

2005
Número 3 • Ano 2
Edição em Português

● **Caroline Dommen**

Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

● **Carlos M. Correa**

O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento

● **Bernardo Sorj**

Segurança, segurança humana e América Latina

● **Alberto Bovino**

A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

● **Nico Horn**

Eddie Mabo e a Namíbia:
Reforma agrária e direitos pré-coloniais à posse da terra

● **Nlerum S. Okogbule**

O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas

● **María José Guembe**

Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina

● **José Ricardo Cunha**

Direitos humanos e justiciabilidade:
Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

● **Louise Arbour**

Plano de ação apresentado pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos



SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Está disponível na internet em <<http://www.surjournal.org>>

CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidade de Pretória (África do Sul)

Emílio García Méndez

Universidade de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidade de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidade de Gana (Gana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidade do Cairo (Egito)

Richard Pierre Claude

Universidade de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÊ EXECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura D. Mattar

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO

Elzira Arantes

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Denise Costa Felipe, Francis Aubert, Noêmia A. Ramos, Regina M. Arantes Ramos

CIRCULAÇÃO

Camila Lissa Asano

Laura D. Mattar

IMPRESSÃO

Pro! Editora Gráfica Ltda.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <<http://www.surjournal.org>>

SUR – REDE UNIVERSITÁRIA DE DIREITOS HUMANOS é uma rede de acadêmicos com a missão de fortalecer a voz das universidades do Hemisfério Sul em direitos humanos e justiça social e promover maior cooperação entre estas e as Nações Unidas. Internet <<http://www.surnet.org>>

CONSELHO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro
Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa
Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj
Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie
Sciences-Po (França)

Cosmas Gitta
PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato
Universidade Central da Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna
Universidade Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick
Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés
Universidade de Mainz (Alemanha)

Fateh Azzam
Universidade Americana do Cairo (Egito)

Guy Haarscher
Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)

Jeremy Sarkin
Universidade de Western Cape (África do Sul)

João Batista Costa Saraiva
Tribunal Regional de Crianças e Adolescentes de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas
Universidade do Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes
Universidade de São Paulo (Brasil)

Julia Marton-Lefevre
Universidade para a Paz (Suíça)

Lucia Dammert
FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli
Universidade de Roma (Itália)

Luiz Eduardo Wanderley
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Malak Poppovic
Fundação das Nações Unidas (Brasil)

Maria Filomena Gregori
Universidade de Campinas (Brasil)

Maria Hermínia de Tavares Almeida
Universidade de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez
Fundação Restrepo Barco (Colômbia)

Miguel Cillero
Universidade Diego Portales (Chile)

Milena Grillo
Fundação Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis
Universidade Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira
Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Philip Alston
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.
Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman
Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Victor Abramovich
Centro de Estudos Legais e Sociais (Argentina)

Victor Topanou
Universidade Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand
Centro Irlandês de Direitos Humanos,
Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

APRESENTAÇÃO



Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos é uma publicação semestral que apresenta uma perspectiva analítica e reflexiva sobre os direitos humanos no contexto dos países do Hemisfério Sul. Com o objetivo de fortalecer o diálogo Sul-Sul e Sul-Norte entre ativistas de direitos humanos, acadêmicos e funcionários das Nações Unidas, a revista promove um debate crítico sobre vários assuntos relacionados ao tema. Rompe consensos e abre espaços para o aperfeiçoamento dessa discussão. Assim, faz um convite ao dissenso, na convicção de que uma doutrina de direitos humanos consistente somente será estabelecida depois de um intenso intercâmbio de idéias.

Por estarmos convencidos da importância de uma ampla divulgação desse debate, produzimos a revista em três idiomas (inglês, português e espanhol). Cerca de 6 mil exemplares das duas primeiras edições foram distribuídos gratuitamente em mais de 100 países. Para estender ainda mais o alcance da publicação, colocamos disponível no site <www.surjournal.org> a versão integral dos artigos nos três idiomas.

Para esta edição, foram submetidos trabalhos de treze países (Argentina, Brasil, Camarões, Chile, Estados Unidos, Índia, Irlanda, Namíbia, Nigéria, Reino Unido, Suíça, Tanzânia e Uganda). Após a seleção feita por um Conselho Editorial Internacional, formado por professores e especialistas em direitos humanos e por funcionários das Nações Unidas, estamos publicando oito trabalhos, um dos quais relata um projeto de pesquisa. Os temas abordados são: segurança e direitos humanos; comércio e direitos humanos; acesso à justiça nos âmbitos nacional e internacional; e reforma agrária.

Dois dos artigos são colaborações de participantes do Grupo de Reflexão, organizado pela **Sur** em abril de 2005, e versam sobre o tema **comércio e direitos humanos**. Caroline Dommen discute mecanismos que, ao proteger os direitos humanos, favorecem as práticas comerciais nas quais estão inseridos. Carlos Correa descreve os avanços realizados no processo de flexibilização do Acordo TRIPS para medicamentos

e mostra como a Declaração de Doha e a Decisão do Conselho do TRIPS, de 2003, são insuficientes para garantir a redução dos preços e a negociação de licenças voluntárias.

Delineando uma ponte entre **segurança e direitos humanos**, o artigo de Bernardo Sorj aborda o tema sob o ponto de vista dos problemas latino-americanos.

Quatro artigos – de Alberto Bovino, Nlerum S. Okogbule, Maria José Guembe e José Roberto Cunha – discutem diferentes aspectos do tema **acesso à justiça**, nos âmbitos nacional e internacional. Sob uma perspectiva internacional, Bovino estuda as peculiaridades da valoração da prova pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando a flexibilidade demonstrada por esse órgão jurisdicional ao apreciar graves violações de direitos. Okogbule avalia os obstáculos específicos que dificultam o acesso à justiça no contexto da Nigéria. Guembe discute a decisão da Corte Suprema da Argentina que julgou inconstitucionais as leis de anistia em benefício dos militares envolvidos em violações aos direitos humanos durante a ditadura. Cunha apresenta os resultados de sua pesquisa realizada no Rio de Janeiro, Brasil, sobre o grau de familiaridade dos magistrados com o direito internacional em questões relativas aos direitos humanos, bem como o uso que fazem desse conhecimento.

A reforma agrária na Namíbia é tema do texto de Nico Horn, que considera as implicações do processo de colonização e do direito consuetudinário.

Embora muito diversos em seus temas e abordagens, todos os artigos têm um ponto de partida em comum – a contextualização dos direitos humanos – e buscam contribuir para a reconstrução desses direitos, tendo em vista sua implementação e a garantia de um melhor atendimento às demandas locais e regionais.

Para encerrar esta edição, apresentamos o resumo do Plano de Ação da Alta Comissária para os Direitos Humanos, Louise Arbour, que propõe mecanismos para aumentar a efetividade na proteção aos direitos humanos nos diversos países-membros das Nações Unidas.

SUMÁRIO

CAROLINE DOMMEN	7	Comércio e direitos humanos: rumo à coerência
CARLOS M. CORREA	27	O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento
BERNARDO SORJ	41	Segurança, segurança humana e América Latina
ALBERTO BOVINO	61	A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos
NICO HORN	85	Eddie Mabo e a Namíbia: Reforma agrária e direitos pré-coloniais à posse da terra
NLERUM S. OKOGBULE	101	O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas
MARÍA JOSÉ GUEMBE	121	Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina
JOSÉ RICARDO CUNHA	139	Direitos humanos e justiciabilidade: Pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
LOUISE ARBOUR	173	Plano de ação apresentado pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos

CAROLINE DOMMEN

Fundadora e diretora do 3D → Trade & Human Rights & Equitable Economy, Genebra, Suíça. Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de Londres.

RESUMO

Este artigo aborda estratégias que podem ser adotadas pelos ativistas de direitos humanos para assegurar que o comércio e as normas comerciais promovam, em vez de enfraquecer, tais direitos. Conclui que um modo eficaz de conseguir o respeito pelos direitos humanos no comércio internacional é buscar o diálogo com os responsáveis por essa política nos governos nacionais, e demonstrar que os direitos humanos podem desempenhar um papel positivo no sentido de garantir um sistema de comércio internacional justo e democrático. O artigo mostra ainda que os ativistas atuantes nessa área compartilham preocupações acerca das transações comerciais com grupos desenvolvimentistas, defensores dos direitos da mulher, ambientalistas e outros que já atuam no comércio; e sugere que os defensores de direitos humanos demonstram, ao recorrer a mecanismos relevantes de *accountability*, como podem tornar as transações comerciais mais equitativas e mais favoráveis aos direitos humanos. [Artigo original em inglês.]

PALAVRAS-CHAVE

Comércio – Direitos humanos – OMC – Desenvolvimento

COMÉRCIO E DIREITOS HUMANOS: RUMO À COERÊNCIA

Caroline Dommen*

Nos últimos anos, têm sido levantadas muitas questões a respeito do papel da liberalização do comércio no fortalecimento – ou no enfraquecimento – dos direitos humanos, e sobre a possibilidade de os acordos comerciais fazerem mais – ou nada fazerem – em prol desses direitos.

As questões vêm dos mais diversos setores: os defensores dos direitos humanos querem garantir que o comércio e suas regulamentações não sejam prejudiciais ao gozo desses direitos (perspectiva da “coerência”); outros advogam o uso das sanções comerciais como instrumento para assegurar o respeito por padrões mínimos de direitos humanos (perspectiva da “condicionalidade”); os adeptos do livre-comércio e os países em desenvolvimento temem que a aplicação dos padrões de direitos humanos atue contra o livre-comércio, solapando assim o bem-estar econômico; os desenvolvimentistas, por sua vez, vêem nos “direitos humanos” um *slogan* útil.

Atores tão diversos oferecem perspectivas muito diferentes do que entendem por “comércio e direitos humanos” e, assim, uma boa dose de confusão envolve os debates acerca desses tópicos.

Este artigo aborda estratégias que podem ser usadas pelos defensores dos direitos humanos para garantir que o comércio e suas regulamentações se desenvolvam de modo a promover, mais do que a enfraquecer esses direitos. Após examinar o contraditório processo de negociações comerciais em relação aos direitos humanos, discute os riscos de debilitação desses direitos pela aplicação de normas comerciais. O artigo descreve então algumas formas de

* A autora agradece a Juana Kweitel pela colaboração no preparo deste artigo para publicação, ressaltando que se responsabiliza por todas as opiniões aqui expressas e por quaisquer erros que possam ter permanecido.

garantir que os direitos humanos sejam protegidos e promovidos no comércio mundial, e adverte contra certas iniciativas que podem ser contraproducentes.

Para concluir, mostra que um modo efetivo de obter o respeito pelos direitos humanos na política de comércio internacional (especialmente no âmbito da Organização Mundial do Comércio, a OMC) consiste em aumentar o interesse pelos direitos humanos dos responsáveis por tais políticas em nível nacional, demonstrando o papel positivo que uma atuação favorável aos direitos humanos pode desempenhar para garantir que se construa um sistema de trocas internacionais justo e democrático.

Falta de transparência e participação limitada: contradições dos direitos humanos

A política comercial é notória por ser pouco transparente e antidemocrática. A falta de transparência e participação, por si mesma, não é necessariamente prejudicial aos direitos humanos. Mas muitas vezes causa danos. Ela também se coloca em oposição direta aos princípios dos direitos humanos, como o direito de toda pessoa participar do governo de seu país, expresso no Artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o direito de acesso à informação, previsto no Artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP); e o direito dos cidadãos de participar da condução de assuntos públicos, estabelecido pelo Artigo 25 do PIDCP.

Embora o acesso a documentos e a assembléias tenha melhorado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, muitos documentos-chave não são abertos ao público até deixarem de ser relevantes – se é que podem vir a se tornar públicos algum dia. E os avanços dentro da organização multilateral têm sido contrabalançados pelo crescente número de negociações comerciais bilaterais, tão secretas que, em comparação, a OMC parece ser absolutamente transparente.

Na verdade, as negociações comerciais bilaterais quase sempre transcorrem longe dos olhos do público. Com frequência, evoluem com tamanha rapidez que se torna impossível para os representantes de entidades da sociedade civil – ou, às vezes, até para ministros de Estado que não estejam participando da negociação – discutir as minutas, ou contribuir com seu conhecimento de áreas específicas envolvidas. Um exemplo pode ser encontrado na Tailândia: o grupo local Free Trade Agreements Watch (FTA Watch) informa que, nas negociações voltadas para o comércio bilateral com os Estados Unidos, os norte-americanos impuseram verbalmente ao governo tailandês que o processo fosse mantido em segredo.¹ Outro acordo comercial (com a Austrália) foi assinado pelo governo tailandês

1. Ver “Thailand’s Free Trade Agreements and Human Rights Obligations” (FTA Watch Thailand, mar. 2005). Disponível em <www.ftawatch.org/autopage1/show_page.php?t=21&s_id=8&d_id=8>. Acesso em 8 ago. 2005.

sem envolver o Parlamento, e sem revelar ao povo o conteúdo do acordo antes da conclusão do pacto que, mesmo assim, foi divulgado apenas em inglês.

Além de contrariar os padrões internacionais de direitos humanos acima referidos, isso vai também contra a Constituição tailandesa, que promove a participação pública nas tomadas de decisão políticas e no monitoramento do exercício do poder por parte do Estado;² opõe-se ainda às normas comerciais dos Estados Unidos destinadas a obter a mais ampla transparência no processo de negociação. Situações desse tipo se repetem em inúmeros acordos comerciais bilaterais entre países industrializados e países em desenvolvimento.³

Essa falta de transparência favorece resultados que contrariam os direitos humanos. Em muitos casos, atribui papel mais importante aos grupos empresariais do que aos grupos de interesse público, na medida em que os governos tendem a consultar o meio empresarial e a beneficiá-lo, em detrimento da sociedade civil.⁴ Por exemplo, os interesses da Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA)* se refletem em quase todos os acordos comerciais bilaterais recém-firmados pelo país,⁵ o que acaba por deixar fora do alcance de muitos os remédios disponíveis no mercado, contrariando o princípio do direito à saúde de facilitar o acesso aos medicamentos.⁶

* Associação de Fabricantes de Remédio e de Pesquisa Farmacêutica dos Estados Unidos. [NT]

2. A Seção 76 da Constituição da Tailândia diz: "O Estado promoverá e incentivará a participação pública nas políticas de planejamento, na tomada de decisões sobre questões políticas, na preparação de planos de desenvolvimento econômico, social e político e na fiscalização do exercício de poder estatal".

3. Bipartisan Trade Authority Bill (Seção 2102 b.5, 2002).

4. Para uma discussão sobre a representação de interesses empresariais na OMC, ver C. Dommen, "The WTO, International Trade, and Human Rights", in: Windfuhr (ed.), *Beyond the Nation State – Human Rights in Times of Globalization* (Global Publications Foundation, 2005). Disponível em <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=13&IDcat=5>. Acesso em 6 set. 2005.

5. Ver M. Asif Ismail, "Exporting Prices, Drug Makers' Trade Group Makes the Industry's Priorities US Trade Policy" (Washington DC, Center for Public Integrity, jul. 2005). Disponível em <www.bilaterals.org/article.php3?id_article=2233>. Acesso em 8 ago. 2005.

6. Ver *press release* das Nações Unidas, "US-Peru Trade Pact Negotiations: Special Rapporteur on Right to Health Reminds Parties of Human Rights Obligations" (jul. 2005). Disponível em <www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/502C4F87F9FF119BC125703D00396440?opendocument>. Acesso em 8 ago. 2005. Para uma discussão dos benefícios e desvantagens dos acordos comerciais bilaterais, com foco no impacto das leis de propriedade intelectual no acesso a medicamentos, ver Hamed El-Said & Mohammed El-Said, "TRIPS, Bilateralism, Multilateralism & Implications for Developing Countries: Jordan's Drug Sector" (*Manchester Journal of International Economic Law*, abr. 2005). Disponível em <www.bilaterals.org/article.php3?id_article=2192>. Acesso em 8 ago. 2005.

Além disso, uma transparência maior nas negociações poderia promover a *accountability* requerida para ajudar os países em desenvolvimento a realizar acordos comerciais mais favoráveis, atendendo a necessidades das camadas mais vulneráveis de sua população e compatíveis com os princípios de direitos humanos. Este é particularmente o caso de negociações comerciais bilaterais com significativo desequilíbrio de poder, nas quais os países em desenvolvimento se vêem freqüentemente pressionados a assinar acordos que não atendem a seus próprios interesses.

Mesmo na Organização Mundial do Comércio, em que a ampla participação dos países em desenvolvimento ajuda os membros economicamente mais fracos a negociar em conjunto e a resistir a pressões, os países em desenvolvimento têm dificuldade em fazer seus interesses serem levados em consideração. Em teoria, a OMC é democrática, pois os votos de todos os membros são iguais. Mas, na realidade, não é fácil a participação igualitária dos países em desenvolvimento.⁷ Um dos motivos é a falta de recursos. Muitos dos países mais pobres nem conseguem ter representantes na OMC, em Genebra. Outros contam apenas com um delegado em tempo parcial para cobrir toda a amplitude dos assuntos discutidos naquele organismo, além de pequeno corpo de funcionários dedicado à política comercial em suas próprias capitais. Em contraste, o Japão tem 23 delegados na OMC, em Genebra, e os Estados Unidos têm 14 – assim como grandes e bem-equipados gabinetes comerciais em Tóquio e em Washington, respectivamente.⁸

Soma-se ainda o fato de os países pobres com freqüência serem obrigados a fazer concessões para poder negociar com os mais ricos. Assim, na prática, as novas normas comerciais pendem a favor dos ricos, e não refletem necessariamente os interesses de longo prazo dos países mais pobres e seus cidadãos. Mesmo defensores ferrenhos da Organização Mundial do Comércio admitem que, no processo de criação desse organismo, os países em desenvolvimento assumiram uma quantidade substancial de obrigações a mais que os desenvolvidos.⁹ Na seqüência, estes últimos manifestaram pouca vontade política ao tratar de questões caras aos países em desenvolvimento. Isso é exacerbado pelo fato de que o Secretariado da Organização Mundial do Comércio, supostamente neutro, em geral age no sentido de apoiar o que os

7. Um estudo de 1998 mostrou que dos 97 países em desenvolvimento que eram membros da OMC, 56 não participavam efetivamente de suas ações. Constantine Michalopoulos, "The Participation of the Developing Countries in the WTO" (relatório de pesquisa sobre a política do Banco Mundial, 1998).

8. Ver Fatoumata Jawara & Aileen Kwa, *Behind the Scenes at the WTO – The Real World of International Trade Negotiations* (Londres & Nova York: Zed Books, 2003).

9. Jeffrey Schott, "WTO 2000: Setting the Course for World Trade" (1998).

países industrializados querem, em detrimento dos demais. Em junho de 2005, por exemplo, tanto o Secretariado da Organização Mundial do Comércio quanto o presidente das negociações de serviços fizeram forte oposição às propostas apresentadas por vários países em desenvolvimento.¹⁰

Embora os países em desenvolvimento tenham, em anos recentes, aumentado sua força conjunta na Organização Mundial do Comércio e obtido alguns sucessos – tanto em termos de resultados quanto de procedimentos – há um outro lado nesse sucesso. À medida que os países em desenvolvimento passaram a ter participação mais significativa nos trabalhos da entidade e ter seus pleitos levados em consideração, surgiu um movimento no sentido de afastar de Genebra a tomada de decisões comerciais, em direção a algo como “microexecutivas” da OMC – encontros extra-oficiais promovidos por um membro da Organização, que desempenha papel crucial na determinação do resultado das negociações. Em geral, apenas os ministros de alguns países seletos são convidados para tais reuniões, nas quais as economias mais poderosas têm um papel desproporcional.

Um aspecto ainda mais preocupante é o fato de que a tomada de decisões comerciais tem ocorrido em acordos regionais ou bilaterais. Esse afastamento do multilateralismo e do escrutínio público desperta as mais significativas inquietações em relação aos direitos humanos descritas neste artigo.

A mudança de um único foro multilateral para uma infinidade de negociações bilaterais é motivo importante para que se busque responsabilizar os governos nacionais por suas posições na política comercial, exigindo, por exemplo, que levem a público todos seus posicionamentos nas negociações comerciais, e garantam estar conscientes das implicações de suas propostas no que tange aos direitos humanos.

Ingerências nacionais da OMC: restrição do espaço político

As normas da Organização Mundial do Comércio afetam os direitos humanos principalmente ao restringir a capacidade dos governos de regulamentar ou tomar outras medidas para promover o respeito a esses direitos em seus países. Na verdade, ao promover o “livre-comércio”, tanto os acordos da OMC quanto os bilaterais buscam afastar de uma vez quaisquer possíveis interferências de regulamentação no livre fluxo de bens e serviços, limitando assim a capacidade dos governos de adotar regras favoráveis ao desenvolvimento, à proteção ambiental e à defesa dos setores vulneráveis da sociedade. Isso tem motivado inquietações em relação a

10. Alexandra Strickner & Carin Smaller, “Formula One Racing: Who’s Going to Win the Grand Prix?” (IATP/TIP Geneva Update, jun. 2005).

fatores essenciais à subsistência, como alimentação e saúde,¹¹ e ao fornecimento de serviços básicos, como educação, saúde ou abastecimento de água.¹²

A lista de casos em que as regras comerciais da Organização Mundial do Comércio e outras similares têm prejudicado o gozo dos direitos a alimentação, saúde, educação e moradia, entre outros, seria longa. Além disso, muitos desses casos não são divulgados publicamente ou permanecem ligados de forma complexa a diversos aspectos da política econômica, tornando difícil para a população distinguir qual o papel dos acordos comerciais. Este artigo focalizará uma área em que as regulamentações impostas pela OMC podem limitar a capacidade dos países de tomar medidas que favoreçam os direitos humanos: as normas da OMC referentes ao comércio de serviços.

*Liberalização comercial no setor de serviços e dever regulador dos governos*¹³

A efetivação dos direitos humanos requer políticas nacionais eficazes. Tais políticas não são as mesmas para todos os países; não existe uma solução única para todas as situações. Os governos precisam ter seu espaço de regulamentação e flexibilidade para criar políticas normativas adequadas às necessidades e especificidades do país, da sociedade e do direito humano em questão. As normas internacionais e as negociações envolvendo liberalização comercial no setor de serviços ameaçam limitar o espaço político e a flexibilidade dos governos. Embora os serviços estejam contemplados na maioria dos acordos comerciais bilaterais, o marco global continua a ser a Organização Mundial do Comércio. Por isso, enfocaremos aqui a liberalização comercial dos serviços no quadro da OMC.

Um serviço é o resultado de uma atividade humana que não gera um bem tangível. Liberalizar significa permitir a competição entre fornecedores domésticos e estrangeiros na prestação de tais serviços. O alcance da liberalização comercial

11. Ver uma discussão da liberalização do comércio agrícola em relação aos direitos humanos em 3D & IATP, "Planting the Rights Seed – A Human Rights Perspective on Agriculture Trade and the WTO" (2005). Disponível em <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=38&IDcat=5>. Acesso em 7 set. 2005.

12. Ver também C. Dommen, "Raising Human Rights Concerns in the World Trade Organization – Actors, Processes and Possible Strategies" (*Human Rights Quarterly*, v. 24, pp. 1-50, 2002); e OHCHR, "Human Rights and Trade" (relatório apresentado à 5ª Conferência Ministerial da OMC em Cancun, 2003). Disponível em <www.unhchr.ch/html/menu2/trade/index.htm>. Acesso em 7 set. 2005.

13. Para uma discussão mais detalhada sobre a interferência das normas de liberalização comercial do setor de serviços nos direitos humanos, ver 3D & Forum-Asia, "Practical Guide to the WTO for Human Rights Advocates" (2004). Disponível em <www.3dthree.org/en/complement.php?IDcomplement=36>. Acesso em 7 set. 2005.

dos serviços no âmbito da Organização Mundial do Comércio e de outros acordos comerciais é enorme, englobando contabilidade, propaganda, telecomunicações, turismo e transporte. Tal liberalização pode interferir, como tem ocorrido, no acesso aos serviços básicos – e, assim, nos direitos humanos – em áreas como educação, saúde, segurança no trabalho ou acesso à água. No entanto, as regras dessa liberalização podem ir ainda mais longe no espaço de regulamentação de um governo e afetar os direitos humanos, como demonstra o caso “United States – Gambling” que discutiremos mais adiante.

A Organização Mundial do Comércio não impõe a privatização nem a desregulamentação de serviços, tampouco requer que qualquer país abra determinado setor de serviços para a competição internacional. Então, por que a OMC é responsabilizada pelas questões de direitos humanos surgidas a partir da liberalização dos serviços? Para responder a essa pergunta, este artigo examinará algumas dimensões dos direitos humanos sob três aspectos: privatização, desregulamentação e serviços protegidos.

Os serviços foram introduzidos no sistema de comércio multilateral no final da década de 1980, resultando, em 1995, na adoção do General Agreement on Trade in Services, GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, em português) como parte integrante do Acordo da OMC. Os esforços da OMC para liberalizar o comércio de serviços incluem-se em uma ampla tendência global no sentido de incrementar a participação do setor privado (e, de modo crescente, a entrada de grandes e poderosas corporações multinacionais) na realização de funções próprias do Estado, gerando competição em áreas nas quais, até então, a prestação de serviços cabia ao governo.

A liberalização não requer de modo explícito a privatização de determinado setor de serviços. Na prática, contudo, acaba por envolver a erradicação de monopólios – inclusive monopólios públicos –, na medida em que torna possível a competição. Com frequência, esse processo equivale ao de privatização. Desse modo, na vida real, há nítidas ligações entre liberalizar e privatizar, mas os acordos internacionais de comércio, incluindo os da OMC, se esquivam de dar preferência explícita ao fornecimento privado de serviços, em detrimento do público.

Em alguns setores, como o de telecomunicações na Ásia, houve substancial melhoria dos serviços após a privatização e a liberalização: a qualidade e a disponibilidade aumentaram e os preços caíram. Em outros, porém, o sistema criado tornou disponível, para os que podem pagar, um segmento de alta qualidade, enquanto restou para os pobres um segmento precariamente subsidiado pelo governo. Houve situações em que a privatização tirou determinados serviços do alcance das camadas pobres da sociedade: em Gana, por exemplo, até mesmo o preço da água – que o governo e o Banco Mundial consideram abaixo da taxa de mercado – está fora das possibilidades da maioria

das famílias. Na verdade, como o setor privado é guiado por objetivos comerciais e de lucro, a competição privada em serviços básicos não é o meio mais eficaz de assegurar acesso universal a serviços que são essenciais, mas não lucrativos.

A legislação de direitos humanos não obriga os Estados a serem os únicos provedores de serviços essenciais. No entanto, exige que os Estados garantam o fornecimento de serviços essenciais, sobretudo para os pobres, vulneráveis e marginalizados. A crescente oferta de serviços diferenciados para camadas distintas da população constitui uma discriminação *de facto* contra os setores mais vulneráveis ou marginalizados, indo contra os direitos humanos. Na verdade, o princípio de não-discriminação, central na legislação desses direitos, proíbe a discriminação baseada na capacidade de pagar pelos serviços básicos.

Além de criar obstáculos para o acesso a serviços essenciais, a privatização e a liberalização podem tornar mais difícil a regulamentação por parte dos governos. Em termos de direitos humanos, regulamentar é não só uma necessidade como também um **dever**. De fato, a legislação referente aos direitos humanos exige que os Estados assumam medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e outras, adequadas ao atendimento de tais direitos.

Como outras normas comerciais, as do setor de serviços visam eliminar obstáculos ao comércio, inclusive possíveis interferências reguladoras. Enquanto as barreiras ao comércio de bens em geral são impostas nas fronteiras nacionais (por exemplo, mediante tarifas), barreiras ao comércio de serviços são mais complexas. Além do mais, as barreiras ao comércio de serviços com frequência afetam áreas cruciais da regulamentação doméstica, como critérios de licenciamento (por exemplo, licença para o estabelecimento de clínicas e laboratórios ou concessões para manejo do lixo), padrões profissionais mínimos, subsídios para provedores de serviços essenciais ou, ainda, objetivos sociais que devam ser observados por investidores e provedores de serviços estrangeiros.

Há um aspecto prático e outro legal na dificuldade dos governos em regulamentar os assuntos de interesse público, de modo a cumprir seu papel de principal responsável pelos direitos humanos. A dimensão prática relaciona-se às dificuldades de estabelecer regras para um setor privado cada vez maior e mais poderoso. No setor da saúde, por exemplo, a Organização Mundial do Comércio tem dado a entender que as empresas privadas podem subverter os sistemas de saúde por meio de pressão política e “apropriação reguladora”, isto é, pela cooptação de agentes reguladores para que atuem a seu favor. Quando o prestador de serviço é estrangeiro, é ainda mais difícil para os governos impor condições, em especial quando o Estado quer atrair investimentos estrangeiros.

O aspecto legal refere-se às regulamentações que serão autorizadas pelo Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. Embora o GATS de fato reconheça o direito dos membros da Organização Mundial do Comércio de “regular e introduzir novos regulamentos no fornecimento de serviços dentro de seus territórios, a fim

de ir ao encontro dos objetivos políticos nacionais”, ele estabelece certos limites e pode, assim, desafiar as prerrogativas reguladoras nacionais.

Uma recente decisão judicial do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC referente ao caso United States – Gambling levantou importantes questões a esse respeito.¹⁴ Antígua e Barbuda apresentaram ao sistema de solução de controvérsias da OMC uma objeção à proibição do jogo via internet pelos Estados Unidos, alegando que era uma violação dos compromissos firmados pelo país no GATS. O Órgão de Solução de Controvérsias estabeleceu que, no caso do jogo na internet, a proibição estado-unidense era justificada pela exceção de “moralidade pública” do GATS, que possibilita aos países derrogar cláusulas do acordo. Os defensores dos direitos humanos podem ver nessa decisão um incentivo para que outros países derroguem obrigações impostas pelo Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços no futuro, em apoio a objetivos de interesse público reconhecidos pelo próprio GATS.¹⁵

Entretanto, as preocupações persistem. Uma delas, bem significativa, refere-se ao risco de que a ampla interpretação do Órgão de Solução de Controvérsias quanto às restrições proibidas no âmbito do GATS possam ameaçar a validade de muitas regulamentações domésticas sobre serviços até agora consideradas lícitas.¹⁶

Outra questão reside nas determinações dos acordos bilaterais referentes a serviços. O Acordo de Livre-Comércio da América Central, ou CAFTA (Central American Free Trade Agreement, recém-concluído entre os Estados Unidos e vários países centro-americanos), inclui cláusulas que permitem a investidores estrangeiros contestar medidas governamentais incompatíveis com o tratado. O CAFTA não contém uma exceção similar à da “moralidade pública” do GATS; assim, uma empresa centro-americana pode ter êxito ao fazer uma objeção legal para derrubar medidas de interesse público, do tipo da proibição ao jogo na internet pelos Estados Unidos.¹⁷

Um aspecto específico das preocupações relacionadas aos direitos humanos

14. “United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Complaint Brought by Antigua and Barbuda)”. Relatório ao Órgão de Solução de Controvérsias, WT/DS285/AB/R, emitido em 7 abr. 2005.

15. Isso inclui as medidas necessárias para proteger a moralidade pública ou para manter a ordem pública; ou necessárias para proteger a vida e o bem-estar animal ou vegetal. Ver GATS, Artigo XIV: Exceções Gerais.

16. Joost Pauwelyn, “WTO Softens Earlier Condemnation of US Ban on Internet Gambling, but Confirms Broad Reach into Sensitive Domestic Regulation” (abr. 2005). Disponível em <www.asil.org/insights/2005/04/insights050412.html>. Acesso em 8 ago. 2005.

17. Peace Through Interamerican Community Action (PICA), “CAFTA Jeopardizes Maine’s Gambling Regulations” (jul. 2005, arquivo do autor).

no GATS envolve os serviços públicos. Não há certeza em relação à legitimidade da regulamentação governamental nessa área, que inclui serviços básicos; tampouco fica claro se está, ou não, no âmbito de atuação do GATS (o que significaria que as regulamentações governamentais, mesmo aquelas voltadas para o cumprimento dos direitos humanos, como subsídios para os provedores do governo, poderiam ser proibidas). De fato, as regulamentações nacionais estão sujeitas às obrigações gerais do GATS, incluindo a proibição de discriminação entre provedores de serviço de diferentes países.

Suponhamos que o governo de um país-membro da OMC (país A) não tenha assumido compromissos para liberalizar o comércio de serviços educacionais e administre a maioria das escolas, embora ainda disponha de ensino privado. Diante da falta de professores nas escolas públicas, e do impacto adverso dessa carência sobre o direito à educação, o país A decide firmar um acordo bilateral com o país B, para permitir que os professores de B solicitem a anulação dos requisitos para imigração, de forma que possam lecionar no país A. Apesar de o país A não ter compromissos na área da educação, o acordo com B pode ser considerado uma violação ao princípio de não-discriminação do GATS, por dar tratamento preferencial aos fornecedores de serviço do país B, em detrimento do país C. Mas a preferência concedida a B pode representar um genuíno propósito de política pública se a língua falada no país B for a mesma do país A, ou ainda, se ambos compartilharem de maior identidade cultural e histórica do que A com C.

No entanto, nesse cenário, se os serviços de educação não se enquadrarem no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, não haveria violação alguma. O motivo dessa dúvida a respeito do enquadramento no GATS de serviços públicos como a educação e outros deriva do fato de o acordo não se aplicar a “serviços prestados no exercício da autoridade governamental”. O Acordo define isso como sendo “qualquer serviço que não seja aplicável nem em bases comerciais, nem em competição com um ou mais fornecedores de serviço”; mas o verdadeiro alcance desse dispositivo não fica claro para ninguém, nem mesmo para os principais especialistas mundiais em GATS. De fato, o crescente fornecimento de serviços pelo governo em bases comerciais tem desafiado as distinções claras entre prestação de serviços governamentais e não-governamentais.

Outro modo pelo qual o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços pode reduzir a flexibilidade de um país para fazer regulamentações que sejam de interesse público é pela limitação da capacidade governamental de adotar medidas econômicas em favor de grupos desfavorecidos. A legislação sobre direitos humanos exige que os governos tomem medidas para garantir o gozo desses direitos a grupos particularmente vulneráveis. Em seus compromissos com o GATS, alguns governos se protegem em relação às medidas tomadas para esse fim. A Nova Zelândia, por exemplo, se salvaguarda, nas obrigações com o GATS, de “medidas atuais ou

futuras nos acordos principais e periféricos concedendo tratamento mais favorável a uma pessoa ou a uma organização maori para adquirir, estabelecer ou operar qualquer empreendimento comercial ou industrial”. A Austrália e a Malásia agem exatamente da mesma forma com seus povos nativos.

Os defensores do GATS podem se apoiar nesses exemplos para argumentar que o Acordo não restringe a capacidade de um governo buscar objetivos de interesse público, pois os países dispõem de um amplo leque de escolhas para decidir quais setores comerciais devem se comprometer com o GATS e quais ficarão isentos. Segundo argumentam, os países que precisam de isenções de política social podem construir o espaço político necessário para obtê-las. Contudo, se o país possui uma política para propiciar a um grupo desfavorecido o acesso a determinado serviço, mas não inclui essa medida como isenção no compromisso com o GATS, pode estar transgredindo esse acordo; o mesmo ocorrerá com um país que venha a introduzir políticas similares no futuro. Além do mais, a dinâmica da política, os desequilíbrios de poder ou simplesmente a complexidade das negociações comerciais às vezes levam os países a fazer acordos em áreas nas quais a liberalização ou a desregulamentação vão contra seus interesses nacionais. E isso não afeta apenas os países pequenos: o caso United States – Gambling baseou-se em um compromisso assumido pelos negociadores estado-unidenses, ao que parece de forma errônea, e o equívoco permaneceu sem ser detectado por quase dez anos, até ser contestado por Antígua e Barbuda na OMC.

Isso remete a outro assunto central no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços: seu efeito “*lock-in*”. Na prática, ao assumir um compromisso com o GATS, o país não mais poderá mudá-lo, mesmo que isso se torne necessário diante de circunstâncias posteriores. Do ponto de vista técnico, é possível reverter esse compromisso, dependendo da negociação de “compensações” com todos os parceiros comerciais afetados, o que pode representar um custo proibitivo. Isto quer dizer que, se eventos subseqüentes revelarem efeitos econômicos ou sociais negativos, talvez seja tarde demais para empreender uma ação corretiva, sendo limitado o raio de ação do governo para tomar medidas dedicadas a um problema social que só se manifestou após o estabelecimento do compromisso com o GATS.

Em resumo, parece que a liberdade dos governos para criar suas regras só existe na medida em que adotarem regulamentações compatíveis com o Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. A ameaça de ser levado a um painel de solução de controvérsias da OMC, devido a uma nova regulamentação que afeta prestadores de serviços estrangeiros, pode esfriar a disposição do governo para criar regras destinadas a promover os direitos humanos ou o interesse público. Do ponto de vista da democracia e da responsabilização, há uma preocupação adicional: em última instância, o julgamento sobre a compatibilidade de uma regulamentação doméstica com o GATS não será feita pelos governos, mas sim pelo painel de solução de controvérsias da OMC. E a função desse painel é aplicar a legislação comercial – e

não garantir a proteção do interesse público nos países-membros da OMC.

No momento, estão em andamento negociações para liberalizar os serviços no âmbito da OMC, bem como nos acordos bilaterais, e muitos países estão sendo submetidos a considerável pressão para liberalizar mais setores de serviço, ou para eliminar limitações nos compromissos já existentes. Além disso, os países em desenvolvimento estão sendo instados a assumir compromissos de liberalização do GATS em um espectro tão amplo de setores de serviço que se tornam incapazes de analisar as potenciais perdas de benefícios envolvidas em tal liberalização, sem falar no acesso ao mercado de serviços dos países industrializados.¹⁸

Na perspectiva dos direitos humanos, é importante que os países não se comprometam com novos setores abordados pelo GATS, até ser possível avaliar seu efeito sobre esses direitos. O próprio Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços estipulava que uma avaliação abrangente dos impactos da liberalização comercial de serviços deveria ter sido empreendida antes de 2000, mas esse compromisso permanece em aberto, para grande dissabor dos países em desenvolvimento. Ministros do comércio africanos, por exemplo, observaram em junho de 2003 que o “Conselho de Serviços não cumpriu satisfatoriamente a exigência de levar a termo a avaliação do comércio de serviços, conforme estipulado pelo GATS”. Representantes dos países latino-americanos e organizações não-governamentais do mundo todo têm manifestado preocupações semelhantes.

De forma construtiva, defensores dos direitos humanos juntaram suas vozes às reivindicações por uma avaliação do potencial e do impacto real das políticas de serviços, considerando que elas são fundamentais para garantir políticas e regulamentações mais apropriadas ao desenvolvimento e aos direitos humanos. O Alto Comissariado para os Direitos Humanos das Nações Unidas, por exemplo, reconheceu que cabe aos Estados a responsabilidade de evitar que compromissos firmados em outras áreas, inclusive no comércio, reduzam sua capacidade de estabelecer e implementar uma política de desenvolvimento nacional. Num estudo detalhado sobre os direitos humanos e a liberalização do comércio de serviços, o Alto Comissariado concluiu que os direitos humanos exigem um exame constante da política e da legislação comercial, na medida em que estas afetam o gozo desses mesmos direitos, e que tal avaliação é o principal meio de evitar a implementação de qualquer medida retrógrada que restrinja seu exercício.¹⁹

18. Ver por exemplo “Statement by Jamaica to the WTO Trade Negotiations Committee” (28 jul. 2005, arquivo do autor).

19. ONU, Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, “Liberalization of Trade in Services and Human Rights – Report of the High Commissioner” (E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 jun. 2002). Disponível em <[www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2002.9.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2002.9.En?Opendocument)>. Acesso em 8 ago. 2005.

Em defesa dos direitos humanos no comércio

Os defensores dos direitos humanos têm pela frente uma importante tarefa para garantir que o comércio e suas normas respeitem, promovam e cumpram esses direitos. Esta seção indica alguns pontos que vale a pena ter em mente para assegurar o êxito dos esforços de incorporação de tais preceitos aos acordos comerciais.

Em primeiro lugar, é essencial ter muita clareza sobre o que realmente queremos, ao falar em incorporação dos direitos humanos. Este artigo parte do pressuposto de que o desejo de seus defensores é que o comércio internacional e as normas comerciais, inclusive as elaboradas e aplicadas por meio da OMC, constituam um apoio, e não uma ameaça aos direitos humanos. Qual a melhor forma de se conseguir isso?

Alguns reivindicam abolir a Organização Mundial do Comércio como solução para as políticas comerciais incompatíveis com os direitos humanos. Outros pleiteiam o acréscimo da expressão “direitos humanos” nos textos da OMC e de outros tratados comerciais. Sustentamos aqui que essas reivindicações estão equivocadas, e que a melhor forma de assegurar que o comércio e as normas comerciais promovam os direitos em questão é ampliar o foco da lente sobre eles no âmbito da OMC, para integrar temas como não-discriminação, monitoramento, participação democrática e *accountability* a cada etapa do processo de elaboração e aplicação da política comercial. Esta seção indicará, então, algumas formas eficazes pelas quais defensores dos direitos humanos podem contribuir, por meio de sua própria experiência, para apoiar esforços de promoção de um regime comercial internacional mais justo e compatível com os direitos humanos.

A Organização Mundial do Comércio é muitas vezes acusada de ser a causa de injustiças econômicas; não faltam exemplos de normas e procedimentos injustos. Porém, mesmo entre os críticos, há diferenças categóricas de opinião sobre a possibilidade de abolir a OMC como solução para o problema. Alguns argumentam que as falhas da instituição são tão profundas que inviabilizam uma eventual reforma e que, portanto, ela precisaria ser extinta. Outros, contudo, apontam a importância de uma estrutura multilateral para o comércio internacional, já que somente uma estrutura multilateral pode ajudar a proteger as economias pequenas das mais fortes.

De fato, o processo e o conteúdo dos acordos comerciais bilaterais e regionais têm fornecido um vislumbre de como as normas comerciais externas à estrutura multilateral ameaçam muito mais a equidade econômica global e o gozo dos direitos humanos do que o sistema da Organização Mundial do Comércio. O modo de negociar esses acordos é muito mais secreto, embora as disparidades de poder sejam mais extremas e os resultados ainda menos equilibrados e mais prejudiciais ao interesse público do que os oriundos da OMC. Como afirmou recentemente George Monbiot, um crítico aberto da liberalização, a “única coisa pior do que um mundo

com normas de comércio internacional erradas é um mundo sem norma comercial alguma”.²⁰ Ele faz então um apelo para que a Organização Mundial do Comércio não seja sucateada, “mas transformada numa Organização do Comércio Justo, cujo propósito seja conter os ricos e ao mesmo tempo emancipar os pobres”.

Alguns têm reivindicado a inclusão das palavras “direitos humanos” nos textos da Organização Mundial do Comércio. Trata-se de um caminho perigoso, por três razões principais. Primeiro, a idéia de “nenhuma referência explícita” como ponto de partida no debate entre direitos humanos e OMC tem sido usada para apoiar visões fundamentalmente opostas. Quem não quer ver tais direitos discutidos no âmbito do organismo multilateral declara que, como os textos legais silenciam sobre a questão, a organização não tem obrigações ou incumbências relacionadas a eles. Os que querem ver a entidade se responsabilizar segundo padrões de direitos humanos dizem que uma linguagem explícita de direitos deveria ser incorporada a seus textos. Ambos parecem presumir que o único modo de responsabilizá-la pelos direitos humanos seria fazer clara menção a eles. A conclusão é que, sem explicitar a expressão “direitos humanos” em seus textos, a OMC não terá mandato para defendê-los.

Dada a dificuldade dos membros da OMC para entrar em acordo sobre as questões mais simples, uma mudança em seus textos legais requereria muito tempo e muita discussão. Isso é ainda mais real se levarmos em conta que, para muitos profissionais da organização, as expressões “direitos humanos” e “padrões trabalhistas” são equivalentes, e eles reagem com tenacidade à idéia de expandir as incumbências da OMC em ambos os casos. O segundo motivo que torna arriscado incluir as palavras “direitos humanos” nos textos da entidade é, pois, o tempo que seria necessário para tanto. Como o objetivo fundamental – e real – de explorar no âmbito da OMC os direitos humanos é lhes assegurar um apoio que não seja só de fachada, fazendo com que os atores econômicos efetivamente os promovam e protejam em suas negociações, reivindicar uma mudança nos textos não é uma boa maneira de os defensores dos direitos humanos gastarem seu tempo.

Uma terceira razão pela qual a explicitação da expressão “direitos humanos” talvez não traga resultados satisfatórios pode ser tirada da experiência do movimento ambientalista. As questões ambientais começaram a ser discutidas com seriedade pela comunidade comercial internacional a partir do início da década de 1990 – quer dizer, os ativistas ambientais têm dez anos de vantagem em negociações de política comercial sobre os defensores dos direitos humanos. Ainda que um pouco acanhadas, referências ao meio ambiente, já estavam presentes no Acordo de Marrakesh, de 1995, que criou a Organização Mundial do Comércio.

20. G. Monbiot, “I Was Wrong about Trade” (*The Guardian*, UK, 24 jun. 2003). Disponível em <www.monbiot.com>. Acesso em 7 set. 2005.

À época da Conferência Ministerial de Doha, tais referências eram freqüentes: a Declaração Ministerial de Doha contém inúmeras menções ao meio ambiente.

No entanto, quase nenhum ambientalista está satisfeito com o compromisso formulado pelos agentes comerciais, tampouco com a maneira como as negociações sobre o meio ambiente têm sido conduzidas na Organização Mundial do Comércio. É importante ressaltar que muitos ambientalistas hoje lamentam o fato de a inclusão formal das questões ambientais ter dado à OMC um papel grande demais na discussão da matéria. Baseados nessa experiência, especialistas em comércio e meio ambiente aconselham os defensores dos direitos humanos a se certificar de que qualquer reconhecimento desses direitos e princípios correlatos pela entidade sejam isoladas das normas do regime comercial, a fim de evitar que se proporcione à organização uma autoridade excessiva nas questões referentes aos direitos humanos.²¹ Numa tendência similar, outros grupos de interesse público estão buscando reduzir o alcance da OMC e limitar estritamente suas atividades à regulamentação dos aspectos técnicos do comércio.²²

Supondo que os defensores da integração dos direitos humanos às normas comerciais pretendam obter do comércio e de suas regras – inclusive as criadas e aplicadas por intermédio da OMC – mais apoio do que ameaças, a discussão até aqui indica que sua reivindicação seria mais bem atendida com a aplicação de instrumentos dos direitos humanos às políticas comerciais, no momento em que elas são criadas e implementadas, em vez de levar os direitos humanos à Organização Mundial do Comércio.

Como já comentamos, os processos de redução do espaço político para a regulamentação de interesse público não acontecem apenas na Organização Mundial do Comércio, mas também nos acordos bilaterais e na forma como os acordos comerciais são implementados em âmbito nacional. Vimos ainda que, quando as potências econômicas – países ou empresas privadas – não podem atingir seus objetivos por meio da OMC, se deslocam do foro multilateral para as negociações regionais ou bilaterais, nas quais podem exercer maior pressão e, com freqüência, atuar de modo mais reservado. Isso recomenda que se concentre o foco no nível nacional, espaço no qual a política comercial é formulada e aplicada, mesmo que existam regras estabelecidas na OMC ou em outras instâncias.

21. 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy and Rights & Democracy, “Towards Development: Human Rights and the WTO Agenda” (relatório de um debate realizado durante a Conferência Ministerial da OMC em Cancún, set. 2003). Disponível em <www.3dthree.org/en/page.php?IDpage=21&IDcat=5>. Acesso em 7 set. 2005.

22. Ver International Gender and Trade Network, “IGTN at Cancún”, reivindicando a redução do alcance da OMC em questões de comércio específicas (2003). Disponível em <<http://www.igtn.org/page/404>>. Acesso em 7 set. 2005.

Além disso, enquanto se preocupam com a OMC, os defensores dos direitos humanos tendem a deixar em segundo plano os mecanismos de direitos humanos. No entanto, as normas relativas a esses direitos e os mecanismos para sua implementação constituem uma base poderosa para assegurar que o comércio e os preceitos comerciais sejam equitativos, trabalhem pelo bem do interesse público e ofereçam mais apoio do que ameaças aos direitos humanos.

