípio da necessidade, que rege a normativa internacional do estado de emergência. Na verdade, a Corte assim decidiu, com vistas a preservar o direito à vida, que estava sendo violado pela falta de abastecimento de alimentos que apodreciam nos portos.

Ademais, a interrupção do direito de greve no caso concreto não viola a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que esse direito não se encontra no elenco do artigo 27.2, o que permite o seu afastamento.

Vale ressaltar que, de acordo com o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador, somente a violação ao direito estabelecido na alínea *a* do artigo 8º, qual seja, o direito à sindicalização, pode dar lugar a uma demanda individual perante a Comissão. Não é desse direito que aqui se trata.

E não se pode conceber, como pretende a Comissão Interamericana, que o artigo 8.1 seja capaz de abarcar o direito de greve, tendo em vista que o Protocolo de San Salvador trata de tal direito em alínea separada e específica. Se o legislador optou por tratar do direito de greve em alínea separada, não se pode presumir que o mesmo possa ser albergado sob a rubrica de outro.

²³ O Estado de Liberté passava por uma grave crise econômica provocada por uma longa seca que havia reduzido a produtividade dos setores agropecuário e agrícola a tal ponto que o país precisou importar gêneros alimentícios, os quais, devido à greve decretada pelos portuários, apodreciam nos navios. Os portuários se recusavam a descarregar os alimentos, ocasionando, ainda, a falta de comida no país.

Isso porque, as normas devem ser restringidas às rubricas sob as quais são colocadas. Como ensina Carlos Maximiliano: “influi, para a interpretação e aplicabilidade, o lugar em que o trecho está colocado”²⁴.

2.8 A não violação do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

No tocante à afirmação de que houve violação do princípio de acesso à justiça, a própria Corte Constitucional de Liberté decidiu que não cabe a imposição do método da arbitragem obrigatória para solucionar os conflitos laborais, quando não acordado entre as partes.

Ou seja, embora a Presidenta Reina tenha imposto a arbitragem obrigatória como meio de solucionar a lide pendente entre trabalhadores e empregadores, a Corte Constitucional de Liberté reconheceu que a inexistência de cláusula de arbitragem no acordo de negociação coletiva afasta a sua imposição, sob pena se ver violado o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

3. PEDIDO

Ante o exposto, o Estado de Liberté pede e espera:

- (i) que sejam acolhidas as preliminares suscitadas referentes ao não esgotamento dos recursos internos quanto às supostas violações factuais e à incompetência da Corte Interamericana para analisar violações de direitos não consagrados na Convenção Americana, com fundamento nos argumentos aduzidos; ou
- (ii) caso sejam ultrapassadas as questões preliminares acima, o que se admite somente para fins de argumentação, que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em todos os casos, o Estado de Liberté pede a condenação da Comissão Interamericana em custas e honorários processuais.

Liberté, 15 de maio de 2003

²⁴ MAXIMILIANO, C. *op.cit.*, p. 267.

Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação*

Coordenador José Ricardo Cunha

I. Da Pesquisa: Objetivo e Metodologia

A consolidação dos Direitos Humanos na cultura popular e institucional do país requer uma prática efetiva dos cidadãos e dos agentes públicos nesse sentido. No Estado brasileiro, os Poderes Executivo e Legislativo têm produzido intervenções que dão visibilidade aos direitos humanos, mesmo que não exista uma efetividade plena. Entretanto, as práticas do Poder Judiciário permanecem de difícil acesso, além de diluídas nas atividades de rotina. É necessário e imperioso que se tenha uma visão precisa sobre a maneira como os juízes concebem e aplicam as normas de direitos humanos, especialmente os direitos econômico-sociais, para que seja possível o estabelecimento de estratégias para a consolidação dos direitos humanos também na esfera judiciária.

* O presente artigo é um relatório parcial com análise preliminar de dados obtidos no âmbito da Pesquisa *Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Aplicação e Formação*, coordenada pelo Prof. Dr. José Ricardo Cunha (FGV Direito Rio e UERJ) e pela Pesquisadora Msc. Andréa Diniz (IBGE), e elaborado pelos seguintes alunos: Andréa Diniz da Silva, Fernando Frões Oliveira, Graciete Conceição Antunes de Jesus, Lia Motta Gould, Lívia Fernandes, Rofrigo da Fonseca Chauvet, Vinicius Scarpi e Viviane Maria Sant'Anna Ascensão. A pesquisa contou, ainda, com a participação de Alexandre Magno, Ana Carolina Cerqueira Vargas, Andréa da Silva Frade, Bruno Marques Bastos, Diana Felgueiras das Neves, Eugênio Santana Marques, Isabel Cristina Martínez de Souza Pereira, Joaquim Cerqueira Neto e Natalia de Alcântara Couri.

Essa questão se coloca como especialmente importante considerando-se a atual estrutura política e ideológica da sociedade internacional, e mesmo brasileira, onde os Direitos Humanos tornaram-se o principal instrumento de defesa, garantia e promoção tanto das liberdades públicas como das condições materiais essenciais para uma vida digna. Assim, os Poderes Executivo e Legislativo são sempre instados a atuarem conforme estes Direitos. Contudo, é o Poder Judiciário o último guardião e esperança de proteção de tais direitos para os cidadãos em geral. Por isso mesmo, é imperioso conhecer o grau de efetividade da tutela jurisdicional dos direitos humanos.

Nesse sentido, se estruturou a Pesquisa *Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Aplicação e Formação*. Seu objetivo geral é investigar o grau de efetivação – *justiciabilidade* – dos Direitos Humanos, especialmente os direitos econômico-sociais, na prestação da tutela jurisdicional pelos juizes de primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Suas metas são:

A) No Plano Teórico:

1. Realizar um estudo sistemático dos fundamentos e desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos;
2. Realizar um estudo sistemático da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e das principais Convenções posteriores que conformam o plano positivo do Direito Internacional Público;
3. Realizar um estudo sistemático das condições jurídico-políticas para uma atuação do Poder Judiciário que seja garantidora dos Direitos Fundamentais.

B) No Plano Empírico:

1. Elaborar o instrumento de pesquisa (questionário estruturado) e passá-lo aos juizes de todas as varas que conformam a primeira instância da Comarca da Capital do Judiciário Fluminense;
2. Aferir o grau de justiciabilidade dos Direitos Humanos a partir das respostas consignadas pelos juizes nos questionários;
3. Verificar se ocorre e, caso afirmativo, em que nível se dá a utilização das principais Convenções protetivas de Direitos Humanos dos Sistemas ONU e OEA na fundamentação das sentenças dos juizes entrevistados;

4. Investigar o entendimento ou concepção de Direitos Humanos dos juízes entrevistados, bem como a formação específica que possuem ou não nesta temática.

Do ponto de vista de seu funcionamento e metodologia, a pesquisa foi organizada em duas vertentes: i) Fundamentos; ii) Métodos Quantitativos. Na primeira vertente, foi realizado um estudo sistemático acerca dos fundamentos jurídicos, filosóficos e políticos dos Direitos Humanos a partir das obras de Carlos Santiago Nino, Antonio Enrique Pérez Luño, Chaïm Perelman e Robert Alexy. Na Segunda vertente, de caráter empírico, foi efetuado um levantamento em 225 das 244 Varas, em funcionamento, de primeira instância do TJ na cidade do Rio de Janeiro, com aplicação de questionário aos juízes a fim de investigar o modo de concepção e aplicação dos direitos humanos por cada magistrado responsável pela prestação jurisdicional naquela vara. O questionário também procurou levantar o nível de formação dos juízes na área de direitos humanos. Para a análise principal dos dados coletados, estes serão estatisticamente tratados por meio de modelos de regressão logísticos multinomiais buscando, especialmente, a explicação para a utilização das normativas internacionais de proteção aos direitos humanos na fundamentação das sentenças proferidas pelos juízes através das demais variáveis envolvidas. Basicamente, o procedimento a ser utilizado consistirá em aplicar testes de hipótese acerca da contribuição de cada variável explicativa para o poder de explicação do modelo, em um nível de 5% de significância. Serão excluídas do modelo as variáveis cuja contribuição não for considerada significativa, ao nível fixado, para explicar a utilização das normativas na fundamentação das sentenças.

Para o presente artigo, ainda numa etapa preliminar de análise, foi realizada análise exploratória de dados, conforme passa a ser explicado. Considerando que o objeto primordial da pesquisa é a tutela jurisdicional levada a cabo pela ação do juiz, foi necessário que os dados fossem coletados diretamente em fonte primária, ou seja, através de entrevistas diretas aos Juízes¹. Optou-se pela comarca da capital do Rio de Janeiro,

¹ A entrevista foi realizada, sempre que possível, com o Juiz titular da Vara. Em caso de impossibilidade, entrevistou-se o Juiz substituto. No caso de impossibilidade ou recusa de ambos, considerou-se como “não resposta”.

tanto pela sua representatividade em relação às demais do estado, como pelo maior fluxo e maior diversidade de processos.

A unidade de pesquisa considerada foi a Vara, uma vez que é por meio dela que o Juiz atua e o usuário tem a possibilidade de acesso à Justiça. Sendo assim, o questionário corresponde à vara e não ao Juiz, não obstante seja este o seu interlocutor. Nas varas com mais de um Juiz, titular e substituto(s), foi preenchido apenas um questionário. Nos casos em que foi verificado acúmulo de varas pelo Juiz titular, as respostas dadas por ele foram repetidas e relacionadas às duas varas. O cadastro das unidades de pesquisa foi feito a partir da relação de varas extraída da página do Tribunal de Justiça na *web*, em novembro de 2003, quando constavam 255 varas, incluindo-se os fóruns central e regionais. Com a atualização do cadastro, feita no campo quando do contato para o agendamento das entrevistas, foi constatado que algumas varas, embora constantes na página do Tribunal, ainda não haviam sido instaladas, ou, em raros casos, haviam sido fundidas com outras já existentes. Sendo assim, o cadastro final contém 244 varas. A coleta dos dados foi realizada no período de janeiro a maio de 2004, quando foi possível visitar 225² daquelas 244 varas cadastradas; contudo, em cerca de 40%, não foi possível preencher o questionário. Os principais motivos da perda das unidades informantes foram: 1) recusa não justificada do Juiz ao preenchimento do questionário; 2) recusa do Juiz ao preenchimento do questionário sob a alegação de que direitos humanos não fazem parte do seu trabalho; 3) não recebimento do pesquisador pelo juiz.

Para uma melhor apreensão dos indícios de salvaguarda jurisdicional dos direitos humanos, foram elaboradas questões que pudessem compor tanto os elementos subjetivos como os objetivos conformadores das condições reais de decidibilidade acerca da matéria. Com efeito, o desenho final do questionário³ contemplou questões relacionadas às características do juiz; sua formação pré-universitária e universitária; sua concepção de direitos humanos e sua atuação na prestação da tutela jurisdicional. O instrumento de coleta foi desenvolvido para que pudesse

² Em razão de limitações inesperadas, não foi possível fazer o trabalho nos fóruns regionais de Campo Grande (11 varas) e Santa Cruz (8 varas).

³ Modelo anexo.

ser utilizado em entrevista realizada pelos pesquisadores, diretamente com o Juiz responsável por cada uma das varas e, ainda, para autopreenchimento quando houvesse recusa do Juiz em receber os pesquisadores.

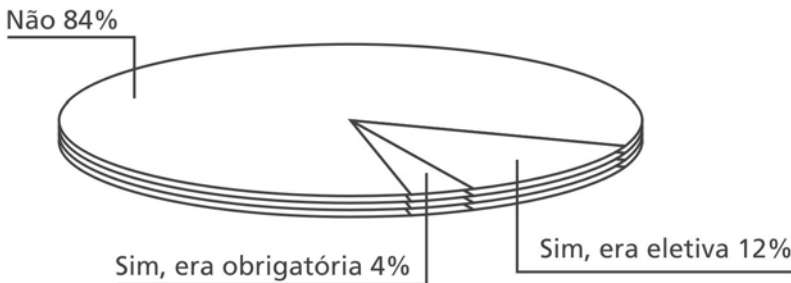
II. Dados e Comentários

A seguir, serão apresentados os gráficos resultantes da sistematização das informações obtidas nos questionários. No mesmo passo, serão feitos comentários acerca do tema das perguntas e das respostas obtidas.

1. Formação Específica em Direitos Humanos

Nesta parte do trabalho analisa-se o grau de presença, ou a ausência, dos direitos humanos na educação jurídica dos magistrados.

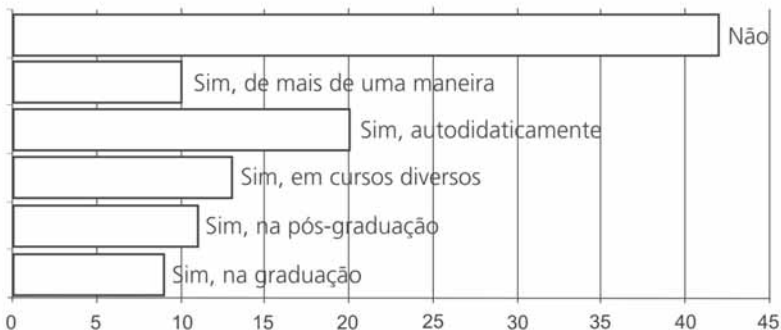
Gráfico 1 - Havia alguma cadeira de Direitos Humanos na faculdade?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Preliminarmente, se constata que disciplinas relacionadas à temática dos direitos humanos, em geral, não obtêm grande prestígio nos cursos de graduação das universidades. Quando perguntados acerca da existência de alguma cadeira de direitos humanos durante o bacharelado, 84% dos magistrados responderam negativamente. Dentre as respostas afirmativas, apenas 4% dos juízes afirmou que a disciplina cursada era obrigatória.

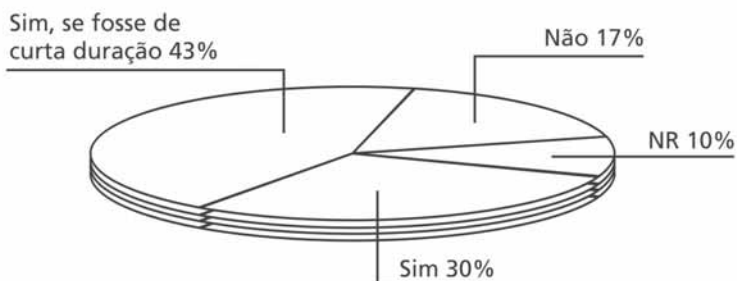
Gráfico 2 - Já estudou Direitos Humanos?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação - 2004.

Da análise deste outro gráfico, é possível depreender o seguinte raciocínio: 42 magistrados (40%) *nunca* estudaram direitos humanos, seja na graduação, na pós-graduação, em demais cursos ou até mesmo autodidaticamente. Esta informação significa que quatro entre dez juízes não tiveram espaço formal para um aprofundamento sistemático das questões fundamentais relativas aos direitos humanos - tal como o tema da dignidade humana - em seus estudos.

Gráfico 3 - Caso ainda não tenha tido acesso a cursos específicos de Direitos Humanos, se tivesse oportunidade gostaria de fazê-los?

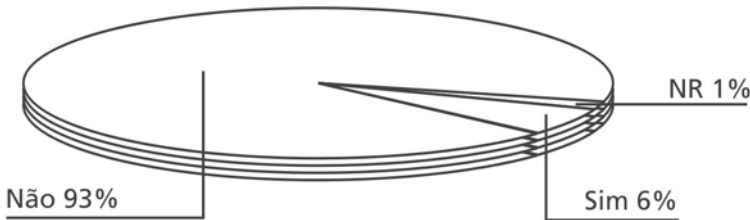


Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação - 2004.

Em seguida, perguntou-se aos magistrados se gostariam de fazer algum curso sobre direitos humanos, no caso de ainda não o terem

feito. Vale destacar a abertura da grande maioria dos entrevistados em realizar algum curso deste tipo. Somando-se os que têm preferência pelos cursos de curta duração com os que se interessariam por qualquer tipo de curso, temos um total expressivo de 73%.

Gráfico 4 - Já participou de Instituição, ONG, Movimento de Direitos Humanos?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Quando indagados sobre algum tipo de vivência pessoal que pudesse fornecer uma experiência prática sobre os direitos humanos, o resultado foi ainda menor do que se refere à formação acadêmica, pois apenas uma pequenina parcela de 6% revelou já ter tido algum tipo de engajamento nessa área.

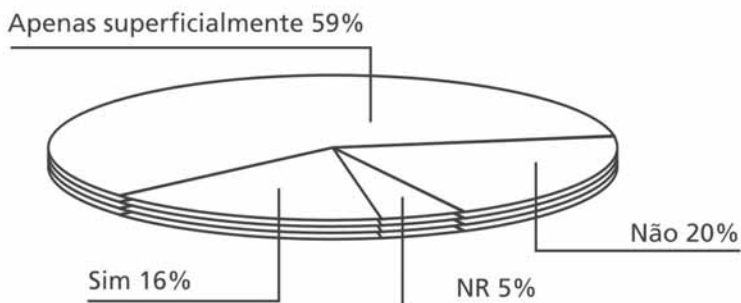
Relacionando-se os dados aqui expostos com aqueles revelados pelos gráficos 13 a 23, é possível compreender, ao menos preliminarmente, a pouca utilização das normativas de direitos humanos dos Sistemas ONU e OEA nas sentenças dos magistrados. Não se pode aplicar ou utilizar normas que não se conhece. Por isso mesmo, o processo de educação para os direitos humanos ainda precisa ser muito fortalecido, a começar pelas próprias faculdades de direito, para que a cultura dos direitos humanos seja consolidada e permeie a atuação dos agentes do direito. Para que se tenha uma visão geral sobre tal *processo de educação para os direitos humanos*, este pode ser entendido como um conjunto de programas e atividades que focalize a promoção da igualdade e dignidade humana.⁴

⁴ Compass, A manual on human rights education with *young people* / Rui Gomes. – 2 ed. – Strasbourg : Council of Europe Publishing, 2003, p. 17.

2. Sistemas de Proteção – ONU e OEA – aos Direitos Humanos

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em dezembro de 1948) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (em abril de 1948), iniciou-se o desenvolvimento dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA. O Sistema de Proteção da ONU é constituído tanto de normas de alcance geral que visam a todos os indivíduos de forma genérica e abstrata como de normas de alcance especial, destinadas a sujeitos específicos e violações que necessitam de resposta diferenciada. O Brasil ratificou a maior parte destes instrumentos de proteção, tais como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em 24/01/92; o Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, em 24/01/92; a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 27/03/68; a Convenção para a Eliminação de toda a Discriminação contra a Mulher em 01/02/84 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/90. No entanto, o Brasil não reconhece a competência de seus órgãos de supervisão e monitoramento, para o caso de apreciação de denúncias individuais, como o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê contra Tortura e o Comitê contra a Discriminação Racial. Juntamente com o Sistema de Proteção da ONU, há um sistema de proteção no plano regional, que é o Sistema de Proteção Interamericano da OEA. O Sistema de Proteção da ONU e da OEA tutelam os mesmos direitos, sendo a escolha do instrumento mais propício de competência da vítima. Esses sistemas se complementam, visando uma garantia adicional, uma maior promoção e efetivação dos direitos fundamentais à dignidade do ser humano. O Sistema regional de Proteção é constituído, além do Sistema Interamericano, pelos Sistemas Europeu e Africano de proteção dos Direitos Humanos.

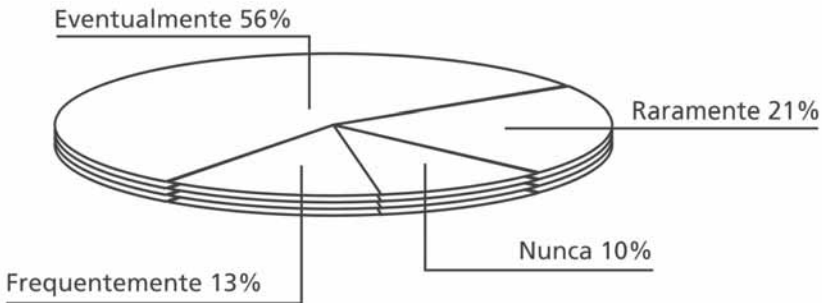
Gráfico 5 - Sabe como funciona os Sistemas de Proteção internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Indagados os juízes se possuem o conhecimento de como funcionam os Sistemas de Proteção da ONU e da OEA, obtiveram-se os seguintes percentuais, demonstrados no gráfico acima, num total de 105 questionários pesquisados: 59% conhecem superficialmente como funcionam os Sistemas de Proteção internacional; 20% não sabem como funcionam os Sistemas de Proteção. Considerando os percentuais mais altos, onde o primeiro corresponde a um conhecimento superficial e o segundo a um não conhecimento dos Sistemas, temos que 79% dos magistrados estão alheios aos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Não que se imagine que a proteção dos direitos humanos no plano interno dependa dos Sistemas Internacionais, porém estes são parte essencial de uma **cultura** de efetivação dos direitos humanos. Assim, Pactos e Tratados de ONU e OEA ratificados pelo Brasil tiveram seu início justamente num mundo chocado pelos horrores e atrocidades da II Guerra Mundial. Nesse momento, as Nações Unidas reafirmaram a necessidade de mecanismos internacionais de proteção que salvaguardassem os direitos fundamentais dos seres humanos e atuassem para a formação desta nova cultura de garantia de direitos. Sabe-se que esses direitos são largamente transgredidos e, por isso mesmo, é importante que ao menos a comunidade jurídica e os agentes do direito possuam um conhecimento aprofundado dos Sistemas e seus instrumentos para um combate mais eficaz a essas transgressões.

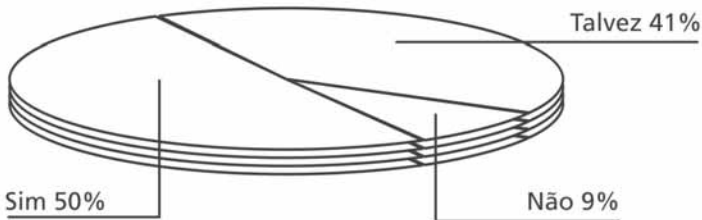
Gráfico 6 - Tem informações acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Perguntados se possuíam conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, obteve-se o seguinte percentual: 56% responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% responderam que raramente; 13% responderam que frequentemente e 10% que nunca obtiveram informações acerca das decisões das cortes internacionais de proteção aos direitos humanos. Ora, não há dúvida de que um percentual de apenas 13% para os juízes que frequentemente têm acesso às decisões das cortes internacionais de direitos humanos é muito reduzido para uma profusão real de uma cultura dos direitos humanos.

Gráfico 7 - Acha que o conhecimento de tais decisões poderia auxiliar e enriquecer as suas decisões?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Quando questionados sobre o possível auxílio e enriquecimento que essas decisões poderiam produzir nas suas sentenças, obteve-se o seguinte resultado: 50% responderam afirmativamente; 41% disseram que talvez e 9% responderam que não. Assim, poucos conhecem tais decisões, mas a maioria acredita que seria relevante este conhecimento. Conclui-se que seria importante a institucionalização de canais de divulgação, no âmbito do TJ, acerca das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, inclusive como parte de um processo que busque uma maior efetividade e aplicabilidade dos direitos humanos.

3. Ações Afirmativas

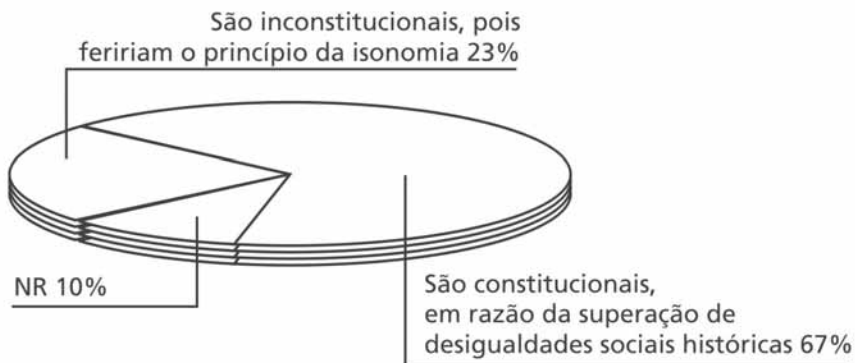
A ação afirmativa é um tipo de política pública com o objetivo de combater as desigualdades político-sociais. Qualquer meio de incentivo que distribua direitos não alcançáveis pelos grupos discriminados pode ser considerado ação afirmativa.

A discriminação é historicamente legitimada pelo modelo liberal de manutenção do *status quo*. Hoje, a questão da política de ação afirmativa é um tema bastante polêmico, pois têm surgido diversos programas de inserção social que resultam na desestruturação de parte do caráter conservador do modelo liberal. A ação afirmativa faz parte da ordem constitucional vigente do Brasil a partir do princípio do Estado Democrático de Direito, destinado ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, conceitos textualmente expressos na Constituição Federal de 1988.

A igualdade pressupõe a democracia, que está reafirmada desde a época do Estado Liberal de Direito e que representa um instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana. O problema fundamental trazido pela questão das ações afirmativas concerne ao conceito de *igualdade*. A igualdade no modelo liberal é a formal, caracterizada pelo princípio da isonomia, expressa pela máxima “todos são iguais perante a lei”. A limitação da igualdade apenas perante a lei favoreceu o aumento da desigualdade no plano econômico-social, dando lugar, então, ao crescimento de várias injustiças incompatíveis com os fins do ordenamento jurídico. Por conseguinte, passou a ser urgente uma ação jurídico-política do Estado para reduzir essas desigualdades.

No Estado Democrático de Direito, onde coexistem o regime liberal, característico do sistema capitalista vigente, e a atuação de caráter social da instituição pública, a igualdade passa a ter mais um sentido, que é a igualdade substancial ou material, cujo objetivo é a igualdade de direitos, fundada em valores sociais e consubstanciada na solidariedade social.

Gráfico 8 - Em princípio, qual a sua opinião sobre as políticas de ação afirmativa?



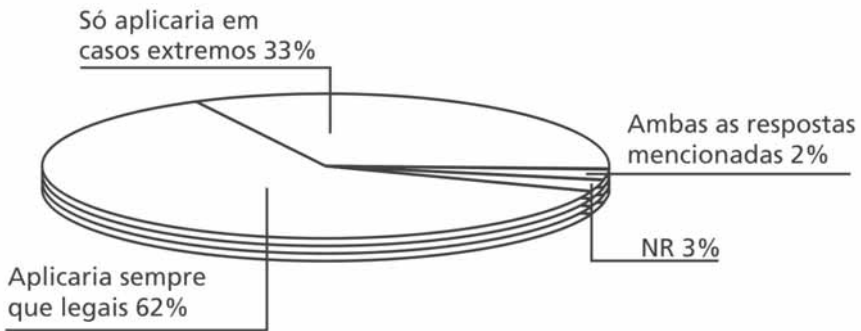
Perguntados os juizes sobre sua opinião acerca da constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, 23% responderam que são inconstitucionais, pois feririam o princípio da isonomia; 67% disseram que são constitucionais, em razão da necessidade de superação de desigualdades sociais históricas; 10% não quiseram responder a tal indagação. Estes dados mostram que ainda há uma concepção jurídica que dicotomiza as igualdades formal e material. Contudo, a maioria esmagadora dos magistrados parece ter incorporado o princípio do Estado Democrático de Direito presente não apenas no art. 1º da Constituição Federal, mas ao longo de todo o seu texto. Deve-se ter em conta que o juízo de constitucionalidade não significa concordância política com as ações afirmativas, apenas sua admissibilidade no plano jurídico-constitucional.

4. Penas Privativas de Liberdade e o Sistema Carcerário

O aumento da população carcerária faz surgir diversos questionamentos acerca da aplicação de penas privativas de liberdade e da sua substituição, para certos casos, por penas alternativas. O consenso

doutrinário é que as penas alternativas seriam utilizadas para criminosos que cometeram crimes de baixo potencial ofensivo. Assim, a prisão seria o último recurso de sanção penal, servindo para aquelas pessoas que oferecem risco extremo à sociedade. Vale lembrar que a sanção penal possui um caráter retributivo, pois representa a perda de um bem jurídico para quem infringiu a norma penal. As espécies de penas admitidas no direito brasileiro estão definidas no artigo 32 do Código Penal: privativas de liberdade; restritivas de direitos; de multa. As penas privativas de liberdade possibilitam o controle total sobre a pessoa do preso. Além de retributivas quanto ao dano causado, elas deveriam ser ressocializadoras, mas a experiência demonstrou que a ausência de políticas efetivas de reabilitação somada ao total isolamento do preso acarreta altas taxas de reincidência. Assim, a prisão deforma a personalidade do indivíduo, porque os internos estão paradoxalmente submetidos a uma convivência apartada da ordem jurídica, onde impera a lei do mais forte. Além disso, a aplicação das penas privativas de liberdade cria um custo demasiadamente elevado ao governo para manter as penitenciárias, especialmente porque gradativamente vem crescendo a população carcerária e os conflitos entre presos são constantes e intensos.

Gráfico 9 - Sobre a aplicação de penas privativas de liberdade tendo em vista a situação do sistema carcerário no Brasil?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Perguntados os juizes sobre a aplicação de penas privativas de liberdade, **tendo em vista a situação do sistema carcerário no Brasil**, 62% disseram que aplicariam sempre que legais; 33% responderam que só aplicariam em casos extremos; 2% escolheram ambas as respostas; 3% não quiseram responder a tal pergunta. Esses dados revelam a baixíssima flexibilidade da magistratura mesmo diante de situações onde a pena pode representar um mal maior do que o delito cometido. Em alguns casos, presos que cometeram delitos não tão graves, em geral contra o patrimônio, são encarcerados junto com os criminosos de alta periculosidade, simplesmente porque as penas privativas de liberdade constituem a medida legal mais rigorosa. Em geral, não se leva em conta a situação crítica do sistema penitenciário, de superlotação e alto índice de violência. Evidentemente há aqui um problema de inabilidade histórica do Poder Executivo em gerir o sistema carcerário. A questão colocada, contudo, é a da responsabilidade que também tem o Poder Judiciário sobre esta realidade.