Paul Hunt, relator especial para o direito à saúde das Nações Unidas, por exemplo, tem indicado caminhos para que os direitos humanos possam desempenhar um papel positivo na definição de políticas domésticas de comércio equitativas, atentas às necessidades particulares dos mais vulneráveis e respeitadoras dos direitos humanos. Ele demonstrou como uma análise sob o ponto de vista do direito à saúde pode, em relação a medicamentos essenciais, ajudar a identificar intervenções políticas precisas e práticas para que o uso de remédios seja um benefício garantido pelo direito à saúde. Isso implica, entre outras coisas, certificar-se da **disponibilidade** de uma droga essencial em um dado país. Com tal objetivo, um país em desenvolvimento poderá se valer da flexibilidade existente em certas partes do Acordo TRIPS* para assegurar a disponibilidade de versões de baixo custo do remédio em questão. Este deve ser **acessível** a todos dentro do país, sobretudo aos que vivem na pobreza. Talvez seja necessária certa criatividade nos mecanismos de entrega (por exemplo, motonetas para as enfermeiras), e também pode ser preciso que o país evite impor taxas de importação que tornem o medicamento inacessível para o pobre. Finalmente, um remédio essencial tem de ser de **boa qualidade**, requerendo como condição que o país tenha um sistema para monitorar e checar essa qualidade.²³

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos chama a atenção também para maneiras de aplicar os direitos humanos no contexto comercial. O relatório de 2002 sobre comércio de serviços, por exemplo, afirma que a abordagem de direitos humanos na apreciação do impacto da liberalização do comércio de serviços introduz uma metodologia de avaliação que promove a participação popular e a consulta aos afetados pela liberalização – pobres, pessoas que dependem do serviço público, pequenas empresas e grupos industriais, bem como os ministérios das áreas social, comercial e de finanças. O relatório acrescenta que uma abordagem de direitos humanos nessas análises enfatiza a

* Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC), conhecido no Brasil por sua sigla em inglês, TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights). [NT]

23. Para uma análise mais detalhada, ver 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy and Rights & Democracy (op. cit., 2003).

transparência e a *accountability*, pois os resultados das avaliações e dos processos de negociação em foros comerciais ficam abertos ao escrutínio público.²⁴

Além disso, os defensores dos direitos humanos podem deixar claro que são capazes de desempenhar um papel positivo participando da elaboração e da formulação de políticas comerciais no nível doméstico. Em alguns países já tem ocorrido a intervenção de coalizões de grupos da sociedade civil na elaboração de políticas comerciais, mas – com exceção de sindicatos – os grupos de direitos humanos raramente participam. Seu envolvimento em tais processos não só ampliaria o leque de representações como também melhoraria o entendimento entre os defensores dos direitos humanos que atuam nos assuntos de política comercial.

Mesmo em relação a questões comerciais mais complexas, é possível adotar medidas bem simples para contribuir com uma abordagem voltada para os direitos humanos. Uma delas seria consultar o Ministério do Comércio para saber quais são os procedimentos adotados nas negociações comerciais para evitar a perda de flexibilidade e espaço político na adoção de medidas de proteção aos direitos humanos. Na área da saúde, por exemplo, os defensores dos direitos humanos poderiam perguntar aos funcionários do setor comercial do governo se eles se certificaram de que as propostas em áreas como propriedade intelectual ou serviços não ameaçam o benefício do direito à saúde.

Se a informação não for pública, ou se os funcionários manifestarem desconhecimento, os defensores dos direitos humanos podem alertá-los para a obrigação, em termos de direitos humanos, de permitir que as pessoas participem da tomada de decisões em assuntos que lhes dizem respeito e que possam monitorar a situação desses direitos em seu país. Eles poderão também lembrar aos responsáveis pela política comercial do governo seu dever de assegurar a não-discriminação em matéria de direitos humanos. Isso implica que, se uma determinada política comercial discrimina certo setor da população – e há consideráveis evidências de que a liberalização do comércio frequentemente tem efeitos adversos sobre as mulheres –,²⁵ ela será incompatível com as leis sobre direitos humanos. Conforme mostrou o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o respeito à exigência dos direitos humanos de evitar a discriminação não significa apenas proteger grupos e indivíduos da discriminação

24. OHCHR (op. cit., 2003, nota 12). O Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos para o Direito ao Desenvolvimento também enfatizou a necessidade de introduzir e fortalecer os padrões e princípios dos direitos humanos ao empreender avaliações sobre o impacto de políticas e normas de comércio e desenvolvimento. Ver "Right to Development", relatório da 6ª sessão do Grupo de Trabalho (2005), disponível em <www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/61chr/E.CN.4.2005.25.pdf>. Acesso em 8 ago. 2005.

25. Mariama Williams, *Gender Mainstreaming in the Multilateral Trading System – A Handbook for Policy-Makers and other Stakeholders* (Londres: Commonwealth Secretariat, 2003).

mais evidente, mas também impedir que determinados grupos e indivíduos sejam excluídos do cenário comercial.²⁶

Lembrar aos responsáveis pela política comercial sua obrigação de reprimir a discriminação é também uma forma de tornar explícito o *trade-off*. O conhecimento público de quem está sendo favorecido por uma determinada política comercial é um pré-requisito essencial para responsabilizar os atores econômicos – inclusive os do setor privado – por suas ações e por possíveis efeitos sociais adversos, derivados dos benefícios por eles obtidos com uma dada política comercial.

Conforme mostrou Mary Robinson, antiga Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, aumentar a participação das pessoas afetadas por uma política comercial contribui para que esta seja mais transparente, responsável e receptiva às necessidades daqueles que afirma servir, bem como mais sustentável e mais legítima.²⁷ A experiência em muitos países confirma isso. Em Uganda, por exemplo, onde há um processo de participação da sociedade civil na formulação das políticas comerciais, um funcionário do Ministério do Comércio afirmou recentemente que “os grupos desfavorecidos deste país, como os pequenos agricultores, são, em última instância, os mais afetados pelas políticas comerciais e econômicas. Com o contínuo envolvimento da sociedade civil nesse processo, mediante o estabelecimento de posições nacionais e o endosso de funcionários do governo presentes nas negociações, a voz desses grupos se fará ouvir”.²⁸

Também se dissemina o reconhecimento de que os países em desenvolvimento podem fortalecer sua voz nas negociações comerciais internacionais e aperfeiçoar sua capacidade de resistir às pressões dos mais poderosos – para que assumam, na área comercial, compromissos prejudiciais a seu desenvolvimento ou ao interesse público – se houver participação mais ampla de todos os interessados, em nível nacional. A experiência do Quênia, por exemplo, demonstrou que a influência exercida pela sociedade civil sobre o Ministério do Comércio permitiu que o país se tornasse apto a submeter propostas de negociação oportunas à OMC, e assim participar do processo de forma significativa.

A estrutura dos direitos humanos pode fornecer um instrumento adicional de resistência às pressões para concordar com normas comerciais que reduziriam a flexibilidade e o espaço político que protegem o interesse público e os direitos humanos. Na verdade, os países em desenvolvimento poderiam, nas negociações comerciais, usar suas obrigações em direitos humanos como um escudo para poupá-los de se envolver em compromissos de liberalização comercial que reduziriam sua

26. OHCHR (op. cit., 2003, nota 12).

27. 3D → Trade – Human Rights – Equitable Economy & Rights & Democracy (op. cit., 2003).

28. Apud David Ddamilura & Halima Noor Abdi, *Civil Society and the WTO: Participation in National Trade Policy Design in Uganda and Kenya* (Londres: Cafod Trade Justice Campaign, 2003).

capacidade de proteger esses direitos. O Brasil fez isso a partir de 2001, apresentando uma série de resoluções sobre acesso a medicamentos à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Essas resoluções fizeram parte de uma bem-sucedida estratégia global liderada pelo Brasil para obter o reconhecimento do acesso a medicamentos como um direito humano, e que apoiou os esforços dos países em desenvolvimento na OMC para garantir o reconhecimento de seu direito de produzir remédios genéricos de baixo custo e disponibilizá-los à população.²⁹

Os defensores dos direitos humanos poderiam fazer melhor uso dos mecanismos internacionais, como os órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas, em apoio à ação nacional dirigida à garantia de que tais direitos sejam levados em conta nas políticas referentes ao comércio internacional. Às vezes, os membros dos órgãos de supervisão levantam questões relativas ao comércio,³⁰ mas não de forma coordenada, e raramente como parte de uma estratégia específica movida pelo interesse em integrar os direitos humanos às políticas comerciais.

A preocupação com a falta de transparência e participação na política comercial é compartilhada por grupos desenvolvimentistas como Focus on the Global South e Oxfam; grupos ambientalistas como o Center for International Environmental Law (CIEL); e grupos de mulheres como o International Gender and Trade Network (IGTN). No entanto, embora muitas vezes façam referências aos direitos humanos, poucos de fato recorrem ao arcabouço específico para apoiar sua atuação em relação ao comércio. Os defensores dos direitos humanos poderiam fazer avançar de modo significativo a agenda de interesse público em relação ao comércio, demonstrando a especial utilidade do monitoramento internacional desses direitos e dos mecanismos de *accountability* para outros ativistas do interesse público.

Na verdade, os defensores dos direitos humanos compartilham inúmeras preocupações com outros defensores do interesse público. Assim, para que possam assegurar a incorporação dos direitos humanos à política comercial internacional, o melhor caminho é levar ao conhecimento de outros ativistas sua força e sua habilidade, e promover a união dos esforços para conseguir que o comércio internacional e suas normas – inclusive as promovidas e aplicadas pela Organização Mundial do Comércio – representem mais um apoio do que uma ameaça aos direitos humanos.

29. Ver C. Dommen, "WTO and Human Rights Bodies Reach Out to Each Other", in: *Between Trade and Sustainable Development* (Bridges 7:3, abr. 2003). Disponível em <www.ictsd.org/monthly/archive.htm>. Acesso em 7 set. 2005.

30. Ver em <www.3dthree.org> um guia prático para elucidar questões referentes a comércio e direitos humanos.

CARLOS M. CORREA

Advogado e economista, professor da Universidade de Buenos Aires, Argentina.

RESUMO

O Acordo TRIPS introduziu importantes mudanças nas normas internacionais dos direitos de propriedade intelectual e o amplo alcance de suas implicações fez com que se convertesse em um dos componentes mais controversos do sistema da Organização Mundial do Comércio (OMC). Por iniciativa dos países em desenvolvimento, as questões referentes à saúde pública inseridas no Acordo TRIPS redundaram na adoção, em 2001, da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública. A ela se seguiu, em 2003, a Decisão do Conselho do TRIPS, para tratar da implementação do parágrafo 6 da Declaração de Doha. Neste artigo, o autor afirma ser improvável que a implementação da Decisão exerça pressão suficiente para os detentores de patente reduzirem seus preços ou negociarem licenças voluntárias. Ele ressalta que é provável o prosseguimento das controvérsias, em particular na medida em que os países desenvolvidos procurarem proteção fora do Acordo, por meio da interpretação ou da negociação de acordos bilaterais e regionais e mediante concessão de patentes sobre avanços triviais, para bloquear ou retardar a concorrência dos genéricos. [Artigo original em inglês.*]

PALAVRAS-CHAVE

Comércio – Propriedade intelectual – OMC – Declaração de Doha – Saúde – TRIPS

* Publicado em *Emory International Law Review*, vol. 17, n. 2. Atlanta (Ga.), 2003.

O ACORDO TRIPS E O ACESSO A MEDICAMENTOS NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Carlos M. Correa

A Declaração de Doha e a saúde pública

O Acordo TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), da Organização Mundial do Comércio (OMC), acarretou importantes mudanças nas normas internacionais referentes aos direitos de propriedade intelectual.¹ Devido ao amplo alcance de suas implicações, em particular para os países em desenvolvimento, tornou-se um dos componentes mais controversos do sistema da OMC. Intensas discordâncias sobre seu escopo e seu conteúdo surgiram durante a Rodada Uruguai entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento, e entre os próprios países desenvolvidos. A implementação do Acordo e sua revisão, em conformidade com a “agenda construída”, também geraram contenda.²

Foi esse o caso dos produtos farmacêuticos. Por sua própria natureza, as patentes permitem que os fabricantes de produtos farmacêuticos estabeleçam preços acima dos custos marginais, recuperem despesas com pesquisas e desenvolvimentos e obtenham lucro. A crise da aids na África e as evidentes

1. O Acordo TRIPS prevê normas mínimas para a proteção de patentes, marcas comerciais, direitos autorais e outros direitos de propriedade intelectual. O texto integral está disponível em <www.wto.org>. [NT: Em português tem o nome de Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADPIC –, mas é conhecido no Brasil pela sigla em inglês, TRIPS.]

2. Ver, por exemplo, Brigitte Granville (ed.), *The Economics of Essential Medicines* (Londres: The Royal Institute of International Affairs, 2002); e Peter Drahos & Ruth Mayne (ed.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (Nova York: Palgrave Macmillan-Oxfam, 2002).

implicações negativas das patentes para o acesso dos pobres aos medicamentos trouxeram à tona o relacionamento entre o TRIPS e a saúde. Considerando que mais de 30 milhões de pessoas vivem com aids, em sua maioria nas regiões mais pobres do mundo, a necessidade de enfrentar o problema de acesso a medicamentos patenteados surgiu como prioridade global. Embora seja verdade, como argumenta a indústria farmacêutica, que outros fatores – como infraestrutura e manutenção profissional – desempenham papel central na determinação do acesso aos medicamentos,³ é verdade também que os preços resultantes da existência de patentes determinam, em última instância, quantos morrerão de aids e de outras doenças nos próximos anos.

As questões levantadas a respeito das implicações do Acordo TRIPS sobre a saúde pública se refletiram na adoção, por iniciativa dos países em desenvolvimento, da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública⁴ na Quarta Conferência Ministerial da OMC (de 9 a 14 de novembro de 2001). A Declaração de Doha reconhece a “gravidade” dos problemas de saúde pública que afligem países pouco desenvolvidos e em desenvolvimento, destacando os que decorrem de aids, tuberculose, malária e outras epidemias – mas não se limitando a estes. A Declaração reflete as preocupações desses países sobre as implicações do Acordo TRIPS em relação à saúde pública em geral, sem se restringir a determinadas doenças.

Embora reconheça o papel da proteção à propriedade intelectual “para o desenvolvimento de novos medicamentos”, a Declaração se preocupa especificamente com os possíveis efeitos sobre os preços. Afirma que o Acordo TRIPS não pretende e não deve impedir que seus membros tomem medidas para proteger a saúde pública, e precisa ser interpretado de acordo com isso:

4. Nós concordamos que o Acordo TRIPS não impede e não deveria impedir seus membros de adotar medidas para proteger a saúde pública. Em consequência, enquanto reiteramos nosso compromisso com o Acordo TRIPS, nós afirmamos que o acordo pode e deve ser interpretado e implementado de modo a apoiar o direito dos membros da OMC de proteger a saúde pública e, em particular, de promover o acesso aos medicamentos para todos.

Assim sendo, nós reafirmamos o direito dos membros da OMC de utilizarem, em toda sua extensão, as disposições do acordo TRIPS que fornecem a flexibilidade necessária a esse propósito.

3. International Intellectual Property Institute, Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa (Washington DC, 2001), p. 23.

4. Referida daqui em diante como “Declaração de Doha” ou somente “Declaração”. WT/MIN(01)/DEC/W/2, 14 nov. 2001.

A Declaração de Doha esclarece que os membros têm direito de adotar um princípio internacional de extinção de direitos (que permite aceitar importações paralelas).⁵ Declara ainda que o “efeito das disposições previstas no Acordo TRIPS [...] é dar liberdade a cada membro para estabelecer seu próprio regime de extinção, sem contestação”. De modo similar, confirma o direito de cada membro conceder licenças compulsórias nos termos por ele mesmo determinados. Permite também que os países menos desenvolvidos posterguem a introdução de patentes farmacêuticas até 2016. A Declaração esclarece ainda que as “crises de saúde pública” podem representar “uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência”. “Emergência”, nesse contexto, pode se referir a problemas de curto ou de longo prazo.

A confirmação de que o Acordo TRIPS deixa espaço para a flexibilidade em nível nacional possui importantes implicações políticas e jurídicas. Indica que as pressões para impedir que as flexibilidades disponíveis sejam utilizadas contrariam o espírito e a finalidade desse Acordo. Em termos jurídicos, isso significa que os painéis e o Órgão de Solução de Controvérsias devem interpretar o Acordo, bem como as leis e os regulamentos adotados, para que a implementação se ajuste às necessidades de saúde pública de cada país-membro.

No parágrafo 6, a Declaração de Doha instrui o Conselho do TRIPS quanto à maneira de abordar uma questão delicada: a maneira de países-membros com insuficiente ou nenhuma capacidade de produção fazerem uso efetivo da licença compulsória.⁶ O problema básico, subjacente ao texto desse parágrafo, está nas limitações de vários países em desenvolvimento para fabricar seus próprios medicamentos. A capacidade de produção da indústria farmacêutica está distribuída de forma bem irregular pelo mundo. Não são muitos os países que podem produzir ingredientes ativos e formulações, ou mesmo desenvolver estudos e pesquisas.

Quando o Acordo TRIPS entrar em pleno vigor (após 2005), os governos de diversas nações enfrentarão dificuldades para adquirir medicamentos a preços acessíveis. Até o momento, por exemplo, países como a Índia não aceitam a patente de produtos farmacêuticos e fabricam versões genéricas por uma fração do preço do item patenteado. Se os preços de produtos patenteados forem muito

5. De acordo com o princípio internacional de extinção de direitos, o titular de uma patente “extingue” seus direitos após a primeira venda legítima de produtos patenteados em um país estrangeiro. Portanto, não pode impedir a subsequente movimentação desses produtos através de fronteiras.

6. Uma “licença compulsória” é a autorização dada por uma autoridade judiciária ou administrativa a um terceiro para uso de uma invenção patenteada, sem o consentimento do patenteador, com base em vários elementos de interesse geral (por exemplo: ausência de trabalho, saúde pública, práticas anticompetitivas, emergência, defesa nacional).

altos, um país-membro tem a opção de emitir uma licença compulsória para importar as versões genéricas produzidas por outros países. O problema é que, à medida que todos os países passarem a respeitar na íntegra o Acordo TRIPS – no máximo até 2005 – se tornará impossível produzir e exportar substitutos de medicamentos patenteados a preços menores. Em consequência, as fontes de novos medicamentos acessíveis vão secar e os países sem suficiente capacidade de produção e sem demanda de mercado não serão capazes de obter uma licença compulsória, seja para produção local ou para importação: ficarão totalmente dependentes das dispendiosas versões patenteadas.

No final de 2002, a Declaração de Doha solicitou ao Conselho do TRIPS “que encontrasse uma solução rápida para esse problema e desse um parecer ao Conselho Geral antes de terminar 2002”. Todavia, só se chegou a um acordo em 30 de agosto de 2003, ao fim de uma batalha diplomática na qual os Estados Unidos acabaram concordando com um texto que cobria todas as doenças,⁷ acatando a instrução da Declaração.⁸ A “solução” acordada baseou-se em um arranjo elaborado pelo Presidente do Conselho do TRIPS⁹ e em uma “Declaração do Presidente” proposta pelos Estados Unidos como condição para aceitar o acordo e atender à indústria farmacêutica americana.

Para os propósitos da Decisão, um “membro importador habilitado” significa qualquer país-membro menos desenvolvido e qualquer outro membro que tenha feito uma notificação ao Conselho do TRIPS sobre sua intenção de usar o sistema como importador. Alguns países informaram que só recorrerão ao sistema em caso de emergência nacional, situações críticas ou utilização pública não-comercial, e que não adotarão o sistema em outros casos. O país importador precisa fazer uma notificação ao Conselho do TRIPS que:

- especifique o(s) nome(s) e a(s) quantidade(s) esperada(s) do(s) produto(s) necessário(s);
- confirme que o membro importador habilitado em questão, que não seja um país menos desenvolvido, assegure possuir pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico para o(s) produto(s) em questão; e
- confirme que, quando um produto farmacêutico é patentado em seu território, ele concede ou pretende conceder uma licença compulsória, de acordo com o Artigo 31 do Acordo TRIPS e as disposições desta Decisão.

7. Ver IP/C/W/405, disponível em <www.wto.org>. O documento daqui em diante está identificado como a “Decisão”.

8. Inicialmente os Estados Unidos pretendiam restringir a solução a aids, malária e tuberculose.

9. Ver o texto do Presidente do Conselho do TRIPS, de 16 dez. 2002 (JOB(02)/217). Disponível em <www.wto.org>.

Além disso, a licença compulsória emitida pelo membro exportador conterá as seguintes condições:

- Apenas a quantidade necessária para atender às necessidades do membro importador habilitado pode ser fabricada ao abrigo da licença, e a totalidade dessa produção será exportada aos países que tiverem notificado o Conselho do TRIPS a respeito de suas necessidades.
- Os itens produzidos ao abrigo da licença serão claramente identificados como produzidos em conformidade com o sistema definido nesta Decisão, por meio de etiquetagem ou outra marcação específica. Os fornecedores devem distinguir esses produtos por sua embalagem especial e/ou pela coloração ou formato peculiar, desde que essa distinção seja viável e não tenha impacto significativo sobre o preço.
- Antes de iniciar o embarque, o licenciado publicará em um *site* na internet o seguinte: (1) quantidades fornecidas a cada destino; e (2) características distintivas do produto.

Além disso, o membro exportador notificará o Conselho do TRIPS sobre a concessão da licença, incluindo as condições anexadas a ela. Quando uma licença compulsória for concedida por um membro exportador, será paga a ele uma compensação adequada, em conformidade com o Artigo 31.h do Acordo TRIPS,¹⁰ levando em conta o valor econômico da autorização para o importador. Isso significa que, embora a compensação venha a ser paga pelo exportador, o “valor econômico” considerado para definir o montante do pagamento é aquele do país importador. Quando for concedida uma licença compulsória para os mesmos produtos ao membro importador habilitado, ele terá isenção das obrigações incluídas no Artigo 31.h em relação aos produtos para os quais a compensação for paga pelo membro exportador.

Uma das principais preocupações expressas pelos países desenvolvidos durante a negociação da Decisão foi o possível desvio dos produtos exportados para países ricos.¹¹ A Decisão estabelece que os membros importadores habilitados tomarão

10. Artigo 31.h: “O titular receberá uma remuneração adequada a cada caso concreto, tendo em conta o valor econômico da autorização”.

11. É provável que esse risco tenha sido superdimensionado. O comércio de medicamentos está sujeito a regulamentações nacionais estritas, com barreiras efetivas ao acesso do mercado. A Comissão Europeia observou que “a indústria reconhece que até esta data não houve reimportação de medicamentos dos países em desenvolvimento mais pobres para a União Europeia, ou seja, o problema da reimportação ainda é amplamente teórico”, na Comissão Europeia (DG Trade, 2002). “Tiered Pricing for Medicines Exported to Developing Countries, Measures to Prevent their Re-importation into the EC Market and Tariffs in Developing Countries” (Bruxelas: Working Document, 22 de abril), p. 10.

todas as medidas razoáveis a seu alcance, proporcionais a sua capacidade administrativa e ao risco de desvio comercial, para impedir a reexportação de produtos que tiverem sido importados para seu território de acordo com o sistema. Se um membro importador habilitado – um país em desenvolvimento ou um país menos desenvolvido – experimentar dificuldades para implementar essa medida, os membros que são países desenvolvidos fornecerão, a pedido e em termos e condições mutuamente pactuados, cooperação técnica e financeira para facilitar essa implementação.

Além disso, os membros deverão garantir a disponibilidade de meios legais efetivos para impedir a importação e a venda, dentro de seus territórios, de produtos fabricados conforme o sistema estabelecido na Decisão e desviados para seus mercados contrariando a mesma, utilizando para isso os meios cuja disponibilidade já é requerida pelos dispositivos do Acordo TRIPS. Se qualquer membro considerar que essas medidas estão se mostrando insuficientes, a questão voltará a ser analisada no Conselho do TRIPS, a seu pedido.

A Declaração do Presidente acrescenta que as condições especiais (conforme definidas no parágrafo 2.b(ii) da Decisão)¹² não se aplicam apenas a produtos farmacêuticos formulados, mas também a ingredientes ativos e a produtos que utilizem tais ingredientes ativos, produzidos e fornecidos ao abrigo do sistema. A Declaração acrescenta (embora sem evidências que apóiem tal afirmativa): “é entendimento dos membros que, em geral, as embalagens especiais e/ou a coloração ou o formato peculiar não devem ter um impacto significativo no preço dos produtos farmacêuticos”. Introduce ainda um sistema de monitoramento, que inclui a verificação de como o membro em questão demonstrou sua pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico.¹³

Segundo a Declaração, seus membros reconhecem que a Decisão será usada de boa-fé, tendo em vista tratar de problemas de saúde pública e não com objetivos de política industrial ou comercial. A única leitura razoável dessa afirmativa é que o país **importador** deve recorrer ao sistema por razões de saúde

12. Parágrafo 2.b(ii): “Os produtos fabricados em conformidade com a licença serão claramente identificados como sendo produzidos em conformidade com o sistema definido nesta Decisão, através de rotulação ou marcação específica. Os fornecedores devem distinguir esses produtos com embalagem especial e/ou coloração/forma especial dos próprios produtos, ficando ressalvado que essa distinção seja viável e não tenha um impacto significativo sobre o preço”.

13. Uma das ambigüidades perceptíveis na Decisão é o conceito de “capacidade de produção”. Não fica claro, em particular, se essa capacidade é definida apenas em bases técnicas ou leva em conta a viabilidade econômica. Esta última interpretação parece mais razoável em termos de eficiência, considerando que a viabilidade econômica pode ser uma barreira tão importante para a manufatura local quanto a falta de capacidade técnica.

pública, mas certamente não exclui o fornecimento dos medicamentos necessários por entidades comerciais, visando lucro. Sem o possível lucro, os potenciais fornecedores não se sentirão incentivados a fazer os investimentos necessários (cobrindo inclusive custos legais) para atender aos requisitos dos países que não têm capacidade de produção.

Mudança nas leis nacionais

A Decisão toma a forma de uma isenção **provisória**, que permite aos países fabricantes de produtos patenteados sob licença compulsória exportarem para os países importadores habilitados, desde que estes também tenham obtido licença compulsória e cumpram as diversas outras condições discutidas acima. A isenção duraria até ocorrer a emenda do Acordo TRIPS.¹⁴

É importante observar que o sistema previsto no parágrafo 6 da Declaração de Doha operará em um cenário em que haja apenas um fornecedor mundial de um medicamento patentado, sem que existam, portanto, fontes disponíveis de produtos genéricos. Será preciso recorrer a esse sistema quando o detentor da patente **se recusar a fornecer** um medicamento patentado a um país (com pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico) com preço e outras condições aceitáveis para o interessado. O pressuposto básico para a aplicação do sistema é, portanto, uma situação em que (a) o medicamento está disponível e **pode** ser vendido para o país necessitado pelo detentor da patente, mas (b) este se recusa a fazê-lo.

Isso significa que, independente dos motivos humanitários subjacentes à demanda do país por determinado medicamento, nada no sistema adotado obrigará o detentor da patente a fornecê-lo. Ele pode apenas observar passivamente os esforços feitos pelo país necessitado para cumprir as condições impostas pela Decisão, enquanto as pessoas permanecem sem tratamento. Ou pode facilitar o processo, conferindo uma licença voluntária a um exportador potencial. Outra possibilidade é que ele explore as dificuldades e complexidades do sistema e exerça seus direitos, previstos nas leis nacionais pertinentes, para impedir o uso não-autorizado de sua patente. Conforme o parágrafo 6, o sistema pode, de fato, ser aplicado **em um contexto de conflito** entre o país solicitante e o detentor da patente que reluta em atender ao pedido.

Uma isenção da OMC significa que um membro não apresentará uma

14. De acordo com o parágrafo 11: “[...] esta Decisão, incluindo as isenções que concede, terminará para cada membro na data em que uma emenda ao Acordo TRIPS, substituindo seus dispositivos, entrar em vigor para esse membro. O Conselho do TRIPS irá preparar essa emenda até o final de 2003, tendo em vista sua adoção no prazo de seis meses, no entendimento de que a emenda será baseada, conforme o caso, nesta Decisão e nos entendimentos posteriores que não farão parte das negociações referidas no parágrafo 45 da Declaração Ministerial de Doha (WT/MIN(01)/DEC/1)”.

queixa contra outro se a atuação deste último respeitar os termos da isenção adotada. Mas, na medida em que a lei nacional não se ajustar a essa isenção, ela não impedirá o detentor da patente de invocar os dispositivos das leis desse país para evitar que o medicamento patenteado seja adquirido de outras fontes. Assim, a implementação efetiva da Decisão dependerá da extensão em que as leis nacionais permitem os atos de isenção.

Por exemplo: sob o sistema adotado fica reconhecida a possibilidade (plenamente coerente com o Acordo TRIPS) de se conceder uma licença compulsória para **importar** um medicamento patenteado. O problema, contudo, é que muitos países em desenvolvimento prevêm a concessão de licenças compulsórias para a **fabricação** do item patenteado, e não para sua importação. Portanto, para operacionalizar qualquer solução prevista no parágrafo 6, tais países em desenvolvimento precisariam providenciar emendas adequadas a suas leis de patentes. Mas isso talvez não seja necessário se as leis nacionais incluírem dispositivos para a utilização oficial não-comercial de invenções patenteadas, permitindo tanto a fabricação local quanto a importação.¹⁵

De forma similar, será necessário adequar as leis nacionais dos países que são potenciais exportadores. As licenças compulsórias são concedidas em termos especificados pelas leis nacionais. O abastecimento de mercados de exportação não é um fundamento aceito pela maioria das leis nacionais.¹⁶ No entanto, ao implementar o Artigo 31.f do Acordo TRIPS,¹⁷ os membros da OMC estabeleceram licenças compulsórias para abastecer “predominantemente” o mercado doméstico. Se uma empresa receber uma solicitação para abastecer um país estrangeiro, amparada no parágrafo 6, ela não será capaz de obter uma licença compulsória apenas para exportar, a não ser que a lei de seu país tenha sido alterada

15. Deve-se observar que a Decisão se refere apenas a “licenças compulsórias” e não à utilização governamental para fins não-comerciais. Contudo, a isenção se refere ao Artigo 31, parágrafos (f) e (h), do Acordo TRIPS, que cobre ambas as formas de uso sem autorização do titular da patente. Qualquer interpretação de boa-fé da Decisão, portanto, deve admitir essas utilizações oficiais.

16. Contudo, o Artigo 168 da Lei de Patentes Australiana, bem como o Artigo 55.2 da Lei de Patentes da Nova Zelândia, permitem a exportação, ao abrigo de um acordo com um país estrangeiro, para fornecer produtos requeridos para a defesa desse país. O Artigo 48B (d) e (i) da Lei de Patente do Reino Unido prevê uma licença compulsória em relação a uma patente cujo detentor não seja membro da OMC quando o titular deixar de licenciar a patente, por motivos razoáveis, fazendo com que um mercado para exportação de um produto patenteado feito no Reino Unido deixe de ser abastecido. O Artigo 45.g da Lei de Patente da Argentina permite a concessão de licenças compulsórias sem dar preferência ao mercado doméstico se isso se mostrar necessário para reparar práticas anticompetitivas, ou em situações de emergência de saúde ou de segurança nacional.

17. Artigo 31.f: “esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do membro que autorizou”.

de forma correspondente. É questionável o interesse dos governos em iniciar o complexo processo de emendar a lei de patentes – especialmente com base em uma isenção **provisória**. Nada na Decisão impede os países desenvolvidos de atuarem como exportadores de medicamentos genéricos sob o sistema, mas é incerta sua possível reação a uma solicitação para que introduzam alterações em suas leis e concedam licenças compulsórias para o abastecimento, submetendo-se ao parágrafo 6. De fato, a maioria dos observadores espera que os grandes produtores de genéricos no mundo em desenvolvimento (Índia, China, Brasil, Tailândia e África do Sul) assumam a produção e a exportação desses remédios.¹⁸

O uso efetivo de uma licença compulsória, tanto no país importador quanto no exportador, também dependerá de procedimentos. Em alguns países (Argentina, por exemplo), um recurso pelo detentor da patente contra a concessão de uma licença compulsória não suspende sua execução imediata (exemplo: Artigo 49 da Lei de Patentes Argentina, Lei 24.481, conforme emenda). Em outros países há eventuais diferenças. O detentor da patente pode apresentar um recurso ou obter uma liminar e assim suspender a exportação prevista em licença compulsória, até que uma decisão administrativa ou judicial definitiva seja emitida, talvez anos depois. Em consequência, a lei nacional de patentes deverá ser alterada, conforme for preciso, para que o uso das licenças compulsórias para exportação crie um mecanismo efetivo de atendimento às necessidades de saúde pública.

Condições de uso da isenção

Diversas condições são estabelecidas no texto da Decisão, segundo interpretação da Declaração do Presidente, para permitir a exportação de remédios patenteados. Os passos são os seguintes:¹⁹

1. A menos que uma solicitação anterior de licença voluntária não se aplique,²⁰ uma entidade no país importador deve providenciar uma

18. K. Maskus, "TRIPS, Drug Patents and Access to Medicines-Balancing Incentives for R&D with Public Health Concerns", in Knowledge Economy Development Gateway (2003). Disponível em <old.developmentgateway.org/download/206719/Maskus_on_TRIPS>. Acesso em 20 out. 2005.

19. Ver Brook K. Baker, "Vows of Poverty, Shrunken Markets, Burdensome Manufacturing and Other Nonsense at the WTO", *Health GAP*, 27 ago. 2003. Disponível no *site* do IP-Health: <www.healthgap.org/press_releases/03/092703_HGAP_BP_WTO_Cancun.html>. Acesso em 7 set. 2005.

20. Este, em geral, seria o caso, dependendo contudo da lei nacional, quando uma autorização é dada com base em extrema urgência, práticas anticompetitivas ou utilização pública não-comercial (parágrafos 31.f e 31.k do Acordo TRIPS).

- licença voluntária com o detentor da patente.²¹
2. Se isso não der resultado, uma solicitação de licença compulsória deve ser apresentada ao governo do país importador, e uma licença deve ser aí obtida (exceto se não houver patente aplicável nesse país).
 3. O país importador precisa avaliar a capacidade de sua indústria de genéricos produzir localmente o medicamento necessário.
 4. Se a capacidade for insuficiente, deve notificar a OMC sobre sua decisão de recorrer ao sistema do parágrafo 6.
 5. A parte importadora interessada deve identificar um potencial exportador.
 6. Esse exportador deve, por sua vez, pedir uma licença voluntária ao detentor da patente, em termos comercialmente razoáveis, para um período de tempo comercialmente razoável.
 7. Se a licença voluntária for recusada, o exportador potencial deve solicitar uma licença compulsória a seu próprio governo (a ser concedida em regime de fornecimento único).
 8. O exportador precisará providenciar o registro do produto e provar a bioequivalência e a biodisponibilidade, segundo as exigências da lei nacional.
 9. Se os direitos exclusivos (como os promovidos pelos Estados Unidos) forem concedidos²² ao país de importação em relação às informações apresentadas para registro do medicamento, o fornecedor terá de obter a autorização de quem possui tais informações para utilizá-las, ou desenvolver seus próprios estudos sobre a toxicidade e a eficácia (a não ser que o uso dessas informações esteja autorizado pela licença compulsória).
 10. Antes de iniciar a remessa, o licenciado publicará em um *site* na internet informações a respeito das quantidades que estão sendo fornecidas e das características distintivas do produto.
 11. O membro exportador deve notificar o Conselho do TRIPS sobre a concessão da licença, incluindo as condições estabelecidas.

Esse processo deve ser repetido a cada vez, pois uma licença dá permissão para produzir apenas a quantidade suficiente para atender às necessidades de

21. Ao solicitar uma licença compulsória tanto no país importador, quanto no país exportador, será necessário identificar e incluir **todas** as patentes que possam afetar o suprimento do remédio, já que costumam existir patentes para cobrir itens como ingrediente ativo, formulações aceitáveis, polimorfos, processos de fabricação etc., em relação ao mesmo medicamento. Sobre práticas de patenteamento de produtos farmacêuticos ver Correa, *Trends in Drug Patenting* (Buenos Aires: Corregidor, 2001).

22. Ver, por exemplo, Correa, *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceutical Products. Implementing the Standards of the Trips Agreement* (Genebra: South Centre, 2002).

determinado membro importador habilitado; e toda a produção deverá ser exportada para o membro que informou o Conselho do TRIPS a respeito de sua carência.

Viabilidade econômica

Conforme já discutido,²³ para que seja efetiva, a solução para o problema descrito no parágrafo 6 deve ser economicamente viável, e não apenas diplomaticamente aceitável. Será que a Decisão proporciona incentivos que estimulem os fornecedores potenciais a fazer os investimentos necessários, assumindo os riscos a eles associados? Ao produzir o remédio pela primeira vez, o potencial exportador deverá, além de respeitar os procedimentos legais implícitos na aplicação de uma licença compulsória e na aprovação do marketing do produto, desenvolver a parte química e a formulação, produzir os ingredientes ativos e/ou as formulações, e apresentar um produto diferenciado em aparência, cor, embalagem e etiquetagem, em relação ao produto do detentor da patente. Tudo isso a um preço mais baixo, acessível à parte adquirente. É pouco provável que as empresas farmacêuticas invistam o suficiente se não tiverem uma razoável expectativa de lucro.

A Decisão reconhece que a viabilidade da “solução” depende muito da existência de economia de escala para justificar a produção. De acordo com o parágrafo 6 da Declaração, contudo, essa economia de escala só é considerada nos casos em que o país importador integra algum pacto comercial regional em que no mínimo metade dos membros corresponde a países menos desenvolvidos. Nesse caso, ele ficará isento da obrigação prevista no Artigo 31.f do Acordo TRIPS, pelo tempo suficiente para que o remédio produzido ou importado sob licença compulsória seja exportado para os mercados daqueles outros países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos, partes do mesmo pacto comercial regional, e que compartilhem o problema de saúde em questão. Considerando o requisito de participação de países menos desenvolvidos, essa exceção só se aplicará a alguns acordos regionais na África, mas não em outras partes,²⁴ limitando assim o efeito que poderia ser obtido na economia de escala.

23. Ver Correa, *Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health* (Genebra: World Health Organization, 2002), p. 33. Disponível em <www.who.int/medicines/library/par/who-edm-par-2002-3/doha-implications.doc>. Acesso em 7 set. 2005. Ver também “Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy” (Londres: Commission on Intellectual Property Rights, 2002). Disponível em <www.iprcommission.org>. Acesso em 7 set. 2005.

24. Por exemplo, o Mercosul e a Comunidade Andina não se enquadram na Decisão como um mercado único para tais fins.

Como Maskus demonstra (2003, op. cit.), embora as necessidades globais das nações pobres sejam imensas, “mesmo que alguns países pobres, em um acordo comercial coberto por essa exceção, reúnam suas demandas de um remédio específico, talvez a escala ainda seja muito baixa para atrair potenciais fornecedores; [...] pois como em países realmente pequenos os mercados de importação habilitados não serão grandes, os produtores de genéricos podem não estar interessados em fabricar baixos volumes e perder as chances de obter economia de escala”.

Conclusões

A implementação da Decisão sobre o parágrafo 6 da Declaração de Doha exigirá adaptações nas leis nacionais e envolverá, em casos particulares, significativos custos de transação. Quando adotada, é improvável que pressione os detentores de patente para reduzir seus preços ou negociar licenças voluntárias, ou que forneça incentivos para fornecedores potenciais fazerem os investimentos adequados para desenvolver e produzir os medicamentos requeridos. Subvenções de organizações internacionais e de governos doadores tornaram necessário viabilizar essa “solução”.²⁵

Apesar das óbvias limitações e das muitas restrições impostas pela Decisão examinada, os países que precisam adquirir remédios patenteados devem testar a viabilidade do sistema. Trata-se de interpretar a Decisão, de acordo com a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, de forma a facilitar a ampliação do suprimento de medicamentos nos países pobres. Faz-se também indispensável elaborar uma solução **permanente** para o problema que afeta países com pouca ou nenhuma capacidade de produção nesse setor, baseada em uma alteração do Acordo TRIPS. Essa alteração deve assumir uma abordagem mais simples e direta,²⁶ que forneça incentivos econômicos para se chegar a uma solução que seja efetiva.

É importante observar ainda que o sistema previsto no parágrafo 6 parece se apoiar no pressuposto de que é legitimado o detentor de uma patente que impeça o acesso a produtos sob seu controle, mesmo na presença de motivos humanitários urgentes. Com certeza isso não é consistente com a Declaração de Doha sobre o

25. Id., *ibid.*

26. Por exemplo, em 3 de outubro de 2002, o Parlamento Europeu adotou a Emenda 196 à Diretriz Européia de Medicamentos, que prevê que a “fabricação deve ser permitida se o produto medicinal for destinado à exportação a um terceiro país que tenha emitido uma licença compulsória para esse produto, ou onde não há uma patente em vigor, e se houver uma solicitação para esse efeito das autoridades de saúde pública competentes desse terceiro país”.

Acordo TRIPS e a Saúde Pública (em particular o parágrafo 4). Tampouco corresponde aos compromissos assumidos pelos Estados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em particular no Artigo 12 (que reconhece o “direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” e exige a tomada de medidas para assegurar plenamente esse direito, inclusive “a prevenção, o tratamento e o controle de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras”). A adoção da Decisão, portanto, não pode impedir a utilização de outros meios quando o detentor da respectiva patente (ou de patentes) se recusar a fornecer um medicamento necessário. Os países devem ser incentivados a desenvolver métodos para tratar essas recusas, para negociar no contexto da doutrina de “*essencial facilities*”²⁷ ou outros conceitos advindos da lei de concorrência e de saúde pública.

Para encerrar, convém lembrar que o **parágrafo 6 apenas descreve um dos problemas** existentes no contexto do Acordo TRIPS em relação à saúde pública. A proteção da propriedade intelectual de produtos farmacêuticos continuará a apresentar significativos desafios às normas de saúde pública dos países em desenvolvimento, mesmo que a “solução” se prove viável e eficaz. O acordo em relação ao parágrafo 6 não encerra as controvérsias em torno da propriedade intelectual e da saúde pública. É provável que estas continuem, especialmente na medida em que os países desenvolvidos buscarem a proteção extra do Acordo TRIPS-plus, mediante a interpretação²⁸ ou a negociação de acordos bilaterais e regionais,²⁹ e na medida em que as patentes sobre avanços marginais ou triviais (algumas vezes chamadas patentes “*ever-greening*”)³⁰ forem concedidas e utilizadas para bloquear ou atrasar a competição dos genéricos.

27. Ver John Taladay & James Carlin Jr., “Compulsory Licensing of Intellectual Property under the Competition Laws of the United States and European Community” (*George Mason Law Review* 10, n. 3, primavera de 2002), p. 443.

28. O USTR (The United States Trade Representative), por exemplo, interpreta que o parágrafo 39.3 do Acordo exige a concessão de um período exclusivo de proteção para dados fornecidos para aprovação de marketing de produtos farmacêuticos e princípios agrícolas.

29. Ver, por exemplo, os recentes acordos bilaterais EUA–Chile e EUA–Cingapura.

30. “*Ever-greening*” se refere à aquisição de direitos de patentes sobre modificações pequenas ou triviais em fórmulas de medicamentos existentes, visando retardar a entrada dos genéricos na competição. Ver, por exemplo, Correa, 2001, op. cit.

BERNARDO SORJ

Professor de Sociologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro e diretor do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. <www.bernardosorj.com>

RESUMO

Este artigo procura avançar a discussão dos novos problemas de segurança interna e externa da América Latina. A primeira parte analisa o conceito de segurança humana e os principais atores a ele associados. Argumentamos que o conceito de segurança humana, para ter utilidade prática, deve ir além de seus componentes normativos e ser reformulado de modo a permitir seu uso como ferramenta operacional e analítica. O estudo da segurança humana precisa ter um foco mais claro na violência armada, levando em conta também as dimensões institucionais e sociais, sob a perspectiva dos diferentes arranjos no quadro dos problemas de segurança internacional. A segunda parte começa com uma curta revisão de problemas de segurança comuns na América Latina – e da nova situação criada pelas políticas antiterroristas implementadas pelos Estados Unidos. Discutimos também algumas das dificuldades enfrentadas para consolidar uma agenda internacional comum para a América Latina. Na seção final, expomos alguns dos principais temas que poderiam ser focalizados pelos pesquisadores, pela sociedade civil e pelos atores políticos na América Latina. [Artigo original em inglês.]

PALAVRAS-CHAVE

Segurança humana – Violência – América Latina – Direitos humanos

SEGURANÇA, SEGURANÇA HUMANA E AMÉRICA LATINA

Bernardo Sorj*

Parte I Segurança humana: conceito e agenda

O conceito de segurança humana

O conceito de segurança humana foi apresentado pela primeira vez em um relatório do PNUD de 1994, embora as bases para sua formulação estivessem há muito presentes no âmbito das Nações Unidas.¹ A Carta da ONU, além de diversos documentos posteriores, menciona a soberania nacional como princípio norteador do sistema internacional, bem como a defesa universal dos direitos humanos, a despeito das fronteiras. Em outras palavras, desde sua origem as Nações Unidas reconhecem duas linhas de valores “absolutos” que o sistema internacional deve proteger: a soberania nacional e os direitos humanos individuais.

Atualmente, a defesa do conceito de segurança humana se baseia em particular na nova constelação internacional de atores políticos, posterior à Guerra Fria – em boa parte pelo fato de que hoje a insegurança física é causada

* Agradeço a Rubem César Fernandes e a José Marcelo Zacchi que, com suas discussões a respeito de segurança humana, contribuíram para elaborar as idéias aqui expostas; mas ressalvo que todas as opiniões são de minha exclusiva responsabilidade.

1. Sobre a história do conceito de segurança humana, ver Charles Philippe David & Jean-François Rioux, “Le concept de Sécurité Humaine”, in Jean-François Rioux (ed.), *La Sécurité Humaine* (Paris: L’Harmattan, 2001).

mais por conflitos armados internos do que por guerras entre países. Tais conflitos podem ser guerras civis, ou disputas mais indefinidas entre quadrilhas armadas ou grupos terroristas, às vezes com apoio direto ou indireto de Estados pouco comprometidos com os direitos humanos.

O conceito de segurança humana é inovador em sua ênfase no cumprimento das leis de defesa dos direitos humanos individuais. Considera-se esta a principal tarefa da ordem internacional, mesmo contra a vontade dos Estados, mencionados como uma das principais fontes de insegurança individual. Todavia, como veremos, apesar de estar centrada nos indivíduos, a segurança humana não pode ser dissociada dos quadros institucionais, em especial dos Estados sob os quais os direitos humanos são (ou não) implementados.

A ênfase em uma visão que não tem por foco exclusivo a soberania das nações promove novas formas de multilateralismo e confere papel fundamental aos atores não-governamentais – em especial às ONGs.²

Há diversas concepções de segurança humana na esfera internacional. A versão proposta pela Comissão de Segurança Humana, presidida por Sadako Ogasa e Amartya Sen,³ e patrocinada pelo governo japonês, é por demais ampla e imprecisa (“um mundo livre de necessidades e livre de medo”). Buscando incluir no conceito de desenvolvimento humano do PNUD riscos e ameaças à segurança física e ambiental (epidemias, acesso a atendimento médico, pobreza, suprimento de água, crises de desenvolvimento e econômicas, acesso a armas de fogo, violência física e desastres ecológicos), acaba propondo uma visão holística e difusa do que deveria ser uma política nacional ou internacional de segurança ou insegurança.

Concepções de foco mais definido, em especial as apresentadas pelo governo e por pesquisadores do Canadá, atribuem cinco características à segurança humana:⁴

1. É um conceito holístico que abrange todas as variadas fontes de insegurança individual, incluindo as associadas à pobreza e à violência física.

2. Sobre as novas formas de multilateralismo, ver o excelente artigo de Shepard Forman, *New Coalitions for Global Governance: The Changing Dynamics of Multilateralism* (Center of International Cooperation, 2004).

3. Disponível em <<http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/index.html>>. Acesso em 21 out. 2005.

4. Para uma apresentação atualizada do conceito canadense de segurança humana e seu papel em relações exteriores, ver: Ernie Regehr & Peter Whelan, *Reshaping the Security Envelope: Defense Policy in a Human Security Context* (Ploughshares Working Papers, 4-4, 2004). Mais informações sobre segurança humana em geral, e a concepção canadense em particular, em <www.humansecuritygateway.com>. Acesso em 21 out. 2005.

2. Concentra-se nos direitos humanos dos indivíduos. Na verdade, enfatiza o papel do governo como fonte de insegurança para seus cidadãos.
3. Valoriza a sociedade civil como ator privilegiado, reduzindo assim, de forma implícita, o papel do governo.
4. Procura ter uma perspectiva global.
5. Justifica a intervenção externa da comunidade internacional em países que estejam atravessando crises humanitárias.

O relatório “Uma doutrina de segurança humana para a Europa”, apresentado recentemente ao encarregado das relações internacionais e da segurança comum da União Européia, expõe uma proposta estratégica mais precisa.⁵ Focaliza conflitos regionais e Estados falidos, postulando “[...] engajamento preventivo e multilateralismo efetivo” (p. 6). No contexto internacional atual, essa atitude é considerada mais adequada que a política tradicional de contenção, para favorecer a transição democrática. Isso se baseia na constatação de que os conflitos entre Estados diminuíram, enquanto ganharam destaque novos perigos, relacionados “[...] à anarquia, ao empobrecimento, a ideologias exclusivistas e ao emprego diário da violência” (p. 7). Assim, as cinco grandes ameaças à Europa são: “[...] terrorismo, proliferação de armas de destruição em massa, conflitos regionais, Estados falidos e crime organizado” (p. 8). As principais fontes atuais de ameaça ao sistema internacional são os Estados autoritários ou falidos, com políticas repressoras, nos quais grupos armados paralelos (promovidos ou não pelo Estado) praticam o terrorismo internacional. O relatório propõe que se crie uma estrutura jurídica bem definida, para intervenções justificadas. Também preconiza operações de campo, desde que se baseiem nos princípios dos direitos humanos, com autoridade política clara, multilateralismo, abordagem de baixo para cima, foco regional, uso de instrumentos legais e emprego adequado da força.

Os atores por trás do conceito

O conceito de segurança humana surgiu do empenho em definir uma nova doutrina para o sistema internacional, focalizando os direitos humanos e as questões de desenvolvimento. É resultado direto do término da Guerra Fria e do papel organizador que o discurso dos direitos humanos passou a desempenhar nos fóruns

5. Relatório do grupo de estudos sobre as potencialidades de segurança da Europa, apresentado ao alto representante para Política Comum e Segurança, Javier Solana (Barcelona, 15 set. 2004). Embora com foco mais preciso, o relatório não deixa claro o que se deveria incluir no conceito de insegurança. Na página 8 há uma referência a alimentação, habitação e saúde como possíveis candidatas à inclusão na definição de segurança humana, embora se afirme que “têm status legal menos elevado”.

internacionais. As Nações Unidas e os pequenos e médios países desenvolvidos comprometidos com a cooperação internacional (como o Canadá e a Noruega, por exemplo) promoveram essa nova agenda a partir de meados da década de 1990. Mais tarde, houve a adesão do Japão e também de outros países europeus.⁶

Distintos atores e objetivos têm estado por trás da agenda de segurança humana. Para as Nações Unidas, especialmente sob o comando do secretário-geral Kofi Annan, o objetivo era criar um discurso que libertasse a ONU da submissão à soberania nacional como única fonte de legitimidade para a ação internacional. Para os países desenvolvidos de tamanho médio que não pretendem ressaltar seu poder militar, essa doutrina orientaria as relações internacionais e, especialmente, a cooperação internacional. Os países latino-americanos defendem uma concepção específica de segurança humana (segurança multidimensional, similar à noção de segurança humana, mas sem referência a intervenção humanitária externa), como forma de se contrapor à agenda estadunidense de defesa da segurança. Por outro lado, os países africanos consideram que a noção de segurança humana contribuirá para ampliar sua capacidade de negociar apoio internacional. E a União Européia, como já dissemos, vem usando o conceito para nomear sua nova política externa. Por fim, nos últimos anos, o enfoque na segurança humana foi adotado por várias ONGs e, na América Latina, inclusive, como veremos, até por instituições públicas. Para as ONGs internacionais, a perspectiva de segurança humana consolida sua auto-imagem como guardiãs dos direitos humanos além-fronteiras, enquanto as ONGs nacionais e as instituições governamentais dos países em desenvolvimento tendem a redirecionar o conceito para temas de segurança interna e de ordem pública.⁷

Críticas ao conceito de segurança humana

Enquanto arcabouço conceitual, a idéia de segurança/insegurança é tão genérica que se pode argumentar, como muitos o fazem, que fomentar a insegurança é da natureza da moderna sociedade capitalista – que certos autores definem como “sociedade de risco”. Na bibliografia das relações internacionais, as maiores críticas ao conceito de segurança humana são as seguintes:⁸

6. Um grupo heterogêneo de países – Áustria, Canadá, Chile, Eslovênia, Grécia, Holanda, Mali, Noruega, Suíça e Tailândia (e a África do Sul como membro observador) – formou em 2000 a Human Security Network, que até hoje não teve grande impacto no cenário internacional.

7. Por exemplo, o site da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Brasil, <<http://www.segurancahumana.org.br/home.htm>>. Acesso em 21 out. 2005.

8. Mais contribuições ao tema podem ser encontradas em J.-F. Rioux, op. cit.

- Não contém uma visão do poder ou das instituições políticas requeridas para garantir a efetiva implementação dos direitos humanos – que em certas situações inclusive exige o uso do sistema repressivo.
- Dilui os problemas específicos da luta contra a violência física numa agenda que, no final das contas, inclui todas as possíveis fontes de insegurança, confundindo diferentes fatores causais.
- Reduz a capacidade operacional dos agentes, ao incorporar distintos problemas sociais. Em sociedades complexas, as áreas abrangidas pela agenda de segurança humana são distribuídas em diferentes subsistemas, com relativa autonomia operacional e responsabilidades variadas (forças armadas, saúde pública, políticas sociais e políticas ambientais). Enquanto conceito holístico que não é traduzido em termos operacionais analíticos, essa noção de segurança humana não consegue definir prioridades nem distribuir responsabilidades.
- Leva a uma visão estreita e reducionista do Estado (na verdade, a segurança individual sempre esteve presente no Estado moderno) e superestima o papel da sociedade civil. Perde de vista o fato de que a segurança pública e a proteção aos cidadãos não podem ocorrer sem instituições sólidas que garantam a ordem pública e o provimento da justiça.

Os latino-americanos e a segurança humana

Na América Latina, a maioria das ONGs de direitos humanos, bem como a comunidade acadêmica, têm se mostrado críticas ao conceito de segurança humana. Para entender essa postura é preciso remontar ao passado recente, quando as ditaduras militares do continente recorreram a uma abrangente doutrina de “segurança nacional” para subordinar vários aspectos da vida social à luta contra o comunismo e à “defesa nacional”. De acordo com essa doutrina, as forças de segurança, inclusive a polícia, ficavam sob controle das forças armadas. No processo de democratização, um importante objetivo consistia em limitar a autonomia e controlar as forças armadas, cuja competência foi se restringindo, nas novas constituições, à defesa do território nacional contra inimigos externos – apartando-as do controle da segurança interna.

Nesse contexto, uma perspectiva de segurança humana é vista como tentativa de voltar a subordinar a vida social à doutrina de “segurança nacional”, transferindo os problemas sociais para a esfera da segurança. (De forma paradoxal, quando se introduziu o conceito de segurança humana, a intenção era, bem ao contrário, expandir a contribuição dos problemas de segurança para pôr em foco suas inter-relações com problemas sociais mais amplos.)

Além disso, o conceito de segurança humana provoca certo mal-estar nos círculos intelectuais e também nas forças armadas, na medida em que

foi desenvolvido em oposição a uma visão de relações internacionais baseadas na soberania nacional. A política externa dos países latino-americanos no século 20 estava centrada na valorização da soberania nacional, o que é compreensível diante do latente receio de uma invasão estadunidense. Apesar dessa atitude crítica, acreditamos ser possível continuar a desenvolver o conceito de segurança humana na região. Afinal de contas, é a única base conceitual em que se pode aplicar uma visão multilateral de respeito aos direitos humanos e ao desenvolvimento social nas relações internacionais. No entanto, acreditamos que também é necessário definir um foco de análise mais preciso.

A segurança humana como instrumento analítico

Pode-se considerar que o conceito de segurança humana encerra sentidos distintos, embora não contraditórios. Também são diferentes os atores que o põem em prática, e as formas de fazê-lo. Uma das definições, de fundamento normativo, estabelece um horizonte moral que assegura todos os direitos humanos nas relações internacionais e nas sociedades. Outra perspectiva considera a segurança humana mais como campo semântico do que como uma série de princípios normativos, ou como ferramenta conceitual. Sob esse ponto de vista, a segurança humana é entendida como uma vaga estrutura conceitual que cria uma base comum para o diálogo entre diferentes atores, em busca de uma agenda de segurança internacional que priorize os problemas de desenvolvimento e de implementação dos direitos humanos. Examinaremos aqui uma terceira leitura, que procura transformar a segurança humana em um conceito relevante do ponto de vista operacional e útil como ferramenta analítica para os cientistas sociais. Nessa linha, um conceito de segurança humana operacional e analiticamente pertinente deverá levar em consideração as seguintes questões:

- Focalizar de modo mais preciso a idéia de “insegurança”. No cerne do conceito de segurança humana está a proteção contra a violência armada ou descontrolada que constituem ameaças para: (1) a estabilidade das instituições democráticas da região e (2) a segurança física da população; além disso, (3) são capazes de gerar uma reação da comunidade internacional (por exemplo, no caso de genocídio ou de treinamento de terroristas). Assim, as crises humanitárias relacionadas à fome, às epidemias ou aos desastres naturais ou ecológicos não estão incluídas num conceito mais estrito de segurança humana.
- Referir-se ao quadro institucional e social que pode garantir, ou não, a segurança humana. Com efeito, o quadro institucional está no cerne das

diferentes políticas orientadas por uma análise da segurança humana. A maioria dos episódios de intervenção humanitária ou internacional diz respeito a Estados falidos, ou a países que passam por crises humanitárias. Superestimar a capacidade de as ONGs e a sociedade civil em geral resolverem os problemas de segurança é uma atitude irrealista, ineficiente e escapista, que não atende à necessidade de fortalecer as instituições do Estado democrático. **Não existe segurança humana individual se o Estado não dispuser de estruturas políticas e administrativas capazes de assegurá-la.**

- Estabelecer uma relação entre os problemas de segurança e os de desenvolvimento, mas sem reduzi-los um ao outro. Uma agenda de segurança insensível a questões de desigualdade global e nacional – epidemias, degradação do meio ambiente, frustração das expectativas e pobreza relativa – estará condenada a travar uma guerra contra os sintomas. A agenda de desenvolvimento não pode reduzir as questões de segurança a um epifenômeno – que não requer tratamento específico, investimentos e preparo institucional.

Uma perspectiva latino-americana sobre segurança humana

Do ponto de vista latino-americano, a segurança humana deveria:

- Não fundir problemas sociais diferentes – embora eles se inter-relacionem, cada um tem sua própria dinâmica e requer políticas e instituições específicas. Reconhecer as inter-relações de problemas como violência e pobreza não implica uma visão reducionista das questões sociais e/ou de segurança. Conforme as pesquisas sociológicas demonstram, não são necessariamente os setores mais pobres da população urbana que se envolvem em crimes; e a violência armada, uma vez consolidada, tem uma dinâmica até certo ponto autônoma. Muitos problemas arrolados na agenda multidimensional estão associados de modo intrínseco à política interna. Não podemos nos esquecer, por exemplo, de que a pobreza na América Latina é mantida, acima de tudo, por desigualdades sociais, corrupção e políticas sociais ineficientes.
- Desenvolver uma visão que focalize em particular a construção das instituições estatais, incluindo a participação da sociedade civil, mas que tenha por objetivo principal a garantia do funcionamento de um Estado de Direito. A pesquisa e a ação orientadas pela segurança humana deveriam se concentrar na insegurança resultante da violência armada, levando em conta o respeito aos direitos humanos e abrangendo o contexto social que

dá origem a essa violência. Assim, a prevenção e a repressão da violência devem atuar sobre suas causas imediatas e também sobre os contextos sociais – especialmente sobre os grupos sociais mais passíveis de se tornar vítimas ou agentes de violência armada e crime, geralmente os jovens dos grandes centros urbanos.

- Focalizar os problemas de segurança sob uma ótica multilateral e multissetorial, permitindo que os diferentes participantes (instituições públicas, ONGs, associações comunitárias e empresariais, entre outros) discutam e proponham novas políticas e abordagens.
- Reconhecer que em situações concretas podem existir tensões entre uma visão universalista dos direitos humanos (ou da defesa da ecologia) e o reconhecimento da soberania como um dos pilares do sistema internacional. Embora os casos extremos possam ser arbitrados por tribunais internacionais, muitas situações têm um caráter tão ambíguo que requerem um espírito aberto e disposição para o diálogo, tendo com ponto de partida o respeito pela soberania nacional. Em nível local, é importante aumentar a interação entre as instituições responsáveis pela defesa nacional e a segurança pública e as ONGs que lutam pelos direitos humanos, caso contrário a desconfiança e a recriminação mútua constituirão um impedimento para o avanço de uma agenda mais democrática.
- Inserir-se no debate global sobre segurança numa perspectiva de geometria variável. Isso significa salientar que os conceitos e agendas globais só têm sentido se reconhecerem as especificidades das condições locais, e apenas são relevantes na medida em que forem úteis para análises comparativas. Além disso, eles deveriam incluir diferentes variações e tipologias, sem tentar constituir simplificações muito abrangentes, no estilo proposto pelos órgãos internacionais e pelo governo dos Estados Unidos. Na América Latina em particular, onde os países não são grandes atores em termos de ajuda militar ou humanitária, nem existem casos de Estados autoritários nem em colapso (exceto o caso do Haiti), o foco da segurança humana deveria priorizar os problemas internos de ordem pública que possam ter conseqüências internacionais. A mesma abordagem de geometria variável deve ser aplicada internamente na América Latina, onde a busca de um denominador comum gerou propostas muito gerais e não-operacionais. Acordos sub-regionais e bilaterais fornecem bases mais realistas para promover uma agenda comum de segurança. Uma agenda de segurança humana deve partir do local para o global, ao contrário da tendência atual de desenvolver conceitos globais e aplicá-los a situações nacionais.

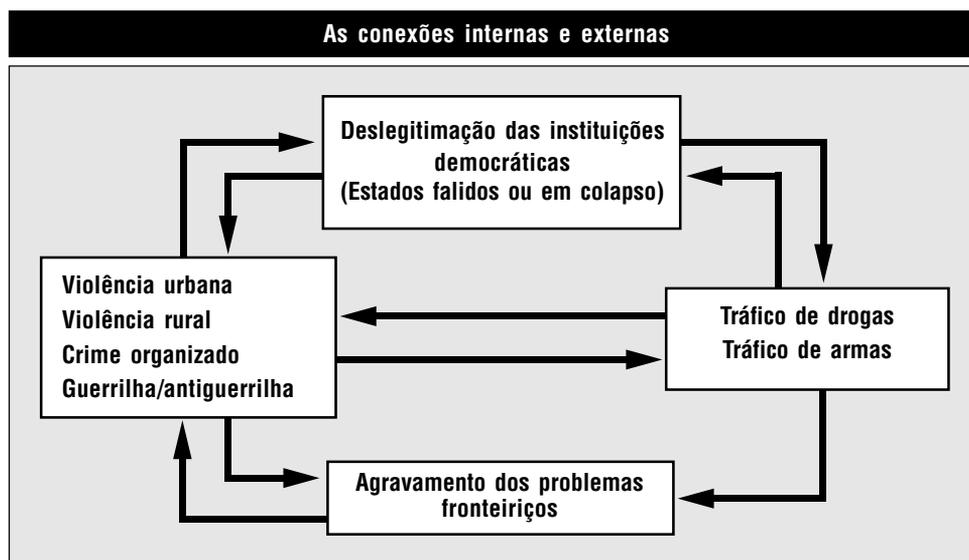
PARTE II

Rumo a uma perspectiva latino-americana de segurança humana

Problemas latino-americanos de segurança: conexões internas e externas

A violência urbana vem dominando as grandes cidades da América Latina. E cada vez mais se vincula ao tráfico internacional de drogas, ao comércio de armas e à lavagem de dinheiro, atividades que não respeitam fronteiras nacionais e cujo combate requer um esforço multilateral dos países da região. Os focos de guerrilha, primeiro na América Central e agora na Colômbia, deram origem ao problema dos refugiados e geraram tensão nas fronteiras. Embora a presença de grupos terroristas internacionais não seja generalizada, ela tem (ou teve) certa relevância na região da tríplice fronteira entre Brasil, Argentina e Paraguai.

Os conflitos armados entre países não são um tema significativo na América Latina atual, mas o impacto da violência e da política, sob a influência da produção de drogas e do crime organizado (e da guerrilha, na Colômbia), pode gerar conflitos entre países e criar zonas de atrito, como na referida fronteira tríplice, e em particular na região amazônica. Talvez o mais importante seja o risco do advento de um governo que, eleito pela via democrática, caia na esfera da doutrina Bush de “Estados falidos” ou “adeptos do terrorismo”. Assim sendo, as relações entre problemas de segurança internos e externos podem resultar tanto em Estados falidos como na destruição dos esforços de consolidação dos Estados da região.



A doutrina Bush e a segurança latino-americana

A América Latina é a região do mundo com a mais baixa incidência de conflitos armados entre países, e a que registra os menores gastos militares em relação ao PNB. Na região, apesar de certas áreas de tensão, as fronteiras estão consolidadas, e praticamente inexitem conflitos religiosos e ódios raciais intensos. Trata-se da única região do mundo em que todos os países aderiram a um tratado contra armas nucleares.

A década de 1990, período que poderíamos chamar de “globalização azul”, foi uma fase de consolidação democrática no continente. A agenda do sistema internacional em geral, e das relações dos Estados Unidos com a América Latina em particular, estava dominada por temas econômicos e pela expectativa de que a globalização, assim como as formas de regulação econômica, gerassem um sistema de governança política internacional baseado no multilateralismo. Com o novo milênio, os ventos mudaram rapidamente de direção. A globalização econômica não trouxe benefícios para boa parte da população dos países latino-americanos nessa nova era de “globalização cinza”.

A administração Bush adotou uma postura mais reservada em sua política externa diante dos acordos institucionais e dos tratados supranacionais. Logo após os eventos de 11 de setembro, os Estados Unidos redefiniram sua posição estratégica, optando por um vigoroso unilateralismo, e sua política externa se concentrou, com exclusividade, na luta contra o “terrorismo”. Na verdade, o termo “terrorismo” passou a ser aplicado, na prática, a todas as organizações consideradas inimigas pelo governo estadunidense, em muitos casos sem o menor vínculo com o terrorismo internacional.⁹ A luta contra o “terrorismo” e as conseqüentes intervenções dos Estados Unidos tiveram por pretexto a defesa dos direitos humanos. Isso gerou dúvidas nos ativistas internacionalistas quanto ao direito de intervenção externa em nome dos direitos humanos.

O governo Bush reproduziu a mesma polarização, com o conseqüente alinhamento automático à política externa, existente na época do comunismo. O novo cenário internacional e seus desafios não se encaixam na doutrina Bush. Mas também é impossível ignorar as mudanças na ordem internacional provocadas pelos acontecimentos de 11 de setembro, e como a luta contra o

9. Na exposição “Os traficantes de drogas, os terroristas e você”, recentemente organizada em Nova York pelo museu DEA (Drug Enforcement Administration), o conceito de terrorismo é tão amplo que inclui até o assassinato de um oficial estadunidense por um guerrilheiro, em 1969. O material exibido incluía cartazes contra o tabagismo...

terrorismo está mudando as estratégias de segurança internacional. A questão, portanto não é negar o problema, mas participar de forma ativa e autônoma da identificação das ameaças e das diferentes formas de enfrentá-las.

No novo contexto de militarização das relações internacionais, todos esses fatores levaram os Estados Unidos a excluir a América Latina de seu sistema de prioridades. Apesar do empenho do governo dos Estados Unidos em polarizar o mundo em torno desse problema, a luta contra o terrorismo não é entendida como uma questão de prioridade de segurança na região. Na América Latina, o combate ao terrorismo não ocupa o espaço deixado pela luta contra o comunismo, que contava com o apoio da maioria dos grupos dominantes, das classes médias e das forças armadas.

A região tem suas próprias debilidades na arena internacional. Nas últimas décadas, os países latino-americanos não conseguiram desenvolver uma visão compartilhada de seus problemas de segurança, nem uma agenda concreta de atuação. Tanto quanto a Europa ou o Japão, os países da América Latina integram o cenário internacional se beneficiando do esforço de regulação do sistema internacional por parte dos Estados Unidos, que por sua vez impõem suas prioridades e interesses nacionais. Após a luta contra o comunismo, diversos países apresentaram os mais variados pontos de vista e prioridades a propósito da reorganização do sistema institucional interamericano e da definição das prioridades de segurança na região. Mas os Estados Unidos são o único país do continente com uma proposta para a segurança do hemisfério, enquanto os países latino-americanos tendem a privilegiar perspectivas e interesses locais e uma atitude defensiva.

Sem dúvida, a década de 1990 trouxe para a região algumas novidades e avanços, entre eles o reconhecimento da ordem democrática como fator crucial para a manutenção da paz. Outro elemento novo foram os acordos sub-regionais (Mercosul, América Central e o esforço de revitalização da Área Andina), com conseqüências político-institucionais positivas para a consolidação democrática. Ainda assim, o princípio comum da política externa da América Latina continua a girar em torno da não-intervenção, e do esforço para solapar ou limitar a capacidade de os Estados Unidos imporem sua agenda aos países da região.¹⁰ Diante da tendência estadunidense de “securitizar” a agenda internacional, os latino-americanos enfatizaram o caráter multidimensional da agenda de segurança do hemisfério, priorizando os problemas relacionados a pobreza, saúde, meio ambiente e desenvolvimento econômico.

À época da luta contra o comunismo, os aparatos de segurança se tornaram

10. A Resolução da Conferência de Segurança do Hemisfério (27 e 28 out. 2003) no México, reflete claramente esses impasses.

autônomos – em especial as forças armadas, cujas doutrinas de defesa e ordem pública estavam centradas no conceito de “segurança nacional”. Elas se apresentavam como representantes ou defensoras do interesse nacional na luta contra o inimigo interno – o comunismo – e o inimigo externo – os países vizinhos. Com o fim do comunismo, o inimigo histórico desapareceu e os processos de democratização (com governos civis voltados para os problemas internos e sociais) reduziram as tensões entre as nações.¹¹

Nos últimos anos, houve importantes progressos no desenvolvimento da confiança e da colaboração entre forças armadas tradicionalmente rivais (em especial entre Chile e Argentina, ou Brasil e Argentina). No entanto, as forças armadas da América Latina continuam a ser, em larga medida, refratárias aos processos de democratização (no sentido de se abrirem ao debate público e redefinirem sua doutrina, que continua a se basear no conceito de “segurança nacional”). Assim, há um descompasso entre a doutrina militar e o discurso político dominante, que privilegia a democracia e os direitos humanos. Nos países da América Latina, isso se reflete até no reduzido número de centros de pesquisa acadêmica e organizações da sociedade civil que se dedicam a monitorar e dialogar com as forças armadas e a polícia.

A doutrina Bush de “guerra contra o terror” pode ter impacto considerável sobre os sistemas de segurança da América Latina, e a potencial capacidade de galvanizar e polarizar a política latino-americana de forma maniqueísta. Talvez uma das piores conseqüências da atual “doutrina antiterror” seja que muitos políticos e intelectuais latino-americanos podem ganhar respeito e popularidade pelo simples fato de criticarem a posição do governo dos Estados Unidos. Isso lhes permite se furtar à análise e ao combate dos verdadeiros problemas de segurança, incluindo o desenvolvimento de uma doutrina de segurança efetiva, capaz de fazer frente à agenda “antiterror” estadunidense.

Na época da luta contra o comunismo, a política externa dos Estados Unidos contou com um importante apoio de setores sociais e políticos da América Latina, onde o comunismo era visto como inimigo comum. Mas a luta contra o terrorismo não mobiliza o apoio local, uma vez que nenhum grupo social latino-americano dá prioridade a esse embate. Além disso, em particular no Brasil, os Estados Unidos se tornaram a principal fonte de preocupação para as forças armadas, devido a sua presença na Colômbia e ao temor de uma conspiração para internacionalizar a região amazônica. Nesse contexto, o uso de *slogans* contra os EUA, que talvez seja uma maneira fácil de obter apoio público, pode se tornar uma fonte de tensão internacional.

11. Hoje persistem apenas alguns casos de “animosidade” histórica (por exemplo entre o Chile e a Bolívia), mas na prática está excluída a hipótese de guerra.

*Para uma agenda de pesquisa
sobre a segurança latino-americana*

A fácil retórica contra os Estados Unidos é um dos obstáculos à formulação de uma agenda de segurança para a América Latina. Em alguns casos, como na Colômbia – que muitos latino-americanos consideram “contaminada” pela forte presença estadunidense –, ela diminui a capacidade de analisar e propor uma agenda alternativa, não-reativa. Todavia, há mais questões específicas em jogo.

Por tradição, as relações internacionais não constituíam um campo de pesquisa fundamental para a maioria dos principais cientistas sociais da América Latina. Embora existam importantes grupos de pesquisadores nessa área, eles em geral adotam uma abordagem mais tradicional, direcionada para as relações internacionais e o comércio internacional. Ao mesmo tempo, cientistas sociais e ONGs da América Latina desenvolveram, nas últimas décadas, pesquisas e propostas práticas referentes a problemas de violência e segurança pública, focalizando em particular a violência como um problema interno. É evidente a necessidade de mais pesquisas e discussões, entre os especialistas, sobre as conexões **internas/externas** entre violência, segurança e relações internacionais.

A partir da década de 1980, houve uma tendência entre os cientistas sociais da região a se concentrar mais em seus próprios países, deixando de lado os estudos comparativos latino-americanos. Isso resultou da derrota da esquerda, que tinha uma perspectiva regional. Reflete também a especificidade das novas realidades democráticas e sua internacionalização, estreitando seus vínculos com instituições universitárias dos países desenvolvidos. A maioria das ONGs com foco concentrado na América Latina não possui uma capacidade sólida para desenvolver pesquisas.

Até agora, os países latino-americanos tentaram se contrapor às doutrinas antiterroristas dos Estados Unidos com um conceito de “segurança multidimensional”, muito próximo ao de segurança humana, exceto por não incluir a idéia de intervenção humanitária. O conceito de segurança multidimensional considera como fontes de insegurança problemas relacionados com tráfico de armas e de drogas, terrorismo, saúde, pobreza, crises econômicas e ambientais, entre outros. Com certeza não se trata de uma proposta para uma doutrina efetiva de política externa, e não se refere à possibilidade de intervenção humanitária. Mas de fato contrabalança a política externa dos Estados Unidos, ao relativizar e diluir sua ênfase na defesa.

Embora nos últimos anos um número cada vez maior de ONGs latino-americanas tenha começado a se preocupar com problemas de segurança, muitas das que trabalham com direitos humanos têm dificuldade em propor uma agenda afirmativa no que diz respeito a essas questões. Isso se deve, em parte, ao fato

de que qualquer proposta operacional precisa lidar com o uso efetivo de meios repressivos. Criou-se igualmente uma falsa dicotomia entre eficiência e transparência. A experiência demonstra que a eficiência está relacionada à transparência, mas também que a ênfase na transparência não deve ser dissociada de uma clara compreensão das especificidades operacionais e das necessidades do sistema de segurança.

Diante dessa realidade, surge a seguinte questão: no contexto atual, será necessário, ou mesmo possível, tentar apresentar uma agenda latino-americana proativa, que busque enfrentar os problemas de segurança regional, e aumentar a autonomia da região no cenário internacional? Acredito que a resposta a ambas as partes da questão é “sim”. O princípio de não-intervenção e de oposição à agenda dos EUA não basta para enfrentar os desafios existentes. Em primeiro lugar, embora até certo ponto seja possível procurar neutralizar a agenda estadunidense, ela não pode ser totalmente controlada. Dado o peso político, militar e econômico do país, ela só pode ser confrontada por outra agenda que permita negociações efetivas. Isso quer dizer que o multilateralismo, em nível regional, só pode ser construído a partir de uma agenda que leve em conta e negocie os problemas (mesmo sem concordar com o diagnóstico ou as soluções) levantados pela política externa dos Estados Unidos. Para a maioria dos países da região, os problemas mais relevantes de segurança são: a realidade das novas formas de crime organizado e terrorismo, que diluem a distinção entre o espaço interno e externo; o surgimento de zonas fronteiriças problemáticas no que diz respeito a drogas, criminalidade, guerrilhas e terrorismo; e o estabelecimento de espaços territoriais, inclusive em áreas urbanas, sobre os quais o Estado perdeu o controle efetivo. Tais questões exigem novos arranjos bilaterais, sub-regionais e regionais, e estratégias que definam um novo papel para as forças armadas e para o sistema hemisférico de segurança.

Pesquisas aplicadas e uma agenda prática deverão enfrentar os problemas a seguir.

A redefinição da atual concepção de política externa na América Latina, centrada em princípios de não-intervenção e em uma agenda multidimensional. A América Latina precisa enfrentar as novas ameaças internas e externas com uma estratégia que fortaleça as instituições democráticas em geral, e o sistema de implementação das leis em particular. Precisamos aprofundar a discussão sobre soberania nacional, reconhecendo que a posição tradicional, baseada numa perspectiva estreita de soberania, já não é viável (e provavelmente nunca foi). Há um consenso crescente quanto ao fato de que os problemas de segurança no mundo de hoje vão além dos limites das fronteiras nacionais e da capacidade individual de os Estados enfrentarem as ameaças à segurança. Com efeito, nos últimos anos, os países da América Latina desenvolveram uma atitude “intervencionista” quando se trata de preservar as instituições democráticas. Sua tendência geral de pretender

preservar a “soberania” é uma atitude legítima, baseada no desejo de criar mecanismos que possam repelir intervenções estadunidenses indesejadas. O desafio agora é propor uma agenda de segurança coletiva que desenvolva mecanismos para compartilhar os sistemas de inteligência e os sistemas operacionais entre os Estados, em particular – mas não exclusivamente – nas regiões de fronteira, mantendo ao mesmo tempo o respeito pela soberania nacional.

As novas relações entre políticas internas e externas, entre as forças de segurança e o surgimento de regiões problemáticas. Novas formas de violência organizada, que diluem as fronteiras entre defesa nacional e segurança pública interna, exigem a redefinição do papel das forças armadas e da polícia, e a crescente cooperação entre ambas. Essa necessidade enfrenta diversas dificuldades. As intervenções militares do período anterior, ainda muito presentes na memória das elites políticas, em particular nos países do Cone Sul, criam uma compreensível preocupação com a autonomia das forças armadas, e uma tendência a querer delimitar seu âmbito de atuação a problemas externos, à margem das questões internas. A experiência histórica do período de luta contra o comunismo também indica que, quando se envolvem diretamente em questões de segurança interna, as forças armadas buscam subordinar as forças policiais e sua cadeia de comando. (Mesmo hoje, a organização hierárquica da principal força policial do Brasil – a polícia militar – segue padrões militares, tendo como mais alto posto a patente de coronel, dependendo assim das forças armadas.) Há ainda uma legítima preocupação em evitar que as forças armadas sejam pervertidas e corrompidas pelos consideráveis recursos financeiros do crime organizado.

Apesar disso, há uma demanda crescente pela integração das forças armadas com a polícia, pois a interligação dos problemas internos e externos cria nas fronteiras zonas cruciais na ação contra o crime organizado – e algumas áreas fronteiriças são “colonizadas” por grupos marginais. Que mudanças são necessárias na doutrina e no comando das forças armadas para que se incorporem aos esforços de reprimir novas formas de violência sem se sobrepor às forças de segurança pública? E como é possível, ao mesmo tempo, intensificar o controle público das forças armadas para que elas não ultrapassem as fronteiras políticas? Será possível integrar a polícia e seus serviços de inteligência com o aparato das forças armadas, preservando a autonomia de ambas? Como desenvolver ações de cooperação regional e sub-regional entre a polícia e as forças armadas? Como garantir mecanismos de controle das fronteiras compartilhados entre Estados? Como lidar com a questão das regiões “problemáticas”, sem invadir a soberania nacional de cada país? Como adaptar e multiplicar as melhores realizações e experiências da região – a reconstrução das forças de segurança da América Central após os conflitos; a reforma da polícia em cidades latino-americanas, como Bogotá e Cidade do México; e projetos com grupos de risco similares aos desenvolvidos nas favelas

pela ONG Viva Rio, no Brasil? Estas questões prementes vão exigir esforços conjuntos e reações coordenadas por parte dos países latino-americanos, à luz das novas tendências em matéria de segurança descritas até aqui.

Enfrentamento das questões de violência, drogas e terrorismo. Visto que a agenda de pesquisa latino-americana sobre relações internacionais e problemas e políticas de segurança é, em grande medida, defensiva, diferentes agentes (entre os quais cientistas sociais, ONGs e governos) tendem a evitar discutir os conceitos que informam o atual debate internacional sustentado não apenas pelos Estados Unidos, mas também por organizações europeias e internacionais.

Faz-se necessário um debate local para aprofundar as concepções regionais a respeito das drogas e do terrorismo. A atual doutrina de segurança dos Estados Unidos – que não distingue terrorismo de qualquer ato “antiamericano”, incluindo produção e tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, violência de grupos políticos e de guerrilhas – confunde e mistura problemas variados, que na verdade exigem soluções específicas. Diferentes tipos de violência ocorrem em diferentes circunstâncias sociais e exigem soluções distintas. Embora reconheçamos que alguns grupos políticos ou criminosos podem se vincular a redes terroristas internacionais, isso não significa que devam ser enfrentados com o mesmo aparato operacional.

Na América Latina, a maioria dos problemas de violência capazes de desestabilizar as instituições do Estado se vincula ao comércio de drogas – que proporciona os recursos econômicos em escala relevante. O tráfico de drogas está no centro das conexões de segurança interna e externa, com potencial de desestabilizar a segurança do continente. As soluções devem se reportar tanto ao contexto social, como a uma agenda ativa de reforma da segurança pública e reforma do judiciário.

Precisamos substituir o conceito de terrorismo do governo dos Estados Unidos por uma tipologia mais precisa e útil das formas de violência e suas fontes – sem negar, quando for o caso, as potenciais conexões com o terrorismo internacional. O próprio estudo das várias formas de violência exige mais pesquisa. A idéia de que a violência (e mesmo o terrorismo) está relacionada à extrema pobreza é errada, tanto do ponto de vista moral como empírico. Muitas pessoas e organizações bem-intencionadas estabelecem a relação entre violência e pobreza como forma de justificar mais investimento social. Mas isso estigmatiza os pobres e não se fundamenta em fatos empíricos: um recente estudo do movimento Viva Rio¹² sobre a violência armada, em âmbito nacional, indica que os setores mais pobres da sociedade não são os mais envolvidos em atividades criminosas violentas. É

12. Ver <www.vivario.org.br>. Acesso em 2 nov. 2005.

natural que ambientes de carência e exclusão social criem frustração e, com isso, uma base social para o recrutamento para o crime e o envolvimento com ele. Todavia, é indispensável realizar mais pesquisas empíricas para identificar os grupos específicos sob maior risco de engajamento com a violência armada e desenvolver políticas que aumentem suas chances de inserção social.

Conceitos de Estados em colapso ou falidos. A questão dos “Estados falidos”, conceito que se tornou comum na arena internacional, não foi até agora objeto de ampla discussão entre os cientistas sociais latino-americanos, que tendem a reagir (às vezes, de forma exaltada) a essa idéia, temendo que abra caminho para a intervenção estrangeira. Utilizam como principal argumento a demonstração histórica de que quase todos os Estados latino-americanos, apesar das crises e insurreições, estão solidamente estabelecidos. Por bem-fundamentado que seja, esse argumento não garante resultados futuros, nem enfrenta a questão de que a deterioração do sistema institucional em alguns países pode gerar situações políticas passíveis de desencadear reações (talvez até superdimensionadas) dos próprios Estados Unidos, desestabilizando nações e criando Estados falidos.

O problema dos Estados falidos, ou em colapso, não pode ser dissociado dos problemas de desenvolvimento e das políticas econômicas.¹³ Ao mesmo tempo, resulta de conseqüências mais complexas da globalização: democratização das expectativas, novas identidades coletivas e esfacelamento dos sistemas tradicionais de poder e autoridade.

Uma das fontes da estabilidade dos Estados latino-americanos é a relativa estabilidade das identidades nacionais e a ausência de conflitos religiosos e de separatismo étnico. No entanto, este último fator talvez não permaneça como regra em alguns países andinos, nos quais as reivindicações étnicas se mesclam por vezes a interesses da produção de drogas, embora não se reduzam a isso, e possam levar a situações de fragmentação nacional. Por sua vez, a democratização cultural e política – com a derrocada dos laços clientelistas, a urbanização, a individualização e o progresso dos valores igualitários – diminuíram a tolerância para com a corrupção dos governos, produzindo paradoxalmente uma crescente desconfiança das instituições democráticas e a abertura para líderes populistas.

Os pesquisadores latino-americanos poderiam contribuir com mais nuances para o conceito de “Estados falidos”, não focalizando apenas os processos pelos quais os Estados começam a decair, mas procurando localizar onde e como eles encontram recursos para manter sua estabilidade. No nível da pesquisa social, a América Latina tem uma sólida tradição de análise da

13. Ver, sobre o assunto, Susan L. Woodward, “The State Failure Agenda: From Sovereignty to Development”, ms., 2004.

construção do Estado nacional levando em consideração contextos institucionais e sociais, e evitando, assim, a excessiva simplificação da análise dos contextos internos, tão comum na literatura sobre as relações internacionais.

Estudos comparativos sobre a reforma da polícia e do judiciário para garantir o Estado de Direito. Houve um período, há alguns anos, em que os organismos internacionais apoiavam ativamente a reforma dos sistemas judiciários latino-americanos. Na época, desenvolveu-se um bom volume de pesquisas sobre o assunto. A “moda” parece ter passado, e o progresso nesse campo começou a perder impulso. Muitos desses estudos não incorporaram a análise do funcionamento das forças de segurança e das complexas relações entre o sistema de segurança, o judiciário e a desigualdade social, que alimentam um círculo vicioso. Balanços periódicos das diversas experiências latino-americanas de reforma da polícia e do judiciário poderão contribuir para assegurar um sistema jurídico efetivo e eficaz, direcionado para a garantia dos direitos humanos e a consolidação do regime democrático.

Prevenção e resolução de conflitos. Na última década, a diplomacia latino-americana fez importantes conquistas, em especial na América Central. Contudo, ainda são poucos os centros de pesquisa e as ONGs dedicados ao tema de mediação de conflitos e sua aplicação sobre problemas de segurança pública. O mesmo acontece com os sistemas de monitoramento capazes de relacionar conflitos internos e violência com seu impacto nas instituições democráticas, e seus efeitos em nível internacional. Será preciso superar a tradição, ainda presente nas ciências sociais – e de maneira esmagadora nas ONGs –, de confundir análise com denúncia de práticas abusivas, e entendimento analítico com posicionamento normativo.

Integrar a sociedade civil, as instituições do hemisfério e as Nações Unidas. A reforma do setor de segurança precisará se apoiar com firmeza no debate público e nas propostas da sociedade civil. Mas deve-se também reconhecer que a sociedade civil não está acima de qualquer crítica. Muitas de suas instituições têm mostrado uma atitude defensiva baseada na afirmação de princípios abstratos; ao mesmo tempo, adotam uma atitude de oposição e confronto a medidas de governos legitimamente constituídos, sem oferecer propostas alternativas e soluções práticas. Dessa forma, não somente se indispõem em relação aos órgãos governamentais, como se distanciam das expectativas da maioria da população, que se sente insegura e espera propostas práticas. As ONGs não podem simplesmente denunciar as práticas do Estado; elas devem procurar colaborar com os governos na democratização das

instituições públicas e do setor de segurança, por meio do diálogo e de parcerias.

Há algumas questões-chave para aqueles que trabalham com segurança humana na região. Como criar um diálogo entre o governo e a sociedade civil em torno das questões de segurança? Como expandir a quantidade e a qualidade do trabalho das organizações não-governamentais no sentido de reduzir a violência e reformar os setores de segurança? Como divulgar as experiências e promover intercâmbios, criando um fórum de organizações regionais atuando no mesmo campo?

Aperfeiçoar a pesquisa e o diálogo sobre questões de fronteira. As questões fronteiriças e as regiões problemáticas integram outro campo carente de sólidas pesquisas. O contrabando de armas não pode ser dissociado daquele que é feito em pequena escala (principalmente na região de tríplice fronteira, onde a cada dia milhares de pessoas contrabandeam mercadorias, do Paraguai para o Brasil e para a Argentina), configurando o principal fator de corrupção dos funcionários aduaneiros. Alguns autores acreditam que certas regiões, em particular a Amazônia, se tornaram espaços privilegiados para o tráfico de armas e drogas, bem como para a ação de grupos armados. A preocupação legítima com a soberania do Estado – de modo especial do Brasil em relação à Amazônia – cria barreiras para o desenvolvimento de estratégias de segurança coletiva e mecanismos multilaterais. Serão necessários mais esforços para aperfeiçoar o controle alfandegário e aprofundar o diálogo de pesquisadores e ONGs dedicados a questões de segurança, regiões fronteiriças e direitos humanos com a polícia e as forças armadas.

ALBERTO BOVINO

Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Buenos Aires, e advogado do Centro de Estudos Legais e Sociais, Buenos Aires, Argentina. Mestre em Direito pela Escola de Direito da Universidade de Colúmbia, Nova York, Estados Unidos.

RESUMO

Quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos demanda um Estado-parte em um procedimento contencioso perante a Corte Interamericana, a prova se torna uma questão central. Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como o Regulamento da Corte se caracterizam por omitir o tratamento da atividade probatória. Por isso, a Corte tem abordado do ponto de vista da jurisprudência as particularidades de cada processo. Na jurisprudência encontraremos os seguintes aspectos referentes à atividade probatória: (a) particularidades da atividade probatória no sistema interamericano; (b) constituição da prova do caso; (c) ônus da prova; (d) regime de valoração probatório; e (e) padrões para demonstrar violações à Convenção. Diante das características peculiares dos casos de graves violações de direitos humanos, esse assunto é de crucial importância, e os casos apresentados à Corte têm levado em conta tais singularidades. [Artigo original em espanhol.]

PALAVRAS-CHAVE

Prova – Valoração da prova – *Sana crítica** – Ônus da prova – Padrões probatórios

**Sana crítica*: princípio do livre convencimento do juiz, desde que motivado, ou princípio da persuasão racional. [NE]

A ATIVIDADE PROBATÓRIA PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Alberto Bovino

Quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos demanda um Estado-parte em um procedimento contencioso perante a Corte Interamericana, a prova torna-se uma questão central.¹

A relevância das provas resulta manifesta se atentarmos aos capítulos de fatos e prova de qualquer sentença da Corte Interamericana.² Em sua jurisprudência, a Corte Interamericana estabeleceu princípios e padrões sobre a atividade probatória. Diante das singularidades apresentadas pelo sistema desenvolvido, em sua maior parte orientado pela jurisprudência, consideramos que o assunto merece ser analisado.

Na jurisprudência da Corte encontraremos os seguintes aspectos referentes à atividade probatória: (a) singularidades da atividade probatória nos processos levados à Corte IDH; (b) constituição do acervo probatório de um caso concreto; (c) ônus da prova; (d) regime de valoração da prova; e (e) padrões probatórios para demonstrar a violação de direitos protegidos pela Convenção Americana.

O assunto é de crucial importância, em particular quando levamos em conta as singularidades dos casos de graves violações aos direitos humanos.

1. Daqui em diante, nas referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizaremos Corte Interamericana ou Corte IDH; para a Comissão Interamericana, Comissão ou CIDH; e para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Americana, Convenção ou CADH.

2. No caso Canese, por exemplo, dos 229 parágrafos da sentença, 23 eram dedicados à prova (item V, A prova, parágrafos 46-68), e 69, aos fatos (item VI, Fatos provados, parágrafos 1-69), equivalendo a um total de 92 parágrafos dedicados às questões de fato e prova (40%). Ver Corte IDH, caso Ricardo Canese vs Paraguai, sentença de 31 ago. 2004.

Singularidades

As especificidades do direito internacional dos direitos humanos podem ser apreciadas no desenvolvimento da jurisprudência da Corte Interamericana em matéria probatória. Como veremos, elas estruturam um sistema probatório com suas próprias características, conforme ficou assinalado:³

135. A Corte não pode ignorar a gravidade especial do fato de se atribuir a um Estado-parte na Convenção a acusação de ter executado ou tolerado em seu território uma prática de desaparecimentos. Isso obriga a Corte a aplicar uma valoração da prova que leve em conta esse extremo e que, sem prejuízo do já dito, seja capaz de criar a convicção da verdade dos fatos alegados. (Grifo nosso.)

Como vemos, a gravidade intrínseca de toda violação de direitos humanos é levada em conta como variável determinante do regime probatório. Por outro lado, a Corte IDH destacou, na mesma oportunidade:⁴

138. O processo perante a Corte, como tribunal internacional que é, apresenta particularidades e caráter próprios, e por isso não lhe são automaticamente aplicáveis todos os elementos dos processos perante tribunais domésticos.

139. Isto, que em geral é válido nos processos internacionais, é particularmente aplicável nos referentes à proteção dos direitos humanos.

140. Com efeito, a proteção internacional dos direitos humanos não deve ser confundida com a justiça penal. Os Estados não comparecem perante a Corte como réus de ação penal. O objetivo do direito internacional dos direitos humanos não é punir pessoas culpadas por violações, mas amparar as vítimas e procurar a reparação dos danos que lhes tiverem sido causados pelos Estados responsáveis por tais ações.

Em síntese: destaca-se a singularidade do direito internacional em geral e do direito internacional dos direitos humanos em particular; é feita a distinção entre direito penal e responsabilidade internacional; e é definida a matéria do direito internacional dos direitos humanos.

Tais circunstâncias precisam ser levadas em conta para compreender e regulamentar a atividade probatória em processos levados à Corte Interamericana:

70. Num tribunal internacional como a Corte, cujo fim é a proteção dos direitos humanos, o procedimento se reveste de particularidades próprias que o diferenciam

3. Corte IDH, caso Godínez Cruz. Sentença de 20 jan. 1989.

4. Id.

*de processos domésticos. O primeiro é menos formal e mais flexível, sem por isso deixar de atentar para a segurança jurídica e para o equilíbrio processual das partes.*⁵

*89. Com o fim de obter o maior número possível de provas, este Tribunal tem sido muito flexível na admissão e na valoração das mesmas, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência. [...] O procedimento estabelecido para os casos contenciosos perante a Corte Interamericana ostenta características próprias que o diferenciam do aplicável aos processos de direito doméstico, não estando o primeiro sujeito às formalidades próprias do segundo.*⁶

Por outro lado, deve-se levar em conta que:

*75. Finalmente, a Corte sustenta que [p]ara estabelecer que se produziu uma violação dos direitos consagrados na Convenção não se requer determinar, como ocorre no direito penal doméstico, a culpabilidade de seus autores ou sua intenção. Tampouco é preciso identificar individualmente os agentes aos quais se atribuem os atos de violação. É suficiente demonstrar que houve apoio ou tolerância do poder público na infração aos direitos reconhecidos na Convenção. Além disso, também fica comprometida a responsabilidade internacional do Estado se este não realizar as atividades necessárias, de acordo com seu direito doméstico, para identificar e, se for o caso, punir os autores das violações.*⁷

É por isso que podemos ler, no citado caso Paniagua Morales:

87. Igualmente, em relação aos senhores González Rivera e Corado Barrientos, a Corte considera que sua detenção e sua morte estão vinculadas a agentes do Estado, que sejam da G-2 (Inteligência Militar) ou da própria Guardia de Hacienda. Além disso, esse caso foi incluído nas investigações do relatório da Policía Nacional que imputou responsabilidade aos agentes do Estado.

Até aqui vimos as singularidades da atividade probatória perante a Corte Interamericana. Estamos falando de graves violações a obrigações internacionais, de um procedimento peculiar que se caracteriza por sua informalidade e por alegadas diferenças em relação ao direito doméstico, sem ter como objetivo atribuir responsabilidade penal, mas sim conseguir a reparação das vítimas de violações dos direitos humanos.

Esse procedimento de proteção aos direitos humanos está regulamentado de maneira a permitir a obtenção da maior quantidade possível de elementos de

5. Corte IDH, caso Paniagua Morales e Outros. Sentença de 8 mar. 1998.

6. Corte IDH, caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua. Sentença de 31 ago. 2001.

7. Corte IDH, caso Villagrán Morales e Outros (Caso dos "Niños de la Calle"). Sentença de 19 nov. 1999.

prova, com o objetivo de determinar a verdade dos fatos. Nesse sentido, o único aspecto relevante a ser provado é o fato de a violação denunciada poder ser atribuída a um poder público, sem que seja preciso identificar um autor concreto.

A prova do caso

Embora um dos princípios da atividade probatória seja o do contraditório, e o procedimento perante a Corte IDH, regido por seu Regulamento, seja um processo que envolve partes, a prova valorada em cada caso concreto é incorporada de um modo muito específico.

Em primeiro lugar, o conjunto de elementos de convicção a ser incorporado a um caso concreto se integra com a prova oferecida pelo demandante e pelo demandado:⁸

84. O Artigo 44 do Regulamento assinala o momento processual oportuno para a apresentação e a admissão dos elementos de convicção, a saber:

1. As provas apresentadas pelas partes só serão admitidas caso sejam indicadas na demanda e em sua contestação e, se pertinente, na petição de exceções preliminares e na sua contestação.

[...]