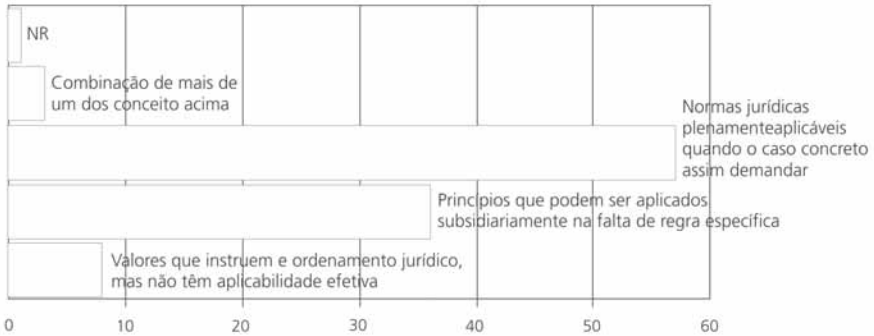
5. Concepção acerca dos Direitos Humanos

Há um consenso razoável no plano da teoria jurídica e política de que o tema dos Direitos Humanos é fundamental para o correto entendimento do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, Habermas, ao propor a “equi-primordialidade”, isto é, o nexu interno entre Direitos Humanos e Democracia (soberania popular), está afirmando que não se pode pensar um Estado verdadeiramente democrático sem uma efetiva implementação dos Direitos Humanos. Isso quer dizer que os cidadãos só poderão fazer uso real de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em razão dos Direitos Humanos uniformemente assegurados⁵. Neste sentido, o Brasil só poderá concretizar seu projeto de democratização prescrito pela Constituição quando os Direitos Humanos alcançarem concretamente o cotidiano dos indivíduos. Para isso, espera-se do Estado uma ação efetiva de promoção dos direitos, seja na linha de frente da ação política por meio dos Poderes

⁵ HABERMAS, Jürgen, “Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos”, in: *Direito e Legitimidade*, Organizadores: Jean-Christophe Merl e Luiz Moreira, São Paulo: Landy Livraria Editora, 2003, pp. 21-82.

Legislativo e Executivo, seja na retaguarda por meio da ação garantista do Poder Judiciário. Contudo é necessário, preliminarmente, saber como os juízes – guardiões últimos da justiça – compreendem os Direitos Humanos.

Gráfico 10 - Para você os Direitos Humanos são:



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

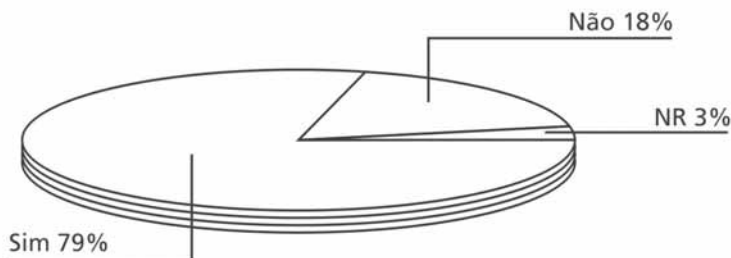
Ao serem questionados sobre qual seria a natureza dos Direitos Humanos, 8 Juizes (7,6%) afirmaram serem os Direitos Humanos “valores sem aplicabilidade efetiva”; para 36 (34,3%) seriam “princípios aplicados na falta de regra específica”; e, para 57 (54,3%), “regras plenamente aplicáveis”. É importante notar que cerca de 7% dos Juizes entendem os Direitos Humanos apenas como valores sem nenhuma força jurídica, mesmo após todos os esforços jurídicos e políticos de afirmação de tais direitos. Com entendimento relativamente parecido estão os 30% de juizes que acreditam que Direitos Humanos são princípios que possuem caráter subsidiário, podendo ser aplicados apenas quando da ausência de norma específica. Para estes, qualquer sopesamento com norma mais específica levaria à não aplicação das normas de direitos humanos. Porém, a posição majoritária revelou uma consideração substancial dos direitos humanos, pois 50% dos juizes concebem os Direitos Humanos como regras plenamente aplicáveis.

6. Indivisibilidade dos Direitos Humanos

A execução de sentenças que assegurem a aplicação efetiva das diferentes gerações dos direitos humanos, bem como a defesa destes direitos dentro de um Estado democrático com limitação de recursos, envolvem importantes questões, as quais devem ser objeto de ponderação dos aplicadores do direito. É sabido que, historicamente, os Direitos Humanos surgem como direitos civis e políticos opostos à ação invasiva do estado na esfera da liberdade individual e do patrimônio privado, acarretando, por isso mesmo, uma abstenção estatal. Entretanto, considerando a não-exaustividade dos direitos, uma vez que estes surgem e evoluem dentro de determinado contexto social, novas gerações de direito desenvolveram-se. De um contexto de Estado Liberal, passamos ao Estado de Bem-Estar Social com a respectiva tutela de outros direitos tais como direito à saúde, à educação, à defesa do meio-ambiente etc., o que passou a exigir uma atuação estatal proativa ou interventora na realidade social e econômica. É neste ponto que algumas controvérsias surgem quanto à efetividade destes direitos sociais e econômicos, pois muitos defendem que a promoção destes direitos depende exclusivamente da ação política dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, não cabendo ao Judiciário tutelar tais direitos quando isso acarretasse obrigação para o Poder Legislativo, autônomo no seu juízo de oportunidade e conveniência. O problema colocado é se há argumentos jurídicos aceitáveis para a não garantia judicial destes direitos, ou seja, se o Judiciário, como Poder do Estado, pode abster-se de assegurar direitos capazes de dotar os cidadãos das condições mínimas de existência, especialmente no contexto de uma sociedade marcadamente desigual.

Em última instância, está se tratando da questão da indivisibilidade dos Direitos Humanos. A despeito das diferentes classificações que recebem, sejam direitos civis ou políticos – à vida, à liberdade, à igualdade – ou direitos econômicos ou sociais – à moradia, ao trabalho, à educação -, os Direitos Humanos são complementares e interdependentes. A garantia integral da dignidade da pessoa humana pressupõe a aplicação de todos estes direitos. O exercício da cidadania estaria prejudicado se, embora garantido o direito ao voto, não houvesse a mesma garantia em relação a uma educação sólida e plena.

Gráfico 11 - Acredita que os Direitos Humanos Econômicos e Sociais podem ser judicialmente aplicados da mesma forma que os direitos Humanos Cíveis e Políticos?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

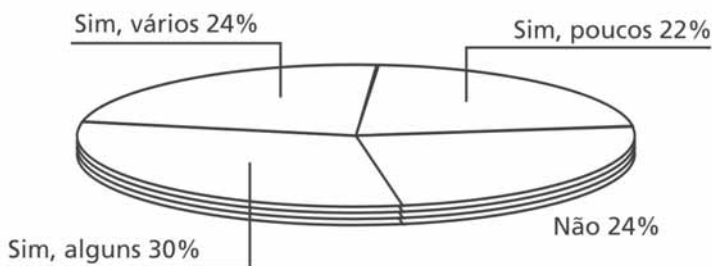
Um pequeno número de juízes considera que a aplicação judicial dos direitos econômicos e sociais não pode ocorrer de mesma forma que a dos direitos civis e políticos. Uma minoria também de magistrados acredita que o Judiciário não deve interferir na efetivação dos direitos de segunda geração, justificando não caber ao Judiciário a implementação de políticas públicas. Outros acreditam que a tutela destes direitos é competência dos demais poderes da República ou que tal aplicação geraria o fenômeno do juiz-legislador. Porém, a ampla maioria dos juízes defende a aplicação complementar dos direitos econômicos e sociais e dos direitos civis e políticos. Além disso, considera que mesmo aqueles direitos que impõem uma atuação estatal devem ser judicialmente tutelados. Esta parcela do Judiciário, cerca de 80% dos juízes entrevistados, portanto, delega aos Direitos Humanos, pelo menos teoricamente, a condição de normas plenamente aplicáveis, e afirma que mesmo aquelas que venham interferir no orçamento estatal devem ser garantidas por meio das decisões judiciais.

7. Aplicação das Normas de Direitos Humanos

Nesse processo de investigação sobre a justiciabilidade dos Direitos Humanos, uma das questões de maior relevância consignada no instrumento de coleta de dados foi a pergunta direta sobre atuação em processos onde as normas de direitos humanos fossem aplicáveis. Apesar de tais normas aparecerem de forma variada e difusa no ordenamento

jurídico, a idéia da questão era identificar em que medida os magistrados percebem no manancial de processos em que atuam as demandas relativas aos direitos humanos, seja por meio da afinidade entre o caso a ser julgado e as prescrições de direitos humanos, seja por estarem em juízo problemas concernentes à proteção da dignidade humana. Isto porque os Direitos Humanos são, em última análise, os desdobramentos normativos da tutela jurídica do valor “dignidade”.

Gráfico 12 - Já atuou em algum processo em que as normas de Direitos Humanos fossem aplicáveis?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Ao serem questionados se haviam atuado em processos em que as normas de Direitos Humanos fossem aplicáveis, 24% dos Juízes afirmaram que sim, por várias vezes; iguais 24% dos Juízes afirmaram que não. Somando-se os que disseram terem atuado em alguns e poucos casos, temos que 52% dos Juízes afirmaram que apenas eventualmente atuaram em casos onde as normas de direitos humanos fossem aplicáveis. Portanto, 76% dos magistrados responderam que eventualmente ou nunca atuaram em processo onde as normas de direitos humanos fossem aplicáveis. Este curioso dado nos revela que, não obstante a maioria dos juízes entrevistados entenda que os direitos humanos são, no ordenamento jurídico, normas plenamente aplicáveis, eles não são aplicados porque os casos judiciais não demandam. Porém esta conclusão é notadamente falsa, pois o cerne da absoluta maioria dos casos que se formam no Poder Judiciário tem como bem tutelado e em conflito um direito que pode ser situado no campo dos direitos humanos, isto quando

não se radica claramente nos direitos fundamentais. Assim, a hipótese mais provável ainda parece ser a do desconhecimento dos direitos humanos. Esta pouca intimidade dos magistrados com o conceito geral e as normas de direitos humanos impede que haja uma percepção clara de que os casos podem estar se referindo a tal matéria.

Deve-se ter em conta que as normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos⁶. Quando se fala em interpretação sistemática, está se afirmando a necessidade de uma construção normativa que leve em conta todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, qualquer que seja o caso, o aplicador do Direito deverá considerar as exigências constitucionais de dignidade humana, sob pena de aplicação de uma norma inconstitucional. Neste mesmo sentido, toda vez que uma situação subjetiva existencial estiver em jogo, a norma jurídica deverá ser construída em função dos Direitos Humanos, sejam estes provenientes da Constituição ou de normativas internacionais.

8. Utilização Específica das Normas do Sistema ONU e OEA

8.1. Pactos dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais

As revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII sofreram a influência notória do paradigma jusnaturalista. Uma vez consolidado o Estado Liberal, valores como liberdade, propriedade e segurança convolveram-se nos vórtices do ordenamento e sua proteção passou a ser vista como o fim último do Direito. Nesse contexto, surgiu a percepção do Estado interventor como sendo o principal inimigo das liberdades individuais. A burguesia ascendente tentou cercar-se dos mecanismos jurídicos adequados para evitar intromissão exagerada desse nas liberdades individuais, sendo que dois foram os principais: a Constituição e a lei. Quanto à primeira, tem-se que esta se resumia, basicamente, a um punhado de princípios genéricos, atuando no desiderato de que fosse consagrada a separação de poderes e formado um cordão protetivo ao

⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, São Paulo: Mallheiros Editores, 2003.

redor das liberdades individuais. A Constituição não tinha, nem deveria ter, o escopo de regular as relações sociais. Isso ficaria a cargo do Código Civil, coração do Direito Privado. No que concerne à lei, alguns pontos devem ser ressaltados. O jusnaturalismo, impulsionador do Iluminismo, encontrava-se, já no limiar do século XIX, domesticado. Não havia mais motivo para que fossem buscados princípios metajurídicos. A lei, personificação própria da *volonté générale*, tornou-se quase sinônimo de Direito. A ela deveria o Estado vincular-se e somente ela instituiria obrigações aos cidadãos⁷.

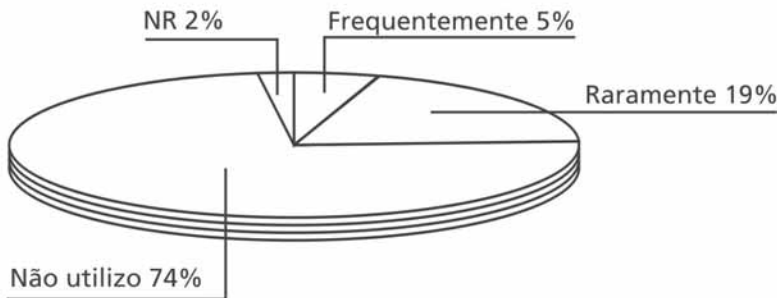
Este quadro, contudo, com o tempo foi alterado. A desigualdade resultante de um liberalismo levado às últimas afetou as camadas menos abastadas de tal modo que desencadeou uma miríade de movimentos sociais. Assim, se é verdade que já a Inglaterra recém-industrializada observou a contestação das máquinas, muito embora no bojo de uma insurreição mal-organizada e facilmente controlável (Ludismo), o século XX trouxe o êxito de um movimento que contestava o próprio capitalismo (a Revolução Russa de 1917). Os interesses burgueses estavam ameaçados – era necessário agir. O Estado do início do século XX, cujas características já são esboçadas tanto na Constituição Mexicana de 1917 quanto na de Weimar de 1919, é uma instituição eminentemente voltada para o coletivo. Aos direitos individuais, tutelados pelas Constituições e Declarações de Direitos Liberais, são acrescentados os direitos sociais, econômicos e culturais, que atuam no sentido de trazer para o Estado prestações positivas, de modo que seja garantido aos cidadãos um mínimo compatível com a dignidade humana.

A Assembléia Geral das Nações Unidas, ao adotar, em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre os Direitos Econômicos e Sociais, ambos ratificados pelo Brasil pelo Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados, respectivamente, pelos Decretos nº 591 e 592, de 6 de dezembro de 1992, estava a amoldar-se no contexto avaliado acima. Neste diapasão, pode-se afirmar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos está mais para aquelas primeiras Declarações do Estado

⁷ Trata-se do princípio da legalidade, tanto em sua órbita administrativa quanto em relação à sociedade civil.

Liberal, ao passo que o Pacto sobre os Direitos Econômicos e Sociais se coaduna diretamente com as Cartas do Estado de Bem-Estar Social. Nada obstante, ambos os textos concretizam-se na pormenorização do conteúdo da Declaração Universal de 1948, sendo que a elaboração de dois tratados e não de um só, como bem averba Fabio Konder Comparato⁸, foi resultado da natural divergência entre os dois blocos de países, capitalista e socialista, no bojo da bipolaridade característica da época. Destarte, tinha-se, de um lado, as potências ocidentais, desconfiadas acerca da possibilidade de eventual reconhecimento internacional dos direitos sociais vir a ser constituído em suporte para os países socialistas e que por isso insistiam no reconhecimento tão somente das liberdades clássicas; de outro, os países do bloco comunista que, assim como os africanos, preferiam pôr em destaque os direitos sociais.

Gráfico 13 - Utiliza o Pacto internacionais dos direitos civis e políticos?

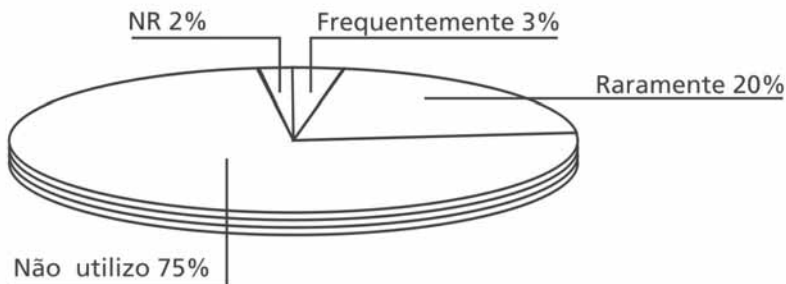


Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

No que tange ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, observou-se que somente 5% dos magistrados aplicam-no com constância. No caminho oposto, 74% nunca utilizaram o Pacto e 19% fazem-no raramente.

⁸ COMPARATO, Fabio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 276 e ss.

Gráfico 14 - Utiliza o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Em relação ao Pacto sobre os Direitos Econômicos e Sociais os dados são ainda mais preocupantes. Assim, apenas 3% dos juízes utilizam-se dele frequentemente em suas sentenças, 20% raramente, e 75% nunca aplicaram essa normativa no deslinde de litígios.

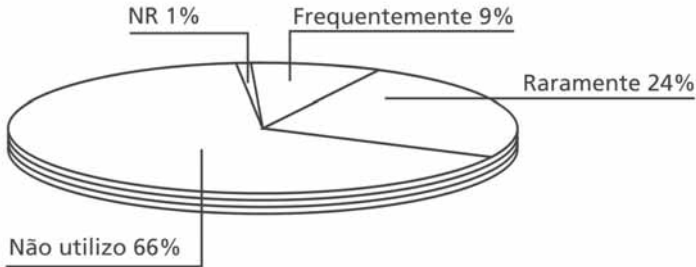
Causa surpresa a constatação de que somente 5% dos juízes do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro utilizam o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ou que cerca de 75% deles nunca aplicaram o Pacto sobre os Direitos Econômicos e Sociais. Além de todas as questões materiais e morais envolvidas, vale ainda considerar que a aplicação das normativas de Direitos Humanos tem função não somente jurídico-formal, mas, outrossim, *simbólica*. Aplicá-las é estampar que os agentes públicos e a própria comunidade estão atentos para a realidade internacional, é reconhecer que o Direito deve ser desenvolvido na direção do bem comum e da paz social. Recusar sua aplicação pode ser interpretado como olvidar que o ordenamento funciona como um sistema e que as normativas nele estão inseridas.

8.2. Convenção Americana e Protocolo de San Salvador

O sistema de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos afirmou a responsabilidade internacional do Estado diante das violações a direitos dessa natureza. Assim, a invasão da esfera juridicamente protegida de um sujeito pelo Estado passou a acarretar sua

responsabilidade internacional. Criaram-se mecanismos coletivos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, formados por pessoas imparciais e independentes com o fim de evitar a seletividade do sistema e que o Estado ofendido fosse juiz e parte no mesmo processo.

Gráfico 15 - Utiliza a Convenção Americana de direitos humanos?



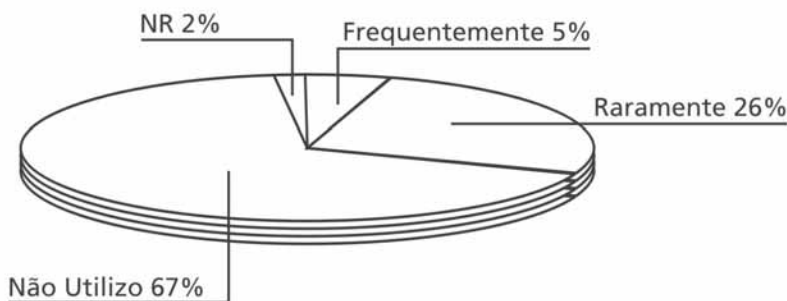
Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Sobre esse tema, 66% dos magistrados afirmaram que não utilizam a Convenção mencionada. Essa constatação revela que, apesar dos avanços da comunidade internacional em estabelecer um consenso mínimo sobre os direitos humanos e fornecer ferramentas normativas para assegurá-los, na prática, muitos magistrados ainda ignoram este processo e suas conquistas para o fortalecimento da democracia.

Relativamente ao Sistema Interamericano, como este inicialmente relegou a um segundo plano os direitos econômicos, sociais e culturais, adotou-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Protocolo de San Salvador, em 17 de novembro de 1988.⁹

⁹ Adotado pelo Brasil através do Decreto Legislativo no 56/95 e do Decreto Executivo no 3.321/99.

Gráfico 16 - Utiliza o Protocolo de San Salvador?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

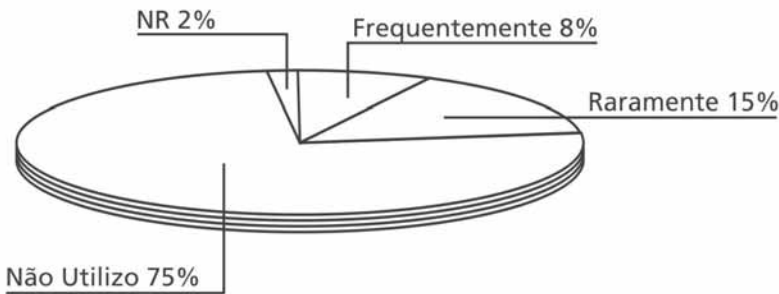
Questionados sobre o Protocolo de San Salvador, 93% dos magistrados respondeu que não o utiliza ou o faz raramente. Ora, é preocupante quando se cruza esta informação com a realidade brasileira, marcada por profundas desigualdades sociais. Não há dúvida da importância dos direitos econômicos, sociais e culturais como forma legítima para se garantir um mínimo de bem-estar social. É curioso que 79% dos juizes tenham afirmado que consideram as normas de direitos econômicos, sociais e culturais tão eficazes e aplicáveis como aquelas que asseguram direitos civis e políticos, mas que, na prática, estas normas sejam ignoradas.

8.3. Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Racismo

Impulsionada por relevantes fatores históricos da década de 60, entre os quais o ingresso de 17 novos países africanos na ONU, a realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em Belgrado em 1961 e pelo ressurgimento de atividades nazi-fascistas na Europa, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. A Convenção é parte do denominado Sistema Especial de Proteção dos Direitos Humanos. Especial porque, ao contrário do sistema geral, que visa à proteção de

qualquer pessoa, abstrata e genericamente considerada, o Sistema de Proteção Especial dos Direitos Humanos é endereçado a um sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concretude de suas relações sociais. Esse sistema especial de proteção teria uma função complementar ao sistema geral de proteção dos indivíduos, objetivando a proteção e a promoção da igualdade de grupos e indivíduos historicamente discriminados. Está calcado num princípio de equidade, no qual prescreve-se um tratamento diferenciado a determinados grupos ou indivíduos a fim de que desigualdades possam ser superadas. Registre-se a ausência de qualquer normativa internacional no plano da OEA para eliminação de formas de discriminação racial.

Gráfico 17 - Utiliza a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

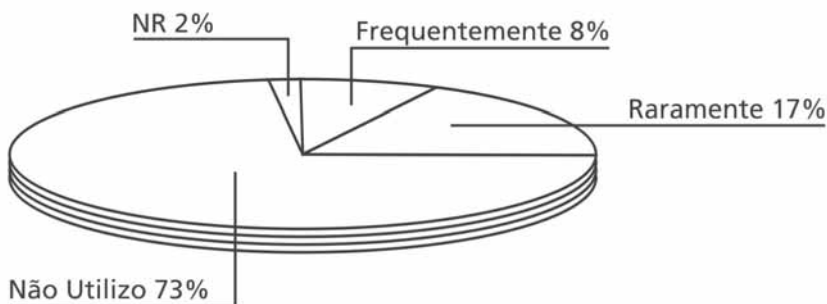
Em relação ao resultado da pesquisa neste assunto, temos que 75% dos juízes afirmaram nunca e 15% raramente usarem esta normativa internacional para eliminação das formas de discriminação racial. Tal resultado é especialmente estranho num país que não fugiu – nem fuge – à marca do racismo. É tradição no Brasil afirmar-se que o negro, o índio, o pardo etc., estão integrados à nossa sociedade, existindo “apenas” discriminação no que tange à relação entre ricos e pobres, ou seja, o Brasil teria problemas de distribuição de renda e não de relações raciais. Longe de negar a questão da renda, está comprovado empiricamente que as mais diversas formas de discriminação racial se manifestam no Brasil, apesar de, muitas vezes, este racismo ser ocultado ou lhe ser negada

sua visibilidade. O primeiro passo para que o racismo possa ser banido de nossa realidade social é o reconhecimento de que é um problema existente e merecedor de tratamento urgente. E esta questão não pode estar alheia ao Poder Judiciário. Nesse sentido, deixar de usar esta Convenção é abrir mão de um poderoso instrumento de combate ao racismo em todas as suas formas. Não se trata de esquecer o papel fundamental da Constituição nesse jogo, mas de somar à Constituição este poderoso instrumento de eliminação do racismo no Brasil.

8.4. Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

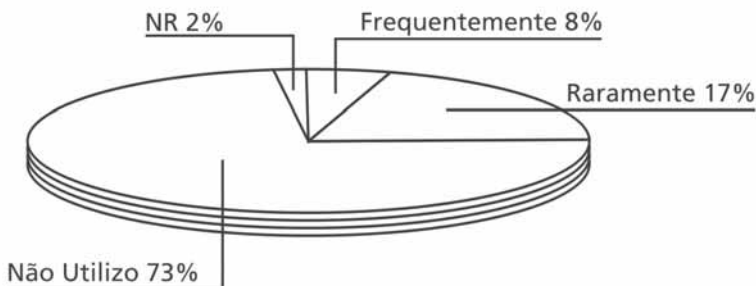
Homens e mulheres são iguais em direitos e em obrigações. Dispositivo semelhante encontra-se no inciso I do art. 5º da Constituição Federal, o que por si só demonstra a preocupação do Constituinte Originário em corrigir uma situação que se encontra ainda incrustada nas práticas sociais mais cotidianas. Em pleno século XXI, fato é que as mulheres ainda não gozam do mesmo tratamento destinado aos homens e isso malgrado tenha havido um amadurecimento doutrinário e legislativo inquestionável nas últimas décadas.

Gráfico 18 - Utiliza a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU)?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Gráfico 19 - Utiliza a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA)?



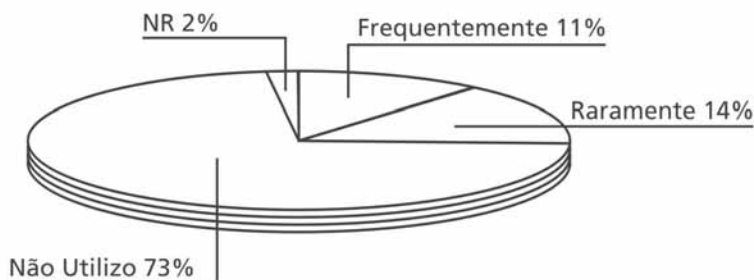
Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Na presente pesquisa, constatou-se que somente 8% dos magistrados trazem para o plano concreto as convenções da ONU Sobre Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da OEA e Para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Ao revés, 73% nunca fizeram uso de tais convenções e 17% apenas algumas vezes fizeram-no. Esse resultado pode ser interpretado como óbice sério para a real efetivação dos Direitos Fundamentais e, também, como barreira para a consagração efetiva da isonomia entre homem e mulher. Esta somente pode atingida por meio da conjugação de dois movimentos paralelos: um cultural, mais complexo e em longo prazo, e outro jurídico, de resultados mais imediatos, concernente à valorização e à aplicação da legislação existente.

8.5. Convenção contra a Tortura e Tratamento ou Penas Cruéis

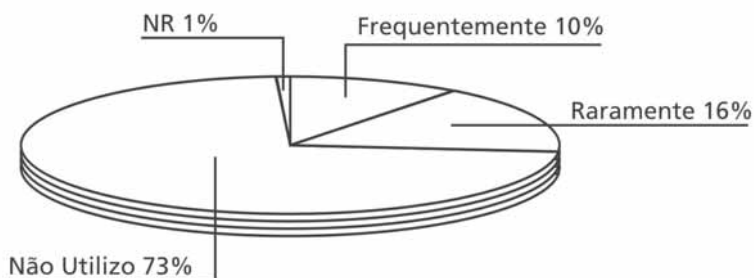
A Declaração Universal de 1948 é certamente o texto mais importante no banimento da prática de tortura. A partir daí, o repúdio a esta prática foi reafirmado por uma série de pactos e convenções de alcance geral tais como: a Convenção Européia de Direitos Humanos de 04/11/1950, o Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de dezembro de 1966, A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – de novembro de 1969, a Convenção da ONU de 1984 e a Convenção da OEA de 1985. Reconheceu-se a tortura como delito previsto no direito internacional positivo impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la e a previsão de penas aos violadores da norma.

Gráfico 20 - Utiliza a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (ONU)?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Gráfico 21 - Utiliza a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º, III; 4º, II; 5º, §§1º e 2º demonstrar sua inserção na tendência das demais Constituições da América Latina de conceder aos direitos e garantias internacionalmente consagrados tratamento especial ou diferenciado, os juízes, ao serem questionados sobre a aplicação de tais convenções, assim responderam: apenas 10% afirmou utilizar freqüentemente a Convenção Interamericana contra a Tortura e 11% utilizar freqüentemente a Convenção do Sistema de Proteção da ONU. Um percentual um pouco maior declara utilizar raramente essas convenções, respectivamente 16% e 14%, não tendo fornecido resposta à pergunta 1% e 2%. Já o índice de não utilização dessas convenções nas sentenças proferidas pelos juízes é altíssimo: 73% .

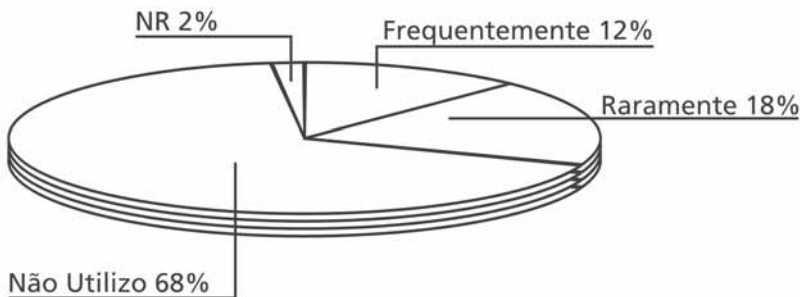
Apesar de tais normas criarem direitos para os cidadãos brasileiros e obrigações para o Brasil perante a Comunidade Internacional, de nada valem se os operadores da justiça mantêm-se silentes, e não as aplicam.

8.6. Convenção sobre os Direitos das Crianças

Após a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, e do Ano Internacional da Criança, em 1979, sobreveio a Doutrina da Proteção Integral da Criança, expressa por meio da Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989. Já preconizava a Declaração em 1959 que “a humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços”, fixando um compromisso moral com as crianças do presente e do futuro da sociedade. Contudo, a realidade histórica mostrou-se especialmente cruel com a população infanto-juvenil. Assim, por exemplo, milhares de crianças são constrangidas a abandonar a escola e as brincadeiras todos os anos para ajudar no sustento da família, perdendo a oportunidade de aproveitar o verdor dos anos. Passam a vender bala em semáforos, a trabalhar em carvoarias, sendo facilmente cooptadas e vitimadas pela violência cotidiana.

Este quadro realça a importância e a necessidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, que foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. Vale registrar que, até a presente data, os únicos países que não ratificaram a Convenção foram Estados Unidos da América e Somália.

Gráfico 22 - Utiliza a Convenção sobre os Direitos da Criança?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

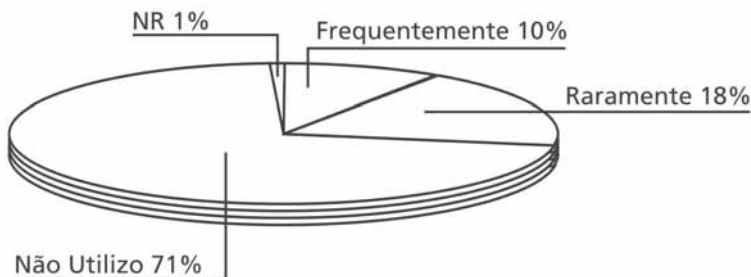
O trabalho de campo revelou que apenas 30% dos juizes nas Varas pesquisadas aplicam a Convenção em tela, sendo que tal número é obtido através do somatório entre os 12% que a utilizam constantemente e os 18% que o fazem raramente. Por outro turno, 68% jamais tutelaram a situação das crianças brasileiras com base na normativa. Não obstante o Brasil conte com a Lei 8.069/90 – ECA –, que é uma avançada e sofisticada legislação de proteção à infância, não há motivos para que se ignore a Convenção, especialmente considerando-se a importância simbólica de utilização dos sistemas interamericano e da ONU de garantia dos direitos humanos.

8.7. Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

A constituição de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, como quer o preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, exige de todas as pessoas um esforço radical de reconhecimento e respeito às diferenças. No caso específico das pessoas portadoras de deficiência, a demanda pelo respeito não é apenas de ordem moral, no sentido de substituir sentimentos de comiserção por aqueles de solidariedade, mas de ordem social e política, no sentido de substituir os discursos retóricos por ações efetivas de inclusão. Para isso, é necessário que haja a implantação de políticas que visem à superação das várias barreiras que enfrentam todos os tipos de deficientes, desde o acesso ao ensino até o mercado de trabalho; tudo de maneira não segregadora ou marginalizante. É exatamente nessa linha que vai o ordenamento jurídico quando prevê, desde a própria Constituição, políticas especiais de atenção aos portadores de deficiência, tais como: “**Art. 7º** - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; “**Art. 23** - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”; “**Art. 37** - A administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”; “**Art. 203** - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. Com esses dispositivos, a Constituição possuía todas as condições para efetuar a recepção da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Assim, por meio do Decreto Legislativo nº 198/2001 e do Decreto nº 3.956/2001 do Poder Executivo Federal, foi ratificada a referida Convenção. Contudo, ainda não se popularizou como meio eficaz na luta pelos direitos dos portadores de deficiência.

Gráfico 23 - Utiliza a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência?



Fonte: Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Formação e Aplicação – 2004.

Quando indagados se utilizam a Convenção na fundamentação das sentenças, apenas 10% responderam utilizar frequentemente. Do total dos juizes questionados, 71% afirmaram nunca terem utilizado a Convenção e 18% responderam que raramente utilizam. Num país com cerca de 24 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência¹⁰ e com tão poucas políticas sociais efetivas de superação de barreiras, é realmente

¹⁰ - Cf. IBGE, Censo Demográfico 2000.

impressionante que uma ferramenta jurídico-social tão importante como a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência tenha esse baixo índice de aplicação. Pode-se imaginar, como hipótese explicativa, a conjunção de duas variáveis fundamentais: i) baixo nível de demandas judiciais para garantia dos interesses das pessoas portadoras de deficiência; e ii) baixo nível de conhecimento da magistratura acerca das normas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário.

III) Considerações Finais

Considerando ser esta apenas uma análise exploratória preliminar e que os dados ainda serão submetidos a outros modelos de análise estatística, não é possível finalizar o presente artigo com uma conclusão definitiva. Por hora, chama a atenção nesta análise dos dados a configuração de um paradoxo: por um lado os juízes revelam, na sua grande maioria, concepções arrojadas acerca dos direitos humanos e da aplicabilidade de suas normas garantidoras, mas, por outro, a pesquisa descobre um baixíssimo nível de aplicação real destas normas. Talvez uma variável especialmente importante dentre as que possuem mais potencial explicativo seja aquela onde 73% dos juízes afirmam que, se tivessem oportunidade, gostariam de participar de cursos específicos sobre Direitos Humanos. Em outras palavras, a pesquisa sugere que, caso houvesse maior conhecimento dos juízes acerca dos sistemas de proteção dos direitos humanos, suas normas seriam mais utilizadas. Dessa forma, a justiciabilidade dos direitos humanos, longe de ser uma questão abstrata ligada à ontologia de suas normas, é uma questão de aprimoramento da tutela jurisdicional.

Rio de Janeiro, julho de 2004

Projeto Relatores da ONU e Sociedade Brasileira*

Márcia Nina Bernardes**

Paulo Jorge Ribeiro***

I. Apresentação

Diante da relevância dos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos e com o objetivo de colaborar com a Relatora da ONU para execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, Sr^a. Asma Jahangir, que visitou o país em setembro e outubro de 2004, o Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio - em parceria com as entidades: Centro de Justiça Global, CEJIL, Grupo Tortura Nunca Mais e Laboratório de Análise da Violência (UERJ) -, elaborou o “Projeto Relatores da ONU e a sociedade brasileira”. A iniciativa aponta a necessidade de associar a reflexão acadêmica aos esforços empreendidos pela sociedade civil e pelo Estado acerca de temas

* O presente relatório foi elaborado com a colaboração dos seguintes alunos dos Departamentos de Direito e de Sociologia, em ordem alfabética: Amanda Cozzi Lopes Pontes, Daniela Motchi, Filipe Simões, Johny Fernandes Giffoni, Karen Costa Soares, Lidiane Carvalho, Geoconda Kelley Lima e Lívia Dornelles Resende. Os professores gostariam de agradecer o auxílio do discente Leonardo Castilho e a intensa colaboração de Paula Spieler e Ana Dolores Novaes em diversas fases do projeto. Agradecemos ainda a Lidiane Eluizete Carvalho pela imprescindível colaboração na preparação do texto para esta publicação.

** Doutoranda e Mestre em Direito pela New York University School of Law, Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, Professora de Introdução à Ciência do Direito e Direitos Humanos da PUC-Rio.

*** Professor do Departamento de Sociologia e Política da PUC-Rio. Pesquisador Associado do Laboratório de Análises de Violência da UERJ.

candentes como a proteção de direitos humanos e a violência urbana do Rio de Janeiro, com especial relevo à situação dos grupos subalternizados.

De acordo com a Resolução 2001/45 da ONU, a Relatora Asma Jahangir buscou identificar: (a) casos urgentes em que a violação ao direito à vida é iminente; (b) casos em que os autores de execuções sumárias, extrajudiciais e arbitrárias estão impunes; e (c) casos de inobservância ao direito à indenização dos familiares de vítimas de execução. Constatadas as violações aos padrões internacionais de proteção ao direito à vida, a Relatora está autorizada a agir de três maneiras: intervindo pessoalmente junto às autoridades locais para resolver casos concretos; fornecendo assistência ao país no sentido de se estabelecer uma rede eficaz de proteção aos direitos humanos; e, por fim, informando a comunidade internacional, por meio de relatório à Comissão de Direitos Humanos e à Assembléia Geral da ONU, da situação que encontrou no país visitado, bem como dos esforços já realizados pelo país no sentido de implementar os padrões internacionais.

O projeto estruturou-se em função da realização de três atividades: um grupo de estudos sobre o tema; um seminário com a presença de membros de organizações da sociedade civil e de agentes estatais; e um relatório do seminário, cuja versão em inglês foi entregue à Relatora.

O grupo de estudos, de caráter eminentemente interdisciplinar, organizado pelos professores Márcia Nina Bernardes e Paulo Jorge Ribeiro, dos Departamentos de Direito e Sociologia, respectivamente, reunindo alunos também dos dois departamentos. Inicialmente tratou-se da temática da universalização dos direitos humanos, sob o prisma jurídico-político, bem como do sistema ONU de proteção aos direitos humanos. Em seguida, enfrentou-se questões relativas aos fenômenos da violência e poder, buscando desnaturalizá-los, demarcá-los conceitualmente e interpretá-los a partir do contexto brasileiro.

A segunda fase do projeto fomentou a realização de um seminário na PUC-Rio, organizado pelo NDH a as entidades parceira acima mencionadas, durante os dias 16 e 17 de junho, com a participação de membros de organizações da sociedade civil com atuação relevante no que se refere a execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais na cidade do Rio de Janeiro. Com base no material produzido para o seminário e discutido durante o evento, foi escrito o relatório final (terceira fase do projeto) entregue à Relatora durante sua visita ao Rio de Janeiro.

O seminário foi estruturado em quatro módulos. Na manhã do dia 16, foi realizada uma grande conferência de abertura, aberta a todos os interessados da sociedade civil, tendo a presença de pesquisadores sobre o tema da violência no Rio de Janeiro contemporâneo. Nessa conferência foram apresentados os trabalhos: “Execuções sumárias no Rio de Janeiro” do Prof. Ignácio Cano, do LAV/UERJ e “Segurança para quem?” por Tim Cahill, da Anistia Internacional, ambos ressaltando a nevrálgica questão dos descumprimentos às ordenações internacionais dos direitos humanos praticadas no Brasil, tendo como cenário específico o Rio de Janeiro. Por fim, tivemos o depoimento de Márcia de Oliveira Silva Jacinto, mãe de Hanry Siqueira, vítima de execução por parte da Polícia, no Morro do Gambá, em janeiro de 2003.

Na tarde do dia 16 e manhã do dia 17, os representantes das organizações convidadas e os alunos participantes do projeto foram divididos em quatro grupos de trabalho, definidos em função de quatro contextos de violência em que execuções majoritariamente acontecem: penitenciárias, grupos de extermínio, uso da força por agentes estatais e impunidade. A coordenação de cada um desses grupos de trabalho foi entregue a uma instituição diferente. As coordenações e os coordenadores gerais do projeto se encontraram regularmente durante os meses que antecederam o seminário para a organização dos debates, a fim de maximizar o trabalho e, assim, produzir relatórios minimamente homogêneos e funcionalmente eficazes. Os coordenadores de GTs, além de presidirem as suas mesas, foram encarregados de identificar quais as instituições mais relevantes para cada temática, de iniciar a comunicação entre os participantes do grupo e de circular material disponibilizado por cada uma das organizações convidadas antes da realização do evento. Dessa maneira, pretendeu-se que as reuniões dos dias 16 e 17 de junho na PUC funcionassem como um espaço de consolidação de um debate que já vinha ocorrendo em vários fóruns estaduais e nacionais de direitos humanos. Cada um desses grupos de trabalho esteve encarregado de elaborar um relatório preliminar, respondendo às perguntas da Relatora.

No quarto e último módulo do seminário foi realizada uma Assembléia Geral, para a leitura dos relatórios finais, sugestões dos demais participantes e para o encerramento dos trabalhos.

A terceira parte do projeto consistiu na elaboração do relatório final entregue à Relatora da ONU. O Núcleo de Direitos Humanos do

Departamento de Direito da PUC-Rio, sob a supervisão da Prof^a. Márcia Nina Bernardes, Prof. Paulo Jorge e Leonardo Castilho, ficou responsável pela organização do documento e por sua tradução para inglês, a partir do material produzido pelos grupos de trabalho.

A primeira seção do relatório, cuja versão resumida transcrevemos na seção II abaixo, consiste nos quatro relatórios preliminares, produzidos com base nas discussões ocorridas durante o seminário na PUC. São eles: (1) “Execuções sumárias no estado do Rio de Janeiro: o uso da força pelos agentes públicos, elaborado por Ignácio Cano (LAV/UERJ), (2) “Relatório sobre a atuação de grupos de extermínio no estado do Rio de Janeiro” por Patrícia Ferreira (CEJIL) (3) “Custódia” por Marcelo Freixo (Centro de Justiça Global), e (4) “Impunidade” por Ivan F. Santiago (Núcleo de Direitos Humanos – Direito/PUC-Rio).

As seções seguintes do documento listam casos paradigmáticos de execução no Rio de Janeiro, confirmando os padrões encontrados pelos grupos de trabalhos, e casos recentes, ainda sem a devida apuração. Todavia, para fins desta publicação, omitimos esta parte do relatório apesar da sua inegável relevância, optando por privilegiar os documentos que refletiram o debate entre as diversas organizações envolvidas no projeto.

II. Relatórios resumidos dos grupos de trabalho

1. Execuções sumárias no estado do Rio de Janeiro: o uso da força pelos agentes públicos¹

a) Diagnóstico

O uso da força pelos agentes do estado durante o exercício da sua função ou, mais especificamente, o uso excessivo da força letal por parte dos policiais constitui um sério problema no estado do Rio de Janeiro que se vincula diretamente à questão das execuções sumárias.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que o número de pessoas mortas em intervenções policiais no estado é extremamente alto. Os registros

¹ Relatório preliminar, elaborado por Ignácio Cano, com base na discussão do grupo de trabalho formado sobre o tema.

oficiais da Polícia Civil costumam usar a categoria de “*Autos de resistência*” para classificar os casos em que um policial mata um suspeito de cometer crimes, seja no curso do policiamento normal ou durante a sua folga. Essa denominação, que não possui embasamento no Código Penal, foi criada justamente para evitar classificar esses casos como homicídios dolosos. Até hoje, o número oficial de homicídios informado pela Polícia Civil do estado não inclui os que foram cometidos por policiais.

Todavia, as mortes em intervenções policiais foram tradicionalmente consideradas pelo estado como uma exterioridade do trabalho policial, não como uma dimensão crucial do mesmo. A melhor prova disso é que, até 1999, os registros oficiais não realizavam uma contagem de quantas pessoas eram mortas por policiais a cada mês.

O número de mortos pela Polícia no estado não apenas é extremamente alto, mas tem crescido assustadoramente nos últimos anos. Os totais anuais de mortos pela Polícia, classificados como “autos de resistência”, são: 289 (duzentos e oitenta e nove) em 1999; 427 (quatrocentos e vinte e sete) em 2000; 592 (quinhentos e noventa e dois) em 2001; e 900 (novecentos) em 2002.

A grande maioria dos casos acontece na região metropolitana do Rio de Janeiro. Não existem registros de nenhuma outra área metropolitana no mundo onde as intervenções policiais causem um número de vítimas comparável. O crescimento foi particularmente dramático em 2002 em relação ao ano anterior. Vale lembrar que essas cifras correspondem a casos em que os policiais registram suas ações.

Dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública, relativos aos diferentes estados do Brasil, mostram que, no ano 2000, o Rio de Janeiro apresentava 7,45 vítimas mortais em intervenções da Polícia Militar para cada mil policiais, o valor mais alto entre todos os estados considerados². Esse número, extrapolado ao longo dos anos que dura a carreira média de um policial, implica que uma fração significativa dos policiais do Rio de Janeiro passará pela experiência de matar uma pessoa ao longo de sua vida profissional.

Por sua vez, os mesmos registros da Secretaria Nacional de Segurança Pública mostravam que o Rio perdia apenas para o Distrito Federal em

² De qualquer forma, esses dados informados pelas diferentes Secretarias de Segurança costumam estar subestimados.

número de mortes geradas por policiais militares em serviço para cada 100 mil habitantes, com 1,78. Assim, independentemente de usarmos uma ponderação por policiais ou por habitantes, o Rio de Janeiro aparece sempre como um dos estados onde a letalidade policial é maior no Brasil.

Durante os últimos anos, o estado do Rio de Janeiro não somente não desenvolveu políticas específicas para diminuir o número de mortes em intervenções policiais, mas aplicou até mesmo políticas que estimularam a letalidade policial. De fato, entre os anos 1995 e 1998, a Secretaria de Segurança Pública do estado concedeu as chamadas “premiações por bravura” a policiais envolvidos em ocorrências com resultado de morte de suspeitos. Essas premiações incrementavam a remuneração do agente em 50%, 75% e até 150% sobre o salário original. Como era de se esperar, essa política aumentou o número de mortes em intervenções policiais e agravou os indicadores de uso excessivo da força, tal como mostrou uma pesquisa realizada sobre a questão a pedido da Assembléia Legislativa³.

O alto número de mortes pela Polícia é consequência, entre outros fatores, dos altos índices de violência imperantes no estado e do grau de violência com que a criminalidade age. No entanto, essa letalidade policial não pode ser explicada nem justificada simplesmente com base nesse nível geral de violência.

Diversos indicadores revelam que o uso de força pela Polícia é notoriamente excessivo, inclusive quando comparado com o alto nível de violência geral do estado, dentre eles: a proporção entre policiais mortos em confronto e civis mortos pelos policiais excedia a razão de 1 a 10; a proporção de homicídios dolosos cometidos pela Polícia atingia uma percentagem próxima a 10% de todos os homicídios; a razão entre mortos e feridos nas vítimas das ações policiais mostra que há vários mortos para cada ferido pela Polícia. Essa razão, denominada índice de letalidade.

A pesquisa citada estudou as necropsias dos cadáveres das vítimas de intervenção policial. Os indicadores médico-legais confirmaram o quadro de uso excessivo da força e a presença de execuções sumárias: 46% dos cadáveres apresentavam 4 ou mais impactos de bala; 61% dos mortos tinham recebido ao menos um disparo na cabeça; 65% deles mostravam ao menos um disparo na região posterior (pelas costas); um terço das

³ CANO, Ignácio. *The use of lethal force by Police in Rio de Janeiro*. ISER.

vítimas tinha lesões adicionais às provocadas por arma de fogo, o que poderia indicar que muitas foram golpeadas antes de ser executadas; foram encontrados 40 casos de disparos à queima-roupa, feitos à curta distância, o sinal mais evidente de execução.

A mesma pesquisa mostrou que essas mortes costumam acontecer sobretudo em intervenções policiais especiais (blitzes) em favelas, mais do que no policiamento normal. Além do alto número de casos, os indicadores de uso excessivo da força apresentam também valores mais dramáticos nas favelas do que no resto da cidade. As vítimas fatais costumam ser homens jovens, particularmente pretos ou pardos, pertencentes aos setores mais desfavorecidos da população.

Após o incidente armado, as vítimas são levadas para o hospital, mesmo mortas, desfazendo assim a cena do crime e inviabilizando a realização de perícia do local. Na grande maioria dos casos, não há testemunhas que corroborem a versão dos policiais. Invariavelmente, os fatos são apresentados como um confronto armado, mesmo quando as evidências médico-legais apontam a execução. Em geral, a versão dos policiais recebe preferência no sistema de justiça criminal e, muitas vezes, também na mídia.

Em suma, as forças policiais do estado do Rio de Janeiro fazem um uso manifestamente excessivo da força letal. O uso da força policial pode ser entendido como um *continuum*, com dois extremos. No primeiro pólo, o agente faria uso de sua arma de forma legítima como única forma de resguardar a vida de terceiros ou a dele próprio. No outro extremo, teríamos exemplos de pessoas já presas que são friamente assassinadas por policiais, num caso claro de execução sumária. No entanto, entre esses dois extremos há muitas situações nas quais o policial poderia ter resolvido a situação sem precisar matar o suspeito, embora a definição legal do caso como uma execução sumária seja controvertida. Nesse sentido, o treinamento policial em questões como abordagem e uso da arma pode ser fundamental para diminuir o número de mortes provocadas pela Polícia.

Uma pesquisa mais recente analisou o andamento, na Auditoria da Justiça Militar do Rio de Janeiro, de casos de mortes de civis por policiais militares⁴. De 301 casos encontrados, 295 foram arquivados a pedido

⁴ CANO, Ignácio. *Letalidade policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar*, Rio de Janeiro: ISER, 1998b.

da promotoria, e os seis que foram a julgamento acabaram absolvidos a pedido dos próprios promotores que participavam no julgamento. Isso acontecia mesmo nos casos em que havia tiros à queima-roupa ou outros fortes indicadores de execução.

Duas irregularidades jurídicas contribuía para esse cenário: a abertura, em alguns casos, de sindicância em vez de inquérito, para apurar esse tipo de mortes⁵ e a aplicação de uma espécie de “*arquivamento preventivo*” nesses casos, nos quais o promotor pede arquivamento apesar de existir prova de autoria e materialidade.

No tratamento jurídico dado às mortes pela Polícia, o ponto chave da defesa, em muitas ocasiões, é mostrar que o falecido era realmente um bandido, o que aumenta as possibilidades de absolvição por parte do júri. Em função disso, muitas vezes quem é julgado é o morto e não o autor. Esse comportamento do sistema de justiça criminal possui o seu correlato na atitude de vários setores da opinião pública que demandam ‘mão dura’ contra a criminalidade até o ponto de exigirem ações ilegais contra os criminosos, entre elas as execuções sumárias.

As camadas sociais mais desfavorecidas por esses tratamentos ilegais chegam, em ocasiões, a interiorizar os valores autoritários que estão por trás dos mesmos, tentando apenas mostrar que eles são “trabalhadores e não bandidos” em vez de atacar a ilegalidade e a imoralidade dos fatos em geral. Tratar-se-ia então não de uma conduta improcedente, mas de “alvos improcedentes”. O contraponto é a mobilização social em alguns casos em que as vítimas de execuções eram completamente inocentes de qualquer crime anterior. A falta de reação social às presumíveis execuções, quando elas vitimam supostos bandidos, é crucial na criação da impunidade.

b) Recomendações

- 1) atacar a pseudolegitimidade outorgada às execuções contra criminosos;
- 2) configurar uma Corregedoria forte e independente da chefia da Polícia;
- 3) reforçar os programas de proteção a testemunhas;

⁵ A sindicância não tem validade jurídica e constitui um expediente que pode ser arquivado administrativamente, sem intervenção de um juiz.

- 4) estabelecer programas de apoio psicológico aos policiais, particularmente nas áreas de manejo do estresse e da dependência química;
- 5) acabar com a dupla jornada por meio de uma melhora salarial;
- 6) melhorar o treinamento de tiro do policial, trabalhando não apenas o tiro estático, mas a decisão de usar ou não a arma em contextos duvidosos e o tiro defensivo;
- 7) limitar o tipo de armamento que a Polícia usa àquele que seja compatível com um contexto urbano e que reduza os danos colaterais;
- 8) treinar os policiais em mediação de conflitos;
- 9) estipular, nos regulamentos policiais, que o agente, que sofra atentado ou seja testemunha de um atentado contra um colega, não continue participando na ação;
- 10) incorporar armas não letais (*spray*, cachorro, arma de baixo impacto etc.) ao arsenal dos policiais;
- 11) desenvolver programas que melhorem a relação da Polícia com a sociedade para que não sejam percebidas como inimigas;
- 12) responsabilizar as autoridades que fazem apologia da violência policial;
- 13) facilitar o acesso de vítimas da violência policial à Justiça;
- 14) arbitrar mecanismos para acelerar a compensação por parte do estado aos familiares de vítimas da violência policial;
- 15) desenvolver programas específicos para diminuir a violência policial;
- 16) estabelecer metas de redução da violência policial para cada estado, como um dos requisitos para que o Governo Federal financie programas de segurança pública nos estados.

2. Relatório sobre a atuação de grupos de extermínio no estado do Rio de Janeiro⁶

a) Diagnóstico

Define-se como grupo de extermínio a associação de pessoas com o objetivo de praticar homicídios de forma reiterada. Esses grupos podem

⁶ Relatório preliminar, elaborado por Patrícia Ferreira, com base na discussão do grupo de trabalho formado sobre o tema.

ser financiados por comerciantes e empresários ou agir por conta própria, praticando extorsão contra traficantes e viciados no uso de drogas. Na maior parte das vezes, o grupo de extermínio é integrado por policiais e ex-policiais e conta com a convivência e o apoio de políticos⁷ e integrantes do poder público.

Na busca de dados sobre o tema em tela, o CEJIL deparou-se com alguns obstáculos, sendo o principal deles a falta de informação sistematizada recente sobre a atuação de grupos de extermínio no Rio de Janeiro. Não há relatórios de organizações ou estudos sobre o tema;

As poucas informações são as que se divulgam nos meios de comunicação social, dando conta de que existem atualmente grupos de extermínio atuando na baixada e na zona oeste, em Jacarepaguá⁸. Essa falta de informação se deve a ausência de investigação eficaz sobre as execuções sumárias. Na cifra de vítimas de execuções sumárias certamente existe um número expressivo de vítimas de grupos de extermínio; no entanto, não são identificadas⁹.

Um outro grave problema refere-se a *dupla jornada*, proibida por lei, tolerada pelo Poder Público, e atinge 97% da corporação de policiais militares.¹⁰ Deve ser ela extinta, uma vez que, para compensar os baixos salários, os policiais trabalham após o serviço para empresas de segurança privada, nas quais alguns policiais atuam como executores e, como agem na ilegalidade, torna-se difícil sua prospecção.

⁷ “Suplente é suspeito de assassinato de deputado no Rio”, notícia do Estado de S. Paulo, em 25 de janeiro de 2003.

⁸ O jornal O Dia de 30 de setembro de 2002, noticiou que a Corregedoria investigava 299 policiais militares e agentes civis supostamente envolvidos com grupos de extermínio. Segundo pesquisa do jornal de cada 11 pessoas assassinadas no Grande Rio por dia, três eram vítimas de grupos de extermínio.

⁹ Os únicos estudos sobre a atuação dos grupos de extermínio no estado encontrados pelo Grupo de Trabalho referem-se à ação desses grupos na Baixada até os anos 1990. Há um livro publicado pela Procuradora de Justiça, Tânia Maria Salles Moreira, na época Promotora, tendo atuado durante muitos anos na região, e uma tese de mestrado do Prof. José Cláudio Alves, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro; mas não há dados mais recentes.

¹⁰ Ver anexo 3, “O impasse do bico de PMs”, notícia de O Dia, em 02 de abril de 2003.

b) Recomendações

- 1) investigações realizadas pelo Ministério Público e não pela própria Polícia, com a criação de uma unidade especializada para o tema;
- 2) fortalecimento dos mecanismos de investigação, com investimento em inteligência e aparelhamento adequado dos departamentos de medicina legal e forense;
- 3) mudança da competência do julgamento de crimes cometidos por policiais para a Justiça Comum;
- 4) proteção das testemunhas da atuação de grupos de extermínio;
- 5) criação de áreas de habitação destinadas a policiais militares e policiais civis;
- 6) incentivo a permanecerem na carreira, pois, uma vez fora da corporação, tendem a praticar crimes;
- 7) legalização das agências de segurança privada.

3. Execuções sob custódia¹¹

a) Diagnóstico do sistema penitenciário

O Brasil é um país de dimensão continental, com uma população de 169.799.170 de habitantes. Oscilando entre os dez países mais ricos do mundo, e entre os dez com menor índice de distribuição de renda, não é de se estranhar que as cifras que descrevem o sistema penitenciário brasileiro também sejam assustadoras. Contando com uma população de 248.685 pessoas – o que representa um número de 146,5 presos por 100 mil habitantes – o sistema penitenciário brasileiro concentra mais da metade de sua população nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, os dois maiores centros urbanos do Brasil, refletindo a imagem da desigualdade e de um Estado de Direito *ao Patrimônio*.

No Rio de Janeiro, de uma população de 14.391.282 de habitantes, 18.016 deles encontram-se sob custódia do estado. O sistema penitenciário no Rio de Janeiro conta hoje com um presídio, uma

¹¹ Relatório preliminar, elaborado por Marcelo Freixo, com base na discussão do grupo de trabalho formado sobre o tema.

penitenciária e uma casa de custódia para as internas do sexo feminino e, para os infratores do sexo masculino, há cinco prisões de regime semi-aberto, duas abertas, quinze em regime fechado, sete casas de custódia e sete hospitais.

As imagens do sistema penitenciário estão associadas a rebeliões, fugas, mortes, abandono e falta de expectativa, que são visões freqüentes na mídia televisiva. O cidadão “seguro” é aquele que tem seus direitos garantidos. As prisões são vistas como necessárias para a garantia da segurança da sociedade. Nossa lei de execução penal é modelo para boa parte do mundo, e nossa Constituição Federal é conhecida como Constituição Cidadã¹². No entanto em qualquer visita a uma unidade do sistema prisional, verificamos rapidamente que tais leis são descumpridas em todos os seus níveis. Da ausência do papel higiênico, passando pela superlotação e pela tortura sistemática, as custódias no Brasil representam a ausência de direitos.

Constatamos dois movimentos inversos em nossa sociedade. De um lado, a avaliação dos especialistas (pesquisadores e criminólogos), com base em dados estatísticos, de que o sistema prisional é ineficaz e oneroso; de outro, com grande influência da mídia, o senso comum de que os presídios precisam ser mais severos e as penas mais duras, não importando o desrespeito freqüente às leis. Lamentavelmente, boa parte dos governantes baseia seus projetos políticos naquilo que a sociedade quer ouvir – ou pensa querer. Frases de efeito em defesa de um maior rigor das penas, assim como de uma Polícia mais enérgica ao lidar com os conflitos urbanos, só servem para disseminar a sensação de temor no corpo social, além de um constante estímulo ao desrespeito às leis por parte dos agentes do estado.

As custódias de hoje no Brasil simbolizam a total *criminalização da pobreza*. Basta observar os dados do último censo penitenciário nacional¹³: 98% dos presos são pessoas absolutamente pobres, 38% têm menos de 25 anos, 67% só cursaram o primário, sendo o crime de roubo o principal responsável pelas prisões. Nos grandes centros, como Rio de Janeiro e São Paulo, o crime de tráfico de drogas supera consideravelmente o de roubo. Vale lembrar que as autoridades entendem por

¹² Ver art. 5, CF.

¹³ Ministério da Justiça, 1997.

“combate ao tráfico” o enfrentamento daquele que representa seu último ponto no itinerário: a favela. Não é de se estranhar que o perfil desses pseudotraficantes seja composto por jovens pobres e de pouca escolaridade.