3. Excepcionalmente, a Corte poderá admitir uma prova se alguma das partes alegar força maior, impedimento grave ou fatos ocorridos em momento distinto dos antes apontados, desde que se assegure à parte contrária o direito de defesa.

[...]

86. É importante assinalar que, em matéria probatória, rege o princípio do contraditório. Esse princípio é um dos fundamentos do Artigo 44 do Regulamento, que se refere à oportunidade em que a prova deve ser oferecida, com o objetivo de proporcionar igualdade entre as partes.

Assim, as partes oferecem sua prova respeitando o contraditório. No entanto, diante da especial natureza do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Interamericana possui amplos poderes em relação à atividade probatória, já que pode exercer a faculdade de produzir e incorporar elementos de prova de ofício, isto é, sem o pedido de uma parte.⁹ Nesse sentido, o Artigo 45 do Regulamento da Corte dispõe:

8. Caso da Comunidade Mayagna, já citado.

9. Às vezes a Corte usa tais faculdades para produzir a prova pedida pelas partes às quais já precluiu a oportunidade de oferecê-la.

A Corte poderá, em qualquer fase da causa:

- 1. Instruir-se, ex-offício, com toda prova que considere útil. De modo particular, poderá ouvir, na qualidade de testemunha, de perito ou por outro título, qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente.*
- 2. Requerer das partes o fornecimento de alguma prova que esteja ao alcance das mesmas ou de explicação ou declaração que, em seu entender, possa ser útil.*
- 3. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre determinado item. Enquanto a Corte não o autorizar, os respectivos documentos não serão publicados.*
- 4. Incumbir um ou vários de seus membros de realizar qualquer medida de instrução, incluindo audiências de recebimento de prova, seja na sede da Corte ou fora desta.*

Assim, por exemplo, a Corte decidiu pela incorporação extemporânea de certos documentos por parte do Estado:¹⁰

112. [...] Apesar de o Estado não ter feito manifestação alguma sobre as razões que motivaram a apresentação extemporânea desses elementos probatórios e não tenha apresentado, portanto, as circunstâncias excepcionais que justificariam sua aceitação pela Corte, esta estima que os mesmos constituem prova útil na medida em que contêm informação sobre os fatos examinados, e por isso os incorpora ao acervo probatório com base no Artigo 44.1 do Regulamento, e os valora como prova circunstancial dentro do acervo probatório, de acordo com o princípio da sana crítica.

Do mesmo modo, ficou disposto:¹¹

71. Os documentos fornecidos pela Comissão durante a audiência pública foram exibidos extemporaneamente. A Corte sustentou que a exceção estabelecida no Artigo 43 do Regulamento é aplicável unicamente no caso de que a parte proponente alegue força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes. No entanto, e apesar de a Comissão não ter apresentado as referidas circunstâncias nesse caso, a Corte os admite por considerá-los úteis para a avaliação dos fatos, de acordo com o disposto no Artigo 44.1 do Regulamento.

10. Corte IDH, caso Bámaca Velásquez. Sentença de 25 nov. 2000.

11. Corte IDH, caso Ivcher Bronstein. Sentença de 6 fev. 2001.

Em idêntico sentido, em relação a uma prova solicitada pelo tribunal, sustentou-se:¹²

58. [...] os documentos trazidos durante a audiência pública realizada no caso, tanto as cópias dos documentos nacionais de identidade como as certidões de nascimento e de guarda provisória de Matías Emanuel e Tamara Florencia Bulacio, a Corte os agrega ao conjunto probatório como prova para melhor resolver, em conformidade com o Artigo 44 do Regulamento.

Além disso, cabe estipular o material probatório adicional que também pode ser valorado na hora de pronunciar a sentença:

98. O acervo probatório de um caso é único e indivisível e é formado pelas provas oferecidas durante todas as etapas do processo. Por essa razão, a prova documental apresentada pelo Estado e pela Comissão durante a fase de exceções preliminares faz parte do acervo probatório do presente caso.¹³

68. A Corte apreciará o valor probatório dos documentos, declarações e perícias apresentados por escrito ou realizados diante dela. As provas apresentadas durante todas as etapas do processo foram integradas a um mesmo acervo probatório, que é considerado como um todo.¹⁴

Esse princípio é evidente. Trata-se de prova incorporada na etapa contenciosa de audiências orais perante a Corte Interamericana, e é natural que tais elementos de convicção possam ser incorporados ao conjunto de elementos de prova a serem avaliados na sentença. O mesmo ocorreria se se tratasse de prova apresentada solicitando medidas provisórias.¹⁵

Por último, numa decisão pouco acertada que contribui para diluir o princípio político do imediatismo – típico princípio próprio do juízo oral e contraditório –, o inciso 2 do Artigo 44 do Regulamento da Corte permite incorporar ao processo em trâmite perante a Corte o seguinte: “As provas produzidas perante a Comissão poderão ser incorporadas ao processo, sempre que tiverem sido recebidas em procedimentos contraditórios, salvo se a Corte considerar indispensável repeti-las”.

Essa regra é perigosa, pois poderia atentar contra o imediatismo do

12. Corte IDH, caso Bulacio vs Argentina. Sentença de 18 set. 2003.

13. Caso da Comunidade Mayagna, já citado.

14. Caso Bulacio, já citado.

15. Ver Corte IDH, caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Sentença de 2 jul. 2004, parágrafo 68.

procedimento perante a Corte Interamericana. Se levarmos em conta que, após a entrada em vigor do novo Regulamento, a Corte passou a ter muito mais casos do que antes, e que esse órgão pressiona as partes para que as testemunhas e os peritos dos casos apresentem sua declaração por escrito, em vez de prestar declaração em juízo, a regra analisada poderia aumentar a tendência a tornar escrito um procedimento que deveria ser inteiramente oral.¹⁶

Até aqui vimos o conjunto de elementos probatórios que integrará o material utilizado como fundamentação para estabelecer os fatos em disputa em um caso concreto. Vejamos agora as particularidades da atividade probatória no âmbito desse procedimento.

O ônus da prova

O ônus da prova dos fatos contidos na demanda fica a cargo da Comissão Interamericana,¹⁷ já que esta é a parte demandante:

128. Antes de examinar as provas recebidas, a Corte deve começar por precisar algumas questões relacionadas com o ônus da prova e com os critérios gerais que orientam sua valoração e a determinação dos fatos no presente processo.

129. Dado que a Comissão é quem acusa o governo pelo desaparecimento de Saúl Godínez, a ela corresponde, em princípio, o ônus da prova dos fatos em que sua demanda se baseia.¹⁸

No entanto, diversas circunstâncias atenuam o peso da responsabilidade pelo ônus da prova. Em primeiro lugar, há uma limitação das possíveis defesas do Estado demandado. Em um caso peruano no qual desapareceram vários internos de uma prisão durante um motim, a Corte disse:¹⁹

16. Ver A. Bovino, "The victim before the Interamerican Court of Human Rights" (*Interights' Bulletin*, Londres: The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, v. 14, 2002). Deve-se levar em conta, ainda, que os extensos prazos entre as diferentes etapas do processo, além da importância cada vez maior de documentos, argumentos e declarações de testemunhas e peritos apresentados por escrito atentam também contra o imediatismo.

17. Desde a entrada em vigor do novo Regulamento da Corte, em 1º de junho de 2001, a vítima, seus familiares ou seus representantes têm legitimação autônoma para intervir e compartilham o ônus probatório com a Comissão. Ver Artigo 23.1 do Regulamento da Corte. Aqui faremos referência exclusivamente ao ônus probatório da Comissão.

18. Caso Godínez Cruz, já citado.

19. Corte IDH, caso Neira Alegria e Outros. Sentença de 19 jan. 1995.

65. A Corte considera que não corresponde à Comissão demonstrar o paradeiro das três pessoas a que se refere este processo, mas que, devido à circunstância de que na ocasião as prisões e depois as investigações estiveram sob controle exclusivo do governo, o ônus da prova recai sobre o Estado demandado. Essas provas estiveram à disposição do governo ou deveriam ter estado se este tivesse procedido com a necessária diligência. Em casos anteriores, a Corte declarou:

[...] diferentemente do que ocorre no direito penal doméstico, nos processos sobre violações de direitos humanos a defesa do Estado não pode se basear na falta de provas do demandante quando estas não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado. É o Estado que tem o controle dos meios para esclarecer fatos ocorridos dentro de seu território. A Comissão, embora tenha capacidade para realizar investigações, na prática depende, para poder efetuar-las dentro da jurisdição do Estado, da cooperação e dos meios que lhe proporcione o governo. (Caso Velásquez Rodríguez, supra 63, parágrafos 135-136; Caso Godínez Cruz, supra 63, parágrafos 141-142.)

Do mesmo modo, no caso Aloboetoe, a Corte eximiu a Comissão de demonstrar mediante prova documental a filiação e a identidade de várias pessoas, pois a falta dos referidos documentos se devia à negligência estatal: “[...] O Suriname não pode exigir então que se prove a filiação e a identidade das pessoas mediante elementos que não fornece a todos seus habitantes naquela região. Por outro lado, o Suriname não se dispôs nesse litígio a suprir sua inação trazendo outras provas sobre a identidade e a filiação das vítimas e de seus sucessores”.²⁰

Por outro lado, nem sempre é necessário cumprir com o ônus de provar todos os fatos invocados na demanda, pois, segundo o Regulamento da Comissão, Artigo 39: “Serão presumidos como verdadeiros os fatos alegados na petição cujas partes pertinentes tiverem sido transmitidas ao Estado em questão, e este não fornecer informação relevante para controvertê-los dentro do prazo fixado pela Comissão conforme o Artigo 38 do presente Regulamento, sempre que de outros elementos de convicção não resulte uma conclusão contrária”.

O Artigo 38.2 do Regulamento da Corte acrescenta: “O demandado deverá declarar em sua contestação se aceita os fatos e os pedidos ou se os contradiz, e a Corte poderá considerar como aceitos aqueles fatos que não tiverem sido expressamente negados e os pedidos que não tiverem sido expressamente controvertidos”. É por isso, por exemplo, que a Corte pôde realizar as seguintes considerações:²¹

20. Corte IDH, caso Aloboetoe e Outros vs Suriname. Sentença de 10 set. 1993, parágrafo 64.

21. Caso Villagrán Morales e Outros, já citado.

67. Neste caso o Estado não contestou diretamente os fatos alegados pela Comissão nem as imputações de violação dos Artigos 7, 4 e 5 da Convenção Americana e dos Artigos 1, 6 e 8 da Convenção contra a Tortura. Tanto na contestação da demanda como nas alegações finais a Guatemala concentrou sua defesa no argumento de que os fatos do caso haviam sido investigados pelos tribunais domésticos, os quais tinham emitido a respeito um conjunto de decisões – incluindo uma sentença da Corte Suprema – que não podem ser discutidas por outros órgãos públicos, em virtude do princípio da independência do Judiciário.

68. A esse respeito, a Corte considera, como já o fez em outros casos, que quando o Estado não contesta a demanda de maneira específica, presumem-se como verdadeiros os fatos sobre os quais guardou silêncio, sempre que das provas existentes for possível inferir conclusões consistentes sobre os mesmos [...].

Em síntese, embora o ônus da prova recaia sobre os demandantes, existem situações nas quais tal ônus é imposto ao Estado, e outras circunstâncias nas quais o ônus desaparece, pois se presume – por falta de oposição do Estado – que os fatos invocados são corretos.

A valoração da prova

Sistemas de valoração da prova

O processo de valoração da prova é o método pelo qual são avaliados os diversos elementos de convicção validamente incorporados ao processo para tomar uma decisão sobre os fatos. É uma análise racional dos elementos de convicção, sujeita a certas regras que a organizam. Existem três sistemas tradicionais de valoração da prova:

- Livre convicção: esse sistema se baseia na inexistência de regras estabelecidas *a priori* que atribuam valor probatório aos elementos de prova, e também na inexistência do dever de fundamentar os motivos da decisão e do processo de valoração. Só se requer que o julgador informe sobre a conclusão fática a que chegou, sem explicar como o fez. É o clássico sistema de júri.
- Prova legal: “A lei regula minuciosamente as condições, positivas ou negativas, que devem ser reunidas para alcançar certa convicção (número de testemunhas, quantidade de indícios, confissões etc.); com isso fica definida a decisão sobre a reconstrução do fato, transformada assim numa operação jurídica”.²²

22. Martín Abregú, “La sentencia”, in *Nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, de vários autores. (Buenos Aires: Del Puerto, 1993), p. 207.

- *Sana crítica*: esse sistema se caracteriza pela ausência de regras abstratas de valoração probatória. Exige a fundamentação da decisão, com a explicitação dos motivos que a fundamentam, a menção aos elementos de convicção levados em conta e à maneira de avaliá-los. A fundamentação da valoração deve ser racional, respeitar as regras da lógica, da psicologia, da experiência e do correto entendimento humano. “Esse método deixa o julgador em liberdade para admitir toda prova que considere útil ao esclarecimento da verdade, e para apreciá-la conforme as regras da lógica, da psicologia e da experiência comum”.²³

O sistema de *sana crítica* é, sem dúvida, o melhor dos três, nos casos de decisões de tribunais integrados por juristas. É o método mais idôneo para desenvolver a atividade probatória e avaliar o valor de convicção dos resultados dessa atividade utilizando mecanismos racionais e as capacidades analíticas do julgador. Além disso, o sistema permite, na esfera doméstica, o controle dos recursos.

Não se trata, como ocorre no sistema de prova legal ou prova tarifada – próprio do sistema inquisitivo –, de um método rígido, utilizado para atribuir um valor legalmente **determinado** a cada tipo de meio probatório. Trata-se, ao contrário, de um método que não predetermina o valor de convencimento das diversas peças probatórias, mas define linhas gerais, próprias do correto raciocínio humano, aplicáveis a todo elemento probatório.

Esse é o método que a Corte utiliza, com certas inconsistências, conforme afirma em suas próprias decisões. Além do mais, a Corte, com algumas exceções, distingue o sistema de valoração de seu procedimento em relação ao que é utilizado no direito doméstico.

O sistema adotado pela Corte

Quanto à valoração probatória, a Corte adotou um sistema *sui generis* que aplica de maneira consistente nos casos contenciosos. De acordo com suas manifestações explícitas, a Corte utiliza um sistema de valoração probatória mais amplo e menos formal que o do direito doméstico. É o regime de *sana crítica*, ou persuasão racional. Isso está declarado nas próprias decisões da Corte:²⁴

76. Concluindo, todo tribunal doméstico ou internacional deve estar consciente que uma adequada valoração da prova segundo a regra da sana crítica permitirá aos juízes chegar à convicção sobre a verdade dos fatos alegados.

[...]

23. Abregú, já citado, p. 209.

24. Caso Paniagua Morales, já citado.

81. *A Corte concede valor indiciário ou circunstancial aos numerosos relatórios policiais prévios que serviram para elaborar o definitivo; estes contêm interrogatórios, declarações, descrições de lugares e fatos, práticas de lei como as relativas à exumação dos cadáveres das vítimas, além de outros dados. Esses relatórios policiais prévios são úteis no presente caso porque, de acordo com as regras da sana crítica, permitem chegar a estabelecer a convicção sobre os fatos; com maior razão nessas situações de seqüestro e de morte violenta, nas quais se procura apagar todo rastro que delate seus autores.*

Como veremos, uma coisa é o que a Corte diz e outra é o que a Corte realmente faz ao valorar os elementos de convicção sobre os quais baseia as premissas fáticas de suas resoluções. O sistema aplicado pela Corte se caracteriza por utilizar **dois métodos diferentes** para valorar a prova.

Se os elementos de prova não foram controvertidos, objetados ou impugnados pelas demais partes, a Corte costuma, como regra: (a) considerá-los válidos; (b) incorporá-los ao acervo probatório; e (c) considerar provado o fato que o elemento de prova tende a demonstrar. Assim, no caso Suárez Rosero a Corte estabeleceu que:²⁵

30. A declaração da testemunha senhora Carmen Aguirre e o laudo pericial do doutor Ernesto Albán Gómez tampouco foram objetados pelo Estado e, por isso, a Corte considera provados os fatos declarados pela primeira, assim como as considerações que, sobre o direito equatoriano, fez o perito. (Grifo nosso.)

Nesse sentido, a Corte Interamericana recorre a um princípio dispositivo, dando valor probatório àqueles elementos de convicção não impugnados pelas partes, sem se preocupar em demasia com o valor de convicção do quadro probatório.

Não se outorga valor probatório a tais elementos de convicção pela análise de seu valor intrínseco, nem por sua concordância com o restante do quadro probatório. Na realidade, seu valor de convicção não depende das regras da *sana crítica*, mas da falta de impugnação da outra parte. Fica claro, então, que os elementos de prova não impugnados pelas partes têm valor probatório pelo simples consentimento da outra parte, que reconhece seu valor de convicção.

Por esses pressupostos, a Corte Interamericana deixa de lado o regime da *sana crítica* e se limita a levar em conta as eventuais faculdades de impugnação da prova pelas partes do processo.

25. Corte IDH, caso Suárez Rosero. Sentença de 12 nov. 1997.

Aplicação da sana crítica

Em outras ocasiões, a Corte aplica estritamente o sistema da *sana crítica*. Mas a utilização desse método de valoração, que deveria valer para todos os elementos de convicção que compõem o quadro probatório, limita-se a casos determinados.

Com efeito, a Corte recorre aos critérios de avaliação próprios da *sana crítica* diante de impugnações ou objeções das partes, ou quando o elemento de convicção acarreta problemas intrínsecos que o tornem pouco confiável, ou pouco crível.

Assim, por exemplo, é uma constante o tratamento dado pela Corte em relação à valoração de declarações de testemunhas que poderiam ter algum interesse na causa:

32. A Corte considera plenamente aplicável aos testemunhos dos senhores Margarita Ramadán de Suárez e Carlos Ramadán o que tem declarado reiteradamente em sua jurisprudência, que o eventual interesse de referidas pessoas no resultado deste processo não as desqualifica como testemunhas. Além disso, suas declarações não foram impugnadas pelo Estado e se referiam a fatos dos quais os declarantes tiveram conhecimento direto, portanto devem ser aceitas como prova idônea neste caso.

33. A respeito das declarações do senhor Rafael Iván Suárez Rosero, a Corte considera que, por ser ele a suposta vítima neste caso e ter um possível interesse direto no mesmo, seu testemunho deve ser avaliado dentro do conjunto de provas deste processo.²⁶

75. Em relação à declaração do senhor Ivcher Bronstein, a Corte estima que, por se tratar de suposta vítima e ter interesse direto no presente caso, suas manifestações não podem ser valoradas isoladamente, e sim dentro do conjunto das provas do processo. No entanto, deve-se considerar que as declarações do senhor Ivcher têm um valor especial, na medida em que podem fornecer mais informação sobre certos fatos e supostas violações cometidas contra ele. Portanto, a declaração à que se faz referência é incorporada ao acervo probatório com as considerações expressas.²⁷

Na verdade, se eles não fossem tratados assim, não teria sentido declararem. O que se mostra mesmo necessário é conhecer os possíveis interesses dos declarantes na resolução da causa, para levar essa variável em conta na hora de avaliar suas declarações.

Nesse ponto, é interessante assinalar que a Corte Interamericana aplica as regras da *sana crítica* tal como são aplicadas no direito doméstico.²⁸ Afora as

26. Caso Suárez Rosero, já citado.

27. Caso Ivcher Bronstein, já citado.

28. Os fatos que geram responsabilidade penal pessoal e responsabilidade internacional é que são profundamente diferentes. Isso não impede que o regime de valoração da prova possa ser aplicado de maneira praticamente idêntica em ambos os contextos jurídicos.

manifestações da jurisprudência internacional, não se percebe a distinção supostamente substancial que a Corte aponta entre o direito internacional e o direito doméstico, no que se refere à valoração da prova.

Mesmo assim, é possível reconhecer uma particularidade no direito internacional nesse sentido. Estamos nos referindo à prática de conceder um alto valor probatório a certos elementos de convicção diante da ausência de provas adicionais ou corroborantes em relação a determinado fato ou circunstância. Essa prática, aceita no direito internacional, não se mostra adequada ao regime da *sana crítica* da justiça penal – pelo alto padrão probatório que se deve verificar para se impor uma condenação –, mas se revela absolutamente apropriada no direito internacional, especialmente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Objeto do processo

A singularidade no tratamento da atividade probatória por parte da Corte se mostra na prática que permite alterar o objeto fático que deve ser provado no processo para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado.

Nesse sentido, a Corte dispôs a respeito da prática de desaparecimentos forçados, em que se faz possível provar a imputação de uma maneira singular. Assim, a Corte aceitou: ²⁹

130. O argumento da Comissão é que uma política de desaparecimentos, auspiciada ou tolerada pelo governo, tem como verdadeiro propósito o acobertamento e a destruição da prova relativa aos desaparecimentos dos indivíduos. Quando a existência de tal prática ou política tiver sido provada, o desaparecimento de determinado indivíduo concreto poderá ser provado por meio de provas circunstanciais ou indiretas, ou ambas, ou por inferência lógica, o que de outro modo seria impossível, em razão da vinculação que o último tem com a prática generalizada.

[...]

132. A Corte não encontra nenhuma razão para considerar inadmissível o enfoque adotado pela Comissão. Se é possível demonstrar que existiu uma prática oficial de desaparecimentos em Honduras levada a cabo pelo governo ou, ao menos, tolerada por ele, e se o desaparecimento de Saúl Godínez pode ser vinculado a ela, as denúncias feitas pela Comissão ficam provadas perante a Corte, sempre e quando os elementos de prova aduzidos em ambos os pontos atenderem aos critérios de valoração requeridos em casos desse tipo.

29. Caso Godínez Cruz, já citado.

No caso do exemplo, o normal teria sido que a parte demandante se visse obrigada a demonstrar, essencialmente, o desaparecimento concreto da vítima.

Com a perspectiva aceita pela Corte, em compensação, o objeto a ser demonstrado se deslocou para duas circunstâncias: (a) as práticas sistemáticas de desaparecimentos; e (b) certa relação entre o desaparecimento denunciado e tais práticas.

Independentemente dos meios de prova – testemunhas, peritos, documentação – que utilizemos para considerar provados tais fatos, o certo é que se modificaram os fatos a serem provados.

Conteúdo da sana crítica

Nos casos em que a Corte aplica o regime da *sana crítica*, recorre-se a todo tipo de elementos de convicção. Assim, já em suas primeiras sentenças, a Corte sustentou:³⁰

135. A Corte não pode ignorar a gravidade especial da atribuição a um Estado-parte da Convenção da acusação de ter executado ou tolerado em seu território uma prática de desaparecimentos. Isso obriga a Corte a aplicar uma valoração da prova que leve em conta esse extremo e que, sem prejuízo do já dito, seja capaz de criar a convicção da verdade dos fatos alegados.

136. A prática dos tribunais internacionais e domésticos demonstra que a prova direta, seja testemunhal ou documental, não é a única que pode legitimamente ser considerada para basear a sentença. A prova circunstancial, os indícios e as presunções podem ser utilizados sempre que deles se puder inferir conclusões consistentes sobre os fatos.

137. A prova circunstancial ou presumível mostra-se de especial importância quando se trata de denúncias sobre o desaparecimento, já que essa forma de repressão se caracteriza por procurar a supressão de todo elemento que permita comprovar o seqüestro, o paradeiro e o destino das vítimas.

Como se pode notar, todas as classes de provas que são propostas também são utilizadas no âmbito doméstico. O que para nós não fica claro é o que a Corte designa com o termo “presunção”. Entende-se por *presunção*, no sentido genérico, considerar como verdadeiro um fato incerto e não demonstrado pela comprovação certa de um fato autônomo.

De acordo com Lino E. Palacio, existem *presunções legais* e *presunções judiciais*. As *presunções legais* (*iuris tantum* e *iuris et de iure*) estão definidas

30. Caso Godínez Cruz, já citado.

normativamente, enquanto as presunções simples ou judiciais “são deixadas, ao contrário, a critério do juiz, cujas conclusões não se encontram sujeitas a regras preestabelecidas, mas devem ser fixadas de acordo com os princípios da *sana crítica*”.³¹

Nesta última suposição, não só essas presunções simples, ou inferências, realizadas racionalmente, são absolutamente válidas como, além disso, são próprias do regime da *sana crítica*.

Em qualquer procedimento penal no âmbito doméstico, por exemplo, é difícil, se não impossível, demonstrar diretamente – diante da inexistência de uma confissão – todos e cada um dos elementos da imputação.³² Por esse motivo, diversos elementos são inferidos do quadro probatório mediante a análise integral do caso. Circunstâncias como o dolo, os motivos para delinquir etc., não costumam ser objeto de provas diretas e sim de inferências realizadas a partir de outras questões que tenham sido efetivamente provadas.

Quanto ao restante, também são de uso generalizado quando se aplica o regime da *sana crítica* aos demais elementos de convicção enunciados pela Corte nos parágrafos transcritos.

Conclusões

Como bem diz a Corte em suas sentenças, o regime geral de valoração da prova próprio de seu procedimento, é singular e difere daquele geralmente adotado na esfera doméstica.

Talvez a diferença mais notável seja a prática da Corte Interamericana de reconhecer pleno valor probatório aos elementos de prova que não forem impugnados pelas partes. Nesse aspecto, o princípio dispositivo que é utilizado faz com que o valor de convicção dos elementos de prova dependa da vontade das partes. Se as partes não impugnam, evita-se a análise que define o regime da *sana crítica*.

Quando se trata de elementos de convicção pouco confiáveis, ou que foram impugnados, a Corte aplica a *sana crítica*, atendendo ao valor de convicção intrínseco do elemento probatório e a sua eventual concordância com o restante do quadro probatório. Nesse processo, às vezes atribui valor de convicção a certos elementos de prova que poderiam ser questionados ou insuficientes diante da carência de outros elementos de convicção.

31. L. E. Palacio, *Manual de derecho procesal civil* (6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986), pp. 598 e seguintes.

32. Considere-se, por outro lado, que se tiverem sido apresentados incidentes, exceções e nulidades, por exemplo, a matéria probatória compreenderá um sem-número de questões fáticas irrelevantes para a imputação.

Ademais, devemos assinalar que o método de valoração probatória aplicado pela Corte recorre a prova direta, prova circunstancial, indícios, prova indireta e inferências. Nesse aspecto, o regime da *sana crítica* utilizado pela Corte não se distingue daquele utilizado na esfera doméstica.

Por último, devemos assinalar que o objeto fático a ser provado é determinado pelas peculiaridades do direito internacional dos direitos humanos e dos requisitos da responsabilidade internacional. Deve-se levar em conta, além disso, que os padrões probatórios requeridos para estabelecer a responsabilidade internacional do Estado são diferentes daqueles do direito doméstico.

Padrões probatórios

Como vimos, o regime de *sana crítica* adotado pela Corte Interamericana não é diferente do adotado em cada Estado. A distinção está no padrão probatório próprio do direito internacional dos direitos humanos. Entendemos por “padrão probatório” o grau de convicção que precisa ser obtido para que um fato seja considerado provado em determinado momento processual. Assim, por exemplo, o Artigo 294 do Código Processual Penal da Argentina requer “motivo bastante” para convocar a prestar declaração em interrogatório.³³

Mas tais padrões probatórios independem do regime de valoração dos meios de convicção. Poderia ser estabelecido o padrão de prova semiplena e chegar a ele mediante diversos sistemas de valoração probatória.

Por outro lado, não é certo que o regime internacional seja menos formal quanto à valoração probatória do que o direito doméstico. Na realidade, o regime da *sana crítica* na valoração da prova parece funcionar de maneira idêntica nos dois âmbitos jurídicos. Ou seja, é tão informal a *sana crítica* da Corte Interamericana quanto a dos tribunais dos Estados-parte.

Certos padrões probatórios mais flexíveis são de fato, por suas particularidades, próprios do direito internacional dos direitos humanos. Mesmo assim, a Corte insistiu quanto à informalidade no **processo de valoração da prova**.³⁴

96. Quanto às formalidades requeridas em relação ao oferecimento de prova, a Corte tem expressado que “o sistema processual é um meio para realizar a justiça e [...] esta não pode ser sacrificada por conta de meras formalidades. Dentro de certos limites

33. O Artigo 306 desse Código, por sua vez, exige “elementos de convicção suficientes para estimar que existe um fato delituoso e que aquele é culpável como participe deste” para determinar o processamento do interrogatório.

34. Caso Bámaca Velásquez, já citado.

de temporalidade e razoabilidade, certas omissões ou atrasos na observância dos procedimentos podem ser desconsiderados se se conserva um adequado equilíbrio entre a justiça e a segurança jurídica”.

97. Num tribunal internacional como é a Corte, cujo fim é a proteção dos direitos humanos, o procedimento apresenta suas próprias particularidades que o diferenciam do processo de direito doméstico. Aquele é menos formal e mais flexível que este, sem que por isso deixe de cuidar da segurança jurídica e do equilíbrio processual das partes. O anterior permite ao Tribunal maior flexibilidade na valoração da prova apresentada perante ele sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.

Embora alguns precedentes só façam referência à valoração, outros colocam as coisas numa perspectiva mais acertada e se referem à informalidade no processo de **incorporação e valoração**:³⁵

89. A fim de obter o maior número possível de provas, este Tribunal tem sido muito flexível na admissão e na valoração das mesmas, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência. Um critério já apontado e aplicado anteriormente pela Corte é o da ausência de formalismo na valoração da prova. O procedimento estabelecido para os casos contenciosos perante a Corte Interamericana ostenta características próprias que o diferenciam do aplicável nos processos de direito doméstico, não estando o primeiro sujeito às formalidades próprias do segundo.

90. É por isso que a “sana crítica” e a não-requisição de formalidades na admissão e na valoração da prova são critérios fundamentais para valorá-la, pois permitem apreciá-la em seu conjunto e racionalmente.

Para sermos francos, acreditamos que não se pode sustentar que uma diminuição de formalidades na aquisição da prova redundará em um processo menos formalizado de valoração. O processo de valoração continuará sendo o mesmo – o que irá variar é apenas o acervo probatório, e não o regime de valoração.

Nos casos de desaparecimentos, a Corte desenvolveu um padrão específico. Como vimos, à falta de provas diretas, basta provar a existência de uma prática sistemática de desaparecimentos ou outras violações aos direitos humanos e estabelecer a conexão entre o desaparecimento denunciado e a referida prática.³⁶

O padrão probatório é flexível, não pela dificuldade de obter provas mais contundentes, mas pelas peculiaridades do direito internacional dos direitos

35. Ver, por exemplo, o caso da Comunidade Mayagna, já citado.

36. Caso Godínez Cruz, já citado.

humanos. Seu objetivo é proteger os seres humanos de ações do Estado. Atribuir responsabilidade ao Estado impõe menos requisitos do que atribuir responsabilidade penal pessoal.

Daí a existência de padrões probatórios mais flexíveis, não pela informalidade do regime de valoração da prova, mas pelo objeto e pelo fim desse ramo do direito. Como já vimos, nem mesmo é necessário individualizar o agente estatal responsável pelo ato lesivo, bastando verificar que se tratava de um agente do Estado-parte.

Ranços inquisitivos

Confusão entre meio de prova e valor probatório

Independentemente das manifestações da Corte Interamericana, e partindo da base de que um dos dois métodos que ela utiliza para valorar a prova é o da *sana crítica*, é possível detectar alguns ranços de cultura inquisitiva nos precedentes da Corte.

Como já vimos, o sistema da *sana crítica* desvincula as regras para incorporar um meio de prova ao processo das regras sobre como valorar seu peso probatório. No caso *Bámaca Velásquez*, os demandantes quiseram introduzir as declarações verbais de uma pessoa, que haviam sido registradas numa fita de vídeo. A Corte opinou:

103. A esse respeito a Corte considera que a fita de vídeo que contém o testemunho de Nery Ángel Urizar García, trazida pela Comissão como prova documental, carece de valor autônomo; o testemunho, que é seu conteúdo, não pode ser admitido por não ter cumprido os requisitos de validade, quais sejam: comparecimento da testemunha perante o tribunal, sua identificação, prestação de juramento, controle por parte do Estado e possibilidade de interrogatório por parte do juiz.

Aqui a Corte cometeu dois erros. Em primeiro lugar, considerou como testemunho o que claramente era uma **prova documental**. Com efeito, não se trata, de modo algum, de uma declaração testemunhal, pois o que uma pessoa afirma a respeito de fatos ou circunstâncias que conhece só é uma declaração testemunhal se for prestada no contexto de um processo, perante um órgão público autorizado para recebê-la e, além disso, se a declaração for realizada sob juramento. Nenhum desses requisitos está presente nessa hipótese. Finalmente, é evidente que tais entrevistas não se realizaram no contexto de um processo. A doutrina assinala, nesse sentido, outra diferença essencial entre a declaração testemunhal e a prova documental: “Emilio Betti [...] observa que ‘a distância cronológica entre o ato e o efeito representativo diferencia a prova documental

da testemunhal', no que tem razão, porque ao juiz é levado o documento posteriormente a sua elaboração e, contrariamente, o efeito representativo do testemunho é percebido pelo juiz no momento em que o recebe".³⁷

O documento é o resultado de um ato humano, mas em si mesmo é uma coisa ou um objeto. Não é um ato representativo em si, como o é a declaração de uma testemunha – ou a confissão – que é apreciada diretamente pelo tribunal, mas sim uma coisa ou um objeto que serve para representar um fato.

Os cassetes e o vídeo oferecem provas documentais similares a uma entrevista publicada em um jornal ou transmitida pela televisão, ou a uma carta na qual uma pessoa relata um fato que permite incriminar a si mesma ou a outra pessoa. Nesse sentido, afirma-se:³⁸

O documento é um meio de prova indireto, real, objetivo, histórico e representativo [...]; igualmente, algumas vezes pode conter uma confissão extrajudicial e outras uma espécie de declaração testemunhal de terceiros [...] mas é sempre um ato extraprocessual, no sentido estrito.

[...] O documento [...] tem um conteúdo probatório que, no processo em que é apresentado, pode ser confessorio (se seu autor for parte no processo e o fato documentado o prejudicar ou favorecer a parte contrária) ou testemunhal (nos demais casos); mas esse documento é um meio de prova autônomo e não um simples testemunho, tampouco uma confissão. Por esse motivo existem importantes diferenças entre aquele e estes. (Grifo nosso.)

[...] Quando uma ou mais pessoas decidem documentar um ato, não realizam "um testemunho extrajudicial de conteúdo confessional, mas sim criam um documento e documentam esse ato, com sua natureza probatória autônoma, não obstante seu caráter representativo-declarativo e o significado testemunhal ou confessional de seu conteúdo. Se esse documento é invocado, num futuro processo, por uma parte que é alheia a ele e em seu benefício, é ainda mais claro que não se trata de um testemunho de terceiro, porque só é verdadeiro testemunho o que é realizado num processo".

Mas o erro mais grave cometido pela Corte foi rechaçar a admissibilidade do documento com o argumento de não ser uma declaração testemunhal. As declarações de uma pessoa podem se integrar a um processo de distintas maneiras. Embora a mais comum seja pelo próprio testemunho dessa pessoa, há inúmeros outros modos de incluir essa informação. Por exemplo: (a) declaração de outra testemunha; (b) gravação de áudio ou vídeo; e (c) informes escritos.

37. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prova judicial* (6. ed., Buenos Aires: Zavallia, 1988), t. 2, p. 494.

38. Id. *ibid.*, t. 2, pp. 501, 502 e 503.

No entanto, a Corte não só se equivocou ao considerar que uma entrevista em vídeo era uma declaração testemunhal, mas, além disso e especialmente, chegou a uma conclusão ainda mais incorreta, pois impediu incluir o meio de prova como prova documental, que era de fato o que representava.

O mais terrível, ademais, foi a conexão automática estabelecida entre a falta de coincidência com os requisitos de um meio de prova incorreto – testemunhal – e a absoluta impossibilidade de a prova ser declarada admissível e, conseqüentemente, avaliada.

Isso chama a atenção, pois é reiterada a jurisprudência da Corte no sentido de que as notas de imprensa, embora não sejam prova documental – que também o são, além de terem valor probatório –, sejam aceitas no caso e valoradas conforme os critérios da *sana crítica*.³⁹

Indícios

No contexto do sistema da *sana crítica*, os distintos meios de prova – perícia, documental, testemunhal, reconhecimentos, acareações –⁴⁰ só se diferenciam dos demais quanto às regras que organizam sua incorporação ao processo. Mesmo assim, quanto a seu peso probatório, os diferentes meios de prova têm, em princípio, idêntico valor.

No regime da *sana crítica*, todos e cada um dos meios e elementos de prova⁴¹ introduzidos validamente no processo são “indícios”, no sentido de que “indicam” certo grau de probabilidade de o fato atribuído ser ou não certo. Nenhum meio ou elemento de prova tem valor predeterminado, ou capacidade de provar “plenamente” o fato, e nenhum tem mais valor do que os demais. Seu valor de convicção depende do valor probatório do meio de prova, e não da circunstância de que certos meios de prova têm mais valor de convicção que outros.

O tribunal é livre para apreciar cada elemento probatório e estabelecer seu

39. Caso Ricardo Canese, op. cit.: “65. Quanto aos documentos de imprensa apresentados pelas partes, este Tribunal considerou que mesmo que não tenham o caráter de prova documental propriamente dita poderiam ser apreciados quando recolherem fatos públicos e notórios e declarações de funcionários públicos ou corroborarem aspectos relacionados com o presente caso”.

40. “Meio de prova é, no procedimento, o ato processual regulado por lei, por intermédio do qual se introduz no processo um elemento de prova, seu conteúdo eventual (a declaração testemunhal, ou laudo pericial, ou documento)”. Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal argentino* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), t. 1b, pp. 579 e seguintes.

41. O “elemento de prova é o dado, o rastro ou sinal, contido num meio de prova já realizado, que conduz, direta ou indiretamente, a um conhecimento certo ou provável do objeto do procedimento”. Id., *ibid.*, p. 579.

valor de convicção, contanto que dê os motivos racionais em que se baseia sua apreciação e que esses motivos ou razões respeitem as regras da *sana crítica*.

No contexto do sistema da *sana crítica*, todos e cada um dos meios e elementos probatórios são, na realidade, indícios. Poucas vezes um elemento de prova, considerado isoladamente, é capaz de demonstrar de modo direto e fidedigno os diversos elementos fáticos que compõem o objeto processual. Sem dúvida, é possível que em certos casos uma só peça probatória ofereça uma demonstração direta e fidedigna de um elemento do objeto processual – por exemplo, em uma autópsia é inequívoca a prova de que a vítima está morta. Deve-se admitir, porém, que mesmo quando existem testemunhas presenciais, persiste a necessidade de provar elementos adicionais para verificar todos os pressupostos da responsabilidade internacional.

Por outro lado, se deixarmos de lado os meios técnicos de registro ou investigação e atendermos à relevância da prova testemunhal nos casos em geral, compreenderemos melhor a racionalidade do sistema. As investigações empíricas e a experiência indicam de forma inequívoca que com frequência as declarações testemunhais são de confiabilidade bem limitada.

Ao mesmo tempo, também é certo que existem boas e más testemunhas. Por esse motivo, só as regras da *sana crítica* permitem a consideração individualizada de cada declaração testemunhal – ou de cada elemento de prova – concreta, por si mesma, para que caiba ao julgador julgar a credibilidade, a confiabilidade e o valor probatório de cada declaração, de acordo com suas características particulares.

Nessa consideração individualizada o julgador deve observar o conteúdo do elemento de prova em si, além de confrontá-lo com o restante do quadro probatório. Ao que parece, na jurisprudência da Corte se recorre à confrontação quando por algum motivo o elemento de convicção não se mostra inteiramente crível – por exemplo, o testemunho é da vítima. Assim, diz-se que a Corte utiliza a fórmula “devem ser valoradas dentro do conjunto de provas deste processo”⁴² quando se defronta com algum problema que pode afetar a credibilidade da testemunha. Mas essa confrontação, segundo as regras da *sana crítica*, deve ser realizada com cada elemento probatório, e não só com os problemáticos.

Em síntese, na jurisprudência desenvolvida pela Corte, a exposição dos princípios soa razoável; porém, na prática, ao valorar concretamente os elementos de prova, ela parece recorrer a alguns elementos do sistema de prova tarifada.⁴³

42. Ver Corte IDH, Caso Blake vs Guatemala. Sentença de 24 jan. 1998, parágrafo 46.

43. A Corte disse: “62. O Tribunal constata que os pareceres dos peritos Máximo Emiliano Sozzo e Emilio García Méndez foram trazidos ao processo por meio do escrito que os recolheu [...] Tal como fez em outras ocasiões, a Corte não dará a essa peça processual caráter de plena prova, mas apreciará seu conteúdo dentro do contexto do acervo probatório e aplicando as regras da *sana crítica*” (grifo nosso). Corte IDH, Caso Bulacio vs Argentina, já citado.

Conclusões

A atividade probatória constitui uma atividade central nos procedimentos contenciosos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em que um Estado-parte é demandado pela violação de um ou mais direitos garantidos na Convenção Americana. Tal atividade, no entanto, apresenta singularidades próprias do direito internacional dos direitos humanos, que se devem em particular ao objeto e à finalidade desse ramo do direito.

Respeitando o princípio do contraditório, os elementos de prova introduzidos em um caso concreto são os que foram oferecidos pelas partes – na demanda e em sua contestação, respectivamente; os elementos de convicção relevantes apresentados em outras etapas processuais; e as provas que a Corte pode incorporar de ofício.

Os modos de incorporar os meios de prova são mais informais que os utilizados nos procedimentos do direito doméstico. O critério orientador que informa a atividade probatória é a descoberta da verdade sobre a provável violação de um ou mais direitos garantidos na Convenção Americana.

A atividade probatória apresenta algumas singularidades próprias do direito internacional dos direitos humanos. O procedimento perante a Corte se distingue de procedimentos característicos do direito doméstico por critérios como a gravidade da violação; a necessidade de reparar o dano causado pela violação; e o objeto processual que consiste em atribuir responsabilidade internacional.

Esse procedimento de proteção aos direitos humanos está regulado de maneira a permitir o ingresso da maior quantidade possível de elementos de prova com o objetivo de determinar a verdade dos fatos. Nesse sentido, o único elemento relevante a ser provado é que a violação denunciada é atribuível a um poder público, sem ser preciso identificar um autor concreto.

O tratamento do ônus da prova também apresenta singularidades. Em princípio, o ônus de provar os fatos que são objeto da demanda cabe à Comissão. Mesmo assim, esse ônus é atenuado por duas vias distintas. Em primeiro lugar, às vezes o demandante é eximido do ônus probatório se os meios de prova forem inacessíveis para ele, por estarem em poder ou à disposição do Estado. Nesses casos, ele é dispensado de provar um ou mais fatos ou circunstâncias.

Em segundo lugar, se o Estado não contestar os fatos que são objeto da demanda, estes serão considerados certos, mediante a aplicação de uma suposição regulamentar.

Existe um vazio normativo em tudo que se relaciona à valoração da prova, pois não há menção ao assunto na Convenção Interamericana, e tampouco nos Regulamentos. Por isso, é o desenvolvimento da jurisprudência que tem dado forma ao sistema vigente.

O sistema de valoração probatória adotado pela Corte Interamericana é o da *sana crítica*. Embora tenha sido assinalado na jurisprudência que o regime de valoração difere do adotado pelo direito doméstico, por ser mais informal, este funciona exatamente igual àquele.

A Corte considera que possui absoluta liberdade quanto à valoração probatória. Mesmo assim aplica, no substancial, o regime da *sana crítica* e valora a prova direta, a prova circunstancial e a prova de indícios, com as inferências indispensáveis para basear os fatos necessários para ditar sentença. No entanto, a Corte, ao valorar a prova, incorre em algumas práticas próprias do sistema de prova tarifada.

O procedimento contencioso perante a Corte Interamericana caracteriza-se por um padrão probatório pouco exigente para demonstrar a responsabilidade internacional do Estado demandado.

A flexibilidade desse padrão probatório não tem relação alguma com o regime de valoração da prova, vinculando-se ao objetivo e à finalidade do direito internacional dos direitos humanos.

No caso dos desaparecimentos, a Corte desenvolveu um padrão específico que requer a prova de uma prática sistemática de desaparecimentos e certa relação entre o fato denunciado e a referida prática.

Para finalizar, é possível assinalar que o desenvolvimento jurisprudencial da Corte Interamericana em relação à atividade probatória no procedimento contencioso é bem consistente. Cabe também mencionar que a adoção de um regime de *sana crítica* para valorar os elementos de convicção ainda traz em si práticas próprias de um sistema de prova legal.

NICO HORN

Diretor Executivo do Centro de Documentação e Direitos Humanos da Faculdade de Direito, Universidade da Namíbia, e editor do *Namibian Online Human Rights Journal*.

RESUMO

O que há de comum entre as pequenas Ilhas Murray, no Estreito de Torres, ao largo da costa da Austrália, com menos de 9 km² de extensão, e a Namíbia? Por certo não é a geografia, nem a história da ocupação. Mesmo assim, ambos os povos compartilham uma história de submissão a um poder colonial e, embora tenham sido autorizados a permanecer em sua terra ancestral, jamais lhes foi informado que haviam sido colonizados. Graças a uma ação movida pelo povo das Ilhas Murray, no chamado “caso Mabo”, acabou sendo abandonada uma das mais antigas justificativas para a ocupação de terras habitadas, a chamada regra da *terra nullius*. O exemplo do caso Mabo possibilitou que o programa de reforma agrária da Namíbia fosse olhado sob uma nova perspectiva, pelo menos nas regiões central e sul do país. A Constituição da Namíbia garante direitos de propriedade privada. No entanto, a idéia de que pode existir mais de um direito sobre uma propriedade está presente tanto no *common law* quanto no direito codificado do país. Neste artigo, o autor apresenta o processo em que são adotadas diversas estratégias para alcançar o objetivo final: uma distribuição justa da terra a todos os povos da Namíbia, de modo a contribuir para a paz, a prosperidade e a estabilidade. [Artigo original em inglês.]

PALAVRAS-CHAVE

Direitos sobre a terra – Direitos coloniais – *Res nullius* – A questão agrária na Namíbia – Genocídio dos hererós

EDDIE MABO E A NAMÍBIA: REFORMA AGRÁRIA E DIREITOS PRÉ-COLONIAIS À POSSE DA TERRA

Nico Horn

As ações e os eventos por meio dos quais a teoria jurídica da desapropriação foi posta em prática compõem o aspecto mais sombrio da história desta nação. A nação como um todo permanecerá diminuída enquanto não houver o reconhecimento das injustiças do passado e sua retratação. Nessas circunstâncias, não há dúvida de que a Corte tem obrigação de reexaminar as duas questões. Por razões que já apresentei, tal reexame impõe a rejeição de ambas. As terras deste continente não eram *terra nullius* ou “praticamente não-ocupadas” em 1788. A propriedade da Coroa no território de New South Wales era, sob o *common law* que passou a vigorar a partir do estabelecimento da colônia, em 1788, delimitada ou restringida pelo direito consuetudinário de propriedade das tribos e dos clãs aborígenes às áreas em que eles viviam ou utilizavam para fins tradicionais.¹

As pequenas Ilhas Murray, conhecidas como Ilhas Mer por seus habitantes, estão situadas no Estreito de Torres, ao largo da Costa de Queensland, na Austrália. Com sua área de menos de 9 km², o que podem ter em comum com a Namíbia? Por certo não é a geografia, nem a história da ocupação. Ao contrário das sangrentas guerras dos colonizadores alemães contra os hererós e namas, nenhum tiro foi disparado quando o governo de Sua Majestade, em Queensland, assumiu as Ilhas Murray como colônia do Império Britânico, em 1879.

1. Juízes Deane e Gaudron em Eddie Mabo e Outros vs Estado de Queensland, decisão do Tribunal Superior da Austrália, FC 92/014, proferida em 2 jun. 1992, item 9.

O governador de Queenstown já exercia algum poder sobre as ilhas desde 1870, embora elas ainda não fizessem parte da colônia. Em 1878, a Rainha Vitória assinou Cartas de Privilégio, incluindo as ilhas que os ingleses denominaram Murray (bem como outras do Estreito de Torres) na colônia de Queenstown. O povo meriam, que ali vivia, ficou sabendo de sua nova condição de súditos britânicos em setembro de 1879.

De acordo com a legislação colonial da época, quando um território se tornava parte dos domínios da Coroa, as leis da Inglaterra, sempre que fosse possível ajustá-las às condições coloniais, passavam a reger o território. E foi isso que ocorreu com as Ilhas Murray. Sua Majestade tornou-se proprietária absoluta de todas as terras ali localizadas. Nem o povo meriam, nem os indivíduos que viviam nas ilhas detinham qualquer direito sobre terra alguma no território: apenas a Coroa tinha o poder de conferir posse ou propriedade a quem quer que fosse.²

Já a ocupação da Namíbia, ao contrário do que ocorreu nas Ilhas Murray, foi um ato sangrento. Como na maioria dos países africanos, as fronteiras da Namíbia foram definidas pelas potências coloniais européias, no final do século 19. Antes da ocupação alemã, a população da Namíbia resumia-se a cerca de doze tribos, de costumes bem distintos, e a autoridade de reis tribais se impunha sobre áreas vagamente demarcadas.

Entre 1884 e 1890, a Namíbia estendia-se do Rio Orange, na fronteira meridional com a África do Sul, aos rios Kunene e Okavango, ao norte; e do Oceano Atlântico, no oeste, ao paralelo 21, a leste. Mais tarde, as autoridades coloniais alemãs obtiveram uma faixa de terra acompanhando o Rio Zambeze. A Baía de Walvis não fazia parte da Namíbia, pois havia sido ocupada pela Grã-Bretanha.

As sociedades missionárias européias iniciaram seus trabalhos na Namíbia na década de 1840. Mas foi a partir de 1890 que as forças alemãs encetaram uma vigorosa cruzada para sujeitar as tribos nativas, resultando no

2. Princípio confirmado pelos tribunais da Coroa por mais de um século, começando pelo caso da Procuradoria-Geral vs Brown (1847), 1 Legge 312, e confirmado sistematicamente ao longo dos anos. Ver *R. vs Kidman* (1915) 20 CLR 425; *Liquidators of Maritime Bank of Canada vs Receiver-General (New Brunswick, 1892)*, AC 437; *Commonwealth vs New South Wales* (1923) 33 CLR 1.

3. Ver *Mabo e Outros vs Queensland* (n. 2, 1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014, item 20: "Sem nos delongarmos em uma investigação acerca das bases jurídicas para o 'sistema de autogoverno' instituído por Douglas ou para a jurisdição do Tribunal da Ilha, tudo indica que o povo meriam acabou em grande medida acatando pacificamente o controle por parte das autoridades de Queensland e que os funcionários do governo de Queensland se acostumaram a exercer sua autoridade administrativa sobre as Ilhas Murray. A anexação formal foi seguida pelo exercício efetivo do poder administrativo por parte do governo de Queensland".

extermínio de 75% da população hereró, e de 50% dos namas e dos damaras.

Os dois povos têm, portanto, uma história comum de submissão a um poder colonial. A autoridade britânica sobre os merians, em Queensland, permitiu que continuassem a viver na terra ancestral, sem jamais informar-lhes que haviam sido colonizados, com o pretexto de estar ali para ajudar a população.³ Já a dominação colonial imposta pelos alemães aos namíbios estava decidida a expulsar os hererós de sua terra natal, ou exterminá-los.⁴

Os dois povos também compartilharam os efeitos resultantes da interpretação freqüente da lei ocidental, no sentido de negar seus direitos à terra ancestral. Na determinação dos direitos de propriedade, pouco importava se a terra havia sido ocupada, cedida ou conquistada.⁵ De acordo com a lógica do direito colonial do século 19 e início do século 20, toda “terra não-descoberta”, ou seja, onde os europeus não haviam se estabelecido, era considerada *res nullius*. Era irrelevante o fato de um povo nativo haver ocupado a terra previamente.

Por mais arrogante que a mentalidade colonial do século 19 possa parecer, faz sentido classificar a terra inabitada como *res nullius*, pelo menos no contexto jurídico. Entretanto, não há lógica alguma em se chamar de *res nullius* a terra habitada há séculos. Para dar sentido a tal despropósito, os juristas tiveram de conferir ao termo uma definição que transcendesse a clareza e a lógica de seu significado. Inicialmente, o termo foi ampliado para incluir o solo não-cultivado pelos habitantes nativos.⁶ No entanto, nem mesmo essa definição se aplicava aos povos da Namíbia ou das Ilhas Murray, já que em ambos os casos, o solo havia sido cultivado.⁷

Outros filósofos teorizavam com base no pressuposto da supremacia das

4. O decreto do General Lothar von Trotha é bem conhecido: “O povo hereró terá de deixar o país. Caso contrário, precisarei forçá-los com o uso de armas. Cada hereró encontrado dentro das fronteiras alemãs, armado ou desarmado, com bens semoventes ou não, será morto. Não aceitarei mais mulheres nem crianças. Irei mandá-los de volta para seu povo – caso contrário, darei ordens para que sejam executados. Assinado: o Grande General do Poderoso Imperador, von Trotha”.

5. E. Evatt, “The Acquisition of Territory in Australia and New Zealand”, em *Grotian Society Papers* (1968), p 16.

6. Vattel, *The Law of Nations*, Livro I, pp. 100-101 (1797). Ver também Castles, *An Australian Legal History* (1982), pp. 16-17, citado no caso Mabo, item 33.

7. Trata-se de argumento utilizado com freqüência na Namíbia. Ver Horn, *Land Claims and History* (palestra não-publicada proferida em *Seis Farmers Community*) em março de 2003. Entretanto, embora a terra não estivesse cultivada no sentido ocidental do termo, os povos hereró e nama eram conhecidos pela criação de gado, atividade na qual eram muito bem-sucedidos.

nações européias sobre os territórios das nações atrasadas.⁸ Essa teoria foi revestida de moralidade pelos juristas, que chamavam a atenção para os benefícios que o cristianismo, a cultura e a civilização levariam a esses povos atrasados.⁹

Já na primeira metade do século 19, os filósofos do direito questionavam a moralidade existente em matar, massacrar e destruir as comunidades locais, para depois classificar seus territórios como *res nullius*.¹⁰ Não era possível a reconciliação entre os ideais morais de cristianizar e civilizar os povos atrasados da África e o édito perverso e sádico do General von Trotha.

Entretanto, por mais ilógica que a teoria possa parecer, acabou dando origem a outra ficção jurídica no direito colonial britânico: todas as terras coloniais adquiridas pelos súditos das potências européias pertenciam ao soberano ou à Coroa da potência colonial. Os tribunais determinaram, ainda, que tal posse deveria incluir tanto a titularidade sobre a terra quanto o governo soberano. Em outras palavras, após a colonização, independentemente da forma, o soberano europeu se tornava senhorio político e proprietário *de facto* de todas as terras do país. Significava também que o ponto de partida do representante do soberano era uma tábula rasa, como se as terras incorporadas fossem, de fato, *res nullius*. Em consequência, apenas os direitos de propriedade reconhecidos pelo soberano eram considerados válidos. E, como norma, seus representantes só outorgavam títulos de propriedade a colonos europeus.¹¹

Por mais de um século, os tribunais britânicos e coloniais seguiram a ficção do poder e da titularidade supremos nos países colonizados.¹² Apesar de a Inglaterra ter ocupado e administrado a Baía de Walvis como parte de suas colônias sul-africanas, não houve um só caso de reivindicação pelos nativos

8. Ver Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law* (1926), capítulos III e IV, citados pelo juiz Brennan em Mabo e Outros, op. cit., item 47.

9. Johnson vs McIntosh (1823) 8 Wheat 543, p. 573 (21 US 240, p. 253).

1. J. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1830), 17. edição, Livro II, capítulo 1, p. 7: “[...] desde que se restrinja à pastagem e ao cultivo de países desertos, mantendo-se estritamente nos limites da lei da natureza. Porém, até que ponto a captura de países já povoados e a expulsão ou massacre de nativos inocentes e indefesos, apenas porque diferem de seus invasores em idioma, religião, costumes, governo ou cor; até que ponto tal conduta era condizente com a natureza, a razão ou o cristianismo, merece ser avaliado por aqueles que imortalizaram seus nomes ao civilizar assim a humanidade”.

11. Ver em Attorney-General vs Brown um exemplo de como os tribunais controlados pelos britânicos lidavam com os desafios à autoridade da Coroa sobre as terras em suas colônias.

12. Ver New South Wales vs Commonwealth (1975) 135 CLR 337; Wade vs New South Wales Rutile Mining Co. Pty. Ltd. (1969) 121 CLR 177; e Randwick Corporation vs Rutledge (1959) 102 CLR 54, para detalhes sobre julgamentos referentes ao caso Attorney-General vs Brown.

namíbios contra a Inglaterra nos tribunais da África do Sul.¹³ Talvez o que mais se aproxime da Namíbia seja o caso da Rodésia do Sul, em 1919.¹⁴ Nesse processo, a justiça, assim como os tribunais de outras partes da Comunidade Britânica, se basearam na premissa da irreconciliabilidade dos sistemas tribal e colonial:

Determinar até onde vão os direitos das tribos aborígenes é uma tarefa inerentemente árdua. Algumas tribos ocupam uma posição tão baixa na escala da organização social que não há como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada. Não há como transpor tal abismo. Seria inútil imputar a esses povos qualquer sombra dos direitos reconhecidos por nossa legislação, para depois transmutá-la na essência daquilo que entendemos por direitos transferíveis de propriedade.¹⁵

Em conseqüência, a questão não era exatamente saber se os povos nativos tinham direito às terras, mas sim se tais direitos se aproximavam daquilo que o direito britânico definia como terra e como posse. Se, por qualquer motivo, os povos nativos não passassem na segunda parte desse teste, não teriam direito à terra. O que prejudicava em particular os demandantes era o fato de possuírem uma organização social tão precária “que não havia como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada. Não há como transpor tal abismo”.

Os tribunais superiores rejeitaram a reivindicação dos demandantes, que afirmavam ser “proprietários de terras não-alienadas muito antes de a Companhia ou a Coroa se importarem com elas e desde tempos imemoriais [...] e que as terras não-alienadas ainda lhes pertenciam”, pois a manutenção de tais direitos era incompatível com a ocupação pelos brancos e com o sistema que levava ao desenvolvimento do país. Em conseqüência, o sistema aborígene foi substituído por outro.¹⁶

13. J. Sarkin, *O advento das ações movidas no Sul pela reparação por abusos dos direitos humanos*, em *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos* n. 1 (São Paulo: SUR – Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004), pp. 88-89, enfatiza que apenas em 2001, onze anos após a independência da Namíbia, a Herero People’s Corporation moveu a primeira ação que se remetia ao período colonial, contra o Deutsche Bank, a Terex Corporation e a Woermann Line pelas atrocidades decorrentes da lei colonial.

14. *In re Rodésia do Sul* (1919) AC 211.

15. *Id.*, pp. 233-234.

16. *Id.*, *ibid.*

A irreconciliabilidade dos direitos dos nativos com a noção jurídica de direito de propriedade ocidental prevaleceu como padrão, em especial no *common law* britânico e na legislação colonial, por mais de um século.

Os precursores de Mabo

Enquanto os tribunais da Comunidade Britânica praticamente ignoraram as mudanças radicais nas relações internacionais, iniciadas com a formação das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, e que ganharam ímpeto com a independência das colônias africanas e asiáticas nos anos 50 e 60, o direito internacional deu seus primeiros passos para avaliar o significado de descolonização.

O Tribunal Superior da Austrália reconheceu o direito internacional, em particular o parecer da Corte Internacional de Justiça para o Saara Ocidental.¹⁷ Neste caso, o voto majoritário definiu o conceito de *terra nullius* como um território que não pertence a ninguém,¹⁸ e que somente nesse caso poderia haver uma ocupação juridicamente válida, além dos casos de cessão ou sucessão.¹⁹

No caso Mabo (item 40), o juiz Brennan resume o parecer sobre o Saara Ocidental da seguinte forma:

Sejam quais forem as divergências de opinião entre os juristas, a prática do Estado, no período em questão, indica que os territórios habitados por tribos ou povos com alguma organização social e política não eram considerados terrae nullius. Mostra como, no caso desses territórios, a obtenção da soberania não era em geral considerada como efetuada de forma unilateral mediante a “ocupação” de terra nullius com titularidade original, mas sim por meio de acordos estabelecidos com governantes locais. Às vezes, é verdade, o termo “ocupação” foi utilizado em seu sentido não-técnico, denotando simplesmente a aquisição de soberania. Não significou, porém, que a obtenção da soberania por meio de tais acordos com as autoridades locais fosse considerada a “ocupação” de uma “terra nullius”, no sentido estrito desse termo. Ao contrário: esses acordos com governantes locais, independentemente de serem considerados uma “cessão” real do território, eram vistos como derivados de raízes de titularidade, e não como direitos de propriedade originais obtidos pela ocupação de terrae nullius.

17. *International Criminal Justice Review* (ICJR, 1975).

18. Ver também *Legal Status of Eastern Greenland*, P.C.I.J., Séries A/B, n. 53, pp. 44 e 63.

19. ICJR, 1975, op. cit., p. 39.

Os juízes foram unânimes na decisão de que o Saara Ocidental não era *res nullius* ao ser ocupado pela Espanha, em 1884.²⁰

O julgamento no caso Mabo

Com um voto divergente, os sete magistrados do Tribunal Superior da Austrália decidiram a favor da parte reclamante. Eddie Mabo havia falecido antes do julgamento, porém o direito às Ilhas Murray foi outorgado aos outros dois demandantes, representantes do povo meriam. Seus títulos específicos de propriedade deveriam ser determinados segundo as leis ou costumes tradicionais.²¹

Não é importante, para os propósitos deste artigo, apresentar todos os detalhes do julgamento. A essência do processo consiste no reconhecimento, por parte do Tribunal Superior da Austrália, de que os direitos dos aborígenes sobre as terras pré-coloniais não apenas sobreviveram ao colonialismo, mas são impostos pela lei. Na medida em que o juiz Brennan, que redigiu o voto majoritário, confiou plenamente na evolução do direito internacional, a sentença foi taxativa quanto à exequibilidade desses direitos nos tribunais municipais da Austrália.

Conforme mencionado anteriormente, o parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso do Saara Ocidental exerceu papel decisivo na argumentação do tribunal. Ainda mais interessante é o fato de os dois juízes reconhecerem separadamente a avaliação positiva do vice-presidente Ammoun.²² O vice-presidente Ammoun havia se referido de modo afirmativo a um dos argumentos das partes no sentido de que a essência dos direitos dos povos nativos à terra está no vínculo espiritual e “ancestral entre a terra, ou

20. ICJR, 1975, op. cit., p. 86.

21. O Acórdão estabelece: “(1) que as terras das Ilhas Murray não pertencem à Coroa na interpretação do termo em S. 5 da Lei de Terras de 1962-1988 (Q.); (2) que o povo das Ilhas Murray detém o direito, oponível contra o resto do mundo, de possuir, ocupar, utilizar e desfrutar a Ilha de Mer, exceto na área arrendada aos Fiduciários do Conselho Australiano de Missões e os pequenos lotes de terra (se existentes) que foram validamente apropriados para uso e fins administrativos, sendo tal uso incompatível com a fruição contínua dos direitos e privilégios do povo meriam nos termos do direito de propriedade nativo; (3) que o direito de propriedade do povo meriam está sujeito ao poder do Parlamento de Queensland e ao poder do Governador no Conselho de Queensland para extinguir o direito pelo exercício válido de seus respectivos poderes, desde que qualquer exercício de tais poderes não seja incompatível com as leis da Comunidade Britânica”.

22. Itens 40 e 41 do voto do juiz Brennan e item 19 do voto do juiz Toohey.

‘mãe natureza’, e o homem nela gerado que permanece ligado a ela e deve, um dia, a ela retornar para se reunir com seus ancestrais”.²³ E prosseguiu:

Isso corresponde a negar o próprio conceito de terra nullius no sentido de uma terra que pode ser apropriada por alguém não gerado por ela. Trata-se da condenação do conceito moderno, definido por Pasquale Fiore, que considera terrae nullius os territórios habitados por populações cuja civilização, no sentido do direito público da Europa, é atrasada, e cuja organização política não foi criada com base nas normas ocidentais.

A importância do caso do Saara Ocidental está na exclusão da possibilidade de considerar a terra habitada como *terra nullius* com base em critérios técnicos ou em alguma prova de civilização. Segundo o juiz Brennan, se o conceito de *terra nullius* como terra habitada já não é corroborado pelo direito internacional, então as doutrinas desenvolvidas pela justiça para defendê-lo também devem ser abandonadas. A posição no caso da Rodésia,²⁴ considerando que os povos nativos estão “tão baixo na escala da organização social” que é impossível outorgar-lhes o direito de propriedade nos termos da legislação ocidental, obviamente não se alinha ao direito internacional. O *common law* não é estático e, já no passado, acompanhou a evolução do direito internacional; portanto, nada o impede de corrigir o pensamento ilógico do passado.²⁵

Os juízes Deane e Gaudron chamaram a atenção para o fato de que, até mesmo de acordo com a conservadora jurisprudência da Comunidade Britânica, ao menos alguns direitos de propriedade dos povos nativos foram não só reconhecidos, mas também protegidos pelo novo poder colonial.²⁶

Assim, em In re Rodésia do Sul,²⁷ o Conselho Privado reconheceu explicitamente que existem “direitos de propriedade privada”, como o interesse na propriedade da terra, de uma categoria tal que “em uma conquista é possível presumir que, na ausência de confisco expresso ou de uma lei de desapropriação subsequente, tais direitos tenham sido respeitados pelo conquistador, abstendo-se de qualquer ação para restringi-los ou modificá-los”. Por analogia, em Amodu Tijani vs

23. ICJR, 1975, op. cit., pp. 85-86.

24. *In re Rodésia do Sul* (1919) AC, pp. 233-234.

25. Voto do juiz Brennan, item 41.

26. Juízes Deane e Gaudron, item 10.

27. Id. (1919) AC 211, p. 233.

Secretário, Nigéria do Sul (“Amodu Tijani”),²⁸ o Conselho Privado afirmou e fez uso do princípio “comum”, “nos termos da lei britânica [...]”, segundo o qual “os direitos de propriedade dos habitantes (devem) ser totalmente respeitados” nos casos de ocupação por cessão.

Embora não se tenha dado o reconhecimento pleno do direito à titularidade, mas sim sob a forma de ocupação usufrutuária, a Coroa respeitou tais direitos. No caso *Adeyinka Oyekan vs Musendiku Adele*,²⁹ o Conselho Privado declarou que os tribunais nas colônias partiam do pressuposto de que a Coroa respeitaria os direitos de propriedade dos nativos e os indenizaria pelas terras desapropriadas.

O tribunal considerou ainda algumas restrições ao que entendia por titularidade nativa, mas não é necessário, para os fins deste artigo, esmiuçar os detalhes. Entretanto, tais direitos conferidos aos povos nativos das colônias britânicas tinham pouca importância, uma vez que era praticamente impossível para eles defender tais direitos nos tribunais.³⁰ No entanto, tais direitos não eram de todo irrelevantes para os magistrados:³¹

A incapacidade prática de os habitantes nativos de uma colônia britânica defenderem qualquer titularidade nos termos do common law por meio de ações legais, no caso de ameaça ou contravenção real por parte da Coroa ou de seus agentes, não significa, porém, que o reconhecimento desse direito pelo common law seja irrelevante do ponto de vista prático. Os direitos pessoais à titularidade não eram ilusórios: poderiam, por exemplo, ser assegurados por meio de defesa, tanto em processos penais quanto cíveis (por exemplo, o suposto furto de produtos, ou esbulho possessório após pretensa extinção do direito pela Coroa, por meio de simples aviso, se distingue de uma outorga inconsistente ou outra negociação). O mais importante é que, se a lei interna de uma colônia britânica reconhecesse e protegesse as reivindicações legítimas de habitantes nativos por seus territórios tradicionais, o próprio fato restringiria, de certa forma, as ações da Coroa e de seus agentes, mesmo que os habitantes nativos estivessem essencialmente desamparados, que sua titularidade tivesse sido erroneamente extinta, ou que sua posse ou seu usufruto fossem encerrados com violência.

28. (1921) 2 AC 399, p. 407.

29. (1957) 1 WLR 876, p. 880.

30. Item VI do voto dos juízes Deane e Gaudron.

31. Id., item 30.

Os juízes Deane e Gaudron avaliaram aquilo que denominavam Desapropriação dos Habitantes Originais.³² Seu voto, após analisarem a desapropriação histórica dos aborígenes e sua exclusão do Parlamento britânico, baseou-se na teoria de que, de acordo com a lei, New South Wales era *terra nullius* ao ser ocupada em 1788, e a ela não se aplicava qualquer titularidade nativa.

O caso Mabo é importante para os povos nativos destituídos de suas terras nas antigas colônias européias no mundo todo. Basicamente, por uma razão: o Tribunal Superior da Austrália não só reconheceu os significativos avanços em prol da justiça obtidos pelo direito internacional, mas de fato alterou o *common law* australiano, alinhando-o aos princípios internacionais de justiça. Nesse processo, renunciou-se à regra de *terra nullius*, uma das mais antigas justificativas para a ocupação de terras habitadas.

Além disso, ao reconhecer a existência de direitos pré-coloniais à posse da terra, tornou possível àqueles que haviam sido destituídos de suas terras defender seus direitos nos tribunais. Em consequência, não servem mais como justificativa para o não-reconhecimento dos direitos pré-coloniais as teorias racistas que haviam introduzido questões e conceitos do direito ocidental, como a categoria de “direito à propriedade privada”; ou a idéia de que “os nativos estão em uma posição tão baixa na escala da organização social que não há como conciliar seus costumes e suas concepções de direitos e deveres com as instituições, ou com os princípios jurídicos da sociedade civilizada”.³³

Críticas ao processo Mabo³⁴

O processo Mabo não permaneceu incontestado, e as críticas são familiares para os estudiosos da Namíbia. Cooray considera que foi muito mais um édito do que uma decisão judicial. Galligan também acusa o Tribunal Superior de formular leis, mas acrescenta que, no fundo, sempre fez isso.³⁵ Cooray compara os resultados do caso Mabo ao *apartheid*:

Isso será análogo às famigeradas homelands da África do Sul. Mas haverá diferenças em relação à experiência sul-africana, no sentido de que os habitantes

32. Id., item X.

33. Id. (1919) AC 211.

34. Este capítulo se baseia no artigo de L. Cooray, “The High Court In Mabo – Legalist or L’égotiste” (1992). Disponível em <www.users.bigpond.com/smartboard/mabo/index.htm>. Acesso em 28 out. 2005.

35. B. Galligan, “The Power of Seven” (*The Weekend Australian*, 17-18 jul. 1993).

dos territórios da Austrália estarão sobre vastos recursos econômicos e de mineração. O solo agrícola produtivo e as áreas ricas em minérios estavam fora das homelands sul-africanas. Na Austrália, os beneficiários serão uma pequena minoria e os excluídos serão a grande maioria do povo. No apartheid da África do Sul, os beneficiários eram uma pequena minoria e os excluídos constituíam a vasta maioria.

Marchant critica os juízes e os acusa de serem desonestos com a história.³⁶ Ele se preocupa principalmente com a possibilidade de uma decisão relativa a um grupo de fazendeiros das Ilhas Murray vir a ser aplicável aos povos aborígenes do continente australiano.

Brunton reproduz a visão tipicamente paternalista de que o povo nativo deveria ser grato pela desapropriação, uma vez que os conquistadores haviam trazido consigo as vantagens da civilização ocidental.³⁷

Como viveriam os aborígenes se a Austrália não tivesse sido conquistada? Será que sua situação econômica seria melhor? Será que a lei e os costumes tribais seriam superiores à mescla de common law e lei escrita que prevalece nos dias de hoje? Será que teriam desenvolvido a terra da mesma forma? O bom senso e a lógica levam-me a responder negativamente às três últimas perguntas.

Cooray argumenta que a abordagem constitucional contemplada pelo juiz Brennan³⁸ confere aos magistrados uma função mais política que jurídica.

A crítica parece revelar que os opositores à decisão do caso Mabo temiam que os direitos dos atuais detentores da propriedade (no final das contas, todos brancos) fossem afetados pela decisão e que pudessem vir a ser, afinal, desapropriados. Como os aborígenes constituem uma minoria pobre na Austrália, tais temores parecem infundados e praticamente impossíveis para um observador da Namíbia. Entretanto, se o Tribunal Superior da Namíbia

36. L. Marchant, *Law of Nations and European Annexation of Australia* (1993), do manuscrito inédito de livro a ser publicado, citado por B. Galligan, op. cit. (não conferido pelo autor).

37. R. Brunton, "Mabo and Reconciliation" (*IPA Review*, vol. 46, n. 2, 1993).

38. Juiz F. Brennan, "The High Court of Australia in Mabo AMEC Leederville" (trabalho inédito, apresentado em Camberra em 16 jul. 1992 durante uma Conferência sobre Direitos Humanos e mencionado em P. Connolly & S. Hulme, 1993, citado por Cooray, 1992, op. cit.). O juiz alegou que uma Declaração de Direitos e Garantias incluiria os tribunais no processo político como nova força dominante. "Uma vez definido o direito, o tribunal deve pesar o interesse coletivo contra o direito individual. Trata-se de uma questão política, porém uma Declaração de Direitos e Garantias pretende transformar o debate político em jurídico e considerar questões políticas e morais à luz da justiça".

chegar a aplicar algo semelhante, o temor de uma apropriação não-judiciosa sem dúvida poderá ameaçar os filhos e filhas dos colonos europeus.

A Namíbia e Eddie Mabo

A Constituição da Namíbia garante direitos de propriedade privada.³⁹ O governo sempre se comprometeu a obedecer a Constituição em qualquer programa de reforma agrária. No entanto, nem sempre o debate transcorreu em um nível de mútua aceitação de *bona fides*. Uma das principais razões para tanto é possivelmente o fato de o governo adotar uma premissa bem específica, no sentido de que a reforma agrária deveria ter por objetivo devolver aos habitantes originais as terras que hoje estão em poder dos brancos.

Um exemplo é a entrevista dada por Sam Nujoma, presidente da Namíbia, a Baffour Ankomah, editor da revista *New African*. Nujoma afirma que os princípios constitucionais foram introduzidos por americanos e britânicos “para favorecer os interesses dos colonizadores brancos que, ‘por bem ou por mal’, haviam adquirido e ocupado o território da Namíbia durante o período colonial”. O presidente prosseguiu insistindo que a cláusula da espontaneidade [*willing buyer/willing seller*] estabelecida pela Constituição, jamais esteve alinhada com o plano político da SWAPO (South West African People’s Organization) para lidar com a questão agrária.

Por outro lado, os fazendeiros brancos enfatizaram seus direitos constitucionais nos termos do Artigo 16. Entretanto, nenhuma das partes tentou, até agora, situar seus pontos de partida no contexto histórico. Para o governo, falar dos habitantes originais da terra é referir-se a um povo anteriormente desfavorecido. Os fazendeiros brancos, por sua vez, ainda não chegaram a fazer algum esforço para considerar que possam existir outros direitos sobre suas propriedades.

Na Namíbia, a possibilidade de existir mais de um direito sobre uma mesma propriedade não é um conceito novo nem no *common law* nem no direito codificado. Os direitos de um fazendeiro sobre suas terras, por exemplo, podem ser restringidos por um contrato de arrendamento vigente na ocasião

39. O Artigo 16 tem a seguinte redação: “(1) Todo indivíduo terá direito, em qualquer parte da Namíbia, a adquirir, possuir e vender todos os tipos de bens móveis ou imóveis, individualmente ou associado a terceiros, e legar seus bens a seus herdeiros ou legatários, ressalvado que o Parlamento poderá, por lei, proibir ou regulamentar a seu critério o direito a aquisição de bens por indivíduos que não sejam cidadãos da Namíbia. (2) O Estado ou um órgão competente ou autorizado por lei poderá desapropriar uma propriedade no interesse público, mediante pagamento de uma compensação justa, de acordo com os requisitos e procedimentos a serem determinados por Lei aprovada pelo Parlamento”.

da compra.⁴⁰ Os direitos de mineração não estão incluídos entre os direitos de um proprietário de terras agrícolas.

O exemplo do caso Mabo permite analisar o programa de reforma agrária sob uma perspectiva diferente, ao menos nas regiões central e meridional do país. Não vou questionar se a guerra entre os alemães e os hererós foi um ato de genocídio.⁴¹ Para os objetivos deste artigo, pode-se dizer que a Namíbia, tal como o Saara Ocidental, não era *terra nullius* quando da ocupação alemã. Além do mais, aceito a essa altura que as evidências confirmam os direitos de propriedade dos povos hereró e nama à época da ocupação alemã.⁴²

Se os direitos dos hererós e namas puderem ser demonstrados ao menos para algumas partes do território, o debate pode ser elevado a um novo patamar, permitindo identificar os povos que sofreram sob as regras coloniais. Segundo o vice-presidente Ammoun, da Corte Internacional de Justiça, eles podem ser reconhecidos pelos fazendeiros brancos, atuais proprietários das terras, ou mesmo pelo governo que, em última instância, decidirá o futuro das terras como pessoas que possuem “vínculos ancestrais com a terra, ou ‘mãe natureza’, e o povo nela gerado, que permanece ligado a ela e deve, um dia, a ela retornar para se reunir com seus ancestrais”.⁴³

Um tribunal pode ser instalado para ouvir as demandas específicas de pessoas ou povos. A Lei da Reforma Agrária já prevê o estabelecimento desse tribunal. Pequenas emendas à Lei permitirão que o tribunal trate de reivindicações decorrentes das guerras de 1904. Um tribunal que trata de reivindicações referentes a questões de terra já funciona na África do Sul há vários anos e pode ser um exemplo útil.

Se uma reivindicação for provada, o governo poderá encaminhar o processo de acordo com um programa preestabelecido, sem deixar de reconhecer, ao mesmo tempo, os direitos constitucionais dos atuais proprietários. Embora os direitos pré-coloniais tenham sobrevivido ao colonialismo, deve-se sublinhar

40. O dito do *common law*, “*huur gaat voor koop*” (o arrendamento prevalece sobre a compra), em regra é cumprido pelos tribunais da Namíbia.

41. Concordo em grande parte com um trabalho de J. Sarkin ainda não publicado: embora o termo genocídio não fosse conhecido em 1904, os atos das forças alemãs e as comunicações do comandante, General L. von Trotha, podem ser avaliados a partir da definição que se tornou parte do direito internacional. Ver também o artigo já citado (Sarkin, 2004, nota 12), pp. 67-126; e M. Hinz “One Hundred Years Later: Germany on Trial in the USA – The Herero Reparations Claim for Genocide” (*Namibian Human Rights Online Journal*, vol. 1, n. 1, 2003).

42. Tais pressuposições se baseiam em discussões preliminares com autoridades tradicionais dos povos nama e hereró em *workshops* realizados em Windhoek e Keetmanshoop (2004).

43. ICJR, 1975, op. cit., note 17, pp. 85-86.

que tais direitos não podem simplesmente destruir os atuais direitos de propriedade garantidos pela Constituição, assim como a colonização não pôde destruir os direitos de propriedade dos povos nativos.

Entretanto, a prova do direito às terras nativas não deixa de ter sentido. O governo (ou mesmo o tribunal) pode começar a negociar com o atual proprietário, com base no princípio de espontaneidade (*willing buyer/willing seller*). Se o governo e o atual proprietário chegarem a um acordo, a única questão em aberto será o valor a ser pago pela propriedade. Como as demandas serão individuais, ou às vezes tribais, é bem provável que extrapolem as atuais provisões orçamentárias do governo (50 milhões de dólares namíbios, no último ano fiscal). Contudo, pode ser solicitada a ajuda financeira de vários países doadores, e até mesmo da União Européia, nessa parte do processo. No passado, tanto a União Européia quanto a Alemanha se mostraram dispostas a auxiliar a Namíbia no programa de reforma agrária.

É bem verdade que, na prática, o processo pode não ser tão tranqüilo quanto parece no papel. O que aconteceria se o atual proprietário não fosse mais um indivíduo branco, e sim alguém de um grupo anteriormente desfavorecido? Ou qual será a atitude do governo se o atual proprietário se recusar a negociar ou, após a negociação, se recusar a vender sua propriedade? Quais seriam as conseqüências se mais de um grupo reivindicasse a mesma terra?

Não cabe aqui discutir em detalhe cada uma das questões acima. Basta lembrar que, sob determinadas circunstâncias, o governo pode ser convencido de que a desapropriação atenderá melhor aos interesses nacionais, ao passo que as partes prejudicadas sempre terão o direito de levar a questão a juízo. O legislador talvez queira recorrer a um tribunal superior, ou simplesmente determinar que o Tribunal Superior, ou a Suprema Corte, seja o órgão responsável pelo julgamento dos recursos. Se não for encontrado um doador, o governo pode optar por realocar nesse projeto parte da verba originariamente destinada à reforma agrária.

Conclusão

Com certeza os princípios estabelecidos no caso Mabo não constituirão o único processo capaz de fazer a reforma agrária avançar. O reconhecimento dos direitos pré-coloniais trará uma série de vantagens. Criará um mecanismo para lidar com algumas das páginas mais tristes da história da Namíbia. Também levará justiça a povos que quase foram extintos pelas mãos dos colonizadores europeus. E recuperará os direitos territoriais da segunda e da terceira gerações de descendentes dos proprietários pré-coloniais.

É óbvio que não há programa capaz de reparar todas as injustiças do passado. Os que se opõem à recuperação dos direitos sobre terras pré-coloniais

podem alegar que tal reparação não tratará igualmente todas as pessoas do país que sofreram as conseqüências da ocupação sul-africana e do *apartheid*.⁴⁴ Infelizmente, esse programa não trata da segunda grande injustiça cometida contra o povo da Namíbia, mas não se pode negar o fato de que permitirá lidar de forma efetiva com a injustiça cometida em 1904.

Alguns argumentarão que o programa não tratará das injustiças das guerras pré-coloniais entre os grupos do sul e do centro do país, enquanto outros vão querer saber como um tribunal abordaria as injustiças cometidas antes, durante e após a colonização, contra grupos nômades, como os san e os himbas.

Mas, não é intenção deste trabalho recomendar a restauração dos direitos pré-coloniais como a melhor, ou única, possibilidade para a reforma agrária na Namíbia, mas sim propor um processo que inclui várias estratégias para atingir uma meta final: a distribuição justa de terra entre todos os povos da Namíbia, de modo a contribuir para a paz, a prosperidade e a estabilidade do país.

Portanto, de acordo com a cláusula da espontaneidade (*willing buyer/willing seller*), o programa pode prosseguir, ao mesmo tempo que o governo dá andamento a seus projetos de desapropriação de propriedades de fazendeiros estrangeiros ausentes e de outras terras, na medida em que for de interesse nacional.⁴⁵

Um tribunal de terras para lidar com os direitos perdidos durante a colonização alemã poderá dar uma nova dimensão à questão da reforma agrária.

44. Ver Sarkin, op. cit., nota 12, pp. 92-93.

45. Como o programa ainda se encontra em fase de planejamento, teremos de aguardar que o governo defina o interesse nacional, ou inicie o processo, antes de discutirmos os prós e contras da questão.

NLERUM S. OKOGBULE

Professor Adjunto e Chefe do Departamento de Jurisprudência e Direito Internacional da Rivers State University of Science & Technology, Port Harcourt, Nigéria. É também advogado credenciado junto à Suprema Corte da Nigéria e sócio-gerente do escritório de advocacia Okogbule & Okogbule, Port Harcourt, Nigéria.

RESUMO

Este artigo examina a importância do acesso à justiça como instrumento essencial para a proteção dos direitos humanos na Nigéria e demonstra que uma pessoa só pode ver seus direitos fundamentais efetivados se tiver acesso aos tribunais. Em seguida analisa a situação vigente na Nigéria e aponta os inúmeros obstáculos que se interpõem à realização do acesso à justiça. Para confirmar tal constatação, o autor analisa vários desses obstáculos – atrasos injustificados na administração da justiça, custo elevado dos litígios, formalidades técnicas, analfabetismo e o princípio do *locus standi*. Finalmente, questiona as perspectivas de melhoria no acesso à justiça, constatando que, se fossem implementadas reformas judiciais, introduzidos mecanismos alternativos de resolução de contendas – com menos ênfase nas normas técnicas – e fortalecido o Programa de Auxílio Jurídico, seria possível assegurar tal acesso, com um impacto positivo sobre a proteção dos direitos humanos no país. [Artigo original em inglês.]

PALAVRAS-CHAVE

Nigéria – Acesso à justiça – Reforma judiciária – Direitos humanos

O ACESSO À JUSTIÇA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA NIGÉRIA: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS

Nlerum S. Okogbule

O desenvolvimento político e constitucional da Nigéria tem se entrelaçado com a idéia de promover e proteger os direitos humanos. Desde as conferências constitucionais anteriores à independência,¹ passando pela Primeira República, pela Segunda,² e pelos vários períodos militares, até o atual governo democrático,³ as questões atinentes aos direitos humanos receberam merecida atenção dos discursos jurídico e político. Há um empenho sistemático, na Nigéria, em assegurar a proteção dos direitos humanos dos indivíduos, dos grupos e das comunidades.

A Comissão Willinck⁴ e a Comissão Oputa⁵ constituem testemunhos eloqüentes desse esforço combinado para promover e proteger os direitos humanos e a justiça no país. Enquanto a primeira teve por objetivo aliviar a sensação de marginalização dos grupos minoritários da época colonial, a Comissão Oputa analisou casos de abusos dos direitos humanos ocorridos entre 1º de janeiro de 1984 e 28 de maio de 1999.⁶ O relatório Oputa não pôde ser divulgado⁷ e tampouco foram implementadas suas recomendações, mas o simples fato de ter sido constituída tal Comissão revelou a preocupação do governo em corrigir os erros do passado em relação a abusos dos direitos humanos.

Embora seja fácil mencionar tais abordagens formais, o mesmo não se pode dizer da efetiva colocação em prática de mecanismos concebidos para favorecer a realização dos direitos humanos básicos. Isto porque existe ainda um verdadeiro abismo entre as declarações oficiais acerca do respeito pelos direitos humanos e sua efetiva implementação. A explicação para isso é que, aparentemente, há ainda incontáveis obstáculos de direito substantivo e processual ou impedimentos que não apenas inibem a efetiva implementação de tais medidas, mas

Ver as notas deste texto a partir da página 115

impedem que as grandes massas da população tenham acesso à justiça na Nigéria.

A questão que então se coloca é: quais são esses impedimentos e como podem ser superados, de modo a garantir o acesso à justiça para a grande maioria dos nigerianos? Há algum mecanismo legal já integrado no sistema que poderia ser ativado para assegurar o acesso à justiça no país? Qual tem sido a resposta dos sucessivos governos à demanda pelo cumprimento dos direitos básicos mediante a ampliação do acesso à justiça?

O objetivo deste artigo é examinar tais questões e delinear um novo rumo em busca de promoção e proteção dos direitos humanos na Nigéria, aumentando o acesso à justiça. Inicialmente, discutiremos o conceito de acesso à justiça e sua relação com os direitos humanos, antes de avançar para uma análise dos diversos obstáculos de direito substantivo e processual que conspiram contra um acesso eficaz à justiça. Na parte final, o artigo aborda como o sistema judiciário pode se tornar mais sensível aos anseios e às aspirações dos nigerianos, assegurando o acesso à justiça para indivíduos e grupos e conseqüentemente melhorando a proteção aos direitos humanos.

Estrutura conceitual

O acesso à justiça pode ser visto sob duas perspectivas principais: no sentido estrito e no sentido amplo. No sentido estrito, esse conceito pode ser considerado uma extensão do acesso aos tribunais. Uma conotação mais ampla permite abarcar também o acesso à ordem política e aos benefícios decorrentes do desenvolvimento social e econômico do Estado.⁸

Podemos assim afirmar, em termos genéricos, que o acesso à justiça implica acesso à justiça social e à distributiva. No entanto, é importante sublinhar o fato de essas perspectivas não serem necessariamente desvinculadas, pois a possibilidade de obter justiça distributiva em determinado sistema depende em boa parte do nível e da eficácia da justiça social no país. Por conseguinte, a discussão de um dos aspectos do conceito acarreta referências a um ou mais componentes do outro. E isso se deve ao fato de que, sem acesso à justiça, é impossível gozar de qualquer outro direito – seja ele civil, político ou econômico – ou assegurar sua realização. Assim, embora este artigo pretenda enfatizar o conceito no sentido estrito do termo, sua concepção mais ampla também integrará nossa análise.

Levando isso em conta, pode-se então afirmar que o acesso à justiça se refere simplesmente aos mecanismos de direito substantivo e processual existentes em determinada sociedade, destinados a assegurar aos cidadãos a oportunidade de recorrer ao sistema jurídico em busca de reparação contra a violação de seus direitos. Tem o foco nas normas e nos procedimentos existentes, a serem utilizados pelos cidadãos para ir aos tribunais definir seus direitos e obrigações civis.

Há implicações mais amplas. Já foi dito que o acesso à justiça não se limita

aos mecanismos processuais para a resolução de contendas, mas inclui outras variáveis – as condições físicas das instalações em que se ministra justiça; a qualidade dos recursos humanos e materiais disponíveis; a qualidade da justiça efetivamente prestada; o tempo demandado para a prestação da justiça; a moral ilibada do prestador da justiça; a conformidade com os princípios do devido processo legal; a existência de condições, em termos de custos e de tempo, para se buscar justiça; a qualidade dos advogados que assistem às partes litigantes; a incorruptibilidade e a imparcialidade dos operadores do sistema.⁹

Percebe-se, pois, que acesso à justiça é um conceito abrangente, que inclui a natureza, os mecanismos e até mesmo a qualidade da justiça que se pode obter em determinada sociedade, bem como o lugar do indivíduo no interior desse contexto judicial.

Importante sublinhar também o fato de que o acesso à justiça sem dúvida oferece um indicador importante para avaliar tanto a existência do Estado de Direito quanto a qualidade do governo em determinada sociedade. Isso coloca em foco a insistência atual sobre transparência, *accountability* e boa governança como panacéia eficaz para o desenvolvimento socioeconômico.¹⁰

Embora o conceito de justiça seja em si de difícil definição,¹¹ é possível dizer, com certa liberdade, que ele engloba equidade e imparcialidade. Assim, para haver acesso significativo à justiça é imprescindível a presença no sistema desses dois elementos, de modo a garantir a realização dos direitos fundamentais.

Além do mais, para melhorar o acesso à justiça em qualquer sociedade, é necessário dispor de uma infra-estrutura básica e contar com pessoal adequado, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos.

Por exemplo, nos lugares em que os tribunais não dispõem de pessoal suficiente, ou são conduzidos por homens e mulheres moralmente condenáveis, é difícil que o Estado possa assegurar justiça social a seus cidadãos. Funcionários corruptos no Judiciário podem realmente criar impedimentos graves à obtenção da justiça, mesmo que a infra-estrutura e os instrumentos jurídicos sejam operantes e bem-organizados.¹²

A interface entre acesso à justiça e proteção aos direitos humanos

A relação do acesso à justiça com a proteção aos direitos humanos decorre do fato de que somente se puderem chegar aos tribunais as pessoas conseguirão defender e reivindicar seus direitos fundamentais. Em outras palavras, as estruturas jurídica e institucional existentes em determinado sistema podem chegar a impedir o acesso dos cidadãos aos tribunais, tornando-os incapazes de buscar o cumprimento e a proteção de seus direitos fundamentais.

Embora alguns desses mecanismos jurídicos e institucionais possam ter sido

originariamente criados para atingir determinados objetivos, às vezes chegam a constituir tremendos obstáculos para a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Ainda, outros obstáculos surgem da estrutura e da composição dos sistemas políticos e econômicos que operam em determinado país. No caso da Nigéria, tudo indica que uma combinação de obstáculos das duas categorias conduziu a uma incapacidade sistêmica de a ordem jurídica garantir o acesso à justiça no país. A importância dessa segunda categoria de obstáculos deriva do fato de que, para um país do terceiro mundo como a Nigéria, em que o nível de analfabetismo é inaceitavelmente elevado e as pessoas enfrentam excepcionais dificuldades para manter a subsistência, é inevitável que as questões referentes à proteção dos direitos humanos acabem por assumir importância secundária. O professor Claude Ake situou a relevância desses obstáculos no contexto e na perspectiva apropriados ao observar o seguinte:¹³

Por motivos que não nos cabe detalhar aqui, alguns dos direitos importantes no Ocidente não têm interesse nem valor para a maioria dos africanos. Assim, por exemplo, liberdade de expressão e liberdade da imprensa não significam muito para uma comunidade rural majoritariamente analfabeta e completamente absorvida pelos rigores da luta cotidiana pela sobrevivência [...] se for para fazer sentido, uma Declaração de Direitos e Garantias terá de incluir, entre outros, o direito ao trabalho e a um salário digno, o direito à habitação, à saúde, à educação. Esse é o mínimo pelo qual podemos lutar se queremos algum dia ter uma sociedade consciente dos direitos humanos básicos [...] na África, para que os direitos liberais façam sentido no contexto de um povo lutando para se manter à tona sob condições econômicas e políticas extremamente adversas, esses direitos têm de ser tangíveis. Tangíveis no sentido de que suas conseqüências práticas sejam visíveis e relevantes para as condições de existência do povo a que se destinam. E, mais importante, tangíveis no sentido de poderem ser vivenciados por seus beneficiários.¹⁴

Com efeito, para a grande maioria dos cidadãos, as questões relativas à proteção dos direitos humanos parecem um luxo que dificilmente lhes seria consentido.¹⁵ O resultado disso é que freqüentemente são vistas como um passatempo elitista feito para atrair as atenções, mesmo quando o objetivo subjacente é a promoção do bem comum.

Fatores que inibem o acesso à justiça na Nigéria

Diversos obstáculos conspiram contra o acesso à justiça na Nigéria: alguns de natureza substantiva, outros, processual, e há ainda os que decorrem do atual sistema político e econômico do país. Examinaremos aqui alguns desses fatores, para verificar de que modo continuam a inibir o acesso à justiça na Nigéria.

Atraso na administração da justiça

Dizer que ocorrem atrasos absurdos na administração da justiça na Nigéria é uma afirmativa prosaica. No entanto, é difícil entender como os nigerianos lograram conviver com esse fenômeno durante várias décadas sem encontrar uma solução definitiva. É freqüente nos depararmos com processos comuns de rescisão ilegal de contratos de trabalho, ou mesmo ações pelo cumprimento de direitos fundamentais, que se arrastam por três, cinco ou mais anos. Diversas circunstâncias podem dar origem a esse atraso: advogados que redigem petições para adiar os processos; incapacidade dos magistrados para emitir suas sentenças no prazo; omissão das autoridades policiais ou penitenciárias no encaminhamento de acusados aos tribunais; aplicação do princípio do juiz natural, pelo qual um processo precisa ser reiniciado sempre que for assumido por um novo juiz etc.¹⁶ O resultado é que hoje, na Nigéria, já é quase aceito como fato consumado que a tramitação de um processo judicial levará longos anos até chegar à conclusão.¹⁷ Sob tais circunstâncias, é natural os cidadãos relatarem em iniciar processos para fazerem valer seus direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que tais atrasos não apenas abalam a confiança pública no processo judicial, mas também solapam a própria existência dos tribunais (ver Oputa, 1992, op. cit.). Isso a despeito de a Constituição de 1999 garantir um julgamento rápido em seu Artigo 36, parágrafo 1, que dispõe: “Na determinação de seus direitos e obrigações civis, incluindo qualquer questão ou determinação por parte de ou contra qualquer governo ou outra autoridade, uma pessoa terá direito a um julgamento justo em prazo razoável por um tribunal estabelecido por lei e constituído de modo a assegurar sua autonomia e imparcialidade”.¹⁸ No mesmo sentido, o Artigo 36, parágrafo 4, da Constituição prevê que a pessoa acusada criminalmente sempre terá direito a um julgamento justo, em prazo razoável, por vara ou tribunal competente.

Infelizmente, a Constituição não define o sentido da expressão “prazo razoável”, empregada nos parágrafos citados. A Suprema Corte, porém, teve a oportunidade de dar uma definição no caso de Gozie Okeke,¹⁹ no pronunciamento do juiz Ogundare:²⁰

Em seu sentido comum, o termo “razoável” significa moderado, aceitável, ou não-excessivo. O que é razoável em relação à questão de um réu ter um julgamento justo em um prazo razoável dependerá das circunstâncias de cada caso, inclusive o local ou o país onde o julgamento ocorrer, além dos recursos e da infra-estrutura disponíveis para os órgãos competentes do país. Assim, é enganoso utilizar o padrão ou a situação de fato de um país específico para determinar se os julgamentos em processos penais de outro país envolvem um atraso injustificável [...] Uma demanda

por um julgamento rápido que não leve em conta as condições e as circunstâncias do país seria irrealista e pior do que o próprio atraso injustificável do julgamento.

Prosseguindo, o magistrado declarou que, para averiguar se o julgamento de um réu ocorreu em prazo razoável, há de se considerar quatro fatores: “a duração do atraso, as razões dadas pela promotoria para o atraso, a responsabilidade do réu em fazer valer seus direitos e o prejuízo a que o acusado possa estar exposto”.²¹

De qualquer forma, fica claro que se um julgamento durar mais de três ou quatro anos é difícil dizer que ocorreu “em prazo razoável”. Entre as muitas causas para atrasos no processo judicial, algumas são endêmicas ao próprio sistema – como as regras processuais altamente complexas e técnicas –, enquanto outras são provocadas pelos operadores do sistema – funcionários dos tribunais que dão andamento aos processos judiciais, advogados que requerem infundáveis pedidos que implicam o adiamento do processo e magistrados aos quais falta a virtude da presteza (ver Oputa, op. cit., p. 162).