Diante deste quadro, verificamos a ausência de políticas públicas competentes voltadas para o sistema penitenciário. Um dos símbolos dessa falha é a falta de qualidade na coleta de dados referentes aos óbitos dos detentos pelas secretarias responsáveis pelos sistemas prisionais em cada estado. No Rio de Janeiro, conseguimos um levantamento feito pelo *Jornal do Brasil*¹⁴ no período de junho de 2000 a julho de 2001. O número é surpreendente e demonstra toda a insegurança da vida sob custódia neste estado. O descaso é duplamente caracterizado, tanto na incapacidade em garantir a integridade física do interno quanto na ignorância do estado em relação ao cotidiano violento do sistema penitenciário¹⁵.

Os principais fatores que geram risco e aumento das mortes são: super lotação em alguns centros de detenção; pequeno número de funcionários nas prisões; péssima formação dos agentes de segurança; ausência de sistema de classificação dos detentos por periculosidade¹⁶; não-cumprimento da lei no que diz respeito aos benefícios e ao tempo de cumprimento da pena; não-cumprimento da lei no que diz respeito ao acesso à educação e ao trabalho, gerando grande ociosidade nas prisões; falta de assistência à família e desrespeito às mesmas em dias de visitas, gerando revolta e abandono de boa parte dos detentos; não aplicação das penas alternativas que poderia reduzir, em pelo menos 30%, o número de detentos no Brasil; certeza da impunidade dos agentes do estado, que sempre alegam agir em nome da segurança e da ordem.

¹⁴ Pesquisa realizada pelo jornalista Marco Antônio Martins, do *Jornal do Brasil*. Ver a seção 3.2 deste relatório.

¹⁵ Segundo a matéria do *Jornal do Brasil*, em comparação com o sistema prisional norte-americano, só no Rio de Janeiro morrem três vezes mais presos que nos EUA. Das 51 mortes ocorridas no período de um ano pesquisado pelo jornal, 33 foram em condições de extrema violência.

¹⁶ Tanto nas delegacias de polícia, como no sistema penitenciário, todos os presos são classificados conforme a facção criminosa a qual pertencem. Mesmo aqueles que não possuem ligação com o crime organizado são, nesse contexto, obrigados a optar por uma delas.

b) Recomendações

- 1) cobrança das autoridades competentes de um discurso de respeito aos direitos humanos e ao cumprimento da lei, responsabilizando, as autoridades que fazem apologia à violência e à humilhação do interno;
- 2) realização de concurso público para agentes penitenciários, garantindo um número adequado de guardas nas unidades prisionais;
- 3) investimento na Escola de Formação Penitenciária, com carga horária adequada e recursos suficientes e capacitação permanente dos agentes na escola, inserindo temas como direitos humanos, uso da força, entre outros;
- 4) valorização qualitativa e quantitativa dos profissionais do sistema penitenciário - plano de cargos e salários para os agentes;
- 5) criação de uma Ouvidoria para o sistema penitenciário, com o cargo de ouvidor diretamente ligado ao governador;
- 6) participação de grupos externos (Defensoria Pública e/ou Conselho da Comunidade) nas revistas periódicas das unidades prisionais;
- 7) desvinculação dos setores periciais da área da Secretaria de Segurança;
- 8) garantir a investigação policial para qualquer caso de execução nas prisões;
- 9) afastamento imediato do agente penitenciário ou policial, acusado de tortura, homicídio ou corrupção, mesmo durante a investigação;
- 10) garantir que o serviço de segurança nas unidades prisionais será feito exclusivamente por agentes penitenciários aprovados em concurso público;
- 11) garantir um programa de atendimento psicológico para os profissionais do sistema penitenciário;
- 12) concurso público para profissionais da área técnica (assistentes sociais, psicólogos, psiquiatras, médicos, enfermeiros, dentistas);
- 13) capacitação para os profissionais técnicos em direitos humanos;
- 14) garantia de ocupação do tempo do preso, principalmente com trabalho e educação;
- 15) garantia da aplicação de penas alternativas;
- 16) fiscalização da construção de presídios;
- 17) garantia da classificação dos internos, conforme o delito cometido;

- 18) agilização do atendimento jurídico, garantindo que o preso não permaneça na unidade além do tempo previsto na pena;
- 19) estímulo à criação de Conselhos da Comunidade em cada comarca que possua uma unidade carcerária;
- 20) garantia do fim das carceragens nas delegacias de Polícia;
- 21) garantia de indenização imediata aos familiares dos detentos executados durante o cumprimento da pena, com inversão do ônus da prova para o estado;
- 22) Garantia de tratamento específico (médico) para o preso dependente químico;
- 23) Garantia de que todo preso possa apresentar diretamente queixa ao diretor do estabelecimento ou ao funcionário autorizado a representá-lo, sendo a cópia da denúncia encaminhada ao defensor público responsável pela unidade;

4. Impunidade¹⁷

a) Diagnóstico

Coube a esse grupo de trabalho o desenvolvimento do tema relativo à impunidade em face do cometimento de crimes contra a vida realizados por agentes públicos, notoriamente policiais.

O campo de incidência do fenômeno investigado está circunscrito ao estado do Rio de Janeiro, que vem sendo palco de diversos homicídios, cujas autorias são atribuídas a agentes policiais.

Em havendo conduta intencional de retirada da vida humana e faltando qualquer causa que autorize sua existência (causa de exclusão da antijuridicidade), assim como ausente qualquer causa que impeça a reprovação pessoal do agente (causas de exclusão da culpabilidade) que a cometeu, ter-se-á o crime de homicídio doloso, que, dependendo das circunstâncias de seu cometimento, poderá acarretar um sancionamento com pena privativa de liberdade de até 30 anos.

¹⁷ Relatório preliminar, elaborado por Ivan Santiago Firmino, com base na discussão do grupo de trabalho formado sobre o tema.

Havendo provas relativas à materialidade (elementos que permitam dizer que o crime aconteceu) e à autoria do delito, o estado estará apto para processar, julgar, condenar e aplicar uma pena ao agente do homicídio.

Todavia, a realidade que se afigura discrepa desse contexto acima exposto, o que pode ser facilmente percebido a partir do descompasso existente entre o número de delitos que possuem tal feição e o número de condenações e penas efetivamente aplicadas a seus autores.

Aqui, faz-se difícil falar em *cifra oculta* da criminalidade,¹⁸ haja vista que, diante do conhecimento de um óbito e evidenciada a sua ocorrência de maneira violenta, dificilmente será possível considerar um desconhecimento por parte das agências policiais.

Levando em consideração: a) as mortes levadas a cabo pelas chamadas *execuções*¹⁹, b) a cognição que, de alguma forma, as agências policiais tiveram de tais mortes e c) o escasso número de condenações, verifica-se a gênese da impunidade, especificamente quanto a esses casos ora analisados.

Apreciar a ocorrência da impunidade implica a necessária apreciação do caminho percorrido entre o cometimento do crime até o momento da aplicação de uma punição a seu autor, o que conduz à análise, ainda que sucinta, do sistema penal, bem como das agências que o compõem.

É mais do que evidente que o uso de respostas penais cada vez mais severas para a solução de conflitos tem-se mostrado ineficaz, do que é exemplo a chamada Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), de nenhuma contribuição para a redução dos delitos nela previstos.

Diante do conhecimento de uma morte, que fuja à aparência de ter sido decorrente de causas naturais, a Polícia Judiciária, representada no âmbito dos estados pela Polícia Civil, deve instaurar, de ofício, um inquérito policial²⁰, cuja finalidade é a arrecadação de provas, mínimas que sejam, relativas à autoria e à materialidade do delito investigado, de modo a dar o respaldo suficiente para que o Ministério Público possa instaurar a ação penal.

¹⁸ É “a disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema” (BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. Raúl, e outros, *Direito Penal Brasileiro – I*, Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44).

¹⁹ Designação que abrange os casos em tela, em que há o cometimento de um homicídio doloso por um policial, não acobertado por qualquer causa de justificação ou de exculpação.

²⁰ Procedimento inquisitivo, sigiloso e informal (art. 5º, I, do Código de Processo Penal).

No momento do oferecimento da denúncia (petição inicial na ação penal pública), vigora o princípio *in dubio pro societate*, que faz prevalecer o interesse da sociedade sobre o do indivíduo processado, revelado na desnecessidade de uma robustez do conjunto probatório.

O indivíduo processado, enquanto não for condenado e essa condenação não mais puder ser modificada, quer seja pelo julgamento de todos os recursos ou pela ausência de interposição de recursos, terá preservado seu *status* de inocente²¹.

A mudança da condição de inocente para o de culpado só poderá ocorrer pela condenação que, por sua vez, só será possível diante de um conjunto probatório indubitado. No momento da manifestação judiciária sobre a culpa (*lato sensu*) do acusado, vige o princípio *in dubio pro reo*, que impõe ao estado-juiz o dever de somente condenar alguém em havendo provas contundentes da existência de um delito e de que aquele réu fora seu autor.

Ao se falar em prova necessária para a condenação, devemos atentar para um dado relativo à prova da autoria, que é a quase exclusividade de sua produção por depoimentos testemunhais, o que já não ocorre com a prova da materialidade, a ser fornecida pelo laudo de exame cadavérico.

Tal aspecto traz a relevância da testemunha para o desvendar desses delitos, ao mesmo tempo que se faz mister reconhecer sua vulnerabilidade face a ameaças e atentados. Por estas razões, resulta de suma importância a condução de programas de proteção às testemunhas bem desenvolvidos.

No que diz respeito à competência para julgamento dos crimes de homicídios dolosos, essa ficará a encargo do Tribunal do Júri²². Quando enfim se realiza o julgamento, o Conselho de Sentença, formado por sete jurados, decidirá quanto à culpa do réu, competindo ao juiz, em caso de condenação, fixar a pena dentro dos limites do que foi decidido pelo Júri. Esgotados quaisquer recursos porventura interpostos, chegar-se-á a um resultado final na persecução penal, que é a aplicação da pena em caráter definitivo.

²¹ Art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

²² Art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal e art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. Relativamente aos homicídios dolosos perpetrados por militares contra civis, consoante a Lei nº 9.299/96, art. 1º, que acrescentou um parágrafo único ao art. 9º do Código Penal Militar, serão igualmente de competência do Tribunal do Júri.

Compreender a existência de impunidade desses delitos, implica analisar toda a estrutura responsável pela formação de um juízo de culpabilidade e a conseqüente aplicação de uma pena, lembrando que a causa de tais crimes não se exaure na impunidade, motivo pelo qual desde já ficará evidenciado que as soluções almejadas devem passar ao largo de providências meramente simbólicas, como aumento de penas em abstrato, restrições ao princípio da presunção de inocência, endurecimento da execução penal ou aumento do uso da força pela Polícia²³.

O simbolismo de medidas desse quilate tende a engrandecer o sentimento de impunidade. Ao mostrarem-se ineficazes, o clamor por providências mais e mais austeras toma lugar e a sensação de que falta uma “atitude mais severa” por parte do estado alimenta a carência de uma punição exemplar.

b) Polícia

Apesar de competir à Polícia Civil a investigação, na fase de inquérito, nos crimes de competência da Justiça Estadual, o campo de visão deste tópico abrangerá a Polícia como um todo, incluindo assim a Polícia Militar. A razão de ser desse enfoque reside na investigação de causas das mortes cometidas por policiais, aí não sendo feita qualquer distinção, e na crítica a ser desenvolvida às políticas eficientes de segurança pública.

A Polícia brasileira, portanto, foi historicamente uma instituição nascida e desenvolvida com o bem definido objetivo de garantir os interesses, a paz, a propriedade e os bens materiais e humanos das classes privilegiadas. Uma Polícia que sempre teve “carta branca” para cometer atrocidades, sempre teve a complacência das elites dominantes para usar todo rigor e a força, mesmo a violência e a ilegalidade, para garantir os interesses de seus “senhores”. Uma Polícia criada para – e comprometida com – a garantia e proteção dos “poderosos”; uma Polícia cujos membros vêm das classes subalternas e que se volta contra as suas próprias classes de origem para proteger interesses dominantes. São aqueles que recebem a incumbência de fazer o “trabalho sujo” em nome dos “senhores”²⁴.

²³ Fica flagrante o que ora se afirma, pelo exemplo dado pela Lei n.º 8.930/94 que acrescentou ao rol dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072/90) o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, CP) e o praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente.

²⁴ DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança: entre pombos e falcões*, Rio: Lumen Juris, 2003, p. 6.

Devido à formação militarizada da Polícia, associa-se a imagem do excluído social à do inimigo, contra o qual, numa “metáfora da guerra”²⁵, deve ser combatido, cabendo, quase que constantemente, o uso de meios ilegais. Com o incremento do clima de medo, gerado pela atuação sensacionalista da mídia, cria-se uma demanda e complacência pela atuação ilícita da Polícia, que deve servir ao alcance do fim de contenção do “crescimento da criminalidade”, não importando os meios empregados.

Esse modelo de Polícia, pautado na política do confronto direto, serve para assegurar a estrutura social da exclusão social. A favor dessa orientação tem-se a criminalização dos conflitos, que passam a ser solucionados, prioritariamente, pela via do Direito Penal, constituindo-se em “questão de Polícia”. Porém a hipertrofia do sistema de controle penal direciona-se para um dado grupo social, representado pelas classes menos favorecidas.

Essa política de segurança pública empreendida caracteriza o chamado *eficientismo penal* que pode ser resumido na polarização ideológica entre as “forças do bem” e as “forças do mal”; no emprego do direito penal máximo ou direito penal de emergência, que lança mão de medidas como: aumento de penas, mitigação de garantias individuais, presunções de culpa, tipos penais imprecisos e de perigo abstrato etc.; na despolitização dos conflitos que passam a ser tratados exclusivamente pela via penal, gerando uma imprescindível seleção da clientela, já que há uma distorção entre o processo de criminalização primária e o de criminalização secundária.²⁶

A realidade da criação dos tipos penais (criminalização primária) não condiz com a capacidade do sistema penal de reconhecer tais práticas e deflagrar a persecução penal, a fim de sancionar o agente dessas condutas: (criminalização secundária). Assim sendo, é mister a escolha de alguns destinatários da criminalização primária, o que há de recair sobre as classes mais vulneráveis.

Dessa maneira percebe-se que o modelo eficientista, que vem sendo empregado como política de segurança pública no estado do Rio de Janeiro, contribui para a adoção de práticas policiais ilícitas, que, longe de serem repudiadas, são tacitamente incentivadas.

²⁵ *Idem*, p. 82.

²⁶ *Idem*, p. 49-50.

Perceber a Polícia, não como um braço armado do estado a serviço de algumas classes, mas sim como um serviço público, pautado na observância dos direitos humanos fundamentais e das garantias constitucionais, consiste em uma tomada de providência de caráter urgente.

Não basta deitar sobre a impunidade a responsabilidade pela ocorrência de mortes causadas por policiais, é imprescindível que se discuta o modelo empregado de segurança pública, que, sob a égide do eficientismo, fornece o aval necessário à perpetuação desse quadro.

Além do exposto, concernente à agência policial, são identificados outros problemas, a iniciar-se pelo corporativismo, que acaba por tornar infrutífera a investigação conduzida pela Polícia Judiciária. Delitos perpetrados por policiais deveriam ser investigados por agências autônomas, expressas por corregedorias independentes, retirando assim do âmbito exclusivo da Polícia a investigação de seus pares.

Outro fator prejudicial da condução dos inquéritos policiais é a corrupção, prática verdadeiramente institucionalizada, que serve como elemento de modificação da produção probatória. Não se há de crer na extinção da corrupção, mas uma alteração na política salarial da Polícia, com o pagamento de salários condizentes com a função desempenhada.

Relevante será o incremento da Polícia Técnica, com o aporte de recursos para o desenvolvimento da atividade investigativa, pois, conforme já mencionado, a “alma” da persecução penal é a prova, sendo essencial um refino na sua produção.

c) Ministério Público

Compete ao Ministério Público a propositura e condução da ação penal, promovendo a acusação contra o réu em juízo. A respaldar e justificar toda essa atividade estão as provas relativas à autoria e a materialidade do delito.

Destarte, as vicissitudes já expressas no tópico anterior, reproduzem-se aqui, pois uma investigação hipossuficiente em sede de inquérito policial, há de gerar uma dificuldade para a deflagração da ação penal, restando ao Ministério Público apenas a alternativa de arquivar o procedimento.

Porém, havendo elementos que indiquem a autoria e atestem a materialidade, está o Ministério Público obrigado a denunciar, o que, se não for realizado, há de configurar sua inércia.

Para esses casos, o art. 29 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade do uso da ação penal privada subsidiária que pode ser intentada pela vítima ou seus familiares. Seria medida salutar o fornecimento às vítimas e aos familiares de assistência jurídica, de modo a viabilizar o oferecimento de queixa-crime subsidiária.

d) Judiciário

Por ser o Tribunal do Júri competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, quer sejam consumados ou tentados, competirá aos jurados que compõem o Conselho de Sentença decidir sobre a culpa do réu. Em que pese as decisões deverem ser sempre pautadas nas provas existentes nos autos, não se há de duvidar da influência que a mídia exerce no ânimo dos julgadores.

O encorajamento do medo, do constante clamor por medidas drásticas, tende a justificar certas condutas ilícitas cometidas por policiais, que, embora desvirtuados de suas funções, estariam a “limpar das ruas” aqueles que “não deveriam, sequer, terem nascido”²⁷.

Discutir a atuação da mídia é papel fundamental na modificação desse contexto, cabendo esclarecer que não se trata de cerceamento da liberdade de informação, mas de evitar-se a manipulação de comportamentos.

e) Recomendações

- 1) incremento de políticas de segurança pública que se pautem no garantismo penal;
- 2) aplicação efetiva do Código de Condutas para as Polícias da Organização das Nações Unidas;
- 3) melhoria das remunerações dos policiais;
- 4) criação de corregedorias independentes para a investigação de tais delitos;

²⁷ Exemplo do que se diz, foi o recente julgamento dos policiais militares que mataram o assaltante do ônibus da linha 174, no bairro do Jardim Botânico. A bem da verdade, ao serem julgados, o que se discutiu foi a conduta da vítima que, sendo reprovada, serviu para legitimar a atuação dos réus.

- 5) aprimoramento da Polícia Técnica;
- 6) ampliação dos programas de proteção a testemunhas;
- 7) fornecimento de assessoria jurídica às vítimas e a seus familiares, de modo a permitir, em sendo o caso, o oferecimento de queixa-crime subsidiária; e
- 8) discussão do papel da mídia na construção do “clima de medo” que está difundido na população do estado do Rio de Janeiro.

Exclusão Jurídica – Acesso à Justiça no Contexto Brasileiro

Ronaldo Cramer*

1. Introdução

Acesso à justiça é tema muito recorrente. Muitos livros, pesquisas e pessoas têm pensado o problema. Este artigo, que se baseia nas conclusões preliminares da pesquisa sobre Exclusão Jurídica do Núcleo de Direito de Humanos da PUC-Rio, pretende dar sua pequena contribuição ao tema, analisando o acesso à justiça não só pela perspectiva processual, como normalmente é feito, mas também sob a ótica dos direitos humanos.

O acesso à justiça é um direito humano e a exclusão jurídica que dele decorre é, ao mesmo tempo, causa e consequência da exclusão social. Se é certo que o indivíduo sem acesso à justiça está excluído da sociedade (causa), não se pode negar que o indivíduo excluído da sociedade não tem acesso à justiça (consequência). Afastado da sociedade, o indivíduo está a um passo de se converter ao crime, pois buscará alguma alternativa, nem que seja marginal, para sobreviver.

O acesso à justiça faz parte do chamado mínimo existencial do princípio da dignidade da pessoa humana¹. Esse mínimo existencial

* Professor de Direito Processual Civil e Direito Falimentar da PUC-Rio; Advogado. A presente pesquisa foi elaborada em conjunto com o Professor Leonardo Moreira Lima e com os alunos Camille Martinez, Débora Redmond e Eduardo Bacal.

¹ Essa proposta é de Ana Paula de Barcellos. Na obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, a autora sustenta que “o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental,

constitui-se de valores que jamais podem ser ponderados com nenhum outro princípio. Devem prevalecer sempre, pois são inerentes à condição de ser humano. Afinal, tão indigno quanto passar fome é não ter meios de reivindicar a tutela jurisdicional adequada para seu direito; tão indigno quanto não ter liberdade é viver numa sociedade em que poucos podem proteger seus direitos e muitos os desconhecem. Sem acesso à justiça, o ser humano não consegue viver em sociedade.

A consagração constitucional do acesso à justiça encontra-se, de forma genérica, no art. 1º, inciso IV, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, e, de forma específica, no art. 5º, inciso XXXV, que assegura o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional adequada ao indivíduo.

A preocupação com o acesso à justiça é imemorial, mas ganhou muita relevância no pós-guerra, entre as décadas de 60 e 70 do século passado, com a consolidação de novos direitos sociais, econômicos e culturais e o surgimento do Estado-Providência. Esses dois acontecimentos provocaram uma explosão de litígios, até então reprimidos, de que o Estado foi incapaz de dar uma resposta pronta e eficaz². O problema acentuou-se nos países em desenvolvimento, em que há grandes desigualdades sociais.

Desde então, iniciou-se a busca de alternativas processuais para que os novos direitos fossem assegurados na prática. Dentre os vários estudos realizados, destaca-se a consagrada obra *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryan Garth. Até hoje, as famosas ondas cappellettianas são referências para o estudo do assunto.

2. Significado de Acesso à Justiça

O significado de acesso à justiça é controverso. Alguns, como Cappelletti e Garth, consideram o acesso à justiça como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos sob os auspícios do Estado,

a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258).

² Vide Boaventura de Sousa Santos, “A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça”, in: *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*, São Paulo: Cortez, 2001, pp. 165/166.

conseguindo resultados socialmente justos³. Outros, como Carreira Alvim, preferem estreitar o significado e definem acesso à justiça como simplesmente garantir acesso a um Poder Judiciário célere e efetivo⁴.

Entendemos de forma diferente. A justiça a que se deve dar acesso não é a justiça na acepção axiológica da palavra. Justiça, como valor, é indeterminável, o que também impossibilitaria a determinação do conceito de acesso à justiça. Tampouco se pode enxergar a justiça como sinônimo de Poder Judiciário, como alerta Horácio Wanderley Rodrigues⁵.

Ao nosso ver, acesso à justiça consiste em dar às pessoas o conhecimento de seus direitos e os meios efetivos para que elas possam reivindicá-los. O significado de acesso à justiça possui duplo aspecto: (a) conhecer os direitos e (b) dispor de meios efetivos, estatais ou não, para postulá-los. O primeiro é pressuposto do segundo. De nada adianta assegurar meios para o indivíduo pleitear seus direitos, se ele não os conhece. Da mesma forma, não basta o indivíduo conhecer seus direitos, se ele não tem meios efetivos para reivindicá-los. Frise-se que esses meios não podem ser formais, mas efetivos, no sentido chiovendiano da expressão⁶.

Obviamente, o significado de acesso à justiça está ligado à Justiça Cível, em que a demanda parte do cidadão, e não à Justiça Penal, em que a iniciativa é do Estado⁷.

³ Muito embora tenham definido acesso à justiça sob esse duplo aspecto, Cappelletti e Garth preocuparam-se apenas em pesquisar os obstáculos e os meios para as pessoas reclamarem seus direitos, sem perder de vista, no entanto, a justiça dos resultados (*Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8).

⁴ “Para mim, o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juizes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado” (*Justiça: acesso e descesso*, <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>).

⁵ *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 28.

⁶ Segundo Giuseppe Chiovenda, “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1, Campinas: Bookseller, 2001, p. 67).

⁷ “O tema do acesso à justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica.

3. Obstáculos ao Acesso à Justiça

Como se pretende, neste artigo, comentar a exclusão jurídica no Brasil, os obstáculos não devem ser identificados de forma genérica e distantes do contexto brasileiro. Nosso país tem particularidades que devem ser levadas em conta na hora de estudarmos as soluções. É claro que o rosário de obstáculos é vasto, mas merecem nossa atenção apenas aqueles que constituem as causas diretas da exclusão jurídica.

No nosso entender, existem três grandes obstáculos: a ignorância jurídica, a assistência jurídica deficiente e a morosidade da prestação jurisdicional.

O problema da ignorância jurídica encontra-se nas classes menos abastadas, em que a maioria das pessoas não exerce seus direitos simplesmente porque os desconhece. Quanto mais baixo é o estrato social do indivíduo, maior é a probabilidade que ele desconheça os seus direitos. Esse dado é notório no Brasil e dispensa averiguação. Desnecessário pesquisar para saber, por exemplo, que boa parte dos moradores da favela Nova Holanda, na zona norte da cidade do Rio de Janeiro, desconhece os direitos que lhe são assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Outro aspecto da ignorância jurídica reside no fato de que, mesmo quando reconhecem seus direitos, os hipossuficientes muitas vezes hesitam em procurar o Poder Judiciário. Tal hesitação deve-se a experiências negativas com o Poder Judiciário, pois, geralmente, os serviços advocatícios prestados aos mais favorecidos são melhores do que aos menos favorecidos.

A assistência jurídica deficiente representa o segundo grande obstáculo. A Constituição Federal, no art. 134, consagrou a Defensoria Pública como o órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa dos hipossuficientes. No entanto, passados 16 anos da promulgação da Carta de 1988, a Defensoria Pública ainda não está preparada, tampouco aparelhada, para se desincumbir de sua missão. A Defensoria carece de recursos, não tem autonomia financeira, pois ainda depende do Poder

No âmbito da justiça civil, muito mais propriamente do que no da justiça penal, pode falar-se de procura, real ou potencial, da justiça" ("A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça", *in: Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*, São Paulo: Cortez, 2001, p. 167).

Executivo, não dispõe de defensores suficientes e, por incrível que pareça, ainda não foi criada por alguns Estados da nossa Federação.

Impressiona a pesquisa realizada pela Defensoria Pública dos Estados em 2001. Segundo os dados levantados, há apenas 2.852 defensores em atuação no Brasil, para atender um total de 91.851.656 de hipossuficientes (para a pesquisa, pessoas com rendimentos até 2 salários mínimos), o que resulta na média de 1 defensor para 32.206 hipossuficientes. Estados como Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo e Distrito Federal não têm Defensoria Pública.

A situação do Estado de São Paulo é intolerável. Segundo a referida pesquisa, São Paulo é o Estado que tem o maior número de hipossuficientes, 12.168.905, ou seja, 32,86% da população paulista, e, mesmo assim, a assistência jurídica não é feita pela Defensoria Pública, mas pela Procuradoria de Assistência Judiciária, vinculada à Procuradoria Geral do Estado⁸. Como tem poucos procuradores atuando na área de assistência jurídica, no ano de 2000 eram apenas 339⁹, a Procuradoria de Assistência Judiciária precisa da ajuda de outras entidades, como a OAB de São Paulo.

O terceiro e último obstáculo é a morosidade da prestação jurisdicional. Essa causa da exclusão jurídica é complexa. Muita coisa pode se dizer sobre o problema, que não só dificulta o acesso à justiça, como atrapalha a todos os indivíduos, favorecidos ou não, que recorrem ao Poder Judiciário. A máquina judiciária é lenta, seus operadores estão longe da capacitação ideal e seus mecanismos ainda são burocratizados demais.

É certo que houve reformas processuais importantes, como a defesa judicial dos direitos coletivos pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90); o aprimoramento dos Juizados Especiais Cíveis pela Lei 9.099/95; a disseminação das tutelas de urgência, como a tutela antecipada, a tutela específica e a tutela inibitória; a ampliação da lista dos atos de litigância de má-fé; e a introdução do instituto do *contempt of court*.

⁸ Curioso notar, no entanto, que o *caput* do art. 103 da Constituição Paulista previu a Defensoria Pública como instituição essencial para o acesso à justiça e o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu prazo de 180 dias para sua criação, a contar da data da promulgação do texto constitucional.

⁹ Conforme dados pesquisados por Luciana Gross Siqueira da Cunha, no artigo "Acesso à Justiça e Assistência Jurídica em São Paulo", *in: Acesso à Justiça*. SADEK, Maria Tereza (org.). São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 174.

Todavia, as inovações ainda não surtiram o efeito esperado e o processo judicial continua lento. A morosidade da prestação jurisdicional prejudica todos, mas sobretudo os hipossuficientes, que, ao contrário dos mais abastados, têm poucas condições de esperar pela solução judicial.

4. Soluções em Andamento

Primeiro de tudo, entendemos que as soluções não devem ser procuradas apenas pelo Estado. Ao nosso ver, o Estado tem o dever de prover a inclusão jurídica, porque assim está previsto na Constituição Federal, mas a sociedade civil tem o direito de ajudá-lo nessa tarefa, porque nela recaem as conseqüências. O Estado e a sociedade civil, os dois juntos, porque um não exclui o outro, têm legitimidade para tratar do problema.

Anote-se que a maioria das soluções em curso tem dado mais importância à assistência jurídica gratuita, talvez porque essa seja a forma mais rápida e mais fácil de difundir o acesso à justiça. Muito embora a assistência jurídica atue apenas na conseqüência e não na causa da exclusão jurídica.

Do lado do Estado, destacam-se a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos coletivos, o trabalho da Defensoria Pública e a criação dos Juizados Especiais Cíveis.

Num contexto de precário acesso à justiça, a defesa dos direitos coletivos constitui o meio mais efetivo de tutelar os hipossuficientes, porque apenas uma ação judicial abrange a todos. As chamadas ações coletivas rompem com a tradição individualista do processo civil, que, além de conservadora, dificulta o acesso à justiça. A lógica do “cada um por si”, pregada pelo processo individualista, é perversa principalmente em países como o nosso, no qual há muitas pessoas que, sozinhas, não conseguem sequer sobreviver.

De acordo com o art. 127 da Constituição Federal, incumbe exclusivamente ao Ministério Público a defesa dos direitos coletivos. O Ministério Público tem se esforçado para cumprir essa missão, mas não está alcançando os resultados esperados, pois não é um órgão próximo do povo como a Defensoria Pública. Além disso, a defesa dos direitos coletivos é uma tarefa secundária para o Ministério Público, que já é bastante ocupado com outras atividades, como a investigação e a denúncia de crimes.