Embora se possa admitir como inevitável algum atraso em processos cíveis ou penais, tendo em conta a necessidade de assegurar “tempo e condições adequados”²² para as partes se prepararem, um atraso desmedido se torna ofensivo e prejudicial à administração da justiça. Nesse sentido, os tribunais deveriam considerar de forma mais séria a questão dos pedidos que implicam o adiamento do processo; pode-se sugerir que sejam considerados somente os que servirem para auxiliar o processo judicial, devendo-se rejeitar aqueles cujos fins são puramente protelatórios ou que não compreendem assuntos referentes ao mérito da demanda. Afinal, o tribunal tem o poder discricionário de acatar ou indeferir esses pedidos.²³

Contudo, por mais que insistamos no desiderato da rápida liberação dos casos, deve-se ter sempre em mente a necessidade de assegurar a todas as partes a oportunidade de apresentar suas posições antes da decisão final do tribunal. Tal como o juiz Mikailu assinalou no caso do governador do estado de Ekiti:²⁴ “Cada uma das partes tem direito a ser ouvida de forma plena, e não deve haver rapidez em excesso nem precipitação, de modo que o tribunal possa chegar a uma decisão justa. Justiça adiada é justiça negada, mas acelerar a justiça pode ter como resultado seu atropelamento”.²⁵

No caso citado, em que o tribunal se recusou a conceder aos réus a oportunidade de apresentar provas, com o objetivo de evitar atrasos indevidos, sustentou-se que tal decisão violou o direito de ser ouvido com as devidas garantias, e foi ordenada a abertura de novo julgamento. Isso se deve ao fato de que, na doutrina, tal direito constitui um dos princípios fundamentais e pétreos do Direito Constitucional nigeriano, e qualquer outra norma que infrinja tal princípio, por mais bem-intencionada que seja, será necessariamente preterida.²⁶

Custas da ação

É bem sabido que, em relação à situação econômica da Nigéria, as custas das demandas judiciais são tão elevadas que, se um cidadão comum precisar enfrentar uma questão legal, dificilmente poderá se dar ao luxo de obter representação adequada. Isso é tanto mais verdadeiro se levarmos em conta que a grande maioria dos nigerianos dedica-se o tempo todo à estrita manutenção da sobrevivência – de si mesmo e de sua família.

Talvez como forma de melhorar sua própria situação econômica, os advogados nigerianos criaram um método para cobrar não apenas seus honorários profissionais mas também uma taxa de transporte cada vez que se apresentam ao tribunal, onerando ainda mais, inevitavelmente, os encargos dos litigantes. Considerando o cenário em que um processo pode se prolongar por quatro ou cinco anos, é possível avaliar melhor a enormidade do ônus financeiro a que as partes em litígio estão sujeitas.

Como se não bastasse, alguns tribunais cobram emolumentos muito altos, tornando com frequência inviável o acesso para a maioria dos nigerianos. É o caso, em particular, do Tribunal Superior Federal, em que as custas iniciais são proporcionais ao valor da causa pretendido pelos demandantes. Como resultado disso, é extremamente difícil para os nigerianos, em particular os que vivem na região do delta do Níger – vítimas habituais de derramamentos de petróleo, poluição e outras ameaças ambientais –, exercer seus direitos legais quando as atividades relacionadas à exploração petrolífera afetam de forma adversa suas atividades normais.²⁷

De acordo com as atuais normas do Tribunal Superior Federal,²⁸ para uma ação no valor de 10 milhões de nairas, o demandante tem de pagar antecipadamente uma taxa de protocolo superior a 50 mil nairas, como pré-requisito para dar entrada na demanda. Além disso, se a questão depender de laudos periciais e relatórios de avaliação, o cidadão nigeriano, rico ou pobre, deve anexá-los à petição inicial – embora se saiba que os honorários pagos aos profissionais responsáveis podem estar bem acima da capacidade financeira dos demandantes.

Efeitos de alguns dispositivos constitucionais

É irônico que alguns dispositivos constitucionais concebidos em essência para garantir a proteção aos direitos fundamentais tenham de modo involuntário o efeito de ocasionar atrasos no processo judicial. A esse respeito, cabe fazer referência a certos preceitos da Constituição de 1999. O Artigo 36, parágrafo 6.b, por exemplo, estipula que “toda pessoa acusada de delito penal terá direito a tempo e condições adequados para preparar sua defesa”.²⁹

Como têm sido a interpretação e a aplicação desse dispositivo constitucional nos tribunais?

O princípio norteador tem sido garantir que um acusado possa se valer de todas as oportunidades disponíveis para apresentar adequadamente sua defesa em um processo penal. Isso implica, por exemplo, que se ele for citado em juízo e não dispuser de um advogado, o tribunal lhe concederá um prazo para contratar os serviços de um profissional.³⁰ De modo similar, se o acusado solicitar um documento específico ou os autos processuais para sua defesa e estes não ficarem disponíveis de imediato, ele deverá dispor de prazo suficiente para providenciar a obtenção de tal documento ou de tais autos, ou mesmo abrir um processo, se tiver essa intenção.³¹ Em geral, a aplicação dessa norma não deveria provocar atrasos indevidos mas, nas circunstâncias peculiares da Nigéria, com o onipresente “fator nigeriano”,³² muitas vezes ela tem resultado em prolongados adiamentos e freqüentes abusos.

Confiança indevida nas normas técnicas

O direito é uma matéria eminentemente técnica e essa tecnicidade manifesta-se nos diversos procedimentos e normas aplicáveis. Para conseguir chegar aos tribunais, um demandante precisa contratar os serviços de um advogado, que dará início à ação, em seu nome. Por maior que seja seu nível sociocultural, em geral o demandante é incapaz de compreender os intrincados procedimentos e normas aplicáveis a seu caso. Com certeza, a situação é bem pior para um analfabeto nigeriano – e, ao nos darmos conta de que a imensa maioria da população nigeriana é composta de analfabetos, podemos entender melhor o verdadeiro quadro.

Se acrescentarmos os problemas procedimentais que muitas vezes ocorrem para a propositura de ações reivindicando o cumprimento de direitos fundamentais, o quadro fica completo. Tem havido alguma controvérsia sobre o procedimento adequado a ser seguido para promover ações de reivindicação dos direitos fundamentais na Nigéria. Esse problema tornou-se ainda mais crítico após entrarem em vigor as Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979.³³ Enquanto alguns juízes consideram que o único procedimento aceitável é aquele prescrito na Norma, outros adotam uma posição divergente. Assim, no processo *Din vs Attorney-General of the Federation*,³⁴ o juiz Nnaemeka Agu declarou: “As Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979 prescreveram o **procedimento correto e único** para a efetivação de direitos fundamentais constantes do Capítulo IV da referida Constituição”.³⁵

Esse procedimento é feito em duas etapas: a primeira estipula um pedido prévio *ex-parte* para requerer a permissão para a efetivação do direito fundamental

e, a segunda, subseqüentemente, prevê a apresentação da petição inicial com pedido de citação e com uma declaração feita sob juramento.³⁶

Contudo, no caso subseqüente, de Alhaji Dahiru Saude vs Alhaji Haliru Abdullahi, o autor ingressou com uma ação para proteger seus direitos fundamentais, o que gerou o mandado de citação após obter permissão do tribunal; mas o mandado de citação não foi assinado pelo juiz encarregado do processo, conforme determinado pelas Normas. A Suprema Corte considerou irrelevante o procedimento adotado, pois estava clara a intenção de pedir proteção para o cumprimento de direitos fundamentais. Nas palavras do juiz Kayode-Eso:³⁸ “Sou da opinião que não importa muito de que modo a petição foi feita, desde que esteja claro que pede proteção contra a violação de direitos garantidos nos termos da Constituição”. Acrescentou que as Normas do Procedimento para Efetivação estão redigidas de forma clara e não estabelecem que os procedimentos nelas contidos sejam os únicos aceitos para requerer tal proteção.³⁹

Existe também o problema correlato de determinar em que medida uma ação reivindicando o cumprimento de direitos fundamentais pode ser anexada de forma válida a outra demanda, referente a reivindicações substantivas.⁴⁰ O divisor de águas nessa área é o processo de Alhaji Umaru Tukur contra o governador do estado de Taraba,⁴¹ em que o apelante fora deposto da função de emir de Muri e mantido sob prisão domiciliar por vários meses. Ele ingressou com uma demanda no Tribunal Superior Federal nos termos das Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979, para a efetivação de seus direitos fundamentais. A Suprema Corte entendeu que, como a queixa inicial do apelante era sua deposição da função de emir de Muri, as alegadas violações a seus direitos fundamentais – a um julgamento imparcial e à liberdade de ir e vir – eram meramente acessórias à demanda principal e que, nessas circunstâncias, a condução do processo nos termos das Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979 era inadequada.⁴²

Essa insistência em torno de regras técnicas relativas à categorização da demanda entre principal ou acessória vem representando um impedimento grave ao acesso à justiça e à proteção dos direitos fundamentais na Nigéria. Embora seja impossível manter um sistema jurídico com pessoas especificamente treinadas nesse campo sem definir regras técnicas para isso,⁴³ sugerimos que essas tecnicidades sejam minimizadas até um nível aceitável, que facilite o acesso à justiça por parte da grande maioria dos nigerianos.

Locus standi

Outro fator ao qual se recorre com freqüência para impedir o acesso aos tribunais na Nigéria é o já desgastado conceito de *locus standi*, que pode, de fato, criar significativos obstáculos à questão da proteção dos direitos humanos. Não é

fácil definir o conceito de *locus standi*, mas é possível afirmar que corresponde, essencialmente, às condições existentes para um processo. Refere-se ao direito de uma das partes de um processo ser ouvida perante uma corte ou um tribunal, ou à capacidade legal de iniciar ou propor uma ação perante uma corte de jurisdição competente sem qualquer inibição, obstrução ou impedimento.⁴⁴ Em outros termos, “para que alguém tenha *locus standi* em um processo, essa pessoa precisa poder demonstrar que seus direitos e obrigações civis foram infringidos ou correm o risco de sê-lo. Assim, o fato de uma pessoa não ter êxito em uma ação nada tem a ver com a circunstância de ela poder ou não entrar com a ação”.⁴⁵

Nesse ponto, é pertinente observar que com frequência são empregados dois testes para determinar o *locus standi* de uma pessoa: a ação tem de ser justificável e deve haver uma efetiva disputa entre as partes.

Os tribunais também adotaram a posição, a nosso ver correta, de que é melhor permitir que uma parte ingresse com uma ação e seja ouvida do que lhe vedar o acesso aos tribunais.⁴⁶ Isso porque os tribunais nigerianos têm poderes específicos para lidar com litigantes temerários ou demandas frívolas. A justiça não pode ser racionada.⁴⁷ O juiz Fatayi-Williams sublinhou esse aspecto quando, no caso do senador Abraham Adesanya,⁴⁸ declarou:

*[...] Reconheço o fato de a Nigéria ser um país em desenvolvimento, com uma sociedade multiétnica e uma Constituição Federal escrita, onde a boataria é o passatempo nos lugares de comércio e construção. Negar a qualquer membro de tal sociedade que tenha conhecimento, ou acredite ou seja induzido a acreditar que ocorreu uma infração de algum dos dispositivos de nossa Constituição [...], a ter acesso aos tribunais para dar vazão a suas queixas, com uma desculpa superficial (por falta de suficiente interesse) é oferecer uma receita pronta para um sistemático desencantamento com o processo judicial.*⁴⁹

Além disso, é essencial que o demandante, antes de recorrer aos tribunais, possa demonstrar suficiente interesse jurídico pelo objeto da ação. No entanto, os tribunais proferiram várias decisões para definir a expressão “interesse suficiente” e, ao fazer isso, às vezes atuaram, na realidade contra o acesso à justiça. Assim, por exemplo, no processo movido por Irene Thomas contra Timothy Olufosoye,⁵⁰ os autores, membros da Congregação Anglicana da diocese de Lagos, contestaram a nomeação do reverendo Joseph Abiodun Adetiloye para a função de bispo de Lagos e requereram aos tribunais sua anulação.

Em sua petição inicial, os autores não disseram se tinham interesse pelo cargo de bispo da diocese, nem de que modo seus (eventuais) interesses teriam sido afetados pela nomeação do reverendo Abiodun Adetiloye. Alegaram que não estavam interessados em um candidato específico, mas questionavam o

processo de nomeação do reverendo Adetiloye por infringir dispositivos da Constituição da Igreja da Nigéria (Confissão Anglicana).

A Defesa contestou a validade da ação, sustentando que os autores não detinham *locus standi* para instituí-la e a Suprema Corte manteve o entendimento de que os recorrentes não detinham *locus standi* na questão. Em seu voto concordante, o juiz Oputa⁵¹ fez esta importante declaração:

A questão então se coloca – quem, ou qual lei, investiu os Autores do direito legal de defender a Constituição da Igreja Anglicana na Diocese de Lagos, ou o simples fato de os Autores serem membros da Congregação Anglicana na Diocese de Lagos ipso facto, e para citar, mutatis mutandis, as palavras memoráveis de meu ilustre colega Bello, JSC no caso Senador Adesanya vs Presidente da Nigéria (1981) 2 NCLR 358, p. 384, quem lhes confere o direito de “fazer o papel de arquivistas e erigir um santuário para preservar os sagrados dispositivos da Constituição da Congregação Anglicana? O que os torna por acaso sentinelas para afastar todos aqueles que suspeitam serem transgressores potenciais da Constituição da Congregação Anglicana? Quem os alista depois no exército para pegar em armas contra todos aqueles que consideram agressores da Constituição da Congregação Anglicana? Ou será que os Autores estão simplesmente se constituindo em uns ‘enxeridos’, a deambular pela Diocese de Lagos processando e perseguindo todos aqueles que considerarem ofensores constitucionais (no caso, da Constituição da Congregação Anglicana)?”⁵²

O juiz Obaseki também manifestou concordância com o voto acima, declarando: “Este tribunal não faz a lei. Sua função é administrar e interpretar a lei. Tal como a lei hoje se configura, não há espaço para se adotar as modernas concepções de locus standi em voga na Inglaterra e na Austrália. A adoção de tais abordagens na Inglaterra encontra apoio na legislação da própria Inglaterra” (grifo nosso).⁵³

Claro está que tais abordagens conservadoras têm o efeito de limitar o acesso à justiça na Nigéria, pois impedem que um nigeriano, ainda que seja deputado federal, tome qualquer medida judicial contra uma infração à Constituição da Nigéria. Felizmente, em época mais recente, os tribunais começaram a adotar uma abordagem mais liberal da questão do *locus standi*,⁵⁴ mas ainda são encontrados remanescentes desse conservadorismo.⁵⁵

Analfabetismo

Conforme já mencionado, outro obstáculo significativo para a consecução do acesso à justiça na Nigéria é o elevado nível de analfabetismo existente. É uma infelicidade que a estrutura socioeconômica do país tenha tornado impossível o acesso à educação para a grande maioria dos nigerianos, a despeito dos diversos

planos e programas de desenvolvimento lançados pelos sucessivos governos, todos enfatizando a importância da educação.

Esse problema agravou-se com o atual colapso do sistema público de ensino, inclusive das universidades, o que converteu a educação em uma mercadoria exclusiva a ser adquirida e consumida pela burguesia, em instituições privadas.⁵⁶

No entanto, nunca será demais enfatizar o inestimável valor da educação e sua capacidade de fortalecer a cidadania. Ao contrário do analfabeto, uma pessoa com bom nível de escolaridade adapta-se mais facilmente às realidades de uma determinada situação e tem capacidade intelectual para insistir na defesa de seus direitos. A educação confere-lhe, assim, o poder de maximizar as oportunidades e os recursos disponíveis em seu meio.

É preciso insistir no fato de que, se a educação é capaz de liberar o indivíduo da ignorância, da pobreza e da doença, sua ausência tem graves implicações mentais, políticas e econômicas, que impedem, em boa medida, o acesso à justiça na Nigéria. Em nível particular, gera pobreza, submissão e mesmo convivência forçada com agentes da opressão e da marginalização. O resultado de tudo isso é que uma grande maioria de nigerianos vive hoje sem acesso à justiça social, alheia às estruturas políticas e econômicas.⁵⁷

Perspectivas e propostas de reforma

A questão do acesso à justiça na Nigéria é tão fundamental para a promoção e a proteção dos direitos humanos que se torna necessário avaliar suas perspectivas à luz das deficiências e inadequações ressaltadas acima.

Não resta dúvida de que o atual governo deseja incentivar a promoção e a proteção dos direitos humanos no país, em consonância com as normas democráticas. Exortações⁵⁸ enfatizando essa preocupação só ganham significado se forem empreendidos esforços consistentes para direcionar a discussão de acordo com as linhas de ação a seguir.

Reforma judiciária

A reforma do processo judicial impõe-se no país, em consonância com a preocupação global referente à proteção dos direitos humanos. Isso se faz necessário porque o papel do Poder Judiciário é central no processo de garantir às pessoas o acesso à justiça. Sugere-se que o ponto de partida para tal reforma seja uma revisão das normas judiciais relevantes que inibem o acesso à justiça. Nesse sentido, será preciso rever os procedimentos abusivos e as normas do Tribunal Superior Federal que impedem uma grande parcela de cidadãos do delta do Níger de reivindicar seus direitos ambientais, tendo

em vista as custas iniciais exorbitantes, promovendo a redução dos emolumentos. Com certeza essa medida irá gerar uma sensível redução das agitações e das crises que hoje afligem a região, pois melhorará o acesso aos tribunais e facultará às pessoas prejudicadas a oportunidade de apresentar seus pontos de vista e suas demandas em uma instância judiciária.

Tal como o juiz Fatayi-Williams declarou no caso do senador Abraham Adesanya, é melhor as pessoas terem acesso aos tribunais do que agirem com base em boatos sobre as atividades governamentais. É aí que entra o ativismo do judiciário, pois os tribunais atuarão como efetivos instrumentos de demandas e reivindicações de direitos. É gratificante conhecer a recente declaração do Secretário da Justiça da Federação a respeito da decisão do governo federal de incentivar e apoiar a revisão das Normas do Tribunal. De acordo com ele, os objetivos de tal revisão incluem:⁵⁹

- *reduzir o custo processual do litígio e ampliar o acesso à justiça;*
- *reduzir os atrasos, assegurando que as decisões sejam proferidas de forma rápida;*
- *assegurar oportunidades iguais às partes, independentemente de suas posses, para sustentar ou defender seus direitos;*
- *tornar o sistema judiciário compreensível para seus usuários.*

É preciso também empreender esforços deliberados para reduzir a persistente demora em se obter justiça no país. Uma situação em que um simples processo de demissão irregular de um funcionário pode levar de três a cinco anos para ter uma decisão final desmoraliza o sistema jurídico e zomba do compromisso do governo de assegurar um crescente acesso à justiça para a ampla maioria dos nigerianos.

Mecanismos alternativos de resolução de contendas

De modo ainda mais significativo, é indispensável que sejam feitos esforços para aumentar o conhecimento e o recurso efetivo à arbitragem ou a outros métodos alternativos de resolução de contendas no país. Além de serem mais produtivos, tais mecanismos espelham melhor os métodos tradicionais de resolução de contendas que tão bem atenderam às sociedades africanas antes da imposição do sistema de adjudicação inglês.⁶⁰ Felizmente, observa-se uma tendência crescente de formalizar e popularizar o uso desses mecanismos como alternativas viáveis à solução judiciária de contendas na Nigéria.⁶¹

É indiscutível que o recurso a esse mecanismo, aliado a uma melhoria nas condições socioeconômicas e políticas das massas, representarão avanços no sentido de assegurar a ampliação do acesso à justiça para a maioria dos nigerianos.

Reforço do Programa de Assistência Jurídica

Uma instituição importante que pode ser mobilizada para melhorar o acesso à justiça no país é o Programa de Assistência Jurídica, que foi instituído para prover assistência a nigerianos indigentes e impossibilitados de contratar os serviços de profissionais particulares para defender seus direitos.⁶²

Embora o programa não tenha obtido um impacto significativo em sua empreitada ao longo dos anos, em parte devido a problemas de ordem estrutural e operacional,⁶³ sugere-se que se torne mais proativo para atender aos anseios e às aspirações dos nigerianos, possibilitando maior acesso à justiça. Isso acarretará, sem dúvida, uma ampliação do escopo de suas operações, em termos de aumentar o nível e a categoria dos potenciais beneficiários do programa e a cobertura de assuntos, associando uma prática incisiva de esclarecimento da população. Isto porque, esquemas similares se mostraram extremamente bem-sucedidos como instrumento de intensificação do acesso à justiça em países como a Índia.

Conclusão

Procuramos neste artigo demonstrar o vínculo entre o acesso à justiça e a busca pela promoção e pela proteção dos direitos humanos na Nigéria. Apresentamos também vários obstáculos fundamentais que impedem a consecução dessa meta, altamente desejável, de maior acesso à justiça. Alguns desses obstáculos são de natureza substantiva, enquanto outros são processuais. Salientamos ainda que alguns dos dispositivos constitucionais previstos para assegurar a proteção dos direitos humanos acabaram tendo o efeito involuntário de gerar atrasos indevidos e, por conseguinte, conspirar contra o acesso à justiça.

Subentende-se assim que é preciso encontrar um equilíbrio sutil e benéfico entre o desejo de maximizar a proteção aos direitos humanos e o imperativo de assegurar um acesso mais amplo à justiça na Nigéria.

Assim, o direito de uma pessoa acusada dispor de tempo e condições adequadas para preparar sua defesa não precisa resultar em atrasos injustificáveis na prestação da justiça, que tem sido definida como um tráfego em três vias: a do demandante, a do acusado e a da sociedade em geral.⁶⁴ Isso requer programas bem pensados, que levem em conta esses fatores e considerações para melhorar a obtenção de justiça.

Somente quando abordarmos a questão nessa vertente é que a preocupação dominante com a melhoria no acesso à justiça na Nigéria poderá ser atendida, de forma a assegurar aos direitos humanos fundamentais seu lugar apropriado na ordem das coisas.

NOTAS

1. Incluindo, entre outras, a Conferência Constitucional de Londres e a Conferência de Lagos, que levaram à adoção de diversas constituições para o país: a Constituição Clifford (1922), a Constituição Richards (1946), a Constituição Macpherson (1951) e a Constituição Lyttleton (1954). Ver S. T. Hon, *Constitutional Law and Jurisprudence in Nigeria* (Port Harcourt, Nigéria: Pearl Publishers, 2004), pp. 4-8.
2. A Primeira República vai de 1960 a 1966; a Segunda, de 1/10/1979 a 31/12/1983. Esses dois períodos de regime civil foram encerrados por golpes militares.
3. O atual governo civil assumiu o poder em 29/5/1999, após cerca de 15 anos de sucessivos regimes militares, famosos por brutais violações dos direitos humanos. Ver S. Tolofari, *Exploitation and Instability in Nigeria, The Orkar Coup in Perspective* (Lagos: Press Alliance Network, 2004). Esse governo criou a Conferência Nacional para as Reformas Políticas, para controlar a crescente agitação promovida por distintos grupos em diversas regiões do país.
4. Instituída em 1957, fez recomendações de longo alcance para reparar injustiças impostas aos grupos minoritários. Infelizmente, tais recomendações não chegaram a ser implementadas pelo governo antes do golpe militar de 1966.
5. Criada pelo atual governo em 7/6/1999, e chefiada pelo ex-presidente da Corte Suprema nigeriana, Chukwudifu Oputa, teve entre seus objetivos verificar e definir as causas, a natureza e a extensão das violações ou dos abusos dos direitos humanos, identificar pessoas, autoridades, instituições ou organizações responsáveis por tais violações e abusos, além de fazer as recomendações apropriadas.
6. Conforme definido no mandato da Comissão.
7. A Comissão Oputa visitou diversas regiões do país e colheu provas de inúmeras vítimas de abusos contra os direitos humanos, às vezes com dramáticas demonstrações públicas. Infelizmente, seu trabalho foi dificultado por questionamentos judiciais e, por fim, suas recomendações não puderam ser publicadas. Ver Brigadier General A. K. Togun (Rtd.) vs Hon. Justice Chukwudifu Oputa (Rtd.) and 3 Others (2001) 16 NWLR [*Nigerian Weekly Law Reports*] pt. 740, p. 577; e Chief Gani Fawhinmi and 2 Others vs General Ibrahim Babangida (Rtd.) and 2 Others (2003) 3 NWLR pt. 808, p. 604.
8. Ver C. A. Oputa, *In the Eyes of the Law* (Friends Law Publishers, 1992), p. 50.
9. Ver M. I. Gwangudi, "Problems Militating against Women's Access to Justice in Nigeria" (*University of Maiduguri Law Journal* n. 5, 2002), pp. 13-14.
10. Ver G. Akinrinmade & O. Oloyide, "The Best Models for Good Governance in Africa", in D. A. Guobadia & E. Azinge (eds.), *Globalisation, National Development and the Law*, Anais da 40ª Conferência Anual da Nigerian Association of Law Teachers (NIALS), 2005, p. 51.
11. Ver R. W. M. Dias, *Jurisprudence* (4. ed., Butterworths, 1976), p. 67.
12. Nas palavras de C. Oputa (op. cit, p. 12). "É uma verdadeira calamidade termos um magistrado corrupto, pois o dinheiro – oferecido e recebido – corrompe e polui não apenas os canais da justiça mas seu próprio fluxo. Honestidade e retidão judicial constituem, pois, os requisitos mínimos para o exercício da magistratura".

13. C. Ake, "The African Context of Human Rights", documento apresentado na International Conference on Human Rights in the African Context, realizada em Port Harcourt, 9 a 11 de junho de 1987, citado em T. Aguinola Aguda, *Human Rights and the Right to Development in Africa* (Lagos: Nigerian Institute of International Affairs, 1989), p. 26.

14. Ver também J. N. Aduba, "Human Rights and Social Justice in Nigeria: Issues, Dilemma and Options", in A. U. Kalu & Y. Osinbajo (eds.), *Perspectives on Human Rights* (Nigerian Federal Ministry of Justice, 1992), pp. 229-231.

15. Ver T. A. Aguda, *The Crisis of Justice* (Akure, Nigéria: Eresu Hills Publishers, 1986), pp. 31-33.

16. O autor deste artigo trabalha no momento em um caso iniciado em 1984, referente à herança de um imóvel, que continua pendente no Tribunal de Justiça de Okehi, no estado de Rivers, na Nigéria, essencialmente como consequência da aplicação do princípio *de novo* no julgamento. Cada vez que o processo chega a certo nível, é nomeado um novo magistrado para a vara em questão, e o processo tem de ser reiniciado. Tem sido este o destino do processo em questão, com alto custo financeiro para as partes em litígio.

17. Ver os exemplos dados por Akinnola Aguda, 1986, op. cit., pp. 15-16.

18. Este dispositivo foi objeto de interpretação e aplicação judiciais em vários casos. Ver, por exemplo: Ifeanyi Nwankwu and Another vs Oraegbunam Anieto, Esq. (2002) 2 NWLR pt. 752, p. 729; Governor of Ekiti State and 4 Others vs Prince James A. Osayomi and 2 Others (2005) 2 NWLR 67, pp.71-72.

19. Caso Gozie Okeke vs The State (2003) 15 NWLR pt. 842, p. 25.

20. Id., pp. 84-85.

21. Id., p. 85.

22. Conforme previsto no Artigo 36.4 da Constituição. Ver adiante uma discussão sobre o sentido dessa expressão.

23. A Suprema Corte reafirmou esse princípio no recente caso Alsthom S.A. vs Doutor Olusola Saraki (2005) 3 NWLR pt. 911, p. 208, *ratios* 3, 4 e 5. Ver também Fred Chiedozi vs Dayo Omosawan and 2 Others (1999) 1 NWRL pt. 586, p. 317.

24. Caso Governor of Ekiti State and 4 Others vs Prince James A. Osayomi and 2 Others (2005) 2 NWLR pt. 909, p. 67.

25. Id., p. 90. O juiz Adolphus Karibi-Whyte muito habilmente justificou a decisão: "O aforismo de que justiça adiada é justiça negada é tão preciso quanto o dito de que justiça apressada provoca inevitáveis injustiças. A imperfeição da memória humana ao recordar os eventos, em identificar os principais participantes e avaliar as impressões após longo tempo representa em si um risco tão grande quanto a impressão resultante de um evento muito próximo que leve ao exagero, e quando uma identificação errônea é assumida, irrefletidamente, como correspondendo à verdade. Assim, nem o adiamento imoderado nem o processamento acelerado da justiça asseguram a administração correta da justiça". Ver A. G. Karibi-Whyte, "An Examination of the Criminal Justice System", in Y. Osinbajo & A. U. Kalu (eds.), *Law Development and Administration in Nigeria* (Federal Ministry of Justice, 1990), pp. 55-77.

26. Ver *Adebayo Ogundoyin and 2 Others vs David Adeyemi* (2001) 13 NWLR pt. 730, p. 403.
27. Ver J. F. Fekumo, "The Problem of Jurisdiction in Compensation for Environmental Pollution and Degradation in Nigeria: A Fundamental Rights Enforcement Alternative", comunicação apresentada à Conferência Anual da Ordem dos Advogados da Nigéria, realizada em Abuja, de 22 a 27 de agosto de 2004, p. 26.
28. Portaria 53 (1) e Anexo 2 do Tribunal Superior Federal (Normas do Processo Civil), 2000.
29. Esse dispositivo abre um amplo caminho para proteger e salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.
30. Isso porque "o direito a ter um advogado encontra-se na raiz do julgamento imparcial e é sua fundamentação necessária". Des. Per Ogwuegbu, em *Solomon Ogboh and Another vs. The Federal Republic of Nigeria* (2002) 10 NSCQLR pt. 1 pp. 498-509.
31. Trata-se da única maneira de dar pleno sentido ao dispositivo que assegura uma audiência equitativa.
32. Ver N. S. Okogbule, "The Nigerian Factor and the Criminal Justice System" (*University of Benin Law Journal* n. 7, 2004), p. 165.
33. Instituída pelo presidente da Suprema Corte da Nigéria, atendendo ao disposto no Artigo 42.3 da Constituição de 1979, essa regra entrou em vigor em 1º de janeiro de 1980.
34. (1986) 1 NWLR pt. 17, p.471.
35. *Id.*, p. 478.
36. De acordo com as regras 2 e 3 das Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979. Para uma avaliação das Normas, ver M. O. Unegbu, *Enforcement of Fundamental Rights in Nigeria, Notes, Cases and Precedents* (Deeplaw Professional Publishers, 1997).
37. (1989) 4 NWLR pt. 116, p.387.
38. *Id.*, p. 419.
39. *Id.*, *ibid.*
40. Ver *Borno Radio Television Corporation vs Basil Egbuonu* (1991) 2 NWLR pt. 171, p.81; *Federal Republic of Nigeria and Another vs Lord Chief Udensi Ifegwu* (2003) 15 NWLR pt. 842, p. 113.
41. *Alhaji Umaru Tukur vs The Governor of Taraba State and 2 Others* (1997) 6 NWLR pt. 510, p.549. A decisão anterior da Suprema Corte sobre outro aspecto do caso vem relatada em (1989) 4 NWLR pt. 117, p. 517.
42. Esse caso tem um histórico conturbado. Ele começou no Tribunal Superior Federal, nos termos das Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979, e a Suprema Corte acabou sustentando que o Tribunal Superior Federal não tinha jurisdição sobre a matéria, pois esta dizia respeito fundamentalmente à questão da chefia. Outra ação foi então instituída no Tribunal de Justiça de Yola, onde a Suprema Corte sustentou que, para uma ação ser iniciada com base nas Normas dos Direitos Fundamentais (Procedimento para Efetivação) de 1979, a questão

principal teria de ser o cumprimento de um direito reconhecível; e que esse processo deveria ter sido iniciado com um mandado de citação.

43. Com efeito, qualquer profissão merecedora do nome deve estar fundamentada em normas técnicas, preceitos e expressões, e o direito não é uma exceção.

44. Ver *Alhaji Adetoro Lawal vs Bello Salami and Other* (2002) 2 NWLR pt. 752, p. 687; *Babatunde Adenuga and 5 Others vs J. K. Odumeru and 7 Others* (2003) 8 NWLR pt. 821, p.163; *Attorney-General of Akwa Ibom State and Another vs I. G. Essien* (2004) 7 NWLR pt. 872, p. 288.

45. *Attorney-General of Akwa Ibom State and Another vs I. G. Essien*, acima.

46. A justificativa dessa norma consiste em promover o respeito pelo Estado de Direito. Ver *Senator Abraham Adesanya vs President of the Federal Republic of Nigeria* (1981) 2 NCLR 358.

47. A justiça tem de ser acessível a todos, independente do status socioeconômico do indivíduo. Ver, porém, J. N. Aduba, "The Impact of Poverty on the Realisation of Fundamental Human Rights in Nigeria", in Y. Osinbajo & A. Kalu (eds.), *Democracy and the Law* (Federal Ministry of Justice, 1991), p. 200, a respeito da incapacidade de os pobres exigirem o cumprimento de seus direitos fundamentais.

48. *Id.*, *ibid.*, no caso *Senator Abraham Adesanya vs President of the Federal Republic of Nigeria*.

49. *Id.*, p. 131.

50. *Caso Chief Irene Thomas and 5 Others vs Timothy Olufosoye* (1985) NWLR pt. 18, p. 669.

51. Parafrazeando o parecer de Bello, então juiz da Suprema Corte, no processo do senador Adesanya contra o presidente da Nigéria, acima, nota 45.

52. A atual aceitação da abordagem liberal na interpretação dos dispositivos constitucionais deveria necessariamente conduzir à aceitação do *locus standi* sempre que o processo contestar infrações constitucionais.

53. *Id.* nota 50, p. 686. Ver ainda: A. Guobadia, "Constitutional Adjudication: *Locus Standi* Recent Trends in Nigerian Courts", in *The Nigerian Juridical Review*, v. 3, 1978-1988, pp. 37-53; S. T. Hon, *op. cit.*, nota 1, pp. 409-410; I. E. Sagay, *A Legacy for Posterity: The Work of the Supreme Court (1980-1988)* (Nigerian Law Publications, 1988), pp. 263-274.

54. Ver o caso *J. K. Owodunni vs Registered Trustees of Celestial Church of Christ and 3 Others* (2000) 79 LRCN, p. 2406.

55. Tal como na decisão do caso *Babatunde Adenuga*, acima, nota 44.

56. Ver A. G. Shettima, "Socio-Economic Obstacles to the Realisation of a Just Society: The Nigerian Experience", in Y. Osinbajo et al. (eds.), *Human Rights, Democracy and Development in Nigeria* (Lagos: Legal Research and Resource Development Centre, 1999), pp. 100-104.

57. Ver T. A. Aguda, 1989, *op. cit.* (nota 12), pp. 29-30.

58. As declarações que frisam o compromisso do governo em manter o Estado de Direito e o respeito pelos direitos humanos – em particular por ocasião de conferências, sessões solenes de homenagem a magistrados que se aposentam e na abertura do ano judiciário – já se tornaram lugar-comum nos pronunciamentos de representantes do governo.

59. Ver A. Olujinmi, *Agenda for Reforming the Justice Sector in Nigeria* (Federal Ministry of Justice, 2004), p. 6. É significativo que esses objetivos estejam em consonância com nossas sugestões no presente artigo, e espera-se que venham a se traduzir em uma implementação efetiva em futuro não muito distante.

60. Ver A. O. Obilade, "The Relevance of Customary Law to Modern Nigerian Society", in Y. Osinbajo & A. U. Kalu (eds.), *Towards a Restatement of Nigerian Customary Laws* (Lagos: Federal Ministry of Justice, 1991), pp. 1-4; A. A. O. Okunniga, *Transplants and Mongrels and the Law: The Nigerian Experiment* (Inaugural Lecture Series 62, University of Ife Press, 1983), pp. 20-21.

61. As vantagens desses mecanismos são ressaltadas em A. I. Chukwuemerie, *Studies and Materials in International Commercial Arbitration* (Port Harcourt, Nigéria: Lawhouse Books, 2002), pp. 1-31. Ver também G. C. Nwakoby, "Exploring Arbitration: A Commentary" (*Modern Practice Journal of Finance and Investment Law*, jan.-abr. 2004, v. 8, n. 1-2, p. 1), pp. 8-16. Sobre o Forum Multi-Portas de Lagos, ver K. Aina, "The Lagos Multi-Door Courthouse and the Judge: A New Beginning" (*Modern Practice Journal of Finance and Investment Law*, jul.-out. 2004, v. 8, n. 3-4, p. 340).

62. Ver o preâmbulo ao Cap. 206, Leis da Federação da Nigéria, 1990.

63. Tais problemas incluem orçamentos insuficientes, falta de pessoal e escopo limitado de suas operações. Ver I. O. Omoruyi & O. Enabulele, "The Effectiveness of the Legal Aid as a Means of Access to Justice in Nigeria" (*Benin Journal of Public Law*, v. 2, n. 1, 2004), pp. 144-146.

64. Ver *Ogbotu vs The State* (1987) 2 NWLR pt. 54, p. 20.

MARÍA JOSÉ GUEMBE

Advogada e mestre em Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Universidade de Notre Dame, Indiana, Estados Unidos, foi diretora do Programa Memória e Luta contra a Impunidade, do Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), sediado na Argentina. Trabalha atualmente na Representação Especial para os Direitos Humanos no Exterior, do Ministério das Relações Exteriores da Argentina.

RESUMO

Recentemente, a Corte Suprema da Argentina decidiu declarar inválidas as leis de anistia que beneficiavam os militares envolvidos em graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar. As leis de Ponto Final e de Obediência Devida deixaram sem punição a grande maioria dos militares implicados em crimes contra a humanidade. A decisão judicial de reverter o quadro de impunidade e garantir os direitos das vítimas à verdade e à justiça tem grande importância política, pois permite a reabertura de processos por tortura, desaparecimentos forçados e assassinatos, até então considerados encerrados. Essa decisão é parte de um longo processo vivido pela sociedade argentina para enfrentar o legado de seu passado recente. Este artigo comenta os pontos principais dessa histórica decisão judicial e revê os acontecimentos que a precederam e que de alguma forma a tornaram possível. [Artigo original em espanhol.]

PALAVRAS-CHAVE

Ditadura militar – Processos pela verdade – Tortura – Corte Suprema da Argentina

REABERTURA DOS PROCESSOS PELOS CRIMES DA DITADURA MILITAR ARGENTINA

María José Gumbre

Em 14 de junho de 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação (CSJN) da Argentina declarou a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final (23.492) e de Obediência Devida (23.521), que impediam a punição dos crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado entre 1975 e 1983. Essa decisão judicial é o corolário de um processo de luta de quase três décadas contra a impunidade, levado a cabo pelo movimento dos direitos humanos.

O objetivo das leis de Ponto Final e de Obediência Devida foi anistiar os oficiais em postos de níveis médio e baixo na hierarquia militar. O argumento apresentado à opinião pública ao serem sancionadas as leis apresentou tal medida como necessária para preservar a paz social. Quando a Corte Suprema teve de analisar a validade das duas leis, julgou que resultavam de uma ponderação dos interesses em jogo, exclusiva do poder político, e que, como tal, deveriam ser acatadas pelo Poder Judiciário.

Essa foi a decisão da Corte no ano de 1987. Na época, o tribunal opinou que o Poder Judiciário não deveria avaliar a conveniência ou a eficácia dos meios adotados pelo Poder Legislativo para atingir seus propósitos, exceto quando violassem os direitos individuais básicos ou fossem irracionais em relação aos fins que buscavam atingir.¹ Houve magistrados que, ao questionar as características da lei de Obediência Devida, concluíram, inclusive, que o Congresso tinha competência para ditar aquela norma.² Na ocasião, a decisão da Corte contou com apenas uma opinião dissidente.

1. CSJN, decisão de 22 jun. 1987, voto dos juízes Caballero e Belluscio.

2. O juiz Petracchi afirmou que a obediência a ordens não justifica nem desculpa conduta alguma, e que uma presunção irreversível de que os militares de níveis hierárquicos inferiores haviam agido em obediência a ordens violava o princípio de separação dos poderes do Estado, ao obrigar os juízes a não levar em conta os dados empíricos objetivos. No entanto, entendeu que a lei deveria ser considerada como uma anistia que se enquadrava nas responsabilidades do Congresso.

Nos anos seguintes, uma importante evolução no direito nacional e internacional obrigou os juízes a reavaliar suas posições. Essa revisão judicial foi levada a cabo de maneira gradativa, em distintos casos de violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura militar.

Os limites das decisões políticas nos casos de violações graves aos direitos humanos

A incorporação dos tratados de direitos humanos à Constituição Nacional argentina, em 1994, foi determinante para que as decisões políticas ofensivas aos direitos das vítimas de graves violações aos direitos humanos não fossem mais toleradas. Ao adotar esses tratados e outorgar-lhes hierarquia constitucional, o Estado assumiu obrigações especiais de caráter internacional.

É extensa a literatura sobre as obrigações que se impõem aos Estados-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em casos de graves violações aos direitos humanos. Ambos os tratados estabelecem o dever de respeitar e garantir os direitos neles reconhecidos para todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição (Artigos 1.1 e 2.1, respectivamente).

O fundamental em relação ao assunto que nos ocupa é a interpretação dada a essas normas. Estabeleceu-se que, como parte dessa obrigação geral, diante de violações graves ou sistemáticas surgem obrigações específicas que consistem em investigar os fatos, punir os responsáveis, indenizar as vítimas e realizar reformas institucionais que impeçam a repetição das atrocidades. Ao longo dos anos, essa interpretação tem sido sustentada pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos e também pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.

A Corte Suprema argentina, por sua vez, afirmou que a jurisprudência emanada dos organismos encarregados de interpretar os tratados constitui um paradigma indispensável para a interpretação dos deveres e obrigações que deles derivam.³ Dessa forma, as obrigações de hierarquia constitucional assumidas diante da comunidade internacional, cujo alcance foi definido ao longo do tempo, limitam o poder do direito interno de perdoar ou omitir a punição dos fatos que constituem graves violações aos direitos humanos. A Corte assinala:

3. Giroidi, Horacio David y Otro s/ recurso de casación. CSJN, sentença de 7 abr. 1995. In: *Jurisprudencia argentina*, vol. III, 1995.

Ainda que [...] a Constituição Nacional mantenha a autoridade do Poder Legislativo para decretar anistias gerais, tal faculdade sofreu importantes limitações quanto a seu alcance. Em princípio, as leis de anistia foram utilizadas historicamente como instrumentos de pacificação social, com a finalidade declarada de resolver os conflitos remanescentes de lutas civis armadas logo após seu término. Em um sentido análogo, as leis 23.492 e 23.521 tentaram deixar para trás os enfrentamentos entre “civis e militares”. No entanto, na medida em que, como toda anistia, elas tendem ao “esquecimento” das graves violações aos direitos humanos, elas se opõem aos dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e resultam, portanto, intoleráveis constitucionalmente.⁴

Mais adiante voltaremos a tratar dessa decisão da Corte Suprema argentina, depois de repassarmos outros fatos nacionais ou internacionais que abonaram a decisão dos juízes sobre as anistias.

Reação dos juízes às mudanças na esfera internacional

O caso Velásquez Rodríguez,⁵ no qual a Corte Interamericana deixou estabelecida a obrigação dos Estados de prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, e o Informe 28/92, em que a Comissão Interamericana estabeleceu que o Estado argentino violara a Convenção Americana ao sancionar as leis de anistia, serviram de base para os juízes reconhecerem o direito à verdade e abrirem processos para garanti-lo. Isso ocorreu em 1995; no entanto, ainda seria necessária uma evolução do pensamento jurídico, e de sua prática, para rever a validade das anistias.

A partir do reconhecimento dos juízes de sua obrigação de investigar – contrapartida do direito à verdade –, foram abertos “processos pela verdade” por todo o país. A Corte Suprema de Justiça da Nação reconheceu esse direito, não sem discussão, em 1998. Em um primeiro momento, promulgou uma sentença estabelecendo o direito à verdade, mas negou a abertura de processos penais como caminho para torná-lo efetivo, tal como reivindicavam os familiares das vítimas. Em vez disso, determinou que o direito deveria se fazer valer pela via do processo de hábeas-data, que garante, segundo a legislação argentina, a obtenção de informações pessoais armazenadas em bancos de dados

4. CSJN, Simón, Julio Héctor y Otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa n. 17.768, decisão de 14 jun. 2005, parágrafo 16.

5. Corte IDH, sentença de 29 jul. 1988, série C, n. 4.

públicos ou privados.⁶ Mas apenas alguns juízes seguiram a jurisprudência do supremo tribunal, enquanto a imensa maioria dos casos continuou a tramitar nos juizados penais.

Os processos pela verdade levaram os militares novamente aos tribunais e possibilitaram a abertura de investigações a respeito do ocorrido com cada uma das vítimas do terrorismo de Estado. Esses julgamentos permitiram manter ativo o Poder Judiciário no que se refere aos atos da ditadura que haviam sido anistiados.

Enquanto isso ocorria em âmbito nacional, a posição da comunidade internacional em relação à impunidade nos casos de graves violações aos direitos humanos começava a mudar. Os Estados passaram a tolerar cada vez menos soluções em que os direitos das vítimas eram totalmente desprezados.

Em 1995 começaram os preparativos para elaborar um tratado que concretizasse a vontade de classificar os crimes de direito internacional e criar um Tribunal Penal Internacional permanente para julgá-los. Esse desejo se concretizou em 1998, ano em que Augusto Pinochet foi detido em Londres.

Em 1996, a Espanha iniciou uma investigação sobre os fatos ocorridos na Argentina durante a ditadura militar, aplicando o princípio de jurisdição universal. O mesmo juiz que enfrentou judicialmente os militares argentinos, obteve a detenção de Pinochet em Londres, para que fosse julgado em Madri. Essa decisão despertou o clamor universal por justiça e, embora não tenha se concretizado a extradição para a Espanha, ficou claro que os crimes pelos quais Pinochet era acusado deveriam ser julgados.

A justiça espanhola, tal como juízes da França, da Itália e da Alemanha, começou a solicitar a extradição de militares argentinos para serem julgados no exterior, submetendo as autoridades argentinas a forte pressão. Desse modo, as mudanças na esfera internacional promoveram mudanças dentro do país.

Em 1998, um grupo de deputados apresentou um projeto de lei requerendo a anulação das leis de Ponto Final e de Obediência Devida, e o Congresso Nacional acabou decidindo revogá-las.⁷ A iniciativa gerou intenso debate sobre a possibilidade da anulação e os efeitos de tal medida, bem

6. Essa jurisprudência foi definida por dois casos sucessivos. No primeiro, o caso Lapacó, ficou determinado que a via para fazer valer o direito à verdade não eram os processos penais. O segundo, o caso Urteaga, estabeleceu como via válida o recurso de hábeas-data. Em virtude da primeira sentença mencionada, foi feita uma apresentação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que se chegou a um acordo de solução amistosa, pelo qual o Estado argentino se comprometia a reconhecer o direito à verdade por meio de uma lei e a definir um procedimento adequado para sua garantia efetiva.

7. A revogação foi determinada pela Lei 24.952, publicada no *Boletín Oficial* de 17 abr. 1998.

como sobre os motivos que, no passado, teriam levado a sua criação. As vozes mais conservadoras alertaram para os efeitos institucionais da anulação legislativa e para a necessidade de preservar a segurança jurídica. Do lado oposto se proclamou a obrigação de investigar, processar e punir, justificando a anulação das leis com base no direito internacional dos direitos humanos. O debate culminou em uma resolução intermediária, que não satisfiz às vítimas. A revogação não alterava os efeitos das decisões tomadas durante a vigência das leis, mas apenas daquelas que fossem tomadas dali em diante. Rapidamente, os setores conservadores da opinião pública tranquilizaram os militares, esclarecendo que a decisão era apenas simbólica e que não teria conseqüências de fato. Em parte, essa afirmação era correta. Mas a revogação também podia ser interpretada como um sinal, uma luz verde para que os juízes avançassem no caminho em busca da justiça, que lentamente tinham começado a percorrer.⁸

Sem se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e de Obediência Devida, os juízes argentinos começaram a revisar algumas questões que impediam o avanço do julgamento de fatos não abarcados pelas leis de impunidade. Era o caso do delito de apropriação de crianças, filhos de desaparecidos, e a mudança de suas identidades. O primeiro passo nesse sentido foi o reconhecimento de que os delitos cometidos pelos militares durante a ditadura constituíam crimes contra a humanidade e, por isso, apresentavam características distintas dos delitos compreendidos no Código Penal argentino. Esse reconhecimento repercutiu em questões como a prescrição da ação penal. Em relação a esse ponto, uma das primeiras decisões sobre a questão explicava:

A evolução do direito [...], que ocorre particularmente com o direito internacional, implicou uma sensível modificação do panorama jurídico com base no qual se deve decidir o caso presente. Isso porque, de acordo com o direito internacional público, os fatos imputados, além de ostentarem por si sós o caráter de permanentes, pelo tempo em que forem ignorados tanto a sorte como o paradeiro da pessoa desaparecida, resultam imprescritíveis por se tratarem de delitos contra a humanidade, qualquer que seja a data de sua consumação. [...] O desaparecimento forçado de pessoas, em cuja definição se inscrevem os fatos aqui investigados, constitui um crime contra a humanidade, como tal imprescritível, e essa característica se impõe sobre todas as normas internas que possam estar contidas em disposições contrárias, independentemente da data de sua consumação.⁹

8. Anos depois, o Congresso daria um passo a mais e decidiria pela anulação das leis.

9. CFCyC (Cámara Federal en lo Criminal y Correccional), Videla, s/ excepción de prescripción.

Em data posterior, a Corte Suprema de Justiça da Nação ratificou a imprescritibilidade da ação penal em casos de crimes contra a humanidade. E o fez também em um caso não abarcado pelas leis de impunidade: o assassinato, em Buenos Aires, do general Prats (ex-chefe do Exército chileno) e de sua esposa por membros da DINA, serviço secreto do governo de Augusto Pinochet.¹⁰

Questionou-se o fato de a Argentina ter ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade muito depois da ocorrência dos fatos que estavam sendo investigados no processo. Para superar esse obstáculo, a Corte Suprema expressou que a dita Convenção apenas confirmava a imprescritibilidade, já reconhecida como norma de *ius cogens*.