Não obstante as dificuldades, a Defensoria Pública tem cumprido importantíssimo papel para garantir o acesso à justiça. A Defensoria do Estado do Rio de Janeiro é uma das pioneiras, tendo surgido na década de 50 e, mesmo não contando com defensores suficientes, tem uma média anual superior a 1 milhão de atendimentos. Só em 2002, houve 1.882.110 de atendimentos¹⁰.

O trabalho da Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro nos dá a certeza de que o órgão tem condições de reduzir a exclusão jurídica. No entanto, como já dito, ainda é um órgão carente de recursos e sem autonomia financeira, o que dificulta muito a expansão e a melhoria de seus serviços.

Inspirados nas *Small Claim Courts* norte-americanas, os Juizados Especiais Cíveis foram criados pela Lei 9.099/95 com a finalidade de ser uma Justiça de Pequenas Causas, uma verdadeira Justiça de Bairro, acessível a todos, rápida, informal e gratuita. Muito embora estejam muito longe de atingir seus objetivos, os JECs, como são conhecidos, aproximaram, de fato, o Poder Judiciário do povo, pois, hoje, algumas causas populares, como ações contra empresas concessionárias de serviços públicos, estão sendo julgadas pelos Juizados. Os números dos JECs também não são desprezíveis. Em 2003, 307.173 processos foram ajuizados e 274.603 foram julgados¹¹.

Todavia, como ressalta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a pouca informação a respeito dos JECs e o atendimento no horário de trabalho, entre outros problemas, acabam transformando os Juizados numa Justiça de classe média¹². Ao contrário dos hipossuficientes, a classe média conhece seus direitos e procura os Juizados para propor demandas que seriam propostas na Justiça Comum, onde são necessários o pagamento de custas e a contratação de advogado.

¹⁰ Dados coletados no site da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro (<http://www.dpge.rj.gov.br>).

¹¹ Segundo o site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (http://www.tj.rj.gov.br/instituc/1instancia/juizad_especiais/framejuizesp.htm).

¹² "As pesquisas constantes do capítulo anterior revelam que as pessoas que freqüentam os Juizados pertencem, pelo menos 70%, às classes média média, média alta e elite, sendo muito pequena a presença daqueles considerados pobres ou muito pobres, e mesmo a classe média média, apesar da imensa superioridade numérica desses últimos públicos em relação aos primeiros" (*Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 157/158).

Por parte da sociedade civil, a inclusão jurídica tem sido, principalmente, feita pelo Terceiro Setor. O surgimento do Terceiro Setor no Brasil é um fenômeno das últimas três décadas. A rigor, o Terceiro Setor mobiliza recursos privados para fins públicos, o que rompe com a tradição inversa e perversa de apropriação privada de recursos públicos.

Contudo, o Estado tem, cada vez mais, destinado recursos ao Terceiro Setor, o que, além de distorcer a própria idéia de Terceiro Setor, cria condições favoráveis para a prática de irregularidades, como os escândalos da “terceirização”, em que governantes se valem de uma brecha na Lei de Licitações, prevista no art. 24, inciso XIII¹³, para contratarem organizações da sociedade civil, em troca de vantagens econômicas indevidas para ambos os lados.

A Lei 9.790/2000, a chamada Lei do Terceiro Setor, criou as OSCIPs, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, uma espécie de organização não-governamental, e regulamentou o financiamento público dessas organizações, através do termo de parceria.

Entre as organizações não-governamentais que têm dado relevante contribuição ao acesso à justiça, destaca-se, sem dúvida nenhuma, o Viva Rio. O projeto Balcão de Direitos do Viva Rio foi criado em 1996 e promove assistência jurídica a populações de baixa renda, principalmente nas favelas da cidade do Rio de Janeiro. O Balcão de Direitos do Viva Rio possui 7 núcleos nas comunidades da Rocinha, Santa Marta, Cantagalo/Pavão-Pavãozinho, Chapéu Mangueira e Babilônia, Pereira da Silva, Parque da Maré e Praia de Ramos. Um dos pontos fortes desse projeto é a valorização da mediação como forma de resolver os conflitos.

O trabalho do Viva Rio é solitário e, muito embora não tenha números iguais ao da Defensoria, a média de atendimento em cada núcleo é de 6 pessoas por dia, tem sido fundamental para prover a inclusão jurídica em áreas de baixa renda.

¹³ “Art. 24 – É dispensável a licitação:

XIII – Na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

5. Propostas

Para tentar melhorar o problema do acesso à justiça no Brasil, as ondas cappellettianas (assistência judiciária gratuita, ações coletivas e alternativas extrajudiciais de solução das lides) devem ser repensadas a partir dos obstáculos atuais e levando em conta as dificuldades que estão sendo enfrentadas pelas soluções em curso.

Há varias propostas para tentar solucionar a exclusão jurídica. No estágio atual da pesquisa do NDH, ainda inconclusa, destacamos, neste artigo, algumas propostas.

5.1 Informação Jurídica

No Brasil, é indispensável fazer com que todos, principalmente os hipossuficientes, conheçam os seus direitos. Saber seus direitos é pressuposto fundamental para exercê-los. A informação jurídica emancipa o hipossuficiente e o capacita como cidadão.

O trabalho de informação jurídica não tem merecido a atenção necessária. A preocupação, sobretudo do Estado, tem se voltado mais com o exercício dos direitos e menos com a difusão da informação jurídica. Apenas garantir o exercício dos direitos não resolve a ignorância jurídica e ainda torna o indivíduo refém do assistencialismo.

A tarefa não é fácil. Para empreendê-la, é indispensável uma cooperação entre Estado e sociedade, ou, mais precisamente, entre Defensoria Pública e Terceiro Setor. Essa articulação seria viável se a Defensoria Pública desempenhasse mais a função de assistência jurídica, literalmente a defesa em juízo dos hipossuficientes, e o Terceiro Setor se preocupasse mais com a tarefa de divulgar a informação jurídica nas comunidades carentes.

As faculdades de Direito poderiam contribuir, criando programas para estudantes, de período mais avançado, ensinarem os direitos básicos (garantias individuais, direitos humanos, direito de família, direitos do consumidor, etc) aos hipossuficientes. A PUC-Rio, que já tem projetos nesse sentido, poderia servir de exemplo para outras universidades.

5.2 Fortalecimento da Defensoria Pública

Como visto antes, a assistência jurídica aos hipossuficientes está longe do ideal. Na maioria dos casos, os órgãos de assistência jurídica concorrem

entre si e não se complementam. Não é raro encontrar locais em que Defensoria Pública, Terceiro Setor e Escritórios Modelos atuam ao mesmo tempo, sobrepondo-se um ao outro, competindo um com o outro, ao passo que há vários lugares descobertos, sem ninguém para dar assistência jurídica.

Ao nosso ver, a solução é fortalecer a Defensoria Pública. Reconhecer a Defensoria como órgão que, na prática e não apenas na teoria, tem a prerrogativa da defesa judicial dos hipossuficientes, como, aliás, está previsto na Constituição Federal. A Defensoria Pública ainda “não pegou”. Muitas vezes, o próprio Estado, em vez de investir na Defensoria, prefere destinar recursos para programas do Terceiro Setor.

É lamentável que a importância da Defensoria Pública ainda não tenha sido reconhecida. Em São Paulo, Estado mais populoso do país, não há Defensoria. Em outros Estados, o número de Defensores é irrisório. A Defensoria Pública Federal só foi recentemente criada e, ainda assim, conta, na cidade do Rio de Janeiro, com mais ou menos 10 defensores.

Exemplo maior da descrença na Defensoria Pública é a ausência de legitimidade do órgão para propor ação civil pública, um poderoso instrumento de defesa dos hipossuficientes, enquanto que o Ministério Público e as associações particulares podem fazê-lo.

Uma Defensoria forte é meio caminho andado para melhorar a assistência jurídica no Brasil. Para complementar, o Terceiro Setor poderia ter uma atividade mais voltada para a fase pré-judicial, procurando alternativas extrajudiciais para a composição das lides e encaminhando os casos judiciais para a Defensoria, como já faz, por exemplo, o Balcão de Direitos do Viva Rio.

5.3 *Deformalização do processo*

A *deformalização* do processo judicial, uma expressão muito usada pelos processualistas, consiste em racionalizar o processo, desburocratizá-lo, torná-lo célere e efetivo¹⁴. Desde 1994, várias reformas, no Código

¹⁴ “O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da *efetividade* do processo abriu espaço para a consciência da necessidade de repensar o processo, com o objetivo de configurá-lo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e vocacionado a cumprir objetivos sociais, políticos e jurídicos – também conscienciosamente definidos. É nessa utilidade que um sistema processual colhe sua legitimidade, como instituição destinada a promover o bem-estar da população e de seus integrantes”. Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 36/37.

de Processo Civil e em leis extravagantes, foram feitas em prol da efetividade processual, sobretudo no que diz respeito às tutelas de urgência.

É preciso mais. Os procedimentos e os atos processuais ainda continuam complexos e, por conseguinte, lentos. Na era da Internet, custa a crer que o processo ainda não tenha absorvido as mudanças tecnológicas. Um processo mais oral e mais digital seria mais adequado ao século XXI.

Há, ainda, o excesso de recursos. Esse problema deve ser visto com muito cuidado, para não se ferir o direito à ampla defesa. Uma sugestão alternativa à tentadora proposta de redução dos recursos seria criar a sucumbência recursal, ou seja, o vencido pagaria ao vencedor do recurso uma determinada quantia, fixada conforme os mesmos parâmetros da sucumbência da ação. A sucumbência recursal reduziria o número de recursos protelatórios. Exigir maior responsabilidade processual dos litigantes (litigância de má-fé e *contempt of court*) também ajudaria.

5.4 Formação dos juízes

Para *deformalizar* o processo, as reformas processuais necessariamente ampliarão, como vem ampliando, os poderes do juiz. O grau de discricionariedade do juiz no processo tem aumentado na mesma medida da efetividade processual. Basta ver os exemplos: o art. 273 do CPC, com redação determinada pela Lei 8.952/94, prevê o deferimento da tutela antecipada se o juiz se convencer da verossimilhança da alegação; o art. 461, §3º, do CPC, com redação dada pela Lei 8.952/94, prevê a antecipação da tutela específica se o juiz se convencer da relevância do fundamento da demanda; o art. 557 do CPC, com redação determinada pela Lei 9.756/98, permite ao Desembargador, por decisão monocrática, negar provimento ao recurso nos casos de manifesta inadmissibilidade ou improcedência; o art. 558 do CPC, com redação dada pela Lei 9.139/95, autoriza a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento se o juiz se convencer da relevância da fundamentação; etc.

Enfim, todos esses mecanismos conferem efetividade ao processo, mas, ao mesmo tempo, aumentam os poderes do juiz. À vista dessa constatação, é muito importante preocupar-se com a formação dos magistrados. Não apenas com a formação jurídica, porque essa é pressuposto para a investidura no cargo, mas com a formação social,

cultural e política do juiz. O juiz deverá ter conhecimento vasto e ser culturalmente esclarecido para dominar todas as competências necessárias ao exercício da atividade que dele se espera.

Não se trata de formar super-juizes, mas sim de se preocupar com a formação de um agente público, que, através de suas convicções, de seus conceitos e de seus preconceitos, aplicará a lei ao caso concreto. Urge saber quem é, como pensa e de onde vem o juiz do nosso Poder Judiciário. Pesquisas nesse sentido já deveriam ter sido feitas¹⁵. Se as normas, processuais e materiais (vide as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados do Direito Civil), tendem a ser mais subjetivas, a pessoa do juiz, e não apenas o seu conhecimento jurídico, passa a ser elemento indispensável para que a efetividade processual dê certo. Boaventura de Sousa Santos sustenta que “as novas gerações de juizes e magistrados deverão ser equipadas com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular”¹⁶. Segundo o autor, uma magistratura esclarecida, acima de tudo, “tenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade. Daqui resultará uma certa fractura ideológica que pode ter repercussões organizativas. Tal não deve ser visto como patológico mas sim como fisiológico. Essas fracturas e os conflitos a que elas derem lugar serão a verdadeira alavanca do processo de democratização da justiça.”¹⁷

5.5 Política Judiciária Afirmativa

No contexto atual do país, não se pode dar o mesmo tratamento a todos. A desigualdade entre os indivíduos é grande. E os desiguais não podem ser tratados igualmente, sob pena dessa desigualdade nunca acabar. Não à toa que, nos últimos tempos, governos têm apoiado políticas de ação afirmativa, para buscar a isonomia material, e não apenas formal, entre os indivíduos.

¹⁵ Registre-se a pesquisa, que está sendo realizada pelo Prof. José Ricardo Cunha, sobre a formação dos juizes e a preocupação que eles têm com os direitos humanos.

¹⁶ “A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça”, in: *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*, São Paulo: Cortez, 2001, p. 180.

¹⁷ “A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça”, in: *Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade*, São Paulo: Cortez, 2001, pp. 180/181.

A desigualdade reflete-se no processo, em que, não raras vezes, litigam pessoas de diferentes classes sociais. Obviamente, os hipossuficientes estão em desvantagem processual em relação aos demais litigantes. Somente uma política judiciária afirmativa será capaz de, na prática, atenuar, com rapidez, as desigualdades processuais.

A política judiciária afirmativa pode abranger qualquer medida de organização judiciária que privilegie a participação do hipossuficiente no processo. Não ousamos, neste pequeno artigo, propor nenhuma medida, o que deve ser feito com cautela, para não criar novas injustiças. Cautela, aliás, que deve sempre acompanhar qualquer mudança processual. Afinal, no Estado Democrático de Direito, o processo judicial é o meio

Prêmio PUC-Rio de
Monografia em
Direitos Humanos

Considerações sobre o Diálogo Intercultural dos Direitos Humanos

Rachel Herdy de B. Francisco*

I. Introdução

Países com distintos estágios de desenvolvimento ou com distintas tradições históricas e *backgrounds* culturais também têm um entendimento e uma prática distintos de direitos humanos.¹

A transcrição acima consiste na intervenção da delegação chinesa no plenário da II Conferencia Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, no dia 15 de junho de 1993. A tese da China, ao sustentar o caráter relativo dos direitos humanos, além de ilustrar o choque de concepções que marcou o evento, serve para introduzir a problemática que será abordada ao longo deste trabalho.

A diversidade cultural da humanidade representa um desafio à configuração de direitos humanos universais. A universalidade dos direitos humanos, nos termos em que foi alcançada, não refletiu um

* Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio. O presente trabalho consiste numa adaptação da monografia de graduação da autora, vencedora do Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos (2003.1).

¹ Declaração de Liu Huaqiu, representante da delegação chinesa na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, *apud* CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado Internacional de Direitos Humanos volume I*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 216.

consenso legítimo entre os povos da humanidade. Esse “pecado original” do processo de universalização dos direitos humanos pode ser uma das principais causas das violações nos dias de hoje, sobretudo nos países de tradição não-ocidental. Essa é a constatação que impulsionou os trabalhos teóricos dos autores que aqui serão tratados.

A questão encontra-se estreitamente ligada ao problema da fundamentação absoluta dos direitos da pessoa humana. O tema foi objeto de análise por Norberto Bobbio, no ano de 1951, em seu primeiro escrito sobre o assunto². Na ocasião, o autor afirmou a impossibilidade de se encontrar um fundamento único e irresistível para os direitos humanos, pois se trata de categoria variável com a história³. Se é certo que os direitos do homem são frutos de momentos históricos específicos, é igualmente correto afirmar que cada cultura possui valores próprios inerentes a trajetórias e conquistas históricas específicas. Dessa forma, o que aqui se argumenta é que, além de os direitos do homem não nascerem “todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁴, nascem em e para determinados contextos culturais⁵.

É precisamente por ser a categoria dos direitos humanos histórica e culturalmente localizada que qualquer tentativa de universalizá-la deverá pautar-se na articulação entre as diferentes experiências da humanidade. Somente através do diálogo e do reconhecimento entre as culturas poder-se-á alcançar um consenso normativo de direitos humanos que possua, ao mesmo tempo, legitimidade e aplicabilidade universal. Caso contrário, como alertado, a fragilidade do consenso obtido poderá comprometer a própria implementação dos direitos acordados.

² BOBBIO, Norberto. *La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Turim: Arti Grafiche Plinio Castello, 1951, p. 53-70, *apud* BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 2.

³ Cf. BOBBIO, N. *A era... passim*. O autor exemplifica: “(...) a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentares contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados (...)”. (p. 5).

⁴ *Ibidem*.

⁵ A conceito de cultura aqui utilizado é o mais amplo possível, referindo-se a toda a estrutura de vida de determinado grupo de pessoas, o que compreende tanto as tradições e os costumes como as instituições políticas, econômicas e religiosas. Ver, a respeito, PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, New York: Palgrave, 2000, p. 143.

O presente trabalho pretende abordar algumas propostas de diálogo intercultural para repensar e recriar a normatividade jurídica internacional em tema de direitos humanos. Embora não tenha sido o objetivo inicial da presente reflexão, o resultado acabou por demonstrar considerações teóricas de três autores de universos culturais distintos. Curiosamente, as propostas por eles capitaneadas, longe de demonstrarem forte divergência intercultural, possuem pontos em comum. Nas páginas que se seguem serão apresentadas as propostas de Abdullahi Ahmed An-Na'im, muçulmano e defensor da reconstrução e reinterpretação iluminada da cultura islâmica; Boaventura de Sousa Santos, europeu e precursor de uma concepção multicultural de direitos humanos – o cosmopolitismo multicultural; e, finalmente, Charles Taylor, representante do pensamento comunitário canadense.

II. An-Na'im e a interpretação iluminada dos valores culturais

O pensamento de Abdullahi Ahmed An-Na'im tem como ponto de partida a constatação de que a falta de legitimidade cultural do padrão universal de direitos humanos é um dos fatores significantes que contribuem para as graves violações de direitos nos dias de hoje. O padrão universal de direitos humanos, consagrado nas declarações e tratados internacionais sobre a matéria, é estranho aos valores de determinadas culturas, mais especificamente à cultura islâmica, que é o campo de estudos do autor.

No entanto, An-Na'im não rejeita o padrão universal de direitos humanos, mas busca o fortalecimento de sua legitimidade dentro das culturas, mediante uma luta interna por uma percepção e interpretação iluminada⁶ dos valores culturais. Significa dizer: o autor procura legitimar a concepção ocidental de direitos humanos dentro do espectro de valores possíveis de reinterpretação e reconstrução da cultura islâmica. Dessa forma, ao invés de renunciar aos valores que informam a tradição islâmica e que, aparentemente, revelam-se incompatíveis com os valores e normas

⁶ “*Enlightened interpretations*”, nas palavras do autor. Cf. AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. “Toward a cross-cultural approach to defining international standards of human rights: the meaning of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.”, in: AN-NA'IM, A (Ed.). *Human rights in cross-cultural perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 21.

consagrados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, o autor visa a construir em cima deles uma interpretação iluminada e alternativa.

Trata-se, pois, de uma abordagem religiosa moderada, que se distancia tanto da atitude fundamentalista como da posição secular. Qualquer das posições polarizadas nesse campo seria desastrosa: a fundamentalista, por não abrir espaço para o diálogo intercultural; a secular, por ser uma pretenciosa ilusão separar o homem de suas identificações.

Concretamente, An-Na'im argumenta que a legitimidade cultural do padrão universal de direitos humanos deve ser alcançada em duas etapas. A primeira etapa ocorreria no plano interno, através de *discursos culturais internos*; a segunda, no plano externo, através do que ele denomina de *cross-cultural dialogue*, que aqui se designa como *diálogo intercultural*. O discurso cultural interno é o primeiro passo para a conquista da legitimidade cultural, na medida em que proporciona o ponto de referência a partir do qual serão construídas as bases do diálogo intercultural.

É precisamente através da idéia de discurso cultural interno que o autor explora as possibilidades de reinterpretção e reconstrução dos valores, normas e instituições tradicionalmente consagradas. O objetivo, conforme já mencionado, é o estabelecimento de interpretações iluminadas, de forma a possibilitar a mudança da posição cultural por forças internas e argumentos legítimos. Tal movimento seria propulsado por debates acadêmicos, lutas políticas e manifestações artísticas e literárias sobre perspectivas alternativas que demonstrassem que os valores e instituições tradicionalmente consagrados podem e devem ser revistos e reformulados de acordo com a nova realidade. Mas os defensores desse movimento devem demonstrar a validade de seus argumentos à luz dos princípios informadores da própria cultura que visam a transformar⁷. Esse ponto é fundamental.

Neste sentido é o trabalho de alguns reformistas islâmicos liberais que propugnam o discurso cultural interno. Destaca-se, como exemplo, Norani Othman e Nasr Hami Abu Zaid⁸. Norani Othman é a porta-

⁷ "It is imperative, however, that the proponents of alternative cultural positions on human rights issues should seek to achieve a broad and effective acceptance of their interpretation of cultural norms and institutions by showing the authenticity and legitimacy of that interpretation within the framework of their own culture" (AN-NA 'IM, A. Toward a cross-cultural..., p. 4).

⁸ A propósito, v. BIELEFELDT, Henry. *Filosofia dos direitos humanos*, Tradução de Dankwart Bernsmüller, São Leopoldo: Unisinos, 2000, p. 171- 177.

voz da *Sisters in Islam* da Malásia, uma organização não governamental islâmica de disseminação dos direitos das mulheres. Em consonância com An-Na'im, Othman visa a incluir a moderna hermenêutica na interpretação do Corão. Já o egípcio Abu Zaid é especialista em literatura e igualmente procura entender o significado do Corão de forma contingente, relacionando-o com a realidade histórica atual. Ainda que se trate de uma minoria de intelectuais muçulmanos, os movimentos por eles capitaneados demonstram que é possível haver uma intermediação crítica entre a tradição islâmica e os direitos humanos.

É assim que An-Na'im propõe uma nova interpretação da Chária. O autor acredita que o entendimento atual, estabelecido pelos juristas dos séculos VIII e IX, é reflexo do contexto social, econômico e político do Oriente Médio de então. À época, não se considerava a igualdade entre homens e mulheres, fosse no Oriente Médio, fosse na Europa Ocidental. Portanto, era inevitável que os juristas daquela época interpretassem os escritos sagrados do *Qur'an* e da *Sunna* de acordo com a realidade vigente⁹.

An-Na'im afirma que, se o jurista de hoje trabalhar com as mesmas fontes, poderá chegar a uma interpretação moderna e iluminada dos escritos sagrados. Essa nova interpretação, assim como ocorreu outrora, seria condicionada à realidade social, econômica e política atual. Dessa forma, através de uma nova compreensão acerca dos valores e objetivos da Chária, poder-se-ia chegar a uma interpretação dos escritos sagrados mais condizente com as normas internacionais de direitos humanos.

Como se vê, a tese da interpretação iluminada pressupõe que nem todos os indivíduos de uma dada sociedade ou tradição cultural possuam a mesma percepção e interpretação acerca dos valores. De fato, a tese implica afirmar que existem grupos que discordam da percepção e interpretação vigentes em determinada sociedade e estão dispostos a mudá-las. Esses grupos possuiriam – ainda que potencialmente – outras interpretações mais favoráveis aos seus objetivos de justiça, as quais se aproximariam do padrão atual de direitos humanos. Na pior das hipóteses, estariam abertos, ao menos, a outras percepções.

⁹ Sobre o tema, v. AN-NA'IM, A. Human rights in the muslim world. In: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context*, New York: Oxford University Press, 2000, p.389-397.

Além de o discurso interno ter de demonstrar a validade dos argumentos à luz de seus princípios informadores, existe outro requisito essencial para a legitimidade: os personagens envolvidos na luta para a conquista desse espaço argumentativo devem ser internos, isto é, pertencentes à comunidade em questão. Se personagens externos que simpatizam com a luta de determinadas culturas comprarem suas causas, fica-se vulnerável à afirmação de que aqueles são agentes de uma cultura alienígena, que visam a consolidar determinado imperialismo cultural. Frustram-se, portanto, os esforços para obter a legitimidade de valores e normas alternativas e transformadoras da sociedade em questão.

Cabe ao discurso interno, segundo o autor, estimular a boa-fé, o respeito mútuo e o sentimento de igualdade em relação às culturas alheias. Essa relação positiva visa a dar efetividade ao *princípio da reciprocidade*¹⁰. Não seria arriscado afirmar que tal princípio, em última análise, consiste na conhecida regra de ouro de Jesus de Nazaré: “faz aos outros o que deseja que te façam”. Antonio Augusto Cançado Trindade é preciso:

Se cada pessoa reconhecesse os demais como seus semelhantes, já não haveria lugar para a discórdia; a partir do dia em que cada um tratasse os próximos como iguais, com o respeito que ensinam todos os credos, já não haveria como pretender contrapor ‘particularismos’ à universalidade dos direitos humanos.¹¹

Embora se trate de uma lição de todos os credos¹², a regra de ouro costuma ser aplicada tão-somente em relação aos membros mais próximos culturalmente. Tal restrição torna-se ainda mais limitada quando se está diante de tradições fundamentalistas, como ocorre com a religião islâmica. Mas é precisamente nesses casos que não se pode “renunciar ao diálogo, à tolerância e ao uso da razão para mostrar as contradições internas, subjacentes ao discurso e à prática fundamentalistas”¹³.

¹⁰ AN-NA 'IM, A. “Toward a cross-cultural...”, p. 28.

¹¹ CANÇADO TRINDADE, A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos volume III*, Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 337.

¹² BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo: a globalização e o futuro da humanidade*, Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 48.

¹³ *Ibidem*.

Como o diálogo intercultural é um processo dialógico que só ocorrerá quando houver uma disponibilidade mútua, é inerente ao mesmo a simultaneidade. No entanto, a simultaneidade do processo dialógico deve ser vista mais como o ponto de partida do que como a linha de chegada. Quer dizer: o momento de cessar o diálogo deve ser deixado à livre e unilateral decisão das culturas, pois não se pode denegar a decisão sobre a reversibilidade do diálogo às comunidades culturais individualmente, uma vez que, se determinada cultura perceber que o diálogo a enfraquece, pode decidir finalizá-lo ou suspendê-lo imediatamente¹⁴.

Nesse quadro, a proposta de An-Na'im de reconstrução e reinterpretação iluminada das culturas não visa, paradoxalmente, a eliminar os instrumentos internacionais ilegítimos. Ao contrário, dispõe-se a trabalhar com os mesmos:

Despite the problems with cultural legitimacy and practical efficacy of existing standards, we may never regain the ground gained by the international human rights movements thus far if these standards are repudiated today.¹⁵

An-Na'im propõe-se a trabalhar com o padrão universal por dois motivos. Primeiro, porque ele serve como ponto de referência para os debates interculturais; algo com que se possa concordar, discordar e até modificar. Segundo, porque ele pode ser visto como uma ferramenta jurídica de proteção aos ativistas que pretendem travar discursos culturais internos, especificamente quando suas propostas alternativas vão de encontro aos interesses culturais dominantes.

Embora não se rejeite o padrão universal, o diálogo intercultural pode levar – e de fato, pretende – à revisão dos valores e normas consagrados nos tratados e declarações internacionais de direitos humanos. É o chamado processo de legitimidade retroativa¹⁶ dos padrões universais.

¹⁴ Para Sousa Santos, é precisamente a possibilidade de reversão que confere ao diálogo intercultural a qualidade de um processo político, de negociação. Veja SOUSA SANTOS, B. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, B (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 456.

¹⁵ AN-NA'IM, A. "Toward a cross-cultural...", p. 5.

¹⁶ "In other words, I propose a process of retroactive legitimation of existing international human rights standards, which involves the possibility, however slight, that revisions and/or reformulations may be necessary". (AN-NA'IM. "Toward a cross-cultural...", p. 6).

O diálogo entre as diversas culturas – e suas múltiplas interpretações acerca dos valores e normas que tutelam a dignidade humana – acarreta a possibilidade de revisões e reformulações dos padrões universais de direitos humanos. Em outras palavras, trata-se de uma legitimidade cultural que se desenvolve retrospectivamente, uma vez que parte do padrão universal ilegítimo em busca de uma legitimidade cultural local. Esse caminho reverso – ou contra-hegemônico, como provavelmente afirmaria Boaventura de Sousa Santos¹⁷ – pode acarretar a alteração do padrão que serviu como ponto de referência, *i.e.*, como ponto de partida.

III. Sousa Santos e a hermenêutica diatópica

A transformação paradigmática da concepção de direitos humanos proposta por Boaventura de Sousa Santos parte da constatação de que os direitos humanos não possuem uma matriz universal. Isso porque, o paradigma atual dos direitos humanos encontra-se inserido num contexto de imperialismo cultural, uma vez que nem todas as tradições culturais participaram da elaboração dos instrumentos internacionais de direitos humanos, sobretudo do chamado *International Bill of Rights*¹⁸. Além disso, é através da noção de universalismo, e por meio da globalização hegemônica, que os valores ocidentais se disfarçam de universais, de forma a permitir a expansão de idéias intimamente ligadas ao legado ocidental: liberalismo, individualismo e mercado.

Para o autor, a falsa universalidade atribuída aos direitos humanos no contexto imperial da globalização hegemônica deve transformar-se

¹⁷ Para Sousa Santos, o processo de globalização movimenta-se em duas direções opostas: de cima para baixo e de baixo para cima; globalização hegemônica e contra-hegemônica, respectivamente. A globalização hegemônica é a que ocorre quando determinados fenômenos locais são globalizados; costuma-se denominá-la de “McDonaldização” ou “Cocacolonização”. Na contramão, surge o processo de globalização contra-hegemônica, como uma forma de insurreição contra o processo hegemônico de universalização, uniformização e ocidentalização dos valores. A globalização contra-hegemônica vivifica as resistências e lutas dos grupos oprimidos e excluídos, que demandam o reconhecimento de seus particularismos culturais – é o chamado cosmopolitismo. A respeito, v. SOUSA SANTOS, B. *Por uma concepção...*, p. 433-438.