Desse modo, não se viola a proibição de irretroatividade da lei penal, mas se reafirma um princípio estabelecido pelo costume internacional vigente ao tempo da consumação dos fatos. [...] Sob essa perspectiva, assim como é possível afirmar que o costume internacional já considerava imprescritíveis os crimes contra a humanidade anteriormente à Convenção, também esse costume era matéria comum do direito internacional anteriormente à incorporação da Convenção ao direito interno.¹¹

Em consequência, a Corte decidiu:

[...] os fatos pelos quais se condenou Arancibia Clavel já eram imprescritíveis para o direito internacional no momento em que foram cometidos, de forma que não se dá uma aplicação retroativa da Convenção, pois essa era a regra ditada pelo costume internacional, vigente desde a década de 60, à qual o Estado argentino aderira. [...] As regras de prescrição da ação penal previstas no ordenamento jurídico interno ficam deslocadas pelo direito internacional consuetudinário e pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.¹²

Ficou assim resolvida a questão da prescrição dos crimes, um dos obstáculos

10. O general Carlos Prats, ex-comandante-em-chefe do Exército durante o governo de Salvador Allende, foi assassinado na Argentina em setembro de 1974. O assassinato foi cometido por membros da DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) chilena que haviam sido enviados a Buenos Aires, sem dúvida com a colaboração argentina.

11. CSJN, Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. Causa n. 259, resolução de 24 ago. 2004, parágrafos 28 e 29.

12. Id., *ibid.*, parágrafo 36.

mais sérios para a punição dos militares. A Corte voltaria a analisar o tema ao discutir a inconstitucionalidade das leis de impunidade.

A inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e de Obediência Devida

A primeira decisão a respeito da compatibilidade das leis de impunidade com a Constituição e com os tratados de direitos humanos foi proferida em 2001. Como mencionado anteriormente, no momento de sancionar as leis a Corte Suprema as havia convalidado. Contudo, a questão voltou aos tribunais mais de dez anos depois, em razão de mudanças no direito interno e internacional que tornaram necessário alterar a decisão sobre a validade das leis.

Em março de 2001, um juiz declarou pela primeira vez a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e de Obediência Devida.¹³ A base dessa decisão foi o reconhecimento de que os delitos constituem crimes contra a humanidade – por terem sido cometidos no marco do plano sistemático de repressão levado a cabo pelo governo de fato, e em razão de sua gravidade. “Essa circunstância impõe que devam ser julgados, incorporando a sua análise jurídica as regras do direito das pessoas, às quais nosso país se vincula, e que fazem parte do ordenamento jurídico interno”, afirmou o juiz. As leis de impunidade “[...] se opõem aos princípios jurídicos reconhecidos universalmente há séculos e afetam gravemente o sistema de valores em que se apóia nosso sistema jurídico. A contradição dessas leis com a mencionada normativa faz com que, como se verá oportunamente, devam ser declaradas inválidas”.¹⁴

O juiz reconheceu que as leis se opõem às disposições presentes em tratados internacionais, dos quais a Argentina é parte, que obrigam a investigar, processar e punir as graves violações aos direitos humanos. A obrigação de respeitar e garantir os direitos protegidos pela Convenção e pelo Pacto, assim como o dever de adotar medidas na ordem interna que tornem efetivas as disposições neles contidas, implicam para a Argentina uma obrigação que cabe a todos os poderes, incluindo o Poder Judiciário. No cumprimento dessa obrigação, o juiz avaliou a contradição normativa entre as leis 23.492 e 23.521 e os tratados citados.

13. Gabriel Cavallo, então encarregado do Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n. 4 de la Capital Federal. Causa n. 8.686/2000, Simón, Julio y Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años.

14. Id.

Com relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o juiz afirmou:

Como ficou demonstrado, a possibilidade de os afetados terem acesso à justiça, para que se investiguem delitos cometidos por integrantes das Forças Armadas ou de segurança do Estado, se encontra pulverizada pelas disposições das leis 23.492 e 23.521. Nesse sentido, suprime-se a possibilidade de que um tribunal independente e imparcial tenha competência sobre um caso de violação de direitos humanos, o que converte as ditas leis em ilícitos para o direito derivado da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [...] Em consequência, a promulgação e a vigência das leis 23.492 e 23.521, uma vez que impedem de levar adiante as investigações necessárias para identificar os autores e partícipes das violações aos direitos humanos perpetradas durante o governo de fato (1976-1983) e de aplicar-lhes as sanções penais correspondentes, violam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Constatado, então, que a promulgação e a vigência das leis 23.492 e 23.521 são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, se impõe declarar inválidas as leis de “Ponto Final” e de “Obediência Devida”.¹⁵

Com argumentos similares, o juiz afirmou: “As leis de ‘Ponto Final’ e de ‘Obediência Devida’ são contrárias ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pois implicam um obstáculo que impossibilita levar a cabo o cumprimento do dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos por esse tratado nos Artigos 2.2, 2.3 e 9.5. Portanto, dada essa contradição, essas leis devem ser declaradas inválidas à luz do estipulado por esse tratado internacional”.¹⁶

Essa decisão judicial recebeu forte respaldo quando, alguns dias depois de sua publicação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença no caso Barrios Altos¹⁷ e declarou inválidas as leis de anistia decretadas pelo governo de Alberto Fujimori.

Em sua decisão, a Corte Interamericana se pronunciou sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações assumidas pelos Estados ao ratificarem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte afirmou que o Estado está obrigado a retirar das ditas leis seus efeitos jurídicos no direito interno, a investigar, processar e julgar as graves

15. Id.

16. Id.

17. Corte IDH, caso Chumbipuma Aguirre y Otros vs Peru, sentença proferida em 14 mar. 2001.

violações aos direitos humanos, bem como punir os responsáveis. A decisão da Corte no caso Barrios Altos marcou uma nova etapa na jurisprudência da região.

Em novembro de 2001, a Câmara de Apelações ratificou a decisão judicial que havia declarado a nulidade das leis de Ponto Final e de Obediência Devida.¹⁸ Um dos argumentos principais da decisão do tribunal de apelações foi a sentença emanada da Corte Interamericana. “Nós nos encontramos diante de um delito contra a humanidade, que é um crime de direito internacional, em relação ao qual a imprescritibilidade, o conteúdo, a natureza e as condições de responsabilidade são estabelecidos pelo direito internacional, com independência em relação aos critérios que possam ser estabelecidos no direito interno dos Estados”, afirmou o tribunal.¹⁹

Segundo os juízes, a obrigação de julgar delitos dessa gravidade encontra-se no Artigo 118 da Constituição argentina que reconhece os direitos das pessoas. Por outro lado, os tratados internacionais incorporados à Constituição obrigam o Estado argentino a julgar e punir as graves violações aos direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos sentenciou que as leis de anistia são contrárias ao Pacto de San José da Costa Rica e por isso são inválidas. As decisões desse órgão, competente para a interpretação e a aplicação do Pacto, devem ser contempladas pelos tribunais argentinos em suas decisões.

A Câmara de Apelações citou textualmente os parágrafos de destaque da sentença da Corte Interamericana no caso Barrios Altos. Em particular, reiterou que “é inadmissível a impunidade de condutas que afetam gravemente os principais bens jurídicos sujeitos à tutela de ambas as manifestações do direito internacional. A tipificação dessas condutas, bem como o julgamento e a punição de seus autores, constituem uma obrigação dos Estados, que não podem se esquivar por meio de medidas como a anistia”.²⁰

Assim, a ordem internacional, de acordo com a decisão da Câmara Federal, torna obrigatória a imposição de sanções aos responsáveis por crimes contra a humanidade. Por isso o tribunal afirmou que, “à exceção das leis de ‘Ponto Final’ e ‘Obediência Devida’, não existe impedimento normativo algum para cumprir essas exigências. No entanto, na medida em que tais normas se opõem à operacionalidade desses mandatos constitucionais, cabe

18. CFCyC, causa n. 17.889, Incidente de apelación de Simón, Julio, sentença de 9 nov. 2001.

19. Id.

20. Id.

declará-las inválidas e privá-las de qualquer efeito”.²¹ Os juízes, por sua vez, declararam:

*[...] sem dúvida alguma, a Corte Suprema possui uma importante obrigação de fazer respeitar os direitos humanos fundamentais, pois, na esfera de suas atribuições, o tribunal representa a soberania nacional [...]. Nesse sentido, é a cabeça de um dos poderes do governo federal, ao qual, sem dúvida, cabe o arranjo das questões que podem comprometer a responsabilidade internacional da República argentina, assim como das que provoquem a intervenção dos mencionados organismos supranacionais previstos na Convenção Americana.*²²

Após uma extensa e fundamentada decisão, o tribunal concluiu que, “no contexto atual de nosso direito interno, a não-validação e a declaração de inconstitucionalidade das leis 23.492 e 23.521 não constituem uma alternativa. São uma obrigação”.

Decisões similares foram tomadas em muitos outros casos, em vários lugares do país.²³ Pouco a pouco, os tribunais começaram a declarar a nulidade das leis e a reabrir processos por violações aos direitos humanos perpetradas durante a ditadura, que haviam permanecido arquivados por quase vinte anos.

A Suprema Corte de Justiça demorou vários anos para resolver a questão; assim, a composição do tribunal já havia mudado quando da prolação da

21. Id.

22. Id.

23. Outros tribunais e câmaras de diversos pontos do país proferiram decisões declarando a inconstitucionalidade das leis de impunidade: Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3, causa n. 16.441/02, intitulada “Massacre de Fátima” (22/7/2004); Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3, causa n. 14.216/2003 (ex-causa n. 450 da Exma. Cámara Federal) intitulada “Suárez Mason, Guillermo y Otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada...” (16/9/2003); Juzg. Fed. n. 2 de La Plata, causa n. 7/7.768 intitulada “Crous, Félix Pablo s/ su dca” (19/9/2003); Cámara Federal de Salta, causa n. 027/03 intitulada “Cabezas, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia – Palomitas – Cabezas de Buey” (29/7/2003); Juzg. Fed. de Chaco, causa intitulada “Verbitsky, Horacio – C.E.L.S. s/ inconstitucionalidad de las leyes n. 23.521 y 23.492” (6/3/2003); Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 11, causa n. 6.859/98 intitulada “Scagliusi, Claudio Gustavo y Otros s/ privación ilegal de la libertad” (12/9/2002); Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 11, causa n. 7.694/99 intitulada “Astiz Alfredo y Otros s/ delito de acción pública” (1/10/2001). Por último, em 19 de março de 2004, o Juzg. Nac. Crim. y Corr. Fed. n. 3 declarou a nulidade dos decretos de indulto 1.002/89 e 2.746/90, causa n. 14.216/2003 (ex-causa n. 450 da Cámara Federal), intitulada “Suárez Mason, Guillermo y Otros s/ homicidio agravado, privación ilegal de la libertad agravada”. Essa decisão foi convalidada pelo Tribunal de Apelações e se encontra na dependência de parecer da Corte Suprema de Justiça da Nação.

sentença. Vários membros do alto tribunal haviam sido removidos ou renunciaram para evitar o processo político, e foram substituídos com base em um procedimento que garantiu a participação da sociedade civil.

Em 14 de junho de 2005, a Corte proferiu a sentença e declarou que as leis de impunidade contrariam a Constituição argentina, tendo levado em conta que “as leis de Ponto Final e Obediência Devida e os subsequentes indultos foram examinados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Informe 28/92. Nessa oportunidade, a Comissão sustentou que o fato de os processos criminais por violações aos direitos humanos – desaparecimentos, execuções sumárias, tortura, seqüestros – cometidos por membros das Forças Armadas terem sido cancelados, impedidos ou dificultados pelas leis [...] e pelo decreto 1.002/89 constitui violação aos direitos garantidos pela Convenção, e entendeu que tais dispositivos são incompatíveis com o Artigo 18 (direito à justiça) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e com os Artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Recomendou também ao governo argentino “a adoção das medidas necessárias para esclarecer os fatos e individualizar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar”.²⁴

A decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelecia claramente os limites do poder de decisão dos Estados diante de fatos como os que ocorreram durante a ditadura. No entanto, o Informe 28/92 não teve efeitos sobre as leis de anistia. Nas palavras da Corte Suprema, faltava estabelecer o alcance concreto da recomendação da Comissão. Não ficava claro, segundo a Corte,

[...] se era suficiente o mero “esclarecimento” dos fatos, no sentido dos chamados “processos pela verdade”, ou se os deveres (e as faculdades!) do Estado argentino a esse respeito também supunham privar de todos seus efeitos as leis e o decreto em questão, já que tal conclusão corresponderia a produzir uma forte restrição da coisa julgada e do princípio de legalidade, que impedem a retroatividade da prescrição da ação penal, em muitos casos já cumprida.

As dúvidas foram por fim esclarecidas com o caso Barrios Altos, no qual a Corte Interamericana considerou o Estado peruano responsável pela violação do direito à vida e à integridade pessoal derivada do massacre, assim como por haver anistiado tais delitos. As anistias violaram as garantias jurídicas, o direito de proteção judicial e a obrigação de respeitar os direitos e adotar

24. CSJN, Simón, Julio Héctor y Otros, caso já citado, parágrafo 22.

disposições de direito interno. Com relação a este último aspecto, a Corte Interamericana assinalou expressamente:

41. [...] são inadmissíveis os dispositivos de anistia, os dispositivos de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a punição dos responsáveis pelas violações graves aos direitos humanos, como tortura, execuções sumárias, ilegais ou arbitrárias, e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por transgredir os direitos irrevogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos [...].

[...]

44. Em conseqüência, diante da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo à investigação dos fatos que constituem este caso, nem à identificação e à punição dos responsáveis”.

A Corte Suprema argentina entendeu – como havia feito anteriormente – que os tribunais do país deveriam tomar as decisões da Corte Interamericana como paradigma interpretativo. Com base na jurisprudência anterior, o mais alto tribunal argentino considerou que devia acatar a sentença do caso Barrios Altos e interpretou-a de modo amplo nos seguintes termos:

Com a finalidade de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de Ponto Final e de Obediência Devida resulta impostergável e deve produzir-se de tal forma que não possa delas derivar obstáculo normativo algum para a punição de fatos como os que constituem o objeto da presente causa. Isso significa que os beneficiados por tais leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave nem a coisa julgada. Pois, de acordo com o estabelecido pela Corte Interamericana nos casos citados, tais princípios não podem se converter em impedimento para a anulação das leis mencionadas nem para o prosseguimento das causas que feneceram em razão delas ou de toda outra que devesse ter sido iniciada e que nunca o tenha sido. Em outras palavras, a sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para infringir os deveres assumidos em matéria de investigação das graves violações aos direitos humanos.

A Corte também recorreu às opiniões do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo o qual, “quando funcionários públicos ou agentes do Estado cometeram violações dos direitos estabelecidos pelo Pacto [...], os Estados-parte não podem eximir os autores de sua responsabilidade pessoal,

como ocorreu com determinadas anistias”.²⁵ O Comitê informou também à Argentina que a revogação das leis de Ponto Final e de Obediência Devida não era suficiente para reverter a situação de impunidade por elas criada. “As graves violações dos direitos civis e políticos durante o governo militar devem ser puníveis durante todo o tempo que for necessário e com toda a retroatividade necessária para levar seus autores a juízo”.²⁶

A Corte decidiu em consonância com as decisões dos organismos internacionais. Assim, declarou a inconstitucionalidade das leis de Ponto Final e de Obediência Devida e determinou sem efeito qualquer ato nelas fundado que pudesse se opor ao avanço dos processos que estavam sendo instruídos, ao julgamento e eventual condenação dos responsáveis ou, ainda, que pudessem de alguma forma obstaculizar as investigações por crimes contra a humanidade cometidos no território da nação argentina. Resolveu também declarar válida a lei do Congresso da Nação, que havia anulado as leis de impunidade.²⁷

A decisão está assinada pelos juízes Enrique Petracchi, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti e Carmen Argibay. O único voto dissidente foi do juiz Carlos Fayt. Entre os três magistrados que participaram em 1987 da sentença da Corte convalidando as leis, o primeiro, Belluscio, optou pela abstenção. Enrique Petracchi, que mudou sua posição, fundamentou-a na preeminência que o direito internacional tem sobre o direito argentino desde a reforma constitucional de 1994. O terceiro, Carlos Fayt, confirmou sua posição anterior, sustentando que o contexto em que as normas haviam sido estabelecidas requeria medidas dessa natureza. Segundo ele, os tratados de direitos humanos estão subordinados à Constituição, apesar de estarem nela incorporados.

Condição atual das obrigações do Estado

A obrigação do Estado argentino de investigar as violações aos direitos humanos no passado recente foi resolvida por meio da criação, em 1984, da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) e, posteriormente, na abertura dos processos pela verdade.

25. Observação Geral n. 31, comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, “A índole da obrigação jurídica geral imposta”, 80º período de sessões (2004), parágrafos 17 e ss.

26. Sessão 1893, de 1º nov. 2000, parágrafo 9.

27. O Congresso Nacional havia anulado as leis em setembro de 2003, por meio da Lei 25.779, publicada no *Boletín Oficial* de 3 set. 2003, mas essa norma havia sido tachada de inconstitucional pelos militares imputados no processo.

A obrigação de processar e punir foi em parte cumprida com o processo movido contra as juntas militares, cuja sentença foi ditada em 1985.²⁸ Embora o presidente Carlos Menem, mais tarde, tenha dado o indulto aos comandantes então condenados, os fatos investigados puderam ser ventilados em um processo penal e as responsabilidades foram claramente estabelecidas. Os indultos, declarados inconstitucionais por juízes de primeira instância, tiveram suas decisões corroboradas por tribunais de apelação. A decisão final será da Corte Suprema de Justiça da Nação, que ainda não examinou o caso.

Atualmente, os processos em que se investiga a responsabilidade dos demais integrantes das forças armadas e de segurança se encontram abertos e em pleno trâmite. Alguns deles serão em breve levados a julgamento público. Muitos desses casos já estavam prontos para ir a julgamento quando foram decretadas as leis de impunidade – assim, não tardará para que tenham continuidade e sejam decididos. Outros, ainda deverão aguardar a realização de uma investigação mais exaustiva.

A obrigação de reparar as violações aos direitos humanos tem sido objeto de uma política específica por parte do Estado argentino. Convém nos determos nesse ponto para rapidamente rever as normas que definiram a indenização das vítimas.

A indenização concretizou-se por meio de diversas normas legais, promulgadas em sua maioria a partir de 1994. Por um lado, promulgou-se a Lei 24.043, estabelecendo um valor de ressarcimento para as pessoas que foram ilegalmente privadas de sua liberdade durante a ditadura militar. Os beneficiários foram as pessoas detidas antes de 10 de dezembro de 1983, por disposição do Poder Executivo, em virtude da declaração de estado de sítio.²⁹ Também incluiu os civis detidos por decisão dos tribunais militares, com ou sem sentença.

Posteriormente, o Congresso Nacional promulgou outra lei que outorgou a indenização às vítimas de desaparecimento forçado e aos descendentes de pessoas assassinadas por militares, por membros das forças de segurança ou por grupos paramilitares.³⁰ É indiscutível que essa lei foi a que suscitou maior discussão sobre o significado de reparar economicamente os crimes da ditadura, que permaneciam sem punição. Para compreender os debates gerados é necessário considerar os conflitos desencadeados pelo desaparecimento forçado

28. CFCyC, causa n. 13/85, sentença de 9 dez. 1985.

29. O estado de sítio foi decretado em 6 nov. 1974; no mesmo decreto, o governo de María Estela Martínez ordenou a “eliminação da subversão”, dando início à aplicação do terrorismo de Estado na Argentina.

30. Lei 24.411, sancionada em 7 dez. 1994 e regulamentada pelo decreto 403/95, sancionado em 29 ago. 1995.

de pessoas: a negação de informação sobre as vítimas durante a ditadura, a falta de respostas individualizadas após o restabelecimento da democracia e a impunidade dos responsáveis.

Nesse processo de reparação criou-se um novo status legal para as pessoas no ordenamento jurídico argentino: o de “ausente por desaparecimento forçado”. Desse modo, as pessoas desaparecidas puderam ser legalmente declaradas dessa forma, e não como mortas, e o Estado pagou a indenização em nome da própria vítima, e não de seus sucessores legais. A declaração por parte do Estado de que a pessoa continua desaparecida implica o reconhecimento e a admissão oficiais de que o corpo nunca foi recuperado e que se desconhece seu destino final.³¹

Embora não exista informação oficial sobre o montante desembolsado pelo Estado argentino até o momento, é possível estimar que tenham sido pagos cerca de 1.170.000 mil pesos a título de indenização por detenções arbitrárias³² e cerca de 1.912.960 mil pesos para indenizar desaparecimentos forçados e assassinatos.³³ Com base nesses dados, o total pago atingiria a soma de 3.082.960 mil pesos.

Recentemente, outra lei (Lei 25.914, sancionada em 30 de agosto de 2004) determinou a indenização das vítimas menores de idade da ditadura. A normativa indeniza as pessoas que nasceram durante a privação de liberdade de suas mães, os meninos e meninas que permaneceram detidos devido à prisão ou ao desaparecimento de seus pais por razões políticas – quer fosse pela disposição do Poder Executivo nacional, de tribunais militares ou de áreas militares –, e as pessoas que foram vítimas de substituição de identidade. Esta última hipótese se refere aos casos de meninos e meninas roubados de seus pais detidos ou desaparecidos e registrados como filhos ou filhas legítimos de outras famílias (em muitos casos, como filhos verdadeiros dos próprios militares ou policiais que os haviam subtraído de seus pais biológicos).³⁴

O Estado argentino também indenizou as vítimas de nacionalidade

31. A resposta oficial a esse problema foi a promulgação da lei de Ausência por Desaparecimento Forçado (n. 24.321, sancionada em 11 maio 1994), que não pressupõe o falecimento da pessoa, e sim a admissão, pelo Estado, de que ela está ausente por ter sido seqüestrada de modo ilegítimo por seus agentes, sem nunca mais aparecer, viva ou morta. Essa solução foi aceita pelos familiares de modo quase unânime.

32. Para chegarmos a esse número calculamos uma média de 150 mil pesos pagos a cada uma das 7.800 pessoas que cobraram a indenização.

33. Teriam sido pagos 224 mil pesos a 8.540 pessoas.

34. As pessoas que sofreram a substituição de sua identidade receberão uma indenização equivalente à fixada pela Lei 24.411, ou seja, 224 mil pesos. Para o restante dos casos contemplados na lei, o benefício consiste no pagamento de uma soma única equivalente a 71.288 pesos.

argentina cujos direitos foram violados em outros países da região, em virtude do denominado Plano Condor. O plano consistia na coordenação repressiva entre os governos dos países do Cone Sul para levar adiante a repressão ilegal. Essa coordenação começou a esboçar-se em 1974 e se estendeu até o fim das ditaduras militares da região. Por meio dessa operação, as fronteiras nacionais foram eliminadas para a prática da ação repressiva, permitindo aos regimes militares violar os direitos humanos de seus cidadãos mesmo no território de outros países. Assim, seqüestros e assassinatos de estrangeiros foram cometidos nos vários países da América do Sul.

O Estado argentino promoveu a promulgação de leis reparatórias pelos governos de outros países onde haviam vítimas argentinas do Plano Condor – entre eles Chile, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Brasil. Tais esforços foram em sua maioria infrutíferos, com exceção do Brasil, que incluiu as vítimas de nacionalidade argentina em sua legislação reparatória.³⁵ Em contraste, as vítimas estrangeiras de violações aos direitos humanos na Argentina receberam a mesma compensação que a outorgada aos argentinos, pois as leis não fizeram distinções baseadas em nacionalidade.

A situação dos exilados merece um exame à parte. Por alguns anos se discutiu na sociedade argentina o direito a uma compensação econômica para aqueles que haviam precisado recorrer ao exílio. Como as opiniões sobre essa questão permanecem divididas, os exilados não foram incluídos nas leis reparatórias.

No entanto, em 14 de outubro de 2004, a Corte Suprema de Justiça da Nação decidiu que a situação dos que tiveram de abandonar o país em razão da perseguição dos militares, expondo-se a riscos para sua vida, era similar à daqueles que haviam sido privados de sua liberdade, e por isso a reparação econômica deveria se estender a esses casos. Com base nisso, o governo nacional promulgou uma lei que contempla especificamente a reparação a pessoas exiladas. Até o momento, esse projeto conta com a aprovação de metade da Câmara dos Deputados.

Conclusões

O panorama exposto dá conta do nível de cumprimento, por parte do Estado argentino, de suas obrigações internacionais por crimes do passado. Ainda que do ponto de vista das vítimas e de seus familiares haja um longo caminho a ser percorrido para que se consiga a garantia plena de seus

35. A Lei 9.140, decretada no Brasil em dezembro de 1995, incluiu os nomes de três vítimas de nacionalidade argentina em seu Anexo 1, no qual estão detalhados os beneficiários.

direitos, é justo reconhecer que se avançou muito em relação ao tratamento dispensado no passado.

Os avanços dos últimos anos ocorreram em sintonia com os processos desenvolvidos em outros países da região sul da América. O Chile passa por processos similares aos da Argentina, com características próprias de sua dinâmica política e social. Embora na retaguarda, o Uruguai começa a repensar algumas questões relacionadas com os direitos das vítimas e a tomar medidas nesse sentido. Em ritmo distinto, e com a vantagem da experiência internacional a seu favor, o Peru conseguiu esquadriñar por completo o que sucedeu no país nos últimos anos e está concluindo investigações para responsabilizar os culpados.

Esses processos são de grande valia política, social e cultural. Muito se discutiu sobre a transição para a democracia nas décadas de 1980 e 1990. Naquela época, priorizavam-se as análises da situação política e chegou-se a considerar que os direitos das vítimas constituíam a variável passível de ajuste à difícil obtenção da paz ou à estabilidade da democracia. Foram necessários muitos anos para alterar essa equação. Hoje, parece cada vez mais difícil para os governos adotar decisões que infrinjam esses direitos.

O argumento de que a impunidade fortalece a democracia provou-se equivocado. A história recente demonstra que a democracia se fortalecerá enquanto for capaz de assegurar que aqueles que dela se afastam ou minam seus valores paguem um custo elevado. Esta é a lição que as instituições argentinas estão aprendendo.

JOSÉ RICARDO CUNHA

Doutor em Direito e professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil. Coordena desde 2003 o grupo de pesquisa “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça”, que investiga os limites e as possibilidades da justiciabilidade dos Direitos Humanos, em especial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E-mail: <jrcunha@uol.com.br>.

RESUMO

A proposta deste artigo é analisar as informações obtidas no âmbito da pesquisa intitulada “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: concepção, aplicação e formação”, que tem por objetivo investigar o grau de justiciabilidade dos direitos humanos na prestação jurisdicional dos magistrados de primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. O estudo conclui que o tipo de vara e a cor do juiz, bem como o grau de conhecimento a respeito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos da OEA e da ONU, constituem variáveis significativas para explicar o comportamento dos magistrados no tocante à utilização das normativas internacionais para a fundamentação das sentenças. A elucidação empírica das variáveis supramencionadas revela-se de grande valia na implementação de programas destinados a ampliar o conhecimento dos magistrados na matéria. A pesquisa foi contemplada com o apoio da Faperj. [Artigo original em português.]

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos – Justiciabilidade – Poder Judiciário

DIREITOS HUMANOS E JUSTICIABILIDADE: PESQUISA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

José Ricardo Cunha

Co-autores: Andréa Diniz (IBGE); Alexandre Garrido da Silva e Isolda Abreu de Carvalho Mattos Sant'Anna (UERJ); Diana Felgueiras das Neves, Rodrigo da Fonseca Chauvet e Tamara Moreira Vaz de Melo (UERJ); Lia Motta Gould e Priscila de Santana (PUC-Rio)

Os direitos humanos constituem o principal instrumento de defesa, garantia e promoção das liberdades públicas e das condições materiais essenciais para uma vida digna. Os poderes Executivo e Legislativo são sempre solicitados a atuar conforme esses direitos. Contudo, o Poder Judiciário é o último guardião de tais direitos, e a esperança de proteção em relação a eles. Por isso, faz-se imperioso lutar pela efetividade de sua tutela jurisdicional.

A busca da efetividade dos direitos humanos na esfera judiciária torna necessário averiguar a maneira pela qual os juízes concebem e aplicam as normas de direitos humanos, especialmente as que protegem os direitos econômico-sociais. Para tanto, a pesquisa “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Concepção, Aplicação e Formação” tem por objetivo investigar o grau de efetividade – **justiciabilidade** – dos direitos humanos na prestação da tutela jurisdicional.

Na primeira fase, cuja análise é objeto do presente trabalho, investigou-se a primeira instância da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.²

1. Pesquisa em curso, realizada por alunos e professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro e da Universidade Cândido Mendes (Ucam).

2. A pesquisa de campo continua a ser feita, com magistrados da segunda instância do TJRJ.

A pesquisa foi organizada em duas vertentes: uma teórica e outra prática. Na vertente teórica, realizou-se um estudo sistemático 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 vertente empírica, efetuou-se um levantamento em 225 das 244 varas em funcionamento de primeira instância do Tribunal de Justiça na cidade do Rio de Janeiro. Um questionário foi aplicado aos juízes, a fim de investigar o modo de cada magistrado responsável pela prestação jurisdicional naquela vara conceber e aplicar os direitos humanos. O questionário também procurou levantar o nível de formação dos juízes na área de direitos humanos.

Para a análise principal, os dados coletados foram estatisticamente tratados por meio de modelos de regressão logísticos multinomiais, buscando-se especialmente a explicação da utilização das normativas internacionais de proteção aos direitos humanos na fundamentação das sentenças proferidas pelos juízes, através das demais variáveis envolvidas. Basicamente, o procedimento utilizado consistiu em aplicar testes de hipótese acerca da contribuição de cada variável para o poder de explicação do modelo, em um nível de 5% de significância. Foram excluídas do modelo as variáveis cuja contribuição não foi considerada significativa, no nível fixado, para explicar a utilização das normativas na fundamentação das sentenças.

Considerando que o objeto primordial da pesquisa era a tutela jurisdicional levada a cabo pela ação do juiz, foi preciso coletar os dados diretamente, em fonte primária, ou seja, por meio de entrevistas diretas aos juízes.³ Optou-se pela comarca da capital do Rio de Janeiro, tanto por sua representatividade em relação às demais do estado quanto pela existência de 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 interlocutor. Nas varas com mais de um juiz, titular e substituto(s), foi preenchido apenas um questionário. Nos casos em que um juiz acumulava mais de uma vara, as respostas dadas por ele foram repetidas e incluídas em cada uma das varas.

O cadastro das unidades de pesquisa foi feito a partir da relação de varas extraída em novembro de 2003 da página do Tribunal de Justiça na internet: <www.tj.rj.gov.br>. Constavam então 255 varas, incluindo-se o fórum central

3. A entrevista foi realizada, sempre que possível, com o juiz titular da vara ou, em caso de impossibilidade deste, com o juiz substituto. No caso de impossibilidade ou recusa de ambos, considerou-se como "não respondido".

e os regionais. Por ocasião do contato, em campo, para realizar as entrevistas, foi feita a atualização do cadastro e se constatou que algumas das varas não haviam sido instaladas, ou haviam sido fundidas com outras já existentes. Sendo assim, o cadastro final contém 244 varas.

Para a coleta dos dados, realizada entre janeiro e maio de 2004, foram visitadas 225 das 244 varas cadastradas;⁴ e em cerca de 40% das varas o questionário não foi preenchido. Os principais motivos da perda das unidades informantes foram: (1) recusa não-justificada do juiz; (2) recusa do juiz sob a alegação de que direitos humanos não fazem parte de 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 quanto os objetivos conformadores das condições reais de decisão acerca da matéria. Com efeito, o desenho final do questionário contemplou questões relacionadas a: características do juiz; formação pré-universitária e universitária; concepção de direitos humanos; e atuação na prestação de tutela jurisdicional. O instrumento de coleta foi desenvolvido de modo a poder ser utilizado pelos pesquisadores, em entrevistas diretas com o juiz responsável por cada uma das varas, mas que permitisse também o preenchimento autônomo pelo próprio juiz, quando ele se recusasse a receber o entrevistador.

Análise dos dados

A seguir apresentamos uma sistematização das informações coletadas nos questionários, acompanhada de uma análise das respostas obtidas.

Perfil dos juízes

O Judiciário, como instituição social, ainda reflete a predominância masculina nas relações de poder. Pode-se perceber que a maioria dos juízes é de homens, totalizando um percentual de 60%. Mas as instituições vêm se feminizando ao longo dos anos, graças a mudanças na sociedade, e já se pode notar uma significativa aproximação entre os dois percentuais. Esse fenômeno é mais evidente na primeira instância, na qual os recém-juízes iniciam o exercício de sua função. Acredita-se que, quanto mais superior é a instância de julgamento, menor a porcentagem de mulheres juízas atuantes, pois ali laboram magistrados mais antigos.

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

A Tabela 1 mostra a distribuição dos juízes que participaram da pesquisa, por tempo de magistratura e segundo classes de idade. Nela é possível notar que são pequenas as chances de alguém se tornar juiz titular antes de completar 30 anos. Do total de juízes titulares, há apenas 2 (2%) nessa faixa de idade. Entre os 77 juízes que se incluem na faixa de 31 a 50 anos, que representam quase 75% dos entrevistados, 44 têm de 11 a 20 anos de magistratura. E é essa a classe de idade que figura como maioria relevante na primeira instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nenhum juiz dessa classe de idade tem mais de 20 anos de carreira, o que nos leva a crer que os juízes com mais de 20 anos de magistratura costumam ser promovidos, estando portanto nos órgãos de segunda instância. Os juízes com mais de 50 anos, em sua maioria, contam com tempo de 11 a 20 anos de magistratura. Entre estes, apenas 2 possuem menos de 5 anos de carreira. É raro alguém iniciar o ofício de magistrado nessa faixa etária; e é raro, também, que um juiz titular continue a exercer atividades magistras na primeira instância depois dos 50 anos.

Os percentuais mais impressionantes – porém não surpreendentes – se referem a cor ou raça dos magistrados, conforme mostra o Gráfico 1. Os autodeclarados brancos encerram 86% do total de juízes. Isso confirma a existência de uma intensa exclusão da população negra/parda da carreira de magistratura, visto que, segundo o Censo de 2000, os negros⁵ e pardos representam 44,6% da população brasileira.

Formação específica em direitos humanos

Considerando-se que a inclusão do tema “direitos humanos” na formação dos juízes, sobretudo na graduação, é um fator capaz de influenciar a aplicação, pelos magistrados, das normas que asseguram tais direitos, houve questões a respeito da existência de tal disciplina nas faculdades.

As disciplinas relacionadas à temática dos direitos humanos não contam em geral com 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 tiveram a disciplina como obrigatória, enquanto para 12% ela havia sido opcional.

A despeito da quase inexistência de oferta da disciplina nas faculdades, tendo em vista a relevância do tema, pediu-se aos juízes para manifestarem seu interesse pelos estudos relacionados aos direitos humanos. Suas respostas estão reproduzidas no Gráfico 2. A análise do gráfico permite depreender o seguinte raciocínio:

5. O IBGE adota a categoria preto, em vez de negro. Para a aplicação na pesquisa foi feita a substituição do termo, mantendo-se na íntegra as demais categorias adotadas pelo órgão oficial.

42 magistrados (40%) **nunca** estudaram direitos humanos. Essa informação revela que quatro entre dez juizes não tiveram espaço formal para um aprofundamento sistemático das questões fundamentais relativas aos direitos humanos.

TABELA 1

Distribuição dos juizes participantes da pesquisa por tempo de magistratura, segundo classes de idade				
Classes de idade	Tempo de magistratura (em anos)			
	Menos de 5	De 5 a 10	De 11 a 20	Mais de 20
Total	9	33	64	3
Até 30	2	0	0	0
31 a 50	5	28	44	0
Mais de 50	2	4	19	3
NR	0	1	1	0

GRÁFICO 1

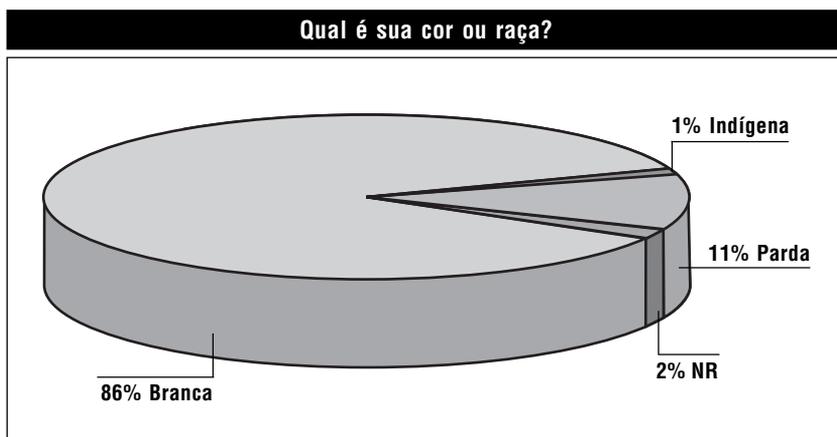
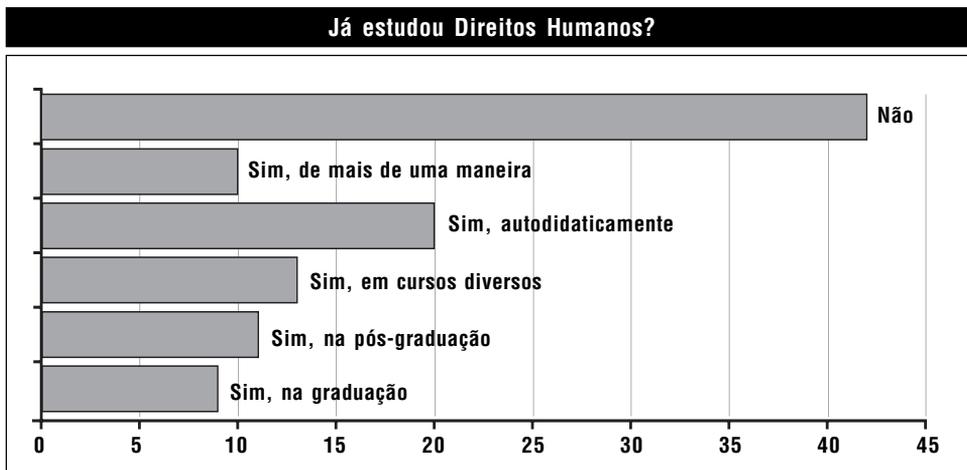


GRÁFICO 2



Vale destacar que, apesar do relativo distanciamento da temática ora abordada por boa parte dos juízes, os mesmos demonstraram interesse em participar de cursos relacionados aos direitos humanos: cerca de 73% estariam dispostos a estudar o tema, conforme aparece no Gráfico 3.

Quando indagados sobre algum tipo de vivência pessoal que pudesse fornecer uma experiência prática em relação aos direitos humanos, o resultado demonstrou um abismo ainda maior entre os juízes e o tema. Apenas 6% dos entrevistados revelaram já ter tido algum tipo de engajamento nessa área.

Analisando os dados aqui expostos, é possível compreender, ao menos preliminarmente, a pouca utilização das normativas de direitos humanos dos sistemas das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas sentenças dos magistrados. Resta prejudicada a aplicação de normas referentes a um tema tão afastado da realidade dos juízes.

Concepção acerca dos direitos humanos

No plano das teorias jurídica e política, há um consenso razoável em relação ao fato de o tema dos direitos humanos ser fundamental para o correto entendimento do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, Jürgen Habermas (2003), ao propor a “equi-primordialidade”, isto é, o nexos interno entre direitos humanos e democracia (soberania popular), afirma que não se pode pensar um Estado verdadeiramente democrático sem uma efetiva implementação dos direitos humanos. Isso quer dizer que os cidadãos somente poderão fazer uso efetivo de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes, em razão dos direitos humanos uniformemente assegurados. Nesse sentido, o Brasil só poderá concretizar seu projeto de democratização prescrito pela Constituição quando os direitos humanos alcançarem concretamente o cotidiano dos indivíduos com plena força normativa. Para isto, espera-se do Estado uma ação efetiva de promoção dos direitos, seja na linha de frente da ação política, por intermédio dos poderes Legislativo e Executivo, seja na retaguarda por meio da ação garantista do Poder Judiciário. Contudo, é necessário, antes de tudo, saber como os juízes – guardiões últimos da justiça – compreendem os direitos humanos.

Na Tabela 2, pode-se notar que, ao serem questionados sobre a natureza dos direitos humanos, 7,6% dos juízes afirmaram serem “valores sem aplicabilidade efetiva”. Para outros 34,3%, os direitos humanos constituiriam “princípios aplicados na falta de regra específica”; e para 54,3% configurariam “regras plenamente aplicáveis”. É importante ressaltar que cerca de 7% dos juízes concebem os direitos humanos apenas como valores sem nenhuma força

jurídica, mesmo após todos os esforços jurídicos e políticos de afirmação de tais direitos. É relativamente semelhante o entendimento de 34,3% dos magistrados, para os quais tais princípios possuem caráter subsidiário, podendo ser aplicados eventualmente, diante da ausência de norma específica. Para eles, qualquer ponderação que siga norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não-aplicação das normas de direitos humanos. Porém, foi majoritária a posição dos que demonstram uma concepção forte de direitos humanos, pois mais de 50% dos juízes concebem os direitos humanos como regras plenamente aplicáveis.

GRÁFICO 3

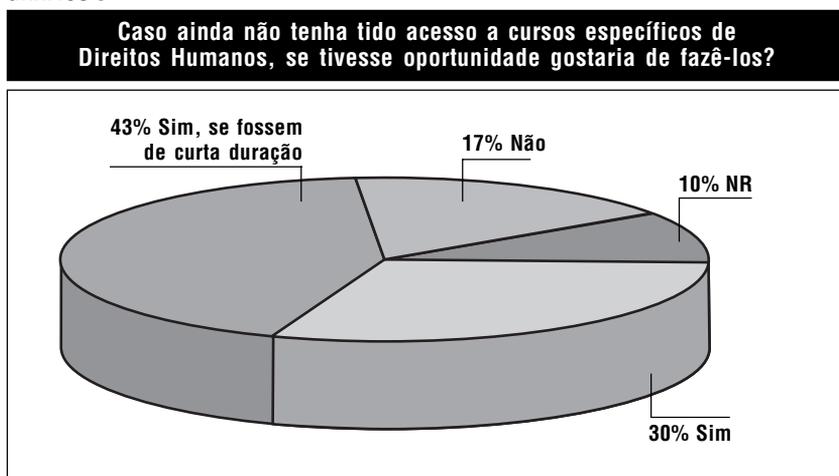


TABELA 2

Para você os direitos humanos são				
Opinião	Frequência	Porcentagem	Frequência acumulada	Porcentagem acumulada
Total	105	100		
Valores que instruem o ordenamento jurídico, mas não têm aplicabilidade efetiva.	8	7,6	8	7,62
Princípios que podem ser aplicados subsidiariamente na falta de regra específica.	36	34,3	44	41,90
Normas jurídicas plenamente aplicáveis quando o caso concreto assim demandar.	57	54,3	101	96,19
Combinação de mais de um dos conceitos acima.	3	2,9	104	99,05
NR	1	1,0	105	100,00

Indivisibilidade dos direitos humanos

A execução de sentenças que assegurem a aplicação efetiva das diferentes gerações dos direitos humanos – bem como a defesa desses direitos em um Estado democrático com limitação de recursos financeiros – envolve importantes questões que devem ser objeto de reflexão e ponderação pelos aplicadores do direito.

Historicamente, os direitos humanos surgem como direitos civis opostos à ação invasiva do Estado, na esfera das liberdades individuais e do patrimônio privado, exigindo portanto uma abstenção estatal. Entretanto, considerando a não-exaustividade dos direitos, uma vez que estes surgem e evoluem dentro de um determinado contexto social, novas gerações de direitos se desenvolveram e passaram a integrar o conjunto dos direitos humanos. Consoante Norberto Bobbio (2004, p. 53), os direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representam “uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”, pois tais direitos são históricos e constituem um conjunto permanentemente aberto a novas articulações, especificações e atualizações.

De um contexto de “Estado liberal de direito” passamos ao “Estado de bem-estar social”, com a respectiva tutela de outros direitos, tais como: à saúde, à educação, à moradia, à defesa do meio ambiente, entre outros. Esse fato passou a demandar do Estado uma atuação positiva – reguladora e, por vezes, interventora na realidade social e econômica. Algumas controvérsias surgem quanto à efetividade desses direitos sociais e econômicos, pois muitos defendem que sua promoção depende exclusivamente da ação política dos Poderes Executivo e/ou Legislativo; assim, não caberia ao Poder Judiciário tutelar tais direitos quando isso acarretasse obrigação para o Poder Legislativo, autônomo em seus juízos de oportunidade e de conveniência. O problema que se coloca é: há argumentos jurídicos aceitáveis para a não-garantia judicial desses direitos? Ou seja: o Judiciário, como Poder do Estado, pode se abster de assegurar direitos capazes de dotar os cidadãos das condições mínimas de existência, especialmente no contexto de uma sociedade profundamente desigual como a brasileira?

Em última instância, trata-se da relevante questão acerca da indivisibilidade dos direitos humanos. A despeito das diferentes classificações que recebem, sejam direitos civis ou políticos (à vida, à liberdade, à igualdade ou à igual participação política) ou direitos econômicos e sociais (à moradia, ao trabalho, à educação, à saúde), os direitos humanos são complementares e interdependentes. Nesse sentido, podemos citar a resolução n. 32 da Assembleia Geral da ONU, de 1977, que assevera a indivisibilidade dos direitos humanos

e seu caráter inalienável, além de ratificar a obrigatoriedade dos direitos econômicos e sociais (ver Mello, 2001, v. I, p. 816).

A Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção indivisível dos direitos humanos ao afirmar, em seu parágrafo 5, a universalidade, a interdependência e o inter-relacionamento entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. A garantia integral da dignidade da pessoa humana pressupõe a efetividade de todos esses direitos. O exercício da cidadania restaria prejudicado se, embora garantido o direito ao voto, não houvesse a mesma garantia em relação a educação e saúde públicas de qualidade.

Com base nessas considerações, cabe uma visada sobre o posicionamento dos 105 juízes que se dispuseram a responder à seguinte questão: “Acredita que os direitos humanos econômicos e sociais podem ser judicialmente aplicados da mesma forma que os direitos humanos civis e políticos?”. Para um pequeno número de juízes, a aplicação judicial dos direitos econômicos e sociais não pode ocorrer da mesma forma que a dos direitos civis e políticos. Também uma minoria de magistrados acredita que o Poder Judiciário não deve interferir no sentido de promover a efetivação dos direitos de segunda geração, justificando não caber ao Judiciário a implementação de políticas públicas. Outros, ainda, acreditam que a tutela desses direitos é de competência dos demais poderes da república ou que tal aplicação resultaria no fenômeno do juiz-legislador. Porém, a ampla maioria dos magistrados (79%) defende a aplicação complementar dos direitos econômicos e sociais e dos direitos civis e políticos. Além disso, consideram que mesmo aqueles direitos que impõem uma atuação estatal devem ser judicialmente tutelados. Portanto, uma ampla parcela da magistratura entrevistada, aproximadamente 80%, delega aos direitos humanos, pelo menos teoricamente, a condição de normas plenamente aplicáveis e considera que, mesmo aquelas que possam interferir no orçamento estatal devem ser garantidas por meio das decisões judiciais.

Aplicação das normas de direitos humanos

Na pesquisa empreendida, uma das questões mais expressivas foi a referente à justiciabilidade dos direitos humanos, revelada na atuação do magistrado em processos cujo desate dependesse de normas de tal natureza.

Visou-se à averiguação do reconhecimento, por parte dos entrevistados, da presença de normas de direitos humanos nos casos sob seu exame, já que estas se evidenciam de múltiplas formas no ordenamento jurídico brasileiro, configurando-se como verdadeiros desdobramentos normativos da tutela jurídica da dignidade.

Interrogados sobre a atuação em processos nos quais incidissem normas de direitos humanos (ver Gráfico 4), 24% dos juízes responderam negativamente. Outros 24% revelaram haver atuado em vários feitos com aplicabilidade de normas dessa natureza; 30% informaram ter atuado em alguns processos em que normas de direitos humanos eram aplicáveis, enquanto 24% afirmaram ter atuado em poucos casos.

Observa-se, então, que 52% dos magistrados entrevistados atuaram esporadicamente no julgamento de demandas em que eram suscitadas normas de direitos humanos. Assim, totalizam 76% os que apenas ocasionalmente atuaram em tais feitos ou nestes nunca exerceram seu mister. Por outro lado, paradoxalmente, a maioria dos juízes entrevistados declarou que os direitos humanos são normas plenamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, entendendo que não são aplicadas efetivamente, no entanto, por não serem imanentes aos casos judiciais que lhes foram submetidos.

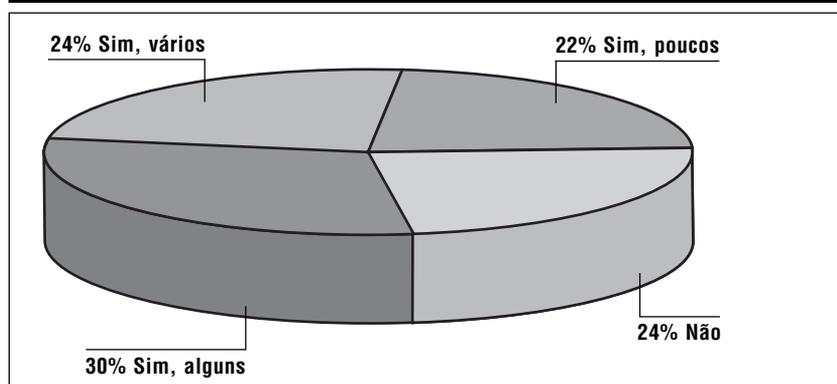
Destaque-se, contudo, que tal inferência não pode ser considerada verdadeira. De fato, grande parte das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário versa sobre conflitos cujo cerne se situa exatamente na seara dos direitos humanos e, muitas vezes, envolve precisamente os direitos fundamentais.

Desse modo, aventa-se a hipótese de desconhecimento dos direitos humanos: em razão de sua pouca intimidade com o conceito geral e com as normas de direitos humanos, os entrevistados teriam velada sua percepção e isso dificultaria o reconhecimento dos casos afeitos à matéria em menção.

Não se pode olvidar, por outro lado, que em qualquer caso concreto submetido ao Poder Judiciário deverá o julgador levar em consideração todo o ordenamento jurídico, promovendo uma interpretação sistemática. Isto porque as normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os

GRÁFICO 4

Já atuou em algum processo em que as normas de direitos humanos fossem aplicáveis?



sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.

De tal sorte, em qualquer demanda submetida ao magistrado, deve este ter em conta a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor fundamental do Estado democrático brasileiro, consignado no inciso III do Artigo 1º da Carta Constitucional de 1988.

Assim, afigura-se razoável que, quando uma situação subjetiva existencial estiver em questão, a norma jurídica seja construída em função dos direitos humanos, sejam estes oriundos da Constituição ou de normas internacionais, ainda que possam ser considerados aí diferentes níveis de intensidade dessa vinculação (ver Sarlet, 2002, p. 85). O não-reconhecimento de tal aplicabilidade pode estar, portanto, relacionado a um conhecimento precário do tema, ou mesmo a seu desconhecimento.

Ações afirmativas

Um dos princípios mais caros consagrados na Constituição Federal de 1988 é o da isonomia, insculpido no *caput* do Artigo 5º, segundo o qual todos devem ser submetidos às mesmas regras jurídicas. No entanto, há que se ter em mente que o princípio da isonomia foi, historicamente, uma conquista das revoluções francesa e norte-americana, no final do século 18, tendo em vista abolir os privilégios da nobreza e do clero.

Naquele momento, foi importante a formalização dessa igualdade. Mas ao longo do tempo observou-se que a mera consagração do direito na lei não garante que os indivíduos tenham as mesmas oportunidades de efetivo acesso às prerrogativas disponibilizadas pela sociedade.

Como exemplo, pode-se citar a dicotomia entre as instituições públicas gratuitas e as privadas, no que tange ao ensino fundamental e médio brasileiro. As primeiras remetem ao ensino precário oferecido aos estudantes detentores de poucos recursos financeiros, enquanto as instituições particulares, em maior número, atendem com excelência aos estudantes abastados. Paradoxalmente, a situação se inverte no vestibular, quando a grande maioria dos estudantes que obtém sucesso no ingresso em instituições públicas gratuitas de ensino superior, consideradas de excelência, é oriunda de instituições particulares de ensino médio.

Por outro lado, as instituições sempre fizeram a seleção para ingresso em curso superior com base tão-somente no conhecimento do candidato sobre os conteúdos da avaliação. Eram desconsideradas desigualdades históricas e também as diferenciadas possibilidades de acesso ao ensino por parte dos estudantes. Foi estabelecida, então, em algumas universidades brasileiras, uma polêmica política de reserva de cotas, a princípio levando em conta critérios socioeconômicos, aos quais vieram se somar, posteriormente, parâmetros étnicos, sempre observada

a ordem de classificação dos candidatos em sua categoria, obtida a partir da pontuação no exame.

A situação descrita é apenas uma das abrangidas pela política de ação afirmativa, que denota uma busca de superação do modelo liberal pela atuação social da instituição pública. Assim, a igualdade passa a ser concebida em sua dupla dimensão: formal e material. Do tratamento formal conferido ao princípio da isonomia, expresso na máxima “todos são iguais perante a lei”, passa-se à tentativa de materialização das garantias. Nesse contexto, “o Estado abandona sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar ativamente na busca de concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais” (Gomes, 2001, p. 20).

Pode-se dizer, então, que as políticas públicas de ação afirmativa almejam combater as desigualdades político-sociais, consistindo em qualquer meio de incentivo que venha a distribuir direitos não atingíveis pelos grupos discriminados. Mas é importante ressaltar que isto se dá no âmbito da ordem constitucional brasileira vigente, que textualmente se insere no contexto do Estado Democrático de Direito, visando o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos a reger uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Nessa perspectiva, tornou-se relevante questionar os magistrados acerca da constitucionalidade ou não das ações afirmativas, já que elas se apresentam como meio apto à materialização dos direitos humanos.

Conforme se observa na Tabela 3, 22,9% dos juízes disseram considerar as políticas de ação afirmativa inconstitucionais, por ferirem o princípio da isonomia, o que revela que consideraram tão-somente a igualdade em seu sentido formal. Entre os entrevistados, 10,5% não quiseram opinar, enquanto 66,7% opinaram pela constitucionalidade das ações afirmativas, em razão da necessidade de superar desigualdades sociais históricas.

Tais dados permitem concluir que a concepção jurídica acerca da isonomia

TABELA 3

Em princípio, qual sua opinião sobre as políticas de ação afirmativa?				
Opinião	Frequência	Porcentagem	Frequência acumulada	Porcentagem acumulada
Total	105	100		
São inconstitucionais, pois feririam o princípio de isonomia.	24	22,9	24	22,86
São constitucionais, em razão da necessidade de superação de desigualdades sociais e históricas.	70	66,7	94	89,52
NR	11	10,5	105	100,00

é ainda dicotômica, sendo preponderante, contudo, sua dimensão material, pois a expressiva maioria dos entrevistados demonstra haver incorporado o princípio do Estado Democrático de Direito, presente ao longo de todo o texto constitucional, e expressamente consignado no Artigo 1º da Carta Constitucional.

Ressalte-se, ademais, que o juízo de constitucionalidade não implica necessariamente a concordância política com as ações afirmativas, mas tão-somente sua admissibilidade no plano jurídico-constitucional.

Sistemas de proteção da ONU e da OEA

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (dezembro de 1948) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (abril de 1948), começaram a ser desenvolvidos os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos da ONU e da OEA.

O Sistema de Proteção da ONU é constituído tanto por normas de alcance geral, tendo em vista todos os indivíduos, de forma genérica e abstrata, como de normas de alcance especial, destinadas a sujeitos específicos e a violações que necessitam de resposta diferenciada. O Brasil ratificou a maioria desses instrumentos de proteção, tais como: Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 27 de março de 1968; Convenção para a Eliminação de Toda Forma de Discriminação contra a Mulher, em 1º de fevereiro de 1984; Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992. No entanto, o Brasil não reconhece a competência de seus órgãos de supervisão e monitoramento no caso de apreciação de denúncias individuais, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê Contra a Tortura. No caso do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, o Brasil reconheceu esta competência em 2002 por meio do Decreto Legislativo 56, ganhando plena efetividade em 2003 por intermédio do Decreto Presidencial 4738. Tratou-se, sem dúvida, de importante avanço para o combate à discriminação racial.

Além do Sistema de Proteção da ONU existe, no plano regional, o Sistema de Proteção Interamericano. Os dois sistemas tutelam os mesmos direitos, e cabe à vítima a escolha do instrumento mais propício. Ambos se complementam, visando uma garantia adicional, para maior promoção e efetivação dos direitos fundamentais à dignidade do ser humano. No nível regional, há ainda os sistemas europeu e africano de proteção dos direitos humanos.

Indagados os juízes se possuem conhecimento a respeito do funcionamento dos Sistemas de Proteção da ONU e da OEA, obtiveram-se os percentuais

demonstrados no Gráfico 5: 59% têm um conhecimento superficial, enquanto 20% não sabem como funcionam os Sistemas de Proteção.

Considerando-se os percentuais mais altos, em que o primeiro corresponde a um conhecimento superficial e o segundo a um desconhecimento dos sistemas, temos que 79% dos magistrados não estão informados a respeito dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Tal desconhecimento constitui um obstáculo à plena efetivação dos direitos dessa natureza no cotidiano do Poder Judiciário, pois essa falta de informação se mostra intimamente ligada à não-aplicação das normativas relativas aos direitos humanos.

À pergunta referente a seu conhecimento acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, 56% dos magistrados responderam que eventualmente possuem tais informações; 21% responderam que raramente as têm; 10% nunca obtiveram informações acerca de tais decisões; e apenas 13% responderam que freqüentemente têm alguma informação (ver Gráfico 6). Não há dúvida de que esse percentual de apenas 13% para os juízes que freqüentemente têm acesso a tais decisões é muito reduzido para uma profusão real de uma cultura dos direitos humanos.

Quando questionados sobre a possibilidade de o conhecimento dessas decisões auxiliar e enriquecer suas sentenças, a resposta de 50% dos juízes entrevistados foi sim; 41% disseram que talvez; e 9% responderam não (ver Gráfico 7). Assim, embora poucos conheçam o conteúdo dessas decisões, a maioria acredita que seria relevante informar-se a respeito. Acredita-se que seria importante a institucionalização de canais de divulgação das decisões das cortes internacionais de direitos humanos, no âmbito do Tribunal de Justiça, inclusive como parte de um processo que busque maior efetividade e aplicabilidade de tais direitos.

Utilização específica das normas de direitos humanos

Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

A Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou, em 16/12/1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos ratificados pelo Brasil pelo Decreto-Legislativo n. 226 (12/12/1991) e promulgados pelo Decreto n. 592 (6/12/1992). Pode-se afirmar que o PIDCP se aproxima das primeiras Declarações do Estado Liberal, ao passo que o PIDESC se coaduna diretamente com as Cartas do Estado de Bem-Estar Social. Ambos os textos especificam o conteúdo da Declaração Universal de 1948, sendo que a elaboração de dois

GRÁFICO 5

Sabe como funcionam os Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA?

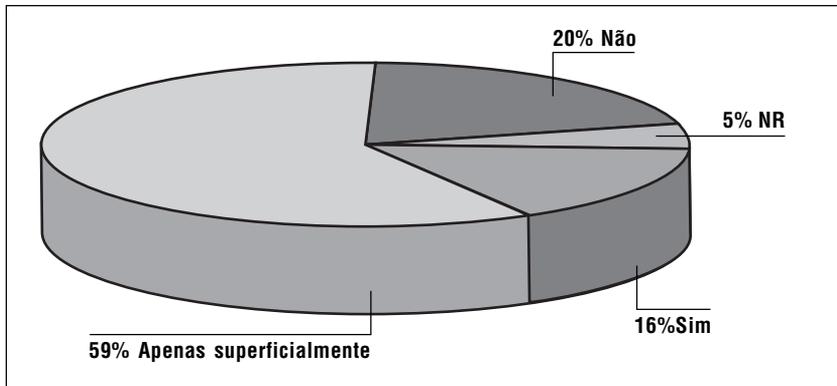


GRÁFICO 6

Tem informações acerca das decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos?

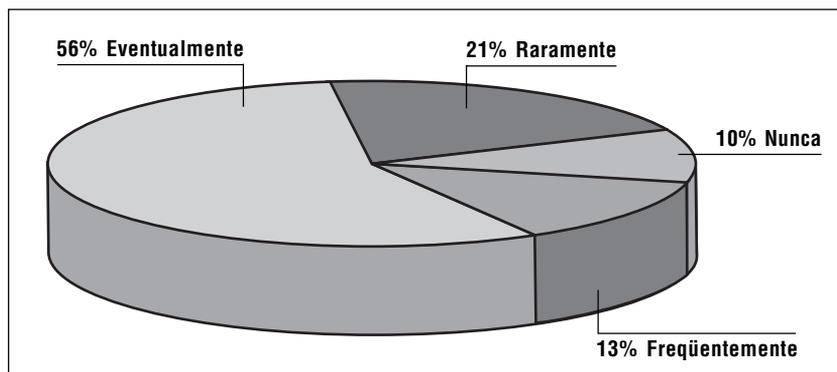
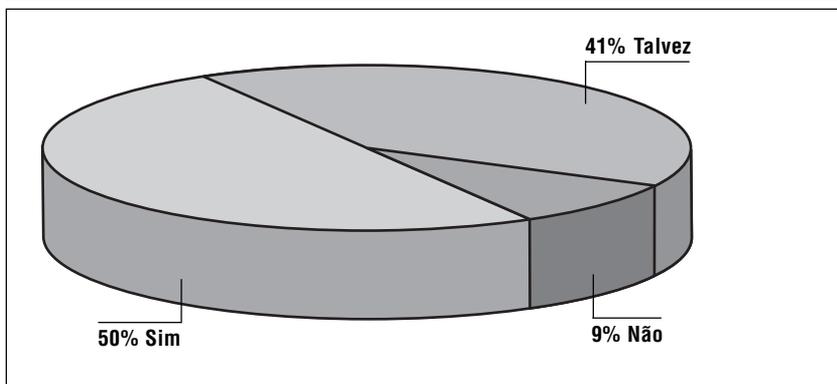


GRÁFICO 7

Acha que o conhecimento de tais decisões poderia auxiliar e enriquecer suas sentenças?



pactos, e não de um só, como bem ressalta Fabio Konder Comparato (1999, pp. 276 e ss.), resultou da natural divergência entre os dois blocos de países, capitalista e socialista, no bojo da bipolaridade característica da época.

No que tange ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, observou-se que somente 5% dos magistrados aplicam-no com constância. No caminho oposto, 74% nunca o utilizaram, e 19% fazem-no raramente (ver Gráfico 8).

Os dados são ainda mais preocupantes em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Gráfico 9). Apenas 3% dos juízes utilizam-no freqüentemente em suas sentenças; 20% raramente o fazem e 75% nunca empregaram essa normativa no deslinde de litígios.

Causa certa surpresa essa constatação de que somente 5% dos juízes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro utilizam o PIDCP, ou que cerca de 75% deles nunca aplicaram o PIDESC. 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 também **simbólica**. Aplicá-las é estampar que os agentes públicos e a própria comunidade estão atentos para o fato de que a tutela e a promoção dos direitos humanos se desenvolvem em duas dimensões intimamente relacionadas: a nacional e a internacional.

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 a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, formadas por pessoas imparciais e independentes, com o fim de evitar a seletividade do sistema e evitar que o Estado ofendido seja simultaneamente juiz e parte no mesmo processo.

Sobre esse tema, 66% dos magistrados afirmaram que não utilizam a convenção mencionada (ver Gráfico 10). Essa constatação revela que, não obstante os significativos avanços feitos pela comunidade internacional no estabelecimento de um consenso mínimo sobre os direitos humanos e na criação de ferramentas normativas para assegurá-los na prática, muitos magistrados ainda ignoram esse processo e suas conquistas para o fortalecimento da democracia.

O Sistema Interamericano, por sua vez, inicialmente relegou a um segundo plano os direitos econômicos, sociais e culturais. Tendo isso em vista, foi adotado em 17 de novembro de 1988 o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Protocolo de San Salvador.⁶

6. Adotado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 56/95 e do Decreto Executivo n. 3.321/99.

GRÁFICO 8

Utiliza o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos?

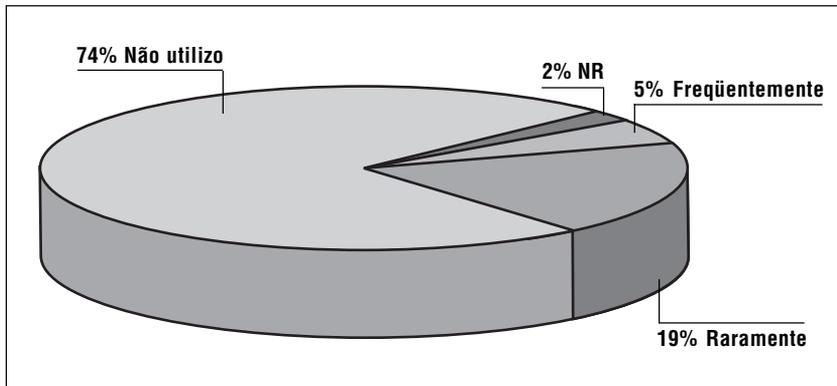


GRÁFICO 9

Utiliza o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais?

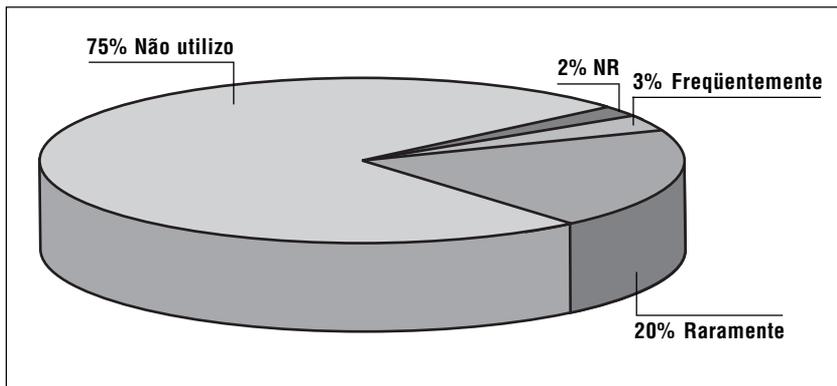
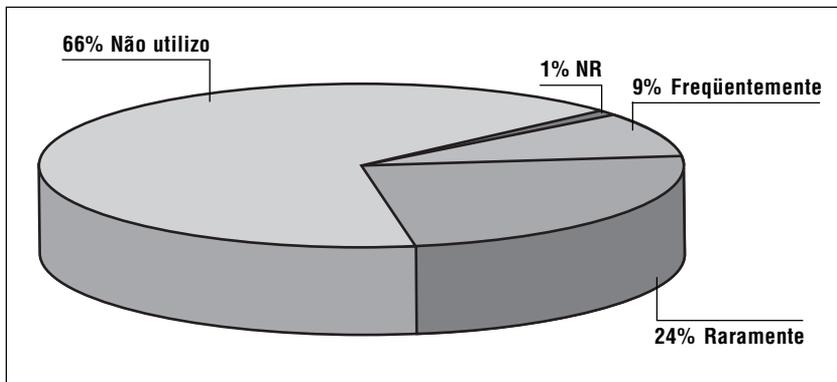


GRÁFICO 10

Utiliza a Convenção Americana de Direitos Humanos?



Pode-se observar no Gráfico 11 que, à pergunta referente ao Protocolo de San Salvador, 93% dos magistrados afirmaram que não o utilizam ou o fazem raramente. Ora, é preocupante quando se confronta essa 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 notar como 79% dos juízes afirmaram que consideram as normas de direitos econômicos, sociais e culturais tão eficazes e aplicáveis como aquelas que asseguram direitos civis e políticos; mas, na prática, não recorrem a tais normas para motivar suas decisões.

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 nas Nações Unidas, a realização da Primeira Conferência de Cúpula dos Países Não-Aliados em Belgrado (1961), e o ressurgimento de atividades nazi-fascistas na Europa – a ONU adotou, em 21/12/1965, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 27/3/1968.

A referida 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 Especial de Proteção dos Direitos Humanos é direcionado a um determinado sujeito de direito, considerado em sua especificidade e na concretude de suas relações sociais. Esse sistema teria uma função complementar ao sistema geral, objetivando a proteção e a promoção da igualdade de grupos e indivíduos historicamente discriminados. Está calcado num princípio de equidade, segundo o qual se deve conferir um tratamento diferenciado a determinados grupos ou indivíduos, contribuindo para a superação de desigualdades. Registre-se a ausência de qualquer normativa internacional, no plano da OEA, para eliminação de formas de discriminação racial.

Em relação à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a pesquisa registrou que 75% dos juízes afirmaram nunca utilizá-la, enquanto 15% raramente recorrem a essa normativa internacional (ver Gráfico 12). Tal resultado é especialmente preocupante num país em cujo cotidiano ainda podem ser observados comportamentos racistas. O primeiro passo para que o racismo possa ser banido de nossa realidade social é o reconhecimento de que o problema existe e merece tratamento urgente. E esta questão não pode estar alheia ao Poder Judiciário. Nesse sentido, deixar de usar tal Convenção é abrir mão de um poderoso instrumento de combate ao racismo em todas suas manifestações. Não se trata de ignorar o

papel fundamental da Constituição nessa matéria, mas de somar a esta um importante instrumento de eliminação do racismo.

Convenção pela Eliminação de toda Forma de Discriminação contra a Mulher

Homens e mulheres são iguais em direitos e em obrigações. Assim dispõe o inciso I do Artigo 5º da Constituição Federal, o que demonstra a preocupação do constituinte originário em corrigir uma situação que permanece incrustada nas práticas cotidianas mais rotineiras. Em pleno século 21, fato é que as mulheres ainda não gozam do mesmo tratamento destinado aos homens, malgrado o amadurecimento doutrinário e legislativo inquestionável ocorrido nas últimas décadas.

Na presente pesquisa, constatou-se que somente 8% dos magistrados trazem para o plano concreto a Convenção da ONU para a Eliminação de toda Forma de Discriminação contra a Mulher, bem como a Convenção Interamericana

GRÁFICO 11

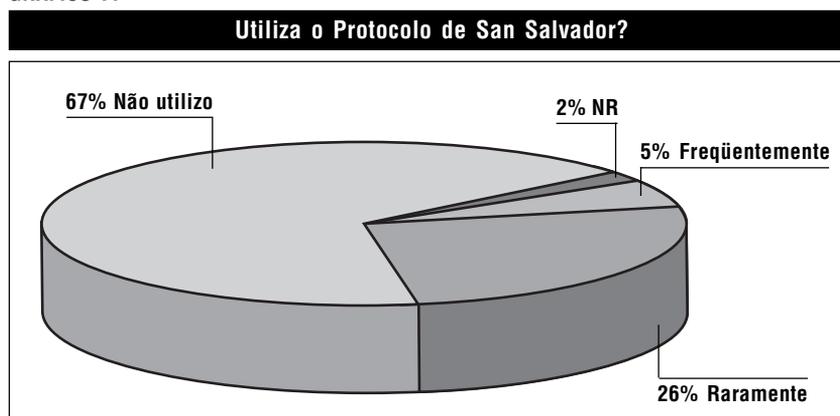
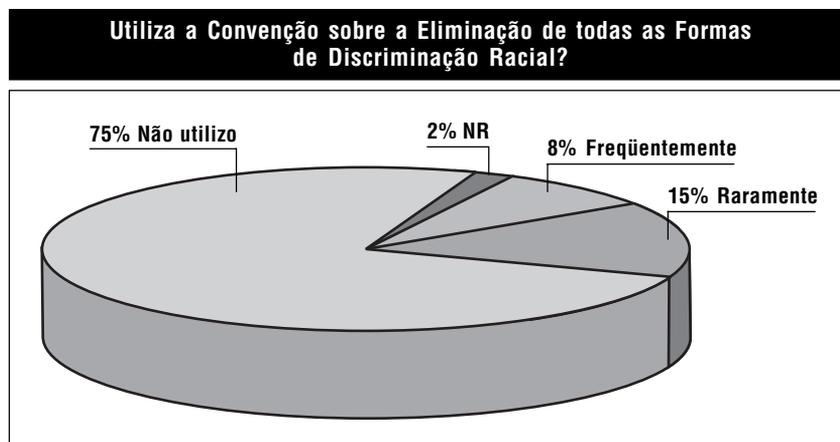


GRÁFICO 12



para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (ver Gráficos 13 e 14). Ao revés, 73% nunca recorreram a tais convenções e 17% o fizeram apenas algumas vezes. Esse resultado pode ser interpretado como óbice para a real efetivação dos direitos fundamentais e, também, como barreira para a consagração efetiva da isonomia entre homem e mulher. Esta somente pode ser atingida por meio da conjugação de dois movimentos paralelos: um cultural, mais complexo e de longo prazo; e outro, jurídico, de resultados mais imediatos, concernente à valorização e à aplicação da legislação existente.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A Declaração Universal de 1948 é certamente o texto mais importante no sentido de se banir a prática de tortura. A partir daí, o repúdio a tal prática foi reafirmado por uma série de pactos e convenções de alcance geral, como: Convenção Européia

GRÁFICO 13

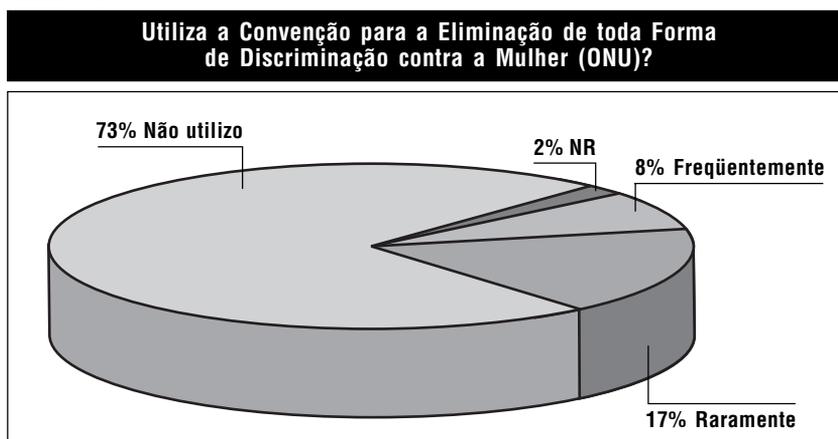
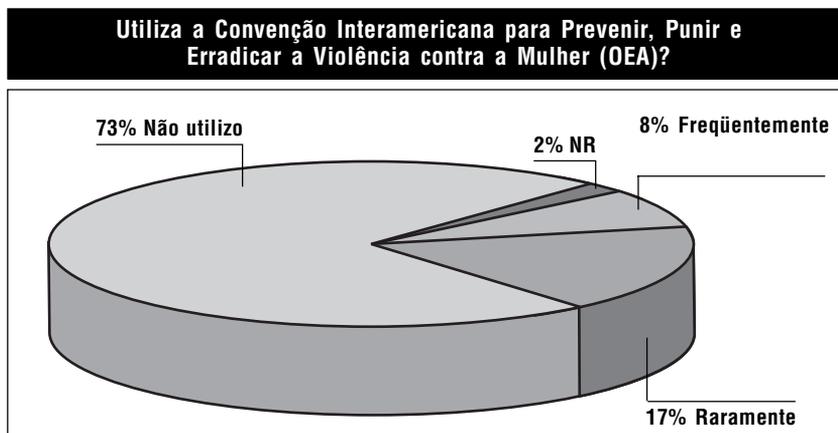


GRÁFICO 14



de Direitos Humanos (4/11/1950); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16/12/1966); Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (22/11/1969); a Convenção da ONU (1984); e a Convenção da OEA (1985). Assim, a tortura ficou reconhecida como delito previsto no Direito Internacional positivo, impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la e prever penas aos violadores da norma.

Em seus Artigos 1º, parágrafo III; 4º, parágrafo II; e 5º, parágrafos I e II, a Constituição brasileira de 1988 demonstra sua inserção na tendência das demais Constituições da América Latina, no sentido de conceder tratamento especial ou diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados. No entanto, ao serem questionados sobre a aplicação de tais convenções, apenas 10% dos juízes afirmaram que utilizam freqüentemente a Convenção Interamericana contra a Tortura e 11% em relação à Convenção do Sistema de Proteção da ONU. Um percentual um pouco maior declarou que raramente usa essas convenções – respectivamente, 16% e 14%, sendo que 1% e 2% não forneceram resposta. Já o percentual de não-utilização dessas convenções nas sentenças proferidas pelos juízes é altíssimo, 73% (ver Gráficos 15 e 16).

Apesar de tais normas criarem direitos para os cidadãos brasileiros e obrigações para o Brasil perante a comunidade internacional, pouco valem se os operadores do direito se mantêm silentes.

Convenção sobre os Direitos da Criança

Após a Declaração dos Direitos da Criança, de 20/11/1959 e do Ano Internacional da Criança, em 1979, sobreveio a doutrina da proteção integral da criança, expressa por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança (20/11/1989). Já preconizava a Declaração, em 1959, que “a humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços”, fixando um compromisso moral a ser assumido pelas gerações futuras. Contudo, a realidade histórica mostrou-se especialmente cruel com a população infanto-juvenil. Assim, por exemplo, todos os anos milhares de crianças são constringidas a abandonar a escola para ajudar no sustento da família.

O trabalho de campo revelou, conforme expresso no Gráfico 17, que apenas 30% dos juízes das varas pesquisadas aplicam a Convenção em tela – número obtido pelo 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. O Brasil conta com a Lei 8.069/90, que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma avançada e sofisticada legislação de proteção à infância e à juventude. Mesmo assim, não há motivos para que não se aplique a Convenção, especialmente considerando-se a importância simbólica da utilização dos sistemas interamericano e da ONU de garantia dos direitos humanos.

GRÁFICO 15

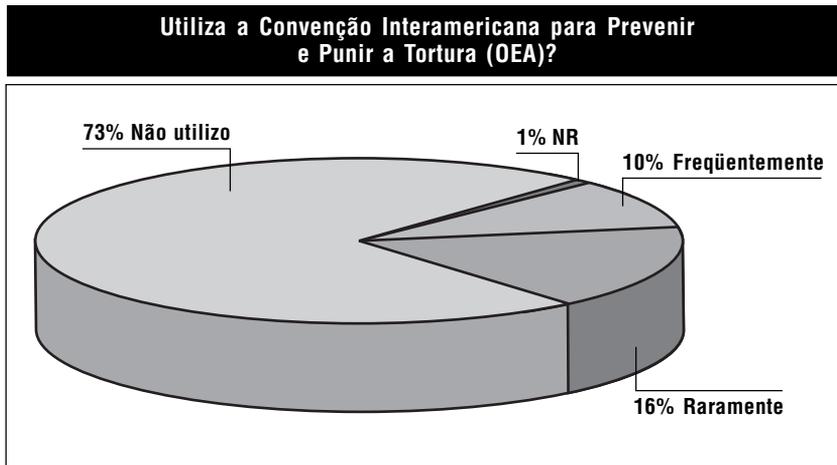


GRÁFICO 16

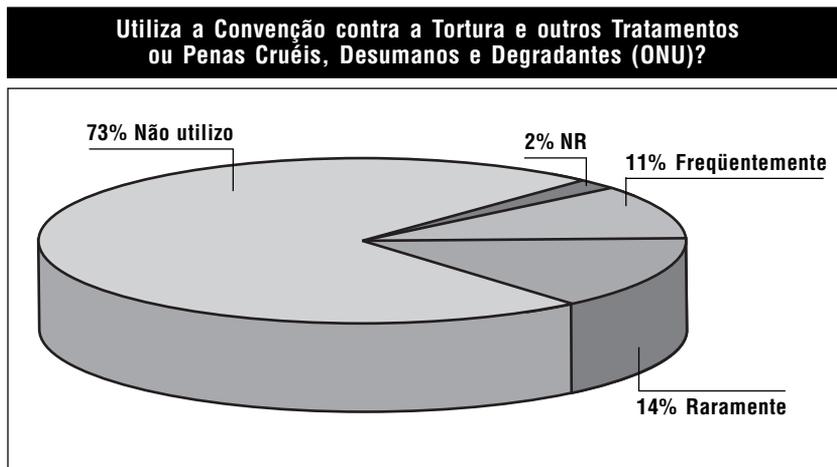
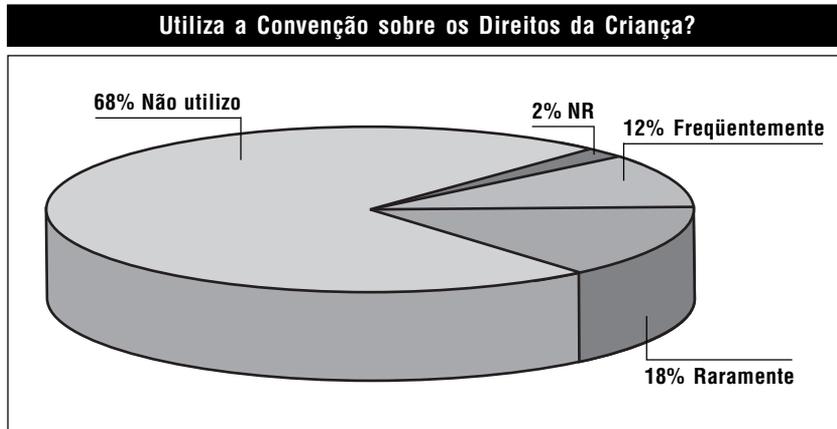


GRÁFICO 17



O contexto social e histórico delineado acima realça a importância e a necessidade da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24/9/1990. Vale registrar que, até a presente data, os únicos países que não ratificaram a Convenção foram os Estados Unidos e a Somália.

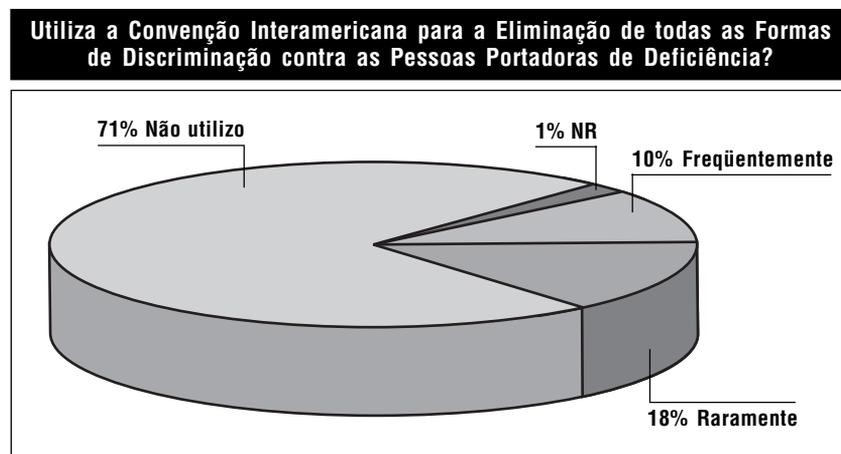
Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

A constituição de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, como prescreve 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 comiseração 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 visando à superação das várias barreiras que enfrentam todos os tipos de portadores de deficiência – desde o acesso ao ensino até à inserção no mercado de trabalho. É exatamente essa a linha seguida pelo ordenamento jurídico quando apresenta, na própria Constituição, dispositivos especiais direcionados a essas pessoas, como os artigos 7º, 23, 37 e 203.

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, a referida Convenção foi ratificada por meio do Decreto Legislativo 198/2001 e do Decreto Executivo 3.956/2001. Contudo, ainda não se popularizou, entre os aplicadores do direito, como instrumento eficaz na luta pelos direitos dos portadores de deficiência, como revelam os dados da pesquisa (ver Gráfico 18).

GRÁFICO 18



Indagados a respeito do uso da convenção na fundamentação de suas sentenças, apenas 10% dos magistrados afirmaram utilizá-la freqüentemente. Do total dos juízes questionados, 71% responderam nunca terem recorrido a ela e 18%, que raramente a utilizam.

Em um país com cerca de 24 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência⁷ e tão poucas políticas sociais efetivas de superação de barreiras, é realmente impressionante que uma ferramenta jurídico-social tão importante como essa convenção tenha um índice de aplicação tão baixo. Pode-se suscitar, numa hipótese explicativa, a conjunção de duas variáveis fundamentais: (1) baixo nível de demandas judiciais voltadas para a garantia dos interesses das pessoas portadoras de deficiência; (2) baixo nível de conhecimento da magistratura acerca das normas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos de que o Brasil é signatário.

Variáveis determinantes na aplicação dos direitos humanos

A escolha de modelos de regressão como ferramenta para subsidiar a análise dos dados acima está relacionada à sua aplicabilidade em testes de hipótese, utilizados para testar se a efetivação dos direitos humanos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é influenciada pelas características do juiz, sua formação e sua concepção acerca do tema.

Para o ajuste de modelos logísticos multinomiais foi adotada como variável-resposta uma indicadora do uso de normativa na fundamentação das sentenças proferidas. Tal variável foi construída a partir das respostas “freqüentemente”, “raramente” ou “não utilizo” dada a cada uma das onze normativas utilizadas na pesquisa.

A variável indicadora foi considerada “freqüentemente” quando tal resposta ocorria em pelo menos uma das normativas mencionadas. Considerou-se “raramente” quando não havia nenhuma resposta igual a “freqüentemente” e pelo menos uma igual a “raramente”. A resposta “não utilizo” foi associada sempre que havia tal resposta para todas as normativas mencionadas.

O procedimento adotado para a modelagem dos dados consistiu em aplicar testes de hipótese acerca da contribuição de cada variável para o poder de explicação do modelo, em um nível de 5% de significância. As variáveis consideradas significativas, no nível fixado, foram utilizadas na composição de um único modelo e novos testes de hipótese foram aplicados. Por fim, excluindo-se as variáveis que juntamente com as demais não contribuíam significativamente para o poder de explicação do modelo, foi obtido o modelo ajustado.

Os valores das estatísticas⁸ utilizadas para testar a significância de cada

7. Ver IBGE, Censo Demográfico 2000.

8. Estas estatísticas de teste foram obtidas utilizando-se a PROC GENMOD do SAS.

variável nos respectivos modelos podem ser vistos na Tabela 4. Como resultado do teste de hipótese, cujas estatísticas e respectivos p-valores são mostrados nessa tabela, concluiu-se que podem contribuir, no nível de significância de 5%, para explicar a utilização das normativas na fundamentação das sentenças, as seguintes variáveis: (a) tipo de vara; (b) cor ou raça do juiz; (c) tipo de escola onde cursou a maior parte do ensino médio; (d) onde cursou a graduação; (e) se gostaria de fazer cursos de direitos humanos; (f) se sabe como funcionam os sistemas de proteção internacional dos direitos humanos da ONU e da OEA; (g) se acha que o conhecimento

TABELA 4

Estatísticas de teste da significância das variáveis para o modelo com 24 variáveis (Modelo 1)				
Estatísticas de RL para análise de tipo 1				
Categorias	Desvio	GL	Qui-quadrado	Prob > Qui-quadrado
Tipo de vara	399,7911	5	17,10	0,0043
Sexo (2)	427,4586	1	3,26	0,0708
Idade (3)	433,6336	3	0,18	0,9814
Cor (4)	382,3783	3	25,80	<,0001
Tempo de magistratura (5)	425,2816	3	4,35	0,2259
Tempo no tipo de vara (6)	417,8612	4	8,06	0,0893
Ensino Médio (7)	417,6860	3	8,15	0,0430
Graduação (8)	383,2655	14	25,36	0,0312
DH na graduação (9)	427,7312	2	3,13	0,2094
Estudou DH (10)	430,8308	1	1,58	0,2091
Gostaria de estudar DH (11)	413,0721	4	10,46	0,0334
Participação em ONG (12)	430,2227	3	1,88	0,5974
Sistema ONU/OEA (13)	403,1920	3	15,40	0,0015
Decisões cortes internacionais (14)	425,4045	3	4,29	0,2317
Enriquecer sentenças (15)	421,3918	2	6,30	0,0429
Mandado de despejo (16)	428,7396	2	2,62	0,2694
Ação afirmativa (17)	428,0307	2	2,98	0,2257
Privação de liberdade (18)	425,1317	3	4,43	0,2189
DH São (19)	429,4057	4	2,29	0,6826
DHES e DHCP (20)	433,7453	2	0,12	0,9417
Tutela DH e gasto executivo (21)	433,2650	2	0,36	0,8351
Inexeqüibilidade dos DH (22)	431,0908	3	1,45	0,6944
DH aplicáveis (23)	421,2597	1	6,36	0,0117
Sentença Corte Interamericana (24)	430,2081	2	1,89	0,3889

das decisões das cortes internacionais pode auxiliar ou enriquecer suas sentenças; (h) se expediria mandado de despejo contra réu que não possui outro imóvel; (i) e se já atuou em processo no qual as normas de direitos humanos fossem aplicáveis. Assim, tais variáveis foram utilizadas na composição de um único modelo, ao qual foi aplicado um novo teste de hipótese, descartando as demais. As estatísticas de teste calculadas considerando-se o modelo com as oito variáveis são mostradas na Tabela 5.

O resultado dos novos testes de hipótese, cujas estatísticas e respectivos p-valores são mostrados na Tabela 5, levou a concluir que o tipo de escola em que o juiz cursou a maior parte do ensino médio e a graduação – se acha que o conhecimento das decisões das cortes internacionais pode auxiliar ou enriquecer suas sentenças e se já atuou em processo no qual as normas de direitos humanos fossem aplicáveis – não contribui significativamente, ao nível de significância de 5%, para a explicação da utilização das normativas na fundamentação das sentenças. Tais variáveis foram descartadas e buscou-se ajustar um novo modelo, contendo as quatro variáveis restantes, mostradas na Tabela 6.

O resultado dos novos testes de hipótese, cujas estatísticas e respectivos p-valores são mostrados na Tabela 6, levou a concluir que o fato de o juiz ter ou não interesse em fazer cursos de direitos humanos não contribui significativamente, no nível de significância de 5%, para explicar a utilização das normativas na fundamentação das sentenças. Tal variável foi descartada e foi possível concluir que o modelo contendo apenas três variáveis explica o comportamento da utilização de normativas internacionais de proteção dos direitos humanos na fundamentação das sentenças proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tão bem quanto os modelos anteriormente testados. As estatísticas e os respectivos p-valores são mostrados na Tabela 7.

O modelo ajustado com os efeitos principais de três variáveis pode ser obtido aplicando-se à equação geral os valores estimados dos parâmetros apresentados na Tabela 8.

A análise dos valores estimados dos parâmetros permite identificar o tipo de contribuição de cada um dos níveis dos fatores para a utilização das normativas internacionais de proteção aos direitos humanos na fundamentação das sentenças proferidas. A seguir, apresentaremos uma análise para cada um dos fatores.

Tipo de vara

A vara, considerada como unidade de pesquisa, encontra-se ordenada pelas diversas áreas do direito, o que facilita a atuação do juiz e a acessibilidade da Justiça pela sociedade.

Constata-se que a maioria das varas pesquisadas pertence à área cível: são 57 varas, em toda a Comarca. Em seguida estão as Varas Criminais, totalizando 19 pesquisadas, e as Varas de Família, totalizando 15. As Varas de Fazenda Pública, Órfãos e Sucessões e as “outras varas” obtiveram sua

TABELA 5

Estatísticas de teste da significância das variáveis para o modelo com 8 variáveis (Modelo 2)				
Estatísticas de RL para análise de tipo 1				
Categorias	Desvio	GL	Qui-quadrado	Prob > Qui-quadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Cor (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Ensino médio (7)	3.661,548	3	3,76	0,2883
Graduação (8)	3.250,368	14	20,56	0,1135
Gostaria de estudar DHS (11)	3.022,778	4	11,38	0,0226
Sistema ONU/OEA (13)	2.699,890	3	16,14	0,0011
Enriquecer sentenças (15)	2.613,929	2	4,30	0,1166
DH aplicáveis (23)	2.582,670	1	1,56	0,2112

TABELA 6

Estatísticas de teste da significância das variáveis para o modelo com 4 variáveis (Modelo 3)				
Estatísticas de RL para análise de tipo 1				
Categorias	Desvio	GL	Qui-quadrado	Prob > Qui-quadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Cor (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Gostaria de estudar DHS (11)	3.629,021	4	5,39	0,2497
Sistema ONU/OEA (13)	3.471,050	3	7,90	0,0482

TABELA 7

Estatísticas de teste da significância das variáveis para o modelo com 3 variáveis (Modelo ajustado)				
Estatísticas de RL para análise de tipo 1				
Categorias	Desvio	GL	Qui-quadrado	Prob > Qui-quadrado
Tipo de vara	4.030,958	5	19,09	0,0018
Cor (4)	3.736,788	3	14,71	0,0021
Sistema ONU/OEA (13)	3.514,756	3	11,10	0,0112

TABELA 8

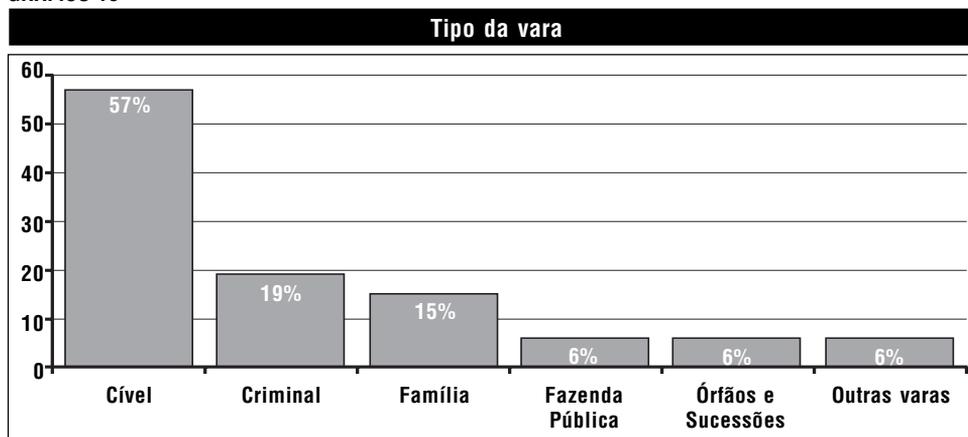
Valores estimados dos parâmetros e respectivos erros-padrão			
Análise dos parâmetros estimados			
Parâmetro	Nível	Estimativa	Erro-padrão
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Outros tipos de vara	0,0000	0,0000
	Família	-0,7936	0,9862
	Órfãos e Sucessões	-0,9415	13,765
	Cível	-11,184	0,8695
	Fazenda Pública	-11,484	12,206
Cor ou raça	Parda	14,457	17,588
	Não informou	0,0000	0,0000
	Indígena	-0,9477	23,034
	Branca	-16,863	15,914
ONU e OEA	Sim	21,475	13,346
	Apenas superficialmente	14,382	11,866
	Não informou	0,0000	0,0000
	Não	-0,2025	13,468

participação na pesquisa com 6 varas de cada uma (ver Gráfico 19).

Com o objetivo de examinar a concepção e a aplicação dos direitos humanos pelos juízes, é fundamental levar em consideração o tipo de vara em que o juiz atua, pois a matéria tratada está relacionada, de maneira direta, com a aplicabilidade de algumas das normativas mencionadas. Na Tabela 9, os tipos de vara estão ordenados de maneira decrescente segundo sua contribuição para a utilização das normativas internacionais na fundamentação das sentenças.

Procedendo-se à análise comparativa dos tipos de vara, é possível afirmar que

GRÁFICO 19



a probabilidade de que as normativas internacionais sejam utilizadas freqüentemente na fundamentação das sentenças é maior quando se trata de Vara Criminal.

No outro