¹⁸ O *International Bill of Rights*, ou Carta Internacional de Direitos, consiste (i) na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; (ii) no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966, e, ainda (iii) nos protocolos adicionais aos dois Pactos anteriores.

numa nova universalidade, construída de baixo para cima: o cosmopolitismo. Sousa Santos não nega os esforços para universalizar um conjunto de valores que possa ser compartilhado por todas as culturas. Contudo, alerta o seguinte:

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como multiculturais.¹⁹

Através de uma abordagem ampla dos pressupostos para a reconceitualização dos direitos humanos, o autor propõe o método da *hermenêutica diatópica*, que tem como pedra angular a noção de que não se pode compreender facilmente as construções de uma cultura a partir do *topos* de outra. Em outras palavras, se o que se pretende é o diálogo entre as diversas culturas do mundo, os discursos culturais (*dia-logoi*) devem ser recolocados em suas respectivas realidades (*dia-topoi*), de maneira a se tornarem mutuamente inteligíveis.

As premissas capazes de levar à transformação teórica e prática dos direitos humanos, de forma a reconceitualizá-los e aplicá-los como multiculturais, são as seguintes: (1) a superação da tensão universalismo-relativismo; (2) a constatação de que, embora todas as culturas possuam concepções de dignidade humana, nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos; (3) a verificação de diferentes versões de dignidade humana; (4) a aproximação entre as políticas de igualdade e de diferença e, finalmente, (5) a percepção da incompletude das culturas. Convém analisar a seguir determinados aspectos de algumas das premissas acima enunciadas.

No tocante à superação da conhecida tensão entre universalismo-relativismo, basta afirmar a impossibilidade de qualquer posição polarizada no terreno intercultural. As posições radicais ora conduzem ao tão repudiado etnocentrismo, ora tomam as diversas realidades culturais como absolutas e insuscetíveis de questionamento. Ambas, portanto, inviabilizam o diálogo aqui proposto.

¹⁹ SOUSA SANTOS, B. *Por uma concepção...*, p. 438.

A constatação da existência de diferentes versões de dignidade humana no interior de cada cultura é de suma importância. Isso porque, cada uma dessas versões possui uma determinada amplitude, o que acaba por determinar a sua abertura para as demais tradições culturais. Dentre as diversas versões de dignidade, há que se buscar a que mais largamente aceita as particularidades das demais construções culturais. É que quanto mais amplo for o *círculo de reciprocidade*²⁰, mais longe vai o reconhecimento do outro. Para exemplificar, Sousa Santos refere-se às duas concepções ocidentais de direitos humanos – a liberal e a social –, e afirma que a segunda deve ser privilegiada, porque estende a aplicação do princípio da igualdade aos campos econômico e social.

Neste ponto é possível estabelecer uma ponte entre as propostas de Sousa Santos e An-Na'im, tendo em vista que ambos admitem que as culturas, longe de serem entidades monolíticas²¹, possuem variedade interna. Vale lembrar que a noção de discurso cultural interno proposta por An-Na'im implica reconhecer a existência de diferentes percepções e interpretações sobre valores, normas e instituições. É nesse cenário de diferentes versões culturais que ambos apontam a importância do princípio da reciprocidade.

Um dos mais problemáticos pressupostos do diálogo intercultural é representado pela quinta premissa. De acordo com o autor, é o sentimento de frustração e descontentamento com a cultura a que se pertence que provoca a curiosidade por respostas mais satisfatórias. Aguçada a curiosidade por outras respostas culturais, desenvolve-se um sentimento de auto-reflexão que acaba por desvendar a incompletude cultural. É precisamente a consciência da incompletude que impulsiona o diálogo intercultural e a hermenêutica diatópica.

Em contrapartida, à medida que progride o diálogo intercultural, aprofunda a consciência da incompletude. Tal relação de co-alimentação entre o diálogo intercultural e a consciência da incompletude pode ser vislumbrada como um ciclo que se sucede indefinidamente. Em outras palavras, trata-se de uma simbiose que proporciona o constante aprofundamento da consciência da incompletude e do diálogo intercultural. A consciência, que antes era difusa, passa a se tornar auto-reflexiva e

²⁰ SOUSA SANTOS, B. *Por uma concepção...*, p. 455.

²¹ *Ibidem*.

articulada, à proporção que progride o diálogo entre as culturas. Portanto, se é a consciência da incompletude que dá o impulso para o diálogo, é a partir deste que as culturas passam a refletir sobre suas construções e a reconhecer as concepções alheias.

Mas como se chega à frustração e ao descontentamento com a própria cultura? Conforme a antropóloga Débora Diniz, uma das vias para a frustração cultural ocorre com a experiência do horror trágico²². A autora trata do tema em uma instigante reflexão sobre o caso de uma jovem que decide submeter-se tardiamente à circuncisão genital, quando tal prática havia sido abandonada por sua mãe, em virtude da morte de sua irmã. De acordo com a autora:

O pavor pela morte sofrida da filha fez com que Nafa [a mãe] resguardasse Tashi da castração. Mas como a desilusão trágica tem que ser sofrida por cada indivíduo, de nada adiantou o exemplo da conversão religiosa da mãe, como tampouco a experiência do pavor vivido por ocasião da morte de Dura [a irmã].²³

Em qualquer caso, seja através do diálogo intercultural que aprofunda as incompletudes, seja pela experiência do horror trágico, chega-se às vias de fato para a *metamorfose cultural voluntária*²⁴. Mas é certo que a experiência do horror trágico, como se percebe do trecho acima aludido, deve ser vivida pessoal e intimamente por cada ser humano, o que acaba por limitar a sua capacidade de emancipação social.

A percepção da incompletude não é tarefa fácil quando se está dentro da cultura a que se visa contestar. É muito mais fácil perceber a incompletude de determinada cultura quando o sujeito se coloca no exterior dela, a partir de outra perspectiva cultural. Eis o motivo pelo qual se deve adotar o método da hermenêutica diatópica.

De acordo com Sousa Santos, no diálogo travado entre culturas diferentes, ocorre uma troca de diferentes *universos de sentido*, muitas vezes incompatíveis entre si. Esses universos de sentido consistem em

²² DINIZ, Débora. Antropologia e os limites dos direitos humanos: o dilema moral de Tashi. In: NOVAES, Regina; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e direitos humanos*, Niterói: Editora UFF, 2001, p. 35-36.

²³ *Idem*, p. 21.

²⁴ *Idem*, p. 35.

constelações de *topoi* fortes. Ou seja, cada universo de sentido possui seu próprio *topos*, que “são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura”²⁵. Em outras palavras, são os locais de onde emergem premissas de argumentação evidentes e irrefutáveis de determinada cultura.

Para que ocorra o diálogo entre os diversos valores culturais é necessário que os distintos *topoi* sejam reciprocamente compreendidos pelas diferentes culturas envolvidas. Para tanto, Sousa Santos propõe o método da hermenêutica diatópica para realizar o diálogo entre essas diferentes concepções. Assim, é preciso recolocar os discursos (*dia-logos*) culturais em suas respectivas realidades (*dia-topoi*). É preciso entender os *mythos*²⁶ que sublinham seus universos de sentido, suas visões de mundo, sua lógica. Porém, os *mythos* não podem ser percebidos através de discursos dialéticos baseados na razão (*logos*), que deslocam a reflexão para uma realidade metafísica. Ao contrário, o que o método da hermenêutica diatópica propõe são discursos entre os *topoi* de cada cultura.

El enfoque diatópico nos invita a realizar un viaje a través de diferentes discursos culturales (dia-logoi), reemplazándolos en los diferentes emplazamientos culturales donde emergen (dia-topoi). Así, los diversos discursos culturales deben ser reemplazados en sus respectivos mitos subyacentes para hacerlos mutuamente inteligibles. Para que haya un diálogo intercultural fértil sobre el derecho, no es suficiente tener conciencia de la originalidad de los procesos socio-jurídicos y las lógicas de diferentes culturas, sino que resulta primordial el reconocimiento de sus visiones, horizontes o universos jurídicos respectivos, así como de sus mitos subyacentes.²⁷

De acordo com Santos, “a hermenêutica diatópica desenvolve-se tanto na identificação local quanto na inteligibilidade translocal das

²⁵ SOUSA SANTOS, B. *Por uma concepção...*, p. 443.

²⁶ Para Raimundo Panikkar, que igualmente trata da hermenêutica diatópica, a dimensão do *mythos* é representada pelo horizonte invisível “on which we project our notions of real”. Para ele, “human reality is complex because it is one: you cannot completely cut the logos from myth. You can distinguish but not separate them, since the one nourishes the other, and all human culture is a texture of myth and logos” (Apud EBERHARD, C. “Towards an intercultural legal theory: the dialogical challenge.” In: *Social and Legal Studies* n. 10 (2). London: Sage Publications, 2001, p. 183).

²⁷ EBERHARD, C. “Derechos humanos y diálogo intercultural”, in: GARCIA, Manuel Calvo (Org). *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid: IISJ/Dykinson, 2002, p. 267-268

incompletudes”²⁸. Pode-se vislumbrar aqui outra correspondência entre as propostas de Sousa Santos e a de An-Na’im, uma vez que ambas confirmam que o diálogo deve ocorrer tanto no âmbito interno das culturas, como nas relações interculturais.

Contudo, para Sousa Santos, é impossível a reinterpretação e reconstrução dos valores, normas e instituições de determinada cultura tão-somente através de discursos culturais internos, uma vez que a reflexão profunda sobre a incompletude cultural só ocorre quando as culturas dialogam entre diferentes *topoi*:

A hermenêutica diatópica conduzida por An-Na’im a partir da perspectiva da cultura islâmica e as lutas pelos direitos humanos organizadas pelos movimentos feministas islâmicos, têm de ser complementadas por uma hermenêutica diatópica conduzida a partir da perspectiva de outras culturas e, especialmente, da perspectiva da cultura ocidental dos direitos humanos.²⁹

No entanto, não seria arriscado afirmar que a hermenêutica diatópica conduzida por An-Na’im entre *topoi* que se localizam dentro da própria cultura possui certa influência externa. É muito difícil acreditar – ainda mais em tempos de globalização – que um discurso cultural interno possa desenvolver-se sem qualquer contato com o resto do mundo.

Após essa breve exposição, pode-se concluir que a proposta de Sousa Santos em muito se assemelha à de An-Na’im. Ambas representam uma produção de conhecimento de forma intersubjetiva, através de um processo de auto-reflexão e de reconhecimento de outras perspectivas. A seguir, passa-se ao exame da proposta de Charles Taylor que, à primeira vista, parecerá contraditória em relação às anteriores; todavia, em arremate, demonstrar-se-á convergente.

IV. Taylor e o consenso não-forçado

Em consonância com os demais autores, a proposta de Charles Taylor evidencia sua premente preocupação com a delicada questão da universalidade dos direitos humanos face à diversidade cultural dos povos.

²⁸ SOUSA SANTOS, B. *Por uma concepção...*, p. 447.

²⁹ *Idem*, p. 451.

Enquanto An-Na'im preocupa-se com a legitimidade e exeqüibilidade dos direitos humanos e Sousa Santos em evitar que os mesmos se transformem numa espécie de localismo globalizado de uma política hegemônica ocidental, Taylor, por sua vez, focaliza sua atenção para a possibilidade de se alcançar um consenso voluntário³⁰.

Para Taylor, um consenso intercultural genuíno e voluntário sobre os direitos humanos assemelha-se à idéia de um consenso sobreposto, nos termos em que foi formulada por John Rawls. Valendo-se dos ensinamentos de Rawls³¹, Taylor busca alcançar um acordo sobre certas normas capazes de governar o comportamento humano que possa ser justificado pelas diferentes e incompatíveis visões sobre a vida digna. Embora diferentes culturas possuam visões fundamentais incompatíveis sobre a vida, poder-se-ia alcançar um acordo sobre certas normas a serem reconhecidas e asseguradas em todas elas.

Ao se transpor a idéia de um consenso sobreposto para o campo dos direitos humanos, pode-se imaginar que, assim como as diferentes concepções abrangentes e razoáveis de cada indivíduo são capazes de endossar determinado consenso político acerca da noção de justiça, as diferentes culturas podem encontrar apoio num determinado consenso internacional sobre normas de direitos humanos. Assim:

We would agree on the norms while disagreeing on why they are the right norms, and we would be content to live on this consensus, undisturbed by the differences of profound underlying belief.³²

Como se vê, tal consenso não abriga o conteúdo das diferentes concepções de vida digna que sustentam, de per si, a norma objeto do

³⁰ “*Unforced consensus*”, nas palavras do autor. Veja: TAYLOR, Charles. “Conditions for an unforced consensus on human rights.” in: BAUER, Joanne; BELL, Daniel. *The east Asian challenge for human rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, *passim*.

³¹ De acordo com Rawls, a idéia de um consenso sobreposto significa, resumidamente, que as diferentes doutrinas abrangentes e razoáveis, características de uma sociedade livre, democrática e bem-ordenada, endossariam uma única concepção política de justiça. Todos as doutrinas concordariam com o consenso político a partir de suas próprias visões acerca da vida digna. “*Nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico*” (RAWLS, John. *Liberalismo político*, Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 179).

³² TAYLOR, C. “Conditions...”, p. 124.

consenso, mas significa apenas uma “justaposição da ‘razoabilidade’ das diferentes concepções”³³. Trata-se, portanto, de um laço que não é inteligível mutuamente, isto é, os adeptos de determinada concepção de vida digna não são capazes de compreender – e nem precisariam – os juízos morais dos demais e seus respectivos vínculos com o consenso.

Todavia, a transposição da idéia de um consenso sobreposto para o campo dos direitos humanos não se restringiu a uma mera reprodução da teoria rawlsiana. Taylor vai além, uma vez que não se contenta com a distinção entre as normas do consenso e as diferentes concepções que a endossam. Afora a necessária distinção entre tais elementos, o autor acrescenta mais um: as formas legais.

Assim, não são apenas as justificativas filosóficas subjacentes que devem ser separadas das normas de conduta, mas, outrossim, as formas legais que inscrevem os direitos e que refletem determinada opção jusfilosófica. Para melhor compreender tal proposta, o autor analisa a linguagem dos direitos, que a seguir se explica.

A linguagem dos direitos envolve, de um lado, uma série de formas legais que inscrevem direitos, do outro, as justificativas filosóficas acerca da pessoa e da sociedade, subjacentes à opção por aqueles direitos. O discurso ocidental dos direitos humanos, por exemplo, ao consagrar uma série de formas legais que inscrevem direitos de caráter individual, atribui prioridade ao indivíduo. Tal fato pode ser vislumbrado, por exemplo, na categoria do direito subjetivo, que inscreve direitos de liberdade e autonomia, cuja filosofia subjacente é o individualismo.

Para Taylor, quando as demais culturas contestam o modelo ocidental de direitos humanos, elas têm em mente todo esse arcabouço teórico – as formas legais e suas justificativas filosóficas. Para que se possa superar tal inconveniente é necessário distinguir os elementos acima. Isso porque, a resistência a determinada linguagem de direitos pode ocorrer em somente um dos níveis. É precisamente nesses casos em que tal arcabouço deve ser analisado de forma separada.

Em suma, o autor propõe uma perspectiva tripartida: há que se analisar distintamente as normas objeto do consenso, as formas legais e

³³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 103.

as justificativas filosóficas subjacentes. As normas do consenso devem ser constantes, ao passo que as formas legais e suas justificativas subjacentes variam de acordo com as culturas.

É possível entender que, à primeira vista, a proposta de Taylor não se harmoniza com a dos demais autores abordados, uma vez que a idéia de um consenso sobreposto possui natureza meramente procedimental, *i.e.*, não abriga de forma substancial as diferentes concepções de direitos humanos que a endossam. Em outras palavras, tal proposta não permite pensar no estabelecimento de uma inteligibilidade intercultural. E, como se pôde perceber, a proposta de Sousa Santos e An-Na'im pressupõem essa inteligibilidade. É precisamente por isso que fala em diálogo intercultural, cujos pressupostos são o reconhecimento e a consciência da falibilidade das próprias construções culturais – elementos que só se justificam num processo dialógico. Ademais, o objetivo do método da hermenêutica diatópica é justamente a decodificação e compreensão dos *topoi* de outras culturas, o que a proposta de Taylor não parece permitir.

Mas esse é apenas o panorama inicial do consenso. No início, o consenso abarcaria a concordância quanto a alguns aspectos de direitos humanos a despeito das diferentes concepções filosóficas que os sustentam. À medida que o consenso amadurecesse, poderia ocorrer um processo de aprendizagem mútua, de forma a propiciar uma *fusão de horizontes*, em que o universo das concepções filosóficas de um tornaria-se menos estranho ao outro. Para tanto, é necessário que se desenvolva uma compreensão mútua entre as culturas.

Para Taylor, se as partes comprometidas com o consenso acreditam que as fundamentações dos demais são ridículas, inferiores ou falsas, os demais responderão com a mesma hostilidade. A rejeição a determinadas construções culturais resultará no ressentimento e raiva das culturas rejeitadas e na retribuição na mesma moeda. Trata-se, pois, de uma rejeição recíproca e viciosa das construções culturais.

O esquema acima parece representar o reverso daquele proposto por Sousa Santos. De acordo com Sousa Santos, o sentimento de incompletude é reforçado à medida que progride o diálogo intercultural; do mesmo modo, o diálogo intercultural é impulsionado e reforçado pela consciência da incompletude. Em ambos os movimentos o princípio da reciprocidade é tido como pressuposto para o reconhecimento do outro. No outro lado da moeda – que ora se avalia –, o sentimento de

rejeição a determinadas construções culturais provoca no rejeitado um sentimento de raiva e igual rejeição. Dessa forma, assim como lá se constata uma simbiose que proporciona o constante aprofundamento do reconhecimento, da consciência da incompletude e do diálogo, aqui se está diante de uma simbiose negativa, em que ambos não cooperam para o consenso. Os dois esquemas se completam de forma lógica. O que se perde nesse círculo vicioso de rejeição recíproca é exatamente “a possibilidade de reinterpretação e re-apropriação que a tradição em si contém”³⁴, elemento essencial para as propostas de Sousa Santos e An-Na'im.

A exigência de respeito e compreensão mútua entre as culturas pode ser inferida da própria noção de reconhecimento formulada por Taylor. O tema do reconhecimento foi abordado pelo autor em seu famoso ensaio *As Políticas de Reconhecimento*³⁵. De acordo com Taylor, é através do reconhecimento do que é particular no outro que se constrói a identidade. Essa noção de identidade implica afirmar que a vida humana possui uma natureza dialógica. Isto é, a afirmação da identidade do ser humano e sua autocompreensão ocorre necessariamente em contato com o outro – mais precisamente, com outras culturas.

De todo o exposto, pode-se destacar aqui o reconhecimento como o ponto de contato fundamental entre os três autores. Da mesma forma que o reconhecimento é de extrema importância para Taylor, porquanto evita o círculo vicioso de rejeição recíproca, é indispensável à proposta de Sousa Santos, uma vez que possibilita alargar o chamado *círculo de reciprocidade*, que determina a abertura de cada versão cultural às construções alheias e, conseqüentemente, a consciência da incompletude – pressuposto da hermenêutica diatópica. O mesmo paralelo pode ser feito com a proposta de An-Na'im, uma vez que ele trata igualmente do denominado princípio da reciprocidade.

Por fim, a presente reflexão não poderia encerrar-se sem uma crítica da proposta de Taylor à luz do embate entre liberais e comunitários. Significa dizer: a transposição da idéia do consenso sobreposto para o

³⁴ “What gets lost in this struggle is what An-Na'im shows so clearly, the possibilities of reinterpretation and reappropriation that the tradition itself contains” (TAYLOR, C. “Conditions...”, p. 142).

³⁵ TAYLOR, C. “The politics of recognition”, in: GUTMANN, Amy. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994, p. 25-74.

campo do diálogo intercultural dos direitos humanos implica aceitar a neutralidade do consenso, o que sempre foi alvo de controvérsias entre liberais e comunitários. Com efeito, a existência de um modelo normativo neutro em que todas as culturas possam encontrar apoio supõe a transcendência das particularidades culturais, o que sempre foi criticado por Taylor.

V. Conclusão

Ao longo deste trabalho procurou-se demonstrar que, não obstante as distâncias culturais que os separam, os três autores aqui tratados concordam com a falta de legitimidade do atual modelo de direitos humanos e propõem perspectivas compromissadas com o reconhecimento intercultural e com uma formação dialógica dos valores a serem elevados a normas universais de proteção da pessoa humana.

No entanto, ao contrário do que o presente estudo parece demonstrar, não existe entre os filósofos do direito uma concordância com relação ao tema da universalidade dos direitos humanos. Em oposição aos autores aqui abordados, que parecem questionar a universalidade dos direitos humanos, vale destacar as reflexões de Jürgen Habermas contra aquilo que o mesmo denomina como “hermenêutica da suspeita”³⁶. Habermas afirma adotar um papel de apologia ao ocidente num discurso inter-cultural sobre os direitos humanos, pois considera que os direitos humanos se devem menos à cultura ocidental que ao intento de oferecer uma resposta a uma modernidade social que se estendeu globalmente. É assim que, para Habermas, a forma do direito criada no ocidente, *i.e.*, a categoria de direito subjetivo – como bem salienta Taylor –, visa a ajustar-se às exigências funcionais de uma sociedade cuja economia demanda decisões descentralizadas de indivíduos independentes. A opção não se situa mais no nível cultural, mas econômico. A questão passa a girar em torno da possibilidade de as sociedades asiáticas, por exemplo, optarem pela modernização capitalista sem fazer uso das vantagens oferecidas por um ordenamento jurídico individualista. Será possível manter as formas jurídicas tradicionais frente à globalização da modernidade?

³⁶ HABERMAS, J. “Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos”, *in: Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 17, ago./dez. 2000, *passim*.

Quando os autores abordados enfrentam a questão da formação de um modelo universal e legítimo de direitos humanos, fazem-no no campo puramente teórico. No entanto, as questões mais tormentosas que surgem no campo do diálogo intercultural dos direitos humanos dizem respeito à possibilidade de concretização desse ideal. Pode-se pensar no modelo de assembléia constituinte. Acontece que, para que se possa concebê-lo, é necessário garantir, *prima facie*, a autonomia política e a existência de relações simétricas entre os participantes. É necessário, ainda, determinar os legitimados a exercer tais poderes constituintes: os Estados Nacionais, os grupos sociais, os indivíduos, e etc.

Na verdade, a presente abordagem apenas condensou algumas idéias introdutórias sobre o tema, sem qualquer pretensão de esgotar os aspectos controvertidos que o mesmo suscita. Sem dúvida, há um longo caminho a ser percorrido entre a teoria e a prática dos direitos humanos. Diante dos desalentos, é apropriado encerrar o presente trabalho com as sábias palavras de Boaventura de Sousa Santos, quando, questionando-se a respeito do caráter utópico de seu projeto, afirma: “certamente é, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência séria”³⁷.

VI. Referências Bibliográficas

- AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed (Ed.). *Human rights in cross-cultural perspectives* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
- _____. “Human rights in the muslim world” in: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context*, New York: Oxford University Press, 2000.
- BIELEFELDT, Henry. *Filosofia dos direitos humanos*, Tradução de Dankwart Bernsmüller, São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, Leonardo. *Fundamentalismo: a globalização e o futuro da humanidade*, Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

³⁷ SOUSA SANTOS, B. “Por uma concepção...”, p. 458.

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos volume III*, Porto Alegre: Fabris, 2003.
- _____. *Tratado Internacional de Direitos Humanos volume I*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- DINIZ, Débora. “Antropologia e os limites dos direitos humanos: o dilema moral de Tashi”, in: NOVAES, Regina; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e direitos humanos*, Niterói: Editora UFF, 2001.
- EBERHARD, Christoph. “Derechos humanos y diálogo intercultural”, in: GARCIA, Manuel Calvo (Org). *Identidades culturales y derechos humanos*, Madrid: IISJ/Dykinson, 2002.
- _____. “Towards an intercultural legal theory: the dialogical challenge”, in: *Social and Legal Studies* n. 10 (2). London: Sage Publications, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos”, in: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, ago./dez. 2000.
- PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*, New York: Palgrave, 2000.
- RAWLS, John. *Liberalismo político*, Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos.”, in: SOUSA SANTOS, B (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- TAYLOR, Charles. “Conditions for an unforced consensus on human rights.” in: BAUER, Joanne; BELL, Daniel. *The east Asian challenge for human rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- _____. “The politics of recognition.”, in: GUTMANN, Amy. *Multiculturalism*, New Jersey: Princeton University Press, 1994.

A questão da universalidade dos Direitos Humanos

Christiana Lamazière*

A questão da universalidade dos direitos humanos, ainda que hoje incontestada em países de tradição ocidental, suscita enormes controvérsias no âmbito internacional, o que torna pertinente a análise de sua real possibilidade bem como de sua validade. Com efeito, torna-se necessário compreender por que razão a cultura dos direitos humanos, tão festejada pelo Ocidente, é vista como um discurso de dominação por parte da sociedade internacional.

Embora os direitos humanos sejam garantias de cunho eminentemente emancipatório, configuram igualmente um discurso facilmente manipulável que exclui o não-liberal do decente, do civilizado e do racional. Conforme se verá adiante, o aviltamento das culturas com base em sua desconformidade com princípios ocidentais fomenta um círculo vicioso de condenação e ódio que está na raiz de grande parte dos conflitos internacionais que assombram a modernidade.

Além da ingenuidade inerente à tese da universalidade dos direitos humanos, ela mascara o particular sob uma roupagem universal adquirindo, dessa forma, validade *a priori* e legitimando as ações interessadas das potências hegemônicas. Com efeito, existe uma questão política por trás do debate em questão: a universalidade deseja impor-se de fato, e

* Bacharel em Direito pela PUC-Rio. O presente trabalho consiste numa adaptação da monografia de final de curso da autora, vencedora do Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos (2003.2).

faz parte de uma política de homogeneização da diferença que visa facilitar a dominação.

Com vistas a expor a controvérsia acima delineada, abordar-se-á, num primeiro momento, a iniludível particularidade das garantias individuais, decorrente de sua origem sócio-histórica. Em seguida, demonstrar-se-á que a natureza humana, principal pilar da universalidade, não é uniforme e constante, mas correlacionada com o conceito de cultura e, portanto, extremamente variável, o que acaba por implodir a própria noção de natureza humana.

Num segundo momento, serão abordados aspectos da atual cultura de direitos humanos que deixam transparecer os interesses políticos que freqüentemente motivam a sua utilização como propaganda ideológica, bem como a seletividade na sua aplicação a casos concretos. Por fim, serão sugeridas possíveis linhas de ação que permitam, por um lado, evitar o uso político dos direitos humanos e, por outro, ressaltar a sua inegável relevância no mundo contemporâneo.

I. A particularidade dos direitos humanos

O complexo de garantias individuais conhecido como direitos humanos reflete a história do Ocidente e as opções feitas no seu decorrer. Ele exprime uma certa experiência do real e do humano por meio de conceitos e símbolos pertencentes a uma tradição particular, a qual foi igualmente influenciada por fatores como religião e acontecimentos históricos. Ao ressaltar-se que a criação dos direitos humanos teve lugar no tempo e no espaço, sendo portanto, uma resposta circunstancial às necessidades da pessoa humana, demonstra-se a relatividade da cultura ocidental, amenizando o sua pretensão universalista.

O monoteísmo judaico-cristão trouxe para o Ocidente diversos princípios que marcaram o surgimento dos direitos humanos. De fato, ele tornou a relação com o divino mais pessoal¹, dando origem a uma cons-

¹ Com o monoteísmo judaico-cristão “a relação religiosa torna-se mais pessoal e o culto menos coletivo e indireto: a grande inovação é que os indivíduos podem, doravante, entrar em contato direto com Deus, sem necessidade de intermediação sacerdotal ou grupal”. COMPARATO, Fábio Konder, “A afirmação histórica dos direitos humanos”, 2ª Edição revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

ciência individual extremamente marcada e que resultou na oposição a toda autoridade ilegítima e opressora. A conseqüente autonomia do sujeito perante a coletividade fomentou a luta pelas garantias individuais assim como uma tendência aguçada à crítica da própria cultura.

Por outro lado, a ruptura do cristianismo com o judaísmo inaugura a concepção universal da humanidade², uma idéia pouco difundida fora da religião cristã porquanto “inalcançável no mundo pagão, para o qual existem deuses e cidades diferentes por natureza, heterogêneos por princípio”³. Esta concepção da humanidade, conforme já ressaltada, constitui a base principal dos direitos humanos.

A efetiva concretização dos direitos humanos, no entanto, adveio na Inglaterra durante os conflitos que marcaram a sua história dos séculos XII a XVII. Deve-se notar que a democracia lá consolidada e, posteriormente, adotada pelos demais Estados europeus, difere da democracia grega em diversos aspectos: mais do que uma participação universal na tomada de decisões, a democracia européia constitui-se através da afirmação do sujeito contra o soberano e de uma série de limitações ao seu poder.

Trata-se não tanto de direitos que visam a participação do indivíduo na coletividade para influenciar os seus rumos, mas de garantias realmente individuais, com vistas a resguardar a integridade da pessoa humana perante uma autoridade que a oprime e exclui. Nesse sentido, o *habeas corpus*, mais do que uma garantia processual, consistiu num dos primeiros instrumentos de repressão às prisões arbitrárias e ilegais, comuns na época.

² “A partir da pregação de Paulo Tarso, na verdade o verdadeiro fundador da religião cristão enquanto corpo doutrinário, passou a ser superada a idéia de que o Deus único e transcendente havia privilegiado um povo entre todos, escolhendo-o como seu único e definitivo herdeiro. (...) São Paulo levou o universalismo evangélico às últimas conseqüências, ao afirmar que, diante da comum filiação divina, já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher”, COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 17.

³ “Il ne peut y avoir de droits de l’homme quant on n’inscrit pas dans le droit l’idée théologique ou philosophique de l’unité de l’humanité, introuvable dans le monde païen, pour lequel il y a dieux et cités différents par nature, hétérogènes par principe. L’idée d’une humanité est monothéiste et, dans notre tradition, biblique”, BARRET-KRIEGEL, Blandine, “État de droit et Empire, République et Démocratie”, Séminaire L’État, le souverain, la finance et le social, Paris, 28 mais 1993, dact. P. 17. Apud LE ROY, Etienne, “Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l’homme – L’universalité des droits humains peut-elle être fondée sur le principe de la complémentarité des différences?”, disponível em: <http://sosnet.eu.org/red&s/dhdi/textes/fdsdh.htm>, acesso em 15 set. 2003.

O século XVIII viu nascer o fruto das conquistas democráticas européias em dois países: Estados Unidos da América e França. Nos EUA, consolidou-se a primeira declaração de direitos fundamentais, a “Declaração de independência das colônias britânicas de 1776”, constituindo um marco decisivo na consagração do ser humano como titular de direitos naturais e inalienáveis. A segunda conquista teve lugar na França durante a Revolução Francesa, quando em 1789 foi redigida a “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, estendendo direitos a todos os homens indistintamente, confirmando a sua emancipação universal.

II. O problema do universal

A sucinta descrição da conquista dos direitos humanos no Ocidente evidencia o seu caráter eminentemente particular e circunstancial. Diante de tal especificidade, a extensão, *a priori*, de uma determinada concepção de mundo e da racionalidade que a acompanha às diferentes culturas ignora o peso que têm as tradições na formação do pensamento e dos valores dos seres humanos.

Com efeito, a única natureza humana universal possível seria aquela baseada na unidade biológica do ser humano, já que o elemento cultural é variável. Dessa forma, os valores uniformes que se quer encontrar⁴ seriam categorias vazias, conceitos generalizados e abstratos o bastante para englobarem as diferenças, os quais levam à elaboração de uma concepção da natureza humana fundamentada no mais baixo denominador comum da humanidade.

Ademais, a busca incessante pelo “homem universal” exclui o diferente como desvio, como anomalia a ser “normalizada”. Nesse sentido, a pensadora Judith Butler afirma que “a universalidade tem sido usada para estender certas visões colonialistas e racistas do ‘homem

⁴ Butler ressalta que a busca por um princípio uniforme no ser humano continua a preocupar pensadores políticos da atualidade: “There are still some political theorists who want to know what politically relevant features of human beings might be extended to all human beings (desire, speech, deliberation, dependency), and then to base their normative views of what a political order ought to be on that universal description”, BUTLER, Judith, “Restaging the universal”, *in*: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ŽIŽEK, Slavoj, “Contingency, hegemony, universality: contemporary dialogues on the left”, london: Verso, 2000, p. 14-15.

civilizado', para excluir certas populações do domínio do humano"⁵. A definição do que constitui o humano exclui comportamentos aparentemente incompatíveis de seu âmbito, relegando-os à zona sombria do "subumano", do "selvagem" e do "não-civilizado".

Para normalizar o selvagem, exige-se um intenso processo de educação que, indubitavelmente, reflete a missão civilizadora – democratizar países, erradicar costumes violentos - que o Ocidente tomou para si e que resulta na defesa ferrenha dos direitos humanos. A diferença cultural, no entanto, deveria ser respeitada a fim de que a dignidade do homem não seja ferida com base em sua suposta natureza.

Na verdade, subjacente ao conceito de direitos humanos transculturais estão particularidades que se universalizam por tempo determinado. A universalização dos valores ocidentais, entretanto, deve-se à sua incontestável hegemonia no plano internacional. A dificuldade de separar-se a hegemonia econômico-política da cultura de direitos humanos torna compreensível "o temor de que aquilo chamado de universal seja uma propriedade paroquial da cultura dominante, e que a universalização seja indissociável da expansão imperial"⁶.

Se porventura a opressão cultural encobrir interesses políticos e econômicos, como ocorre no caso de a penetração econômica depender da incorporação de valores liberais e da solidificação de estruturas democráticas, ela será ainda mais combatida e afetará a legitimidade do sistema de direitos humanos. A seguir, demonstrar-se-á como a ênfase na defesa dos direitos humanos desde a Declaração Universal de 1948 tem obedecido à uma lógica sobretudo política, abalando a sua aceitação.

III. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos

Os horrores do holocausto e da Segunda Guerra Mundial precipitaram a criação da Organização das Nações Unidas, organismo multilateral que visa a resolução pacífica dos conflitos, a mobilização da comunidade internacional para deter agressões e a defesa dos direitos

⁵ BUTLER, Judith, *op. cit.*, p. 38.

⁶ "The fear of course, is that what is named as universal is the parochial property of a dominant culture, and that 'universalizability' is indissociable from imperial expansion", BUTLER, Judith, *op. cit.*, p. 15.

humanos. Esta última preocupação deu origem à Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, marcando o início da denominada fase abstencionista do processo de generalização dos direitos humanos. Tal declaração não causou polêmica à época visto que suas normas consistiam apenas em recomendações dirigidas à comunidade internacional.

Outrossim, foi empreendido o projeto de dois pactos complementares, cuja redação foi dificultada pelas lutas ideológicas que caracterizaram a Guerra Fria. Finalmente, em 1966, a Assembléia Geral abriu à adesão o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, inaugurando a fase intervencionista do sistema internacional de direitos humanos. Durante esta última fase, que se prolonga até os dias de hoje, há um maior monitoramento do respeito aos direitos humanos e as violações são duramente condenadas seja por meio de sanções econômicas e pressões políticas, seja por meio de diversas modalidades de exclusão da sociedade internacional.

Além do mais, a proteção dos direitos humanos tornou-se um critério legitimador do Estado Moderno. Conforme nota Celso Lafer, “a legitimidade dos estados e das sociedades, o seu *locus standi*, no plano diplomático, a sua credibilidade e seu acesso à cooperação internacional, se vêm reforçados com a promoção dos direitos humanos e a sua proteção democrática”⁷. Conseqüentemente, diversos países acusados de violações aos direitos humanos viram-se “demonizados” e excluídos da sociedade internacional.

As intervenções feitas com o fim de proteger a pessoa humana, no entanto, geralmente obedecem a uma lógica tortuosa que ignora as violações cometidas pelos povos considerados “decentes”, e se concentra exclusivamente nas violações de países condenados de antemão pelo preconceito e pelos interesses dos Estados hegemônicos⁸.

⁷ LAFER, Celso. “Prefácio”, in: *Os direitos humanos como tema global*, ALVES, J. A. LINDGREN. São Paulo: Perspectiva, Brasília, DF: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. XXXVII.

⁸ Conforme demonstra Celso Lafer, “a seletividade no trato de situações e casos problemáticos de direitos humanos em sociedades nacionais, (...) agasalhada por considerações éticas, eventualmente exprime interesses estritamente políticos de estados”. LAFER, Celso. *Op. cit.*, p. XXII.

Os EUA, principalmente, adotaram o estandarte dos direitos humanos durante a Guerra Fria⁹ para nortear a sua política externa. De fato, a defesa implacável das garantias individuais foi utilizada, num primeiro momento, para estabelecer uma oposição radical entre a democracia norte-americana e o Estado comunista soviético, agindo freqüentemente como propaganda ideológica. Nesse sentido, Henry Kissinger reconhece que

“O controle de armas terminou sendo muito enfadonho e técnico para carregar todo o significado da controvérsia filosófica sobre a natureza da política externa americana. Aos poucos, o debate foi deslocado para uma questão mais afim ao tradicional idealismo americano, e de repercussão maior entre a maioria do público – a idéia de que os direitos humanos deveriam estar entre as principais metas da política externa americana.”¹⁰

É interessante notar como a ênfase nos direitos humanos por parte da potência hegemônica do norte desvia a atenção dos sérios problemas estruturais causados pelo capitalismo ocidental no mundo, acentuando a idéia de que as crises externas possuem raízes unicamente em culturas retrógradas, governos corruptos, sociedades totalitárias e conflitos étnicos. Sabe-se, no entanto, que muitos desses conflitos são exacerbados pelas condições econômicas precárias impostas pela implantação de um sistema econômico que gera exclusão. Ao deslocar o foco das estruturas de dominação – ignorando a existência de direitos econômicos e sociais – para as diversas exclusões combatidas preferencialmente pelo liberalismo,

⁹ Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos: “A forma como os direitos humanos se transformaram, nas duas últimas décadas, na linguagem política progressista e quase em sinônimo de emancipação social causa alguma perplexidade. De fato, durante muitos anos, após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos foram parte integrante da política da guerra fria, e como tal eram considerados pelas forças políticas de esquerda.” SANTOS, Boaventura de Sousa. “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos”, in: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

¹⁰ Arms control turned out to be technically too ponderous to carry the weight of the philosophical controversy over the nature of American foreign policy. Gradually, the debate shifted to an issue more congenial to traditional American idealism, and one which had greater resonance with the public at large – the proposition that human rights should rank among the principal goals of American foreign policy. KISSINGER, Henry. *Diplomacy*, New York: Simon & Schuster, 1994. p. 753.

os EUA promovem soluções cosméticas que, conquanto importantes, raramente alteram a fonte da opressão¹¹.

Dessa forma, o liberalismo – já intocável no que tange às suas premissas econômicas – afirma-se como única opção ideológica legítima, impondo um imperialismo simbólico¹² que além de desconhecer as demais experiências culturais, induz à incorporação de um sistema onde a liberdade e o individualismo são os princípios fundamentais que justificam até mesmo a liberdade ilimitada das empresas transnacionais. Conseqüentemente, devido aos interesses camuflados das nações hegemônicas, a sua excessiva ênfase na preocupação com os direitos humanos causa apreensão aos países de tradição não-ocidental e impede a formação de um consenso em torno da necessidade daquelas.

As dificuldades encontradas quando da Conferência sobre Direitos Humanos de Viena, realizada em 1993 demonstram os obstáculos à formação de um consenso teórico acerca daquelas garantias. Apesar de dar-se num momento pós-Guerra Fria propício, portanto, à celebração da visão liberal norte-americana e, por extensão, ocidental, o encontro foi o palco de diversos debates entre as delegações ocidentais e as demais. Conforme relata J. A. Lindgren Alves,

¹¹ Nesse sentido, é interessante notar a lógica perversa da política externa ocidental com relação ao Oriente: “Quando alguns orientais se opõem à discriminação racial enquanto outros a praticam, diz-se que ‘no fundo são todos orientais’ e interesses de classe, circunstâncias políticas e fatores econômicos são totalmente irrelevantes. Ou, juntamente com Bernard Lewis, pode-se dizer que, se os árabes palestinos se opõem à colonização e à ocupação de suas terras pelos israelenses, então isso não passa de um ‘retorno do islã’, ou, tal como é definido por um renomado orientalista contemporâneo, de oposição islâmica a povos não islâmicos (...). O islã é o islã, o Oriente é o Oriente e, por favor, leve todas as suas idéias sobre esquerda e direita, revoluções e mudança de volta para a Disneylândia”. SAID, Edward W. *Orientalismo – o Oriente como invenção do Ocidente*, Tradução Tomás Rosa Bueno, São Paulo: Companhia Das Letras, 1990, p. 116.

¹² O sociólogo francês Pierre Bourdieu elucida o significado do conceito de imperialismo simbólico: “La diffusion de cette nouvelle vulgate planétaire [tournant autour des mots mondialisation, exclusion, minorités etc] - dont sont remarquablement absents capitalisme, classe, exploitation, domination, inégalité, autant de vocables péremptoirement révoqués sous prétexte d’obsolescence ou d’impertinence présumées - est le produit d’un impérialisme proprement symbolique. (...) Comme les dominations de genre ou d’ethnie, l’impérialisme culturel est une violence symbolique qui s’appuie sur une relation de communication contrainte pour extorquer la soumission et dont la particularité consiste ici en ce qu’elle universalise les particularismes liés à une expérience historique singulière en les faisant méconnaître comme tels et reconnaître comme universels”. BOURDIEU, Pierre et WACQUANT, Loïc. “La nouvelle vulgate planétaire”, in : *Le Monde Diplomatique*, mai, 2000, disponível em: <http://www.monde-diplomatique.fr/2000/05/BOURDIEU/13727>. Acesso em 01 abril 2004.

qualquer proposta ou sugestão liberalizante do Ocidente era encarada com desconfiança pelos afroasiáticos e alguns países de outros grupos como possível manifestação do alardeado “direito de ingerência”. Qualquer proposta do Terceiro Mundo visando mais à coletividade do que ao indivíduo era vista pelo Ocidente como tentativa de rejeição à noção de direitos individuais em favor de regimes autoritários.¹³

Sendo assim, o ponto atinente à universalidade dos direitos humanos foi o que mais causou embaraço e constrangimento às delegações oficiais. Os países asiáticos e africanos insurgiram-se contra tal concepção e acusaram o Ocidente de impor seus valores a despeito das diferenças religiosas, culturais e econômicas existentes entre os países. É importante ressaltar que somente uma estratégia de barganha por meio da qual direitos pleiteados pelos países em desenvolvimento foram reconhecidos sob a condição de que aqueles aceitassem a universalidade dos direitos humanos foi capaz de salvar a Conferência de Viena de um fracasso¹⁴.

Outro problema encontrado quando se fala na implementação dos direitos humanos diz respeito à já mencionada seletividade com que são tratados os casos de violação. No caso da recente guerra ao Afeganistão, empreendida pelos EUA e seus aliados em represália aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, sabe-se que foi estabelecida na base norte-americana de Guantánamo, em Cuba, uma zona de não-direito na qual os prisioneiros capturados são privados dos direitos garantidos pela Convenção de Genebra de 1929 bem como da mais elementar garantia democrática: o devido processo legal.

Dessa forma, sob o pretexto de serem “combatentes ilegais”, os prisioneiros são mantidos em condições desumanas. Por outro lado, a escolha do local de detenção fora do solo norte-americano não é completamente arbitrária, já que, segundo Washington, a constituição norte-

¹³ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994, p. 25-26.

¹⁴ “O direito ao desenvolvimento não foi bem aceito por alguns governos ocidentais e o apoio em Viena deveu-se a uma estratégia de barganha, de acordo com a qual os Estados do Sul foram persuadidos a aceitar a universalidade e interdependência dos direitos”. GHAI, Yash. “Globalização, Multiculturalismo e Direito”, in: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 575.

americana e o direito ao contraditório nela consagrado não se aplicariam fora dos EUA. Assim, tendo afastado as garantias fundamentais, os prisioneiros poderão submetidos a julgamento em tribunais militares, gozando de garantias extremamente limitadas¹⁵.

O discurso Ocidental apresenta inúmeras outras “exceções” e contradições. O tratamento da questão palestina pode ser considerado como outro exemplo de seletividade. De fato, embora a comunidade internacional se oponha à existência do muro ora em construção pelo Governo Sharon, a resolução apresentada ao Conselho de Segurança pela Síria em nome do grupo árabe com o fito de condenar a sua construção foi vetada pelos EUA¹⁶. Poder-se-ia dizer que os *double standards* da política norte-americana evidenciam a natureza da discussão acerca da universalidade dos direitos humanos: esta, antes de confirmar um suposto “choque de civilizações”, reflete a luta pelo poder e pela hegemonia no plano internacional.

A crise de legitimidade que abala os direitos humanos aponta para a necessidade de um novo consenso acerca de seu significado e de sua extensão. Tal consenso requer, num primeiro momento, que a comunidade internacional possa discutir os pressupostos e a legitimidade dos direitos “universais” livremente. A diversidade das culturas e das formas de vida deveria ser respeitada, mesmo que a diferença do outro pareça incompreensível. A imposição da visão de mundo ocidental pode ser, por um lado, ineficaz, por depender de uma estrutura social que supervaloriza a individualidade, a liberdade e a igualdade e, por outro, uma forma de ocultar propósitos políticos no âmbito internacional sob um discurso moralista.

¹⁵AUDEOUD, Olivier, “Prisonniers sans droits de Guantanamo”, *in*: Le Monde Diplomatique, avril, 2002, p. 16, disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2002/04/AUDEOUD/16304>>, acesso em: 10 out. 2003.

¹⁶ O site de direitos humanos www.droitshumains.org, na parte dedicada aos conflitos de 2003 envolvendo violações aos direitos humanos indica: “Les Etats-Unis mettent leur veto à une résolution présentée au Conseil de sécurité condamnant la construction par Israël d’une “clôture de sécurité” en Cisjordanie. Le texte, déposé par la Syrie au nom du groupe arabe, jugeait la construction “illégal aux termes de la loi internationale” et demandait que le Conseil réaffirme son opposition “à toutes les activités de colonisation dans les territoires occupés et toutes les activités impliquant la confiscation de terres et leur annexion de fait”. Disponível em: www.droitshumains.org, acesso em: 24 out. 2003.

VI. A política da diferença

O conceito de política da diferença teve origem nas tentativas de inclusão dos afro-americanos nas universidades norte-americanas e, posteriormente, foi estendido ao âmbito internacional, materializando-se no movimento atualmente denominado de multiculturalismo. A preocupação com o respeito à diferença das demais culturas surgiu igualmente com o processo de descolonização, quando restou manifesto que a dominação européia havia por muito tempo oprimido e desrespeitado as culturas das colônias, levando-as a formarem uma opinião depreciativa de si mesmas.

A independência permitiu às ex-colônias afirmarem sua identidade cultural e nacional numa tentativa de se libertarem da autoridade colonial. Esta última, no entanto, mantém-se por meio do domínio no terreno da cultura e dos valores na modernidade, e continua sendo um obstáculo para a completa autonomia de muitos países. Não só os países desenvolvidos ocidentais controlam uma série de mecanismos produtores de conhecimento, de informação e, portanto, de formação de opinião, como também os padrões pelos quais outros países e culturas são julgados surgiram historicamente no Ocidente, como no caso dos direitos humanos.

A resistência ao conceito de direitos humanos universais, portanto, pode ser entendida como oposição aos resíduos de influência colonial que ainda hoje são visíveis. O perigo, entretanto, é que o medo exagerado de qualquer influência externa prejudique o projeto multilateral – norteador de organismos como a ONU – que, apesar de alguns problemas estruturais, continua sendo a melhor opção para a sociedade internacional.

Deve-se ressaltar que, afora as motivações políticas do Ocidente para estender a idéia de direitos humanos ao resto do mundo, a cultura ocidental revela uma inclinação pela universalização de projetos. Com efeito, a questão da emancipação universal permeou ambos o projeto marxista e o projeto revolucionário francês. O primeiro, pressupondo que a sociedade tornar-se-ia uma massa homogênea e proletária, considerava a universalidade real como o caminho para a emancipação da sociedade, permitindo a reconciliação da sociedade com a sua própria essência. Já o projeto revolucionário francês foi o palco de uma interação entre a parte e o todo: um grupo social específico – a burguesia – pleiteou a emancipação de todos, forjando uma identificação entre os seus

interesses particulares e aqueles da sociedade inteira¹⁷. Assim, durante a Revolução Francesa, a libertação da sociedade dependeu da habilidade de um ator histórico particular em apresentar a sua emancipação parcial como a emancipação de todos.

Esta última elaboração do universal, caracterizada por uma dinâmica política que envolve a negociação entre os diferentes grupos sociais, é a única forma de universalização viável para os direitos humanos¹⁸. Isto porque a universalidade real atualmente pleiteada pelos direitos humanos limitaria qualquer projeto de democracia radical, fechando o espaço para novas articulações entre as particularidades. Ao considerar-se um direito como indiscutivelmente universal, justifica-se sua imposição *a priori* e força-se a aceitação de um conceito acabado e estático.

Por outro lado, a universalidade pragmática pode ser atingida por meio da negociação entre aqueles que buscam o consenso. A legitimação e a justificação dos valores propostos serão essenciais para a sua recepção como universais, o que faz desta negociação um momento eminentemente político. Para a democratização do conceito de direitos humanos, o seu aparecimento espontâneo nas demais culturas deve ser privilegiado em detrimento da abordagem intervencionista. Isto poderá se dar por meio da insistência em garantias políticas ou por meio de uma concepção multicultural da proteção à pessoa humana.

De início, deve-se atentar para o fato de que os direitos humanos são parte integrante da democracia¹⁹ e, portanto, a existência de

¹⁷ Ernesto Laclau explica que “the very possibility of domination is made dependent on the ability of a limited historical actor to present its own ‘partial’ emancipation as equivalent to the emancipation of society as a whole”. LACLAU, Ernesto. “Identity and Hegemony: The Role of Universality in the Constitution of Political Logics”, in: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; I•EK, Slavoj. *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*, p. 47.

¹⁸ Ernesto Laclau defende esta universalidade uma vez que “The fullness of society is an impossible object which successive contingent contents try to impersonate through catachrestical displacements. This is exactly what hegemony means. And it is also the source of whatever freedom can exist in society: no such freedom would be possible if the ‘fullness’ of society had reached its ‘true’ ontic form – the good society, as in Plato – and the tropological movement would have been replaced by a fully fledged literality”. *Ibid.*, p. 79.

¹⁹ As instituições que caracterizam tal sistema podem ser resumidas em: um conjunto de regras constitucionais que visam controlar as ações do Poder Estatal; a escolha de representantes do povo por meio de eleições democráticas; o direito de voto bem como o de candidatar-se às eleições; a existência de fontes alternativas e independentes de informação; o direito de os cidadãos formarem organizações tais quais os partidos políticos e grupos de interesse.

instituições democráticas é requisito essencial para sua assimilação. Além disso, deve-se considerar os limites existentes para seu aperfeiçoamento quando a estrutura política adequada estiver ausente e, nesse caso, buscar focalizar, primeiramente, o necessário amadurecimento das instituições. Direitos que assegurem o processo de formação e de expressão da vontade popular devem ser enfatizados pelos habitantes das nações não-democráticas porquanto levam ao espontâneo florescimento da democracia e à autenticidade das normas.

Para o pensador norte-americano Robert Dahl, o acesso a diferentes fontes de informação, independentes de controle governamental, deve ser o primeiro direito político assegurado uma vez que permite uma maior liberdade de pensamento e fomenta a efervescência intelectual. Em seguida, o direito de expressão²⁰, importante pilar da democracia, pode vir a ser institucionalizado, aumentando o debate público e a autonomia política. Esta última garantia, no entanto, será conquistada somente com a institucionalização da liberdade de associação, constituindo uma vitória extraordinária que possibilitará a pluralidade política²¹. O principal efeito do direito de livre associação será a posterior concretização do sufrágio, sendo este o ponto culminante da solidificação das instituições democráticas.

Não se deve esperar que de tais conquistas decorra necessariamente um sistema democrático igual aos que existem no Ocidente, visto que novas alternativas podem tomar forma. Estas serão igualmente legítimas, pois constituirão uma escolha madura e consciente da sociedade, a opção por um determinado projeto político dentre muitos possíveis. Com efeito, uma das maiores qualidades da democracia é o fato desta acomodar diversas visões de mundo, desde que tenham sido formadas por meio do processo democrático, o qual permite a expressão da soberania popular.

²⁰ Ademais, a liberdade de expressão possibilita às pessoas adotarem uma postura crítica acerca de si mesmas, de sua cultura e de seu país, munindo-as com autonomia suficiente para elaborarem novos projetos políticos.

²¹ "A dangerous and critical threshold is finally reached with *freedom to organize*, not only when people may gather together in informal associations but – passing a threshold of extraordinary consequence – like-minded political activists may actually organize themselves freely and openly in political parties that have as their ultimate objective participating in, and possibly winning, elections", DAHL, Robert, *op. cit.*, p. 176.

Ademais, as garantias situadas dentro de um contexto histórico adquirem um sentido diferente do que possuem os direitos caracteristicamente ocidentais quando exportados. As novas instituições, permeadas de particularidades culturais, terão sentido próprio e serão facilmente incorporadas à sociedade. A vantagem das instituições descritas acima reside no fato de constituírem garantias formais que permitem à diferença do outro se exteriorizar e afirmar legitimamente.

Apesar dos benefícios do enfoque procedimental, a referência ao conceito de cultura é imprescindível para uma maior democratização dos direitos humanos. Isto porque a aparente neutralidade do procedimento encobre o fato de este não ser um esquema lógico universal, mas um produto de uma racionalidade particular. Assim, até mesmo o formal – o direito, por exemplo – decorre de uma experiência cultural específica, e é possível que a sua lógica não acomode outras visões de mundo.

A tradução cultural, que privilegia o entendimento entre diferentes ao invés de pressupor uma dialética superadora das diferenças, pode tornar comensuráveis diferentes visões da dignidade humana, elucidando o sentido das crenças e dos valores do outro. A fim de realizar a tradução dos direitos humanos, deve-se reconhecer a sua particularidade e adotar um projeto de multiculturalização da proteção à dignidade humana. A cultura que deseja universalizar-se, elevando o seu conteúdo à condição global, deve primeiramente reconhecer a igualdade das demais a fim de travar um diálogo baseado em “preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes”²².

Nesse sentido, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos propõe uma “hermenêutica diatópica”, espécie de tradução cultural, a qual baseia-se na pretensão de fundamentar os discursos de uma cultura a partir das premissas de outra. O projeto consistiria em criar noções de direitos humanos a partir dos *topoi*²³ particulares das culturas, a fim de que integrem os seus diferentes sistemas harmoniosamente. A hermenêutica diatópica, no caso em tela, deve funcionar por meio da reinterpretação

²² SANTOS, Boaventura de Sousa, *op cit.*, p. 441.

²³ Boaventura de Sousa Santos explica que *topoi* seriam sistemas de sentido, “os lugares comuns mais abrangentes de determinada cultura”, *ibid.*, p. 433.

dos valores ocidentais em termos de outra cultura, ajudando na inserção natural daqueles.

É importante ressaltar que a hermenêutica diatópica “tem de centrar-se não nos ‘mesmos’ temas, mas nas preocupações isomórficas, em perplexidades e desconfortos que apontam na mesma direção apesar de formulados em linguagens distintas e quadros conceituais virtualmente incomensuráveis”²⁴. A apropriação de soluções para atender preocupações semelhantes já teve início e tem sido bem sucedida, conforme demonstra Charles Taylor:

A prática da resistência não-violenta de Ghandi foi assimilada e adaptada no Ocidente pelo movimento por Direitos Civis americano, de Martin Luther King. Tal prática se tornou, além disso, parte do repertório de práticas políticas, invocada em Manila, em 1988, e em Praga, em 1989, para ficar em só dois exemplos²⁵.

Da mesma forma, poder-se-ia realizar uma troca frutífera entre os princípios que regem os direitos humanos e aqueles que regem a *umma* islâmica. Esta última, reporta-se à “comunidade étnica, lingüística ou religiosa de pessoas que são o objeto do plano divino de salvação”²⁶ e, portanto, ressalta a importância das solidariedades coletivas. Os valores islâmicos, que mantêm o tecido social coeso, poderiam enriquecer a sociedade ocidental já que nesta existem “dicotomias demasiados rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia”²⁷.

O intercâmbio de valores não pode, contudo, ser imposto, mas deve resultar de uma curiosidade espontânea e do “momento de frustração ou de descontentamento que envolve uma pré-compreensão da existência

²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Ibid*, p. 458.

²⁵ “Gandhi’s practices of non-violent resistance have been borrowed and adapted in the West, in the American Civil Rights Movement, for example, under Martin Luther King. And beyond that, they have become a part of a world repertory of political practices, invoked in Manila in 1988, in Prague in 1989, to name just two examples”, TAYLOR, Charles, “Conditions of an unforced consensus on human rights”, in: SAVLÆ, Obrad (org.). *The Politics of Human Rights*, p. 112.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 446.

²⁷ *Ibid.*, p.447.

e da possível relevância de outras culturas”²⁸. Uma vez travado o diálogo, a sua interrupção deve ser permitida para que a hermenêutica diatópica não se converta em violência cultural. Além disso, por ser uma forma de interação eminentemente política, o diálogo deve preservar a possibilidade de sua reversão, pois é ela que “confere ao diálogo intercultural a qualidade de um processo de negociação aberto”²⁹.

A hermenêutica diatópica visa evitar a imposição pelas nações hegemônicas de seus interesses, valores e tempos. Ao ressaltar a necessidade de se respeitar a vontade do outro, o projeto de diálogo intercultural pretende inserir as regras do jogo político intranacional também no âmbito internacional, introduzindo neste os princípios democráticos que garantem em nossas sociedades a igualdade entre os diferentes.

Democratizar o espaço internacional, no entanto, é uma tarefa extremamente complexa quando as normas são instituídas com base em relações de poder desproporcionais. A hegemonia do Ocidente e a imposição de seus valores seja por via direta – do sistema de Hollywood à internet –, seja por via indireta – mediada pelos organismos internacionais e pelo mundo acadêmico – refletem as dificuldades encontradas no caminho rumo a uma sociedade internacional verdadeiramente igualitária. Por enquanto, existe um círculo vicioso no qual as culturas não-ocidentais são constantemente denegridas, e a ocidental, vista como dominação pós-colonial. Charles Taylor lembra a importância do respeito neste triste quadro:

Quanto mais a perspectiva externa, ou a tentativa de influenciar, se mostra como condenação ou desprezo da tradição, maior será a tendência de fortalecimento da dinâmica da resistência ‘fundamentalista’ a toda forma de redefinição. Essa é uma dinâmica que se auto-alimenta. Nela, a condenação vinda do exterior alimenta reações extremas, que atraem maiores condenações e assim por diante, num círculo vicioso³⁰

²⁸ Ibid, p. 455.

²⁹ Ibid., p. 456.

³⁰ “The more the outside portrayal, or attempt at influence, comes across as a blanket condemnation of or contempt for the tradition, the more the dynamic of ‘fundamentalist’ resistance to all redefinition tends to get in train (...). This is a self-feeding dynamic, in which perceived external condemnation helps to feed extreme reaction, which calls down further condemnation, and hence further reaction, in a vicious spiral”. TAYLOR, Charles, “Conditions for an unforced consensus in human rights”, SAVIÆ, Obrad, (org.), *The Politics of Human Rights*, p. 115.

Em última análise, muitos dos conflitos internacionais recentes que parecem opor o “mundo islâmico” à democracia liberal anglo-saxônica decorrem de representações deturpadas do outro que contaminam o diálogo com preconceitos e impossibilitam o entendimento. O pensador palestino Edward Said esclarece o problema:

A questão real é se pode de fato haver uma representação verdadeira de qualquer coisa, ou se todas as representações, porque elas são representações, implantam-se primeiramente na linguagem e depois na cultura, nas instituições e no ambiente político do representador. Se a última alternativa é a correta, então devemos estar preparados para aceitar o fato de que uma representação é *eo ipso* implicada, interligada, implantada e entretecida com muitíssimas outras coisas além da “verdade”, que é em si mesma uma representação³¹

A lógica de demonização nutrida pelo Ocidente não só introduz elementos de fantasia (o “eixo do mal”) na política internacional, como deprecia e humilha as crenças e tradições de determinados países em desenvolvimento. Estes, acuados pela economia capitalista que concentra a produção de riquezas nos países centrais, têm a sua cultura desvalorizada, provocando o exacerbamento dos fundamentalismos como forma de proteção à identidade cultural e resistência à lógica da dominação.

A crise internacional envolvendo o perigo difuso do terrorismo e o fracasso das medidas tomadas por países como os EUA demonstram que o recurso à repressão não será capaz de conter o ressentimento causado por uma política há muito percebida como opressiva. Ao invés de acentuar uma política de segurança perigosa³², deve-se privilegiar o

³¹ SAID, Edward W. *Orientalismo – o Oriente como invenção do Ocidente*, São Paulo: Companhia Das Letras, 1990, p. 277.

³² A política de segurança antiterrorista de alguns países tem reflexos nefastos inclusive para seus habitantes: “Peu sensibles, par tradition, aux violations des droits économiques, sociaux et culturels, les grandes démocraties plaçaient jusqu’à présent la défense des droits politiques au premier rang de leurs préoccupations. L’obsession antiterroriste les conduirait-elle à renier cette exigence fondamentale? En décrétant l’état d’exception comme norme et en érigeant la police comme figure centrale du système, les démocraties sont-elles, sous nos yeux, en train de se suicider?”. RAMONET, Ignacio. “ Antiterrorisme ”, *in : Le Monde Diplomatique*, mars, 2004 – 51^e année – N^o 600. Publication mensuelle – 1, avenue Stephen-Pichon, 75013 Paris, p. 1.

exame das causas políticas da crise, pois é da análise cuidadosa destas que florescerá um novo diálogo.

A ênfase em garantias políticas e a hermenêutica diatópica descritas acima constituem dois possíveis projetos para acomodar a diferença cultural com a defesa da pessoa humana no âmbito internacional. Nesse sentido, o reconhecimento de que a universalidade real é um objetivo impossível abre o espaço para a universalização dos direitos humanos via consenso e, por conseguinte, para a sua democratização. Nesta nova busca pelo diálogo, deve-se substituir o desejo por uma fusão final de horizontes – espécie de homogeneização do múltiplo – pelo intercâmbio de valores que contribui para o enriquecimento da experiência humana.

Para tanto, ao invés de rebaixar as demais culturas com base em preconceitos, deve-se empreender um projeto de compreensão das racionalidades alternativas e abandonar o recurso à noção de universalidade. Ao substituir esta última pelos conceitos de negociação e tolerância, substitui-se a rigidez dos direitos pela dinâmica do diálogo democrático e do espaço político, abrindo-se a possibilidade para a coexistência harmoniosa entre os povos. Esta se faz ainda mais urgente num momento em que o projeto multilateral inaugurado pela ONU é esquecido e substituído por um unilateralismo caprichoso e autoritário.

Bibliografia

- ADORNO, Theodor W; HORKEIMER, Max. *Dialectic of Enlightenment*, New York: The Continuum Publishing Company, 1998.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*, São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1994.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*, Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia Das Letras, 1999.
- AUDEOUD, Olivier. “Prisonniers sans droits de Guantanamo”, in: *Le Monde Diplomatique*, abril, 2002, p. 16. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2002/04/AUDEOUD/16304>>. Acesso em: 10 out. 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*, Tradução de Sérgio Bath. 2ª Edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

- BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. “La nouvelle vulgate planétaire”, *in: Le Monde Diplomatique*, mai, 2000, p. 6. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2000/05/BOURDIEU/13727>>. Acesso em: 01 abril 2004.
- BUTLER, Judith. “Restaging the Universal”, *in: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; •I•EK, Slavoj. Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*, London: Verso, 2000.
- CARTER, James Earl. *L'engagement des États-Unis: les droits de l'homme et la politique étrangère*, Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/francais/pubs/frights/frcarter.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2003.
- CASTORIADIS, Cornelius. *Sujet et vérité dans le monde social-historique*, Paris : Éditions du Seuil, 2002.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. “Face à la force, le droit international”, *in: Le Monde Diplomatique*, janvier, 2002 p. 14 et 15. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2002/01/CHEMILLIER/15989>>. Acesso em: 24 out. 2003.
- CHRÉTIEN-VERNICOS, Geneviève. “Les droits originellement africains”, *in: Cours d'histoire du Droit* (DEUG Première année - Université Paris 8 Vincennes - Saint Denis - 2001-2002 Cours n° 5). Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/cours/hd5.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2ª Edição revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2001.
- DAHL, Robert. “Democracy and Human Rights under Different Conditions of Development”, *in: SAVIÆ, Obrad, (org.). The Politics of Human Rights*, London: Verso, 1999.
- DAVAL, Mathieu. *Quel est l'homme des droits de l'homme?*, Disponível em: <http://www.chez.com/bibelec/publications/scpo/homme_ddh.html>. Acesso em: 25 out. 2003.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*, Paris: Éditions du Seuil, 1998.
- EVANGELISTI, Valerio. “Pulsion de mort”, *in: Le Monde Diplomatique*, mai, 2003, p. 16 et 17, disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2003/05/EVANGELISTI/10163>>. Acesso em: 13 out. 2003.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*, Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1989.

- GHAI, Yash. “Globalização, Multiculturalismo e Direito”, in: SANTOS, Boaventura de Sousa(org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GRAVEROL, Gaël de. *Rite de la Sati - La crémation des veuves en Inde*, Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/txtuniv/memoir2.htm>>. Acesso em: 17 set. 2003.
- HABERMAS, Jürgen. “Private and Public Autonomy, Human Rights and Popular Sovereignty” In SAVIÆ, Obrad (org.). *The Politics of Human Rights*, London: Verso, 1999.
- _____. “Sobre a legitimação pelos direitos humanos”, in: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e Legitimidade*, São Paulo: Landy, 2003.
- HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1917*, Tradução de Marcos Santarrita; Revisão técnica de Maria Célia Paoli. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- _____. *A Era das Revoluções: 1789-1848*, Tradução do Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 16ª Edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- LACLAU, Ernesto. “Identity and Hegemony: The Role of Universality in the Constitution of Political Logics”, in: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; •I•EK, Slavoj. *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*, London: Verso, 2000.
- LAFER, Celso. “Prefácio”, in: Alves, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como Tema Global*, São Paulo: Perspectiva; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- LE ROY, Etienne. *Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l’homme – L’universalité des droits humains peut-elle être fondée sur le principe de la complémentarité des différences?*, Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/fdtsdh.htm>>. Acesso em: 15 set. 2003.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público – volume I*, 12ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORGENTHAU, Hans Joachim. *Política entre las naciones – La lucha por el poder y la paz*, Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1986.

- OUMERZOUK, Sabrina. *Essai d'une étude de la condition et des rapports homme-femme en Algérie à travers une approche socio-historique*. Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/txtuniv/memoir9.htm>>. Acesso em: 26 out. 2003.
- PARINGAUX, Roland-Pierre. "Au Senegal, contre l'excision" In *Le Monde Diplomatique*, Juin 2000. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/2000/06/PARINGAUX/13855>>. Acesso em: 26 out. 2003.
- RAMONET, Ignacio. "Antiterrorisme ", in : *Le Monde Diplomatique*, mars 2004 – 51^è année – N^o 600. Publication mensuelle – 1, avenue Stephen-Pichon, 75013 Paris, p. 1.
- RORTY, Richard, "Human Rights, Rationality and Sentimentality" In SAVIÆ, Obrad (org.). *The Politics of Human Rights*. London: Verso, 1999.
- SAID, Edward W., *Orientalismo – o Oriente como invenção do Ocidente*. Tradução Tomás Rosa Bueno; São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. "Por uma concepção multicultural dos Direitos Humanos" In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SAVIÆ, Obrad. "The global and the local in human rights: the case of the Federal Republic of Yugoslavia" In SAVIÆ, Obrad (org.). *The Politics of Human Rights*. London: Verso, 1999.
- TAYLOR, Charles. "Conditions of an unforced consensus on human rights". In: SAVIÆ, Obrad (org.). *The Politics of Human Rights*. London: Verso, 1999.
- _____. "The Politics of Recognition" In GOLDBERG, David Theo. *Multiculturalism: A Critical Reader*. Malden: Blackwell Publishers Ltd, 1994
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, 2^a Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

Seminário

Ação Afirmativa e as Cotas no Ensino Público Superior no Estado do Rio de Janeiro

Nadia de Araújo*

Seminário Realizado na Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio, em 27 de junho de 2003.

Introdução

No dia 27 de junho de 2003, o Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional realizou um seminário sobre o sistema de cotas no vestibular da UERJ e suas implicações constitucionais. O evento foi uma iniciativa dentro da cadeira de Metodologia da Pesquisa para o doutorado, que conta com o auxílio e a participação do Prof. Antonio C. Maia. Vários docentes e discentes, desta IES e de outras instituições, estiveram presentes. Esta comunicação é um resumo livre das discussões a partir das notas tomadas por alunos da graduação que gentilmente prepararam a 1ª versão deste texto, sendo a versão final realizada pela Prof. Nadia de Araújo, que coordenou o evento, a partir dos comentários realizados pelos participantes.

O objeto do seminário foi o de promover um espaço para debates, com um público reduzido e especializado para discutir o tema da *Ação Afirmativa*. A mesa foi composta pelos seguintes professores e convidados: Prof. José Ribas Vieira, PUC-Rio; Prof. Gustavo Binenbojm, UERJ; Prof. Augusto Werneck, PUC-Rio; Mestrando Guilherme Pena de Moraes, PUC-Rio e Ministério Público do Rio de Janeiro.

* Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, Procuradora de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. O presente relatório foi produzido com a colaboração do graduando Pedro Coutinho.

A reunião começou com a explanação da coordenadora do evento, fazendo um breve relato da situação processual causada pelo sistema de cotas implantado pela UERJ, alvo de inúmeras ações judiciais que contestaram as leis instituidoras na justiça estadual.

Na pequena apresentação introdutória, foi descrito o instituto jurídico da Ação Afirmativa como sendo uma ferramenta visando à inclusão social. Em seguida, relatou-se o caso específico da UERJ e as três leis de cotas em vigor no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 2002¹. Em cumprimento às citadas leis, o vestibular foi dividido em dois: 50% das vagas foram oferecidas para alunos provenientes da rede de ensino público (vestibular SADE) e 50% das vagas foram oferecidas para o vestibular convencional (Estadual). Além disso, 40% das vagas oferecidas em cada um dos certames foram destinadas para pessoas que se declarassem afrodescendentes (negros e pardos). Usando o exemplo do curso de Direito, de um total de 304 vagas, apenas 91 poderiam ser computadas como fora das cotas.

Essa situação originou uma ação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Cofenen no STF, ainda *sub judice*. Já no TJRJ, as leis em questão (leis estaduais nº 3524/200 e 3708/2001) foram objeto de ações de inconstitucionalidade no Órgão Especial do TJ, além de inúmeros mandados de segurança individuais, de candidatos que se sentiram prejudicados, contestando a reserva de vagas. Nesse diapasão, na primeira instância, várias liminares foram concedidas pelos Juizes da Fazenda Pública, o que ocasionou a entrada na UERJ de um número de aprovados maior do que o normal, pois os prejudicados pelas cotas também foram matriculados (só houve adição de candidatos). Por seu turno, o ERJ interpôs vários agravos de instrumento ao TJ, atualmente em andamento. Recentemente, o Presidente do TJ, Des. Miguel Pachá, suspendeu todas as liminares que estavam determinando ora a reserva de vagas, ora a matrícula. Essa a situação fática neste momento em que se trava a presente discussão.

¹ Posteriormente as leis em questão foram substituídas por uma única, de 2003, já sancionada pela Governadora do Rio de Janeiro, unificando as cotas ao patamar de 45% - 20% para oriundos de escolas públicas, 20% para negros e pardos e 5% para deficientes físicos- que foi utilizada já no vestibular para o ano de 2004.

Em seguida, passou-se às exposições dos integrantes da mesa, cuja síntese do que foi exposto segue abaixo.

1.O Estado Democrático de Direito e as Ações Afirmativas

Prof. José Ribas Vieira, PUC-Rio

Para a análise do problema foram propostos três objetivos: 1º) a preocupação da discussão da ação afirmativa, sob a perspectiva da questão democrática (democracia deliberativa “amicus curiae”); 2º) o debate americano; 3º) critérios adotados para a implementação de políticas de ação afirmativa.

A igualdade é uma das bases para o próprio estado democrático de direito, logo criar condições para que haja igualdade não só formal, mas também material é tarefa essencial para a implementação deste sistema. Possibilitar que todos tenham cidadania, uma efetiva garantia dos direitos civis, é obrigação do Estado.

O Judiciário, no sistema americano, deveria proferir decisões visando efetivar de modo concreto os direitos econômicos e sociais dos cidadãos, mas ele não o faz nem o fez no passado. (Nos anos 90, uma corrente crítica notadamente capitaneada por S. Griffin defendeu esta tese). Coube então a outros Poderes concretizar estes direitos, tendo o presidente J. Kennedy (1961-63) sido o primeiro a implementar políticas de ação afirmativa (embora possamos perceber, já no “New Deal” – Governo Roosevelt, 1933-45 – algumas iniciativas a esse respeito).

Os movimentos civis nos EUA também foram peça importante na reivindicação de políticas fomentadoras de igualdade material, agindo no vácuo deixado pelo Judiciário. Segundo Stephen M. Griffin, o Congresso tem agido por meio de uma série de leis anti-discriminatórias, tendo tido maior influência na proteção dos direitos das minorias do que o Judiciário americano. Assim também começaram a agir as universidades que, visando maior integração social de seu corpo discente, instituíram políticas de ação afirmativa.

O Prof. José Ribas Vieira apresentou, na sua seleção, entre outras decisões judiciais, o caso *Richmond v. Croson*, onde o Conselho

Municipal de Richmond, uma cidade com grande população negra, decidiu dar uma cota de 30% nas obras de construção custeadas pelo município para empresas administradas por minorias raciais. Esta medida visava beneficiar empresas de construção pertencentes e operadas por negros.

A cidade de Richmond estava seguindo o exemplo do Congresso Americano, que havia feito uma cota de 10% para minorias raciais com uma legislação similar. A Suprema Corte declarou inconstitucional a medida, afirmando que não havia meios de se estipular o “dano específico” causado aos negros durante os anos de discriminação. Para Griffin, a Suprema Corte neste caso ajudou a perpetuar a discriminação racial existente e ele denuncia, assim, as imperfeições da propalada supremacia do Judiciário.

O caso mais marcante na discussão recente sobre cotas nas universidades americanas foi o caso de Michigan, onde uma audiência pública de 1º de abril de 2003 foi realizada na Corte Suprema, comparecendo representantes de todos os entes e segmentos sociais envolvidos. Os resultados desta audiência foram refletidos nos votos dos Justices indicando que o debate popular teve alguma influência na decisão. Não poderia a Suprema Corte ir totalmente contra um bem estruturado movimento social a favor da igualdade e de reconhecimento da importância da diversidade étnica, sem sofrer grande desgaste político.

Recentemente, com o salto da política americana em direção ao conservadorismo, o debate sobre ação afirmativa volta à cena. A notícia de que três dos integrantes da Suprema Corte Americana podem se aposentar ainda na administração de George W. Bush indica que as políticas de ação afirmativa podem estar em cheque, na medida que Bush já tem candidatos conservadores para as vagas.

Para a implementação de medidas de ação afirmativa devem ser usadas estatísticas, para objetivamente estimar as desigualdades entre grupos sociais e encontrar soluções. A intenção é formar uma massa crítica dentro da minoria, que ao ascender socialmente possa “puxar” a comunidade consigo.

No Brasil, o debate surgido após a elaboração de leis de ação afirmativa é desejável e salutar, porque é uma das primeiras vezes em que uma política pública é discutida democraticamente por diversos segmentos da sociedade. É um indício do fortalecimento da sociedade

civil no Brasil, que, como vemos no exemplo americano, é a efetiva causadora de mudanças sociais.

Por devaneio, considerando que as Leis que trataram da Ação Afirmativa no âmbito estadual (caso da UERJ) foram questionadas constitucionalmente, é válido lembrar o fato de ter havido a concretização do artigo 7º da Lei 9868/99, possibilitando a presença de entidades étnicas como “amicus curiae”. Entendeu o Professor ser este um grande avanço!

2. Ação Afirmativa na experiência americana

Prof. Gustavo Binenbojm

Um dos pontos fundamentais da experiência constitucional norte-americana é discutir não só as questões formais, mas também as de fundo. Com relação às políticas de ação afirmativa, o debate é bastante ideológico, tendo as duas correntes políticas opiniões antagônicas.

Com a iminente aposentadoria de dois dos integrantes da Suprema Corte Americana, os Justices Stevens (o último progressista) e Sandra O’Connor (que embora conservadora era voto de minerva a favor da ação afirmativa), o Prof. Gustavo Binenbojm faz uma previsão que para ocupar as vagas correspondentes aos seus lugares irão um representante da comunidade hispânica e uma mulher, que sendo apontados por George Bush, fatalmente serão conservadores e contrários à ação afirmativa, na sua forma atual. Bush e seus partidários advogam a “color blindness”, o “daltonismo” na escolha dos alunos que ingressarão nas faculdades.

A idéia da Ação Afirmativa teve uma longa evolução nos Estados Unidos. Já em 1877, a 14ª Emenda, aprovada de forma inconstitucional, em um modelo quase de poder constituinte originário, tocava no problema da falta de igualdade de condições entre os escravos recém-libertos e os brancos. Isso é uma prova de que a Constituição americana aceitava, naquela época, o tratamento diferenciado para pessoas de raças diferentes. Um argumento contra a inconstitucionalidade da Ação afirmativa pode ser a própria Emenda 14.

A própria Suprema Corte faz exceções para a doutrina do “color blindness”, em caso de situação de emergência, de segurança nacional.

Quando há um “interesse governamental imperativo” o governo pode discriminar os habitantes em grupos étnicos, como recentemente com a população árabe e durante a Segunda Guerra, quando descendentes de japoneses foram colocados em campos de concentração.

Em 1937, o Presidente Roosevelt, um pragmático pós-moderno, foi eleito para romper com o capitalismo liberal formal, com a criação do New Deal. Isso levou a uma politização da Suprema Corte, que passou a declarar inconstitucional todos os atos do Presidente de intervenção na economia. Em uma solução autoritária, comum aos anos 30, Roosevelt tentou controlar o Judiciário ao nomear juízes simpáticos às suas políticas. Em um caso de controle de preços, o Justice Roberts muda de lado e passa a votar com os Justices simpáticos a Roosevelt, e desde então, durante seu governo, a Suprema Corte não mudou nenhum ato do Governo Federal. Os atos federais passariam a intervir nas relações sociais e econômicas.

No célebre caso *Brown v. Board of Education*, a segregação nas escolas foi vista como a manutenção da inferioridade social. A Suprema Corte teve uma posição tímida na implementação da integração. Com o fim das escolas segregadas e o sistema das escolas por bairros não houve uma mudança significativa, porque brancos e negros não moravam nos mesmos bairros.

O Presidente Kennedy foi o primeiro a instituir decretos em prol da Ação Afirmativa. Após seu assassinato, o Vice-Presidente Johnson foi um grande líder do movimento por direitos civis.

Não tendo acesso ao ensino superior, os líderes negros surgiram dos movimentos religiosos. Estes movimentos, junto com os de direitos civis, promoveram pressão política para tornar efetiva a dessegregação. O movimento negro passou a ver as medidas antidiscriminatórias como essenciais para a cidadania.

Os defensores da ação afirmativa nos Estados Unidos trabalham em quatro frentes, exigindo:

1. Acesso à educação superior para membros de minorias (política também seguida por grandes universidades privadas)
2. Cotas para minorias em empregos públicos
3. Cotas em licitações do governo para empresas geridas por minorias
4. Comprometimento de rádios e televisões de mostrar questões de minorias

As políticas de Ação Afirmativa não podem ter como propósito declarado a reparação de discriminações passadas, argumento não palatável pela Suprema Corte. O propósito declarado é o do fomento da diversidade cultural nas universidades.

Embora a Ação Afirmativa, em seus 35 anos de prática nos Estados Unidos tenha apresentado um retumbante sucesso, o Prof. Gustavo Binbenbojm lamenta que se Bush for reeleito, e com a aposentadoria de Sandra O'Connor, a Ação Afirmativa nos Estados Unidos possa estar com seus dias contados.

Resposta à questão formulada no debate: “*porque Kennedy aprovou medidas de Ação Afirmativa antes do surgimento dos movimentos negros?*”.

Kennedy era progressista, Johnson, seu vice, era do Sul, onde para ser eleito são necessários os votos dos negros. Ou Johnson crescia com os movimentos negros, ou ele perdia a eleição. A política antecipou os movimentos sociais. Além disso, com o sistema distrital, foram criados distritos onde a maioria da população era negra, facilitando, assim, a formação de uma bancada negra no Congresso. A Guerra Fria também impulsionou a necessidade de direitos para as minorias. Na Guerra do Vietnã, metade do contingente era de negros, para “lutar pela democracia”, os soldados necessitavam de algum estímulo.

3. Ações Afirmativas em curso no Judiciário

Profº Augusto Werneck, PUC-Rio

Quadro Processual

O Brasil vem presenciando um questionamento muito freqüente no Judiciário quanto à constitucionalidade das ações afirmativas, principalmente daquelas implantadas através de cotas.

Em março de 2003, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Cofenen), entidade que representa instituições da rede privada, ajuizou no Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (Adin) contra as Leis Estaduais 3.524/2000, 3.708/2001 e 4.061/2003 do Rio de Janeiro, que estabeleceram cotas

para estudantes da rede pública, negros e portadores de deficiência na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

No âmbito estadual, há duas representações de inconstitucionalidade ajuizadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Estas, por sua vez, envolvem apenas as ações afirmativas em relação a negros e alunos de escolas públicas.

Cumpre, outrossim, ressaltar a dualidade de manifestações do Tribunal de Justiça do RJ, na medida em que concedeu inúmeras liminares suspendendo a lei de cotas para estudantes da rede pública e, por outro lado, indeferiu as liminares referentes às cotas para negros.

Quanto à Adin ajuizada no STF, cabe lembrar que a decisão deste tribunal terá alcance geral, obrigatório e vinculante e exercerá impacto no futuro das ações afirmativas no Brasil. Portanto, esta ação foi admitida em um rito mais célebre previsto pela nova legislação para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade consideradas relevantes.

Neste caso, previamente à medida cautelar, houve o ofício da Governadora do estado e as manifestações da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União. Em parecer enviado ao Supremo, o Procurador-geral da República Geraldo Brindeiro, alegou a inconstitucionalidade dessas leis com fundamento apenas no aspecto formal. Segundo ele, conforme com o art. 22, XXIV da Constituição Federal de 1988, somente uma lei federal teria competência para legislar no plano das diretrizes e bases da educação nacional e, por isso, a instituição das cotas pelas leis estaduais fluminenses seria inconstitucional.

Todas essas entidades estão pleiteando uma legitimação para participar no processo que discute essas questões. O conceito de participação pura e simples é muito mais importante para avaliar essa inconstitucionalidade das leis do que um conceito estrito processual. Assim, há que se ter nesses casos *participes* e não *partes*, ou seja, forças que possam intervir com legitimidade, não para pleitear um direito, mas para energizar o debate, no contexto da guarda da Constituição.

Caminhos que levam à defesa do Estado

Para restringir o controle de constitucionalidade das leis, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se da exigência de pertinência temática. Ou seja, no caso das Confederações, há exigência de pertinência temática entre o objeto social das Confederações e aquele que está sendo versado

na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Neste caso, a Confederação Nacional de Estabelecimentos de Ensino não tem interesse relevante na temática dos critérios de vestibulares do Rio de Janeiro.

Interessante, ainda, ressaltar que houve no Brasil mais controle de constitucionalidade nos últimos 15 anos do que nos 150 anos anteriores. Estamos, portanto, só agora desenvolvendo o mecanismo ideal de julgamento de casos como estes, que nunca foram julgados pelo STF, nem pelo TJ. Assim, essas linhas de argumentação são especialmente importantes nessa matéria e no julgamento dessas ações.

No tocante ao argumento que trata do vício de competência, ou seja, que alega que o estado não teria competência para legislar, por tratar essa lei de uma diretriz da educação nacional, cumpre esclarecer que, evidentemente, que esta não se trata de lei sobre educação, mas sobre a ação afirmativa na educação. Ação afirmativa não é diretriz de base da educação, tanto que há uma lei federal específica sobre ações afirmativas na universidade, que, contraditoriamente, é trazida pelo Procurador-geral da República como um fundamento na inconstitucionalidade formal.

Qual seria, então, a classificação da matéria para este fim, do ponto de vista do Procurador-geral da República? A lei federal, ao atribuir a ação afirmativa diretamente às universidades, teria praticado o fenômeno da deslegalização, o qual é muito discutido nas agências reguladoras, ou seja, a regulação direta do constituinte com o órgão que receberia, portanto, parcela de competência legiferante diretamente.

Imperioso, aqui, ressaltar o fato de que, ainda que pelo princípio da eventualidade, como pode ser afastada a inconstitucionalidade formal, cumpriria ao Procurador-geral da República ter entrado no mérito da questão.

Histórico da Ação Afirmativa

É fato, pois, que existe ação afirmativa, ou seja, a percepção jurídica de se concretizar materialmente a igualdade desigualando pessoas, nos mais diversos países e ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a idéia de um sistema de cotas, em outras palavras, a idéia de se proteger alguém, já foi, embora não organizada e coordenadamente, retificada em diversas legislações esparsas.

A ação afirmativa, no contexto brasileiro, iniciou-se com a Batalha dos Guararapes. Um exemplo que se concretizou ainda no regime escravocrata, com a alforria dos voluntários da pátria na Guerra do Paraguai.

Este exemplo mostra a questão em cotejo em um paralelo com o problema americano dos soldados negros na guerra. Fato é que o Brasil não era, no século XX, nem no século XXI, uma potência guerreira. Era, no entanto, uma esta potência no século XIX e precisava de atrativos razoáveis para que os escravos lutassem na guerra.

Na verdade, não era exatamente uma ação afirmativa, porém, foi o primeiro momento em que se cogitou dar ao escravo brasileiro uma situação de sujeito de direito, pois tinha alcançado a cidadania por merecimento.

Mais tarde, observa-se a legislação de Vargas, a qual protege os trabalhadores nacionais, estabelecendo cotas de trabalhadores brasileiros para impedir que a imigração ocorresse de maneira absoluta. Neste caso, também não há, ainda, uma perspectiva de direito individual, não há uma perspectiva de democracia de direito, mas já há uma possibilidade de se desigular para igualar.

Na Constituição Federal de 1988, tem-se o maior exemplo, até então constatado, de ação afirmativa concretamente realizada. Trata-se da proteção de pessoa portadora de deficiência física. Esta disposição encontra-se tanto como uma cláusula genérica de ação afirmativa, nas disposições gerais, como na cláusula do artigo 37, VI, desta Constituição, que concede um tratamento especial à pessoa portadora de deficiência física no serviço público.

Considerações Finais

A partir de toda esta análise, pode-se, então, adotar alguns paradigmas de razoabilidade que possam ser adotados nos demais casos. É necessário que se interprete a igualdade do ponto de vista material, à luz da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, estas questões devem ser analisadas sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e, assim, admitir que para se igualar, existe desigualdade.

A lei federal determinou que as universidades adotassem um programa de ação afirmativa. A nota mínima seria, portanto, um critério

de razoabilidade. Ademais, uma avaliação anual é fundamental para que se possa ver se os alunos beneficiados pelas cotas da ação afirmativa possuem condições mínimas para a nova realidade. Por outro lado, as universidades devem se preparar pedagogicamente para este novo contexto.

4. Conclusões finais

Depois do Prof. Augusto Werneck, houve a intervenção do Prof. Guilherme Pena, mestrando do Programa de Pós-Graduação, seguido dos debates com todos os palestrantes. No final, já por volta das 14hs, foram encerrados os trabalhos.

Normas de Publicação

Os trabalhos enviados para publicação na Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – *Direito, Estado e Sociedade* – deverão ser inéditos ou ter tido circulação restrita. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circularem na Internet.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete e acompanhados de uma cópia impressa. O processador de texto recomendado é o Microsoft Word. É permitido, contudo, utilizar qualquer processador de texto, desde que os artigos sejam gravados no formato .rtf (*Rich Text Format*), formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ser precedidos ou sucedidos por uma folha com o título do trabalho, nome do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições a qual pertença e a principal atividade exercida. Se for o caso, deve-se expressamente autorizar sua divulgação na *home page* do Departamento de Direito. Os artigos só serão divulgados na *home page*, porém, um ano após sua publicação impressa.

4. Quanto à forma, os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 15 e 20 laudas. Os parágrafos devem ser

alinhados a 1,27 cm da margem esquerda escrita. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina este, automaticamente. A fonte utilizada deve ser *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos não devem ter entrelinha; as margens são de 3,0 cm no lado esquerdo, 3,0 cm no lado direito e 2,5 cm nas margens superior e inferior. O tamanho do papel deve ser A4.

5. Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas com recuo de 2 cm, somente na margem esquerda escrita, mesma fonte *Times New Roman*, mas em corpo 11, sem o uso de itálico e nem de aspas.

6. Se o trabalho contiver sub-divisões, deverá ser precedido de um Sumário, numerado, com as divisões do texto, separada cada divisão da outra por um travessão. Exemplo:

Sumário: 1. Realidade social e ordenamento jurídico; – 2. Regras jurídicas e regras sociais; – 3. O jurista e as escolhas legislativas; – 4. O Código Civil; – 5. A Constituição; – 6. A chamada descodificação; – 7. Conclusão.

7. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). A referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; palavra edição abreviada; ponto; local; espaço; dois pontos; espaço; editora (suprimindo-se os elementos que designam a natureza comercial da mesma); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplo:

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

8. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

9. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos ao Conselho Editorial da Revista, ao qual cabe a decisão final sobre a publicação. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial não necessariamente serão publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

10. Trabalhos de alunos de graduação, excepcionalmente, poderão vir a ser publicados mas, para serem submetidos ao Conselho Editorial, deverão ser

encaminhados à Coordenação de Publicação por um professor.

11. Os artigos publicados poderão ser também divulgados na *home page* do Departamento, desde que o autor (ou autores) autorize(m) expressamente tal divulgação.

12. Os trabalhos não publicados só serão devolvidos se for feita solicitação neste sentido, até um ano após o seu envio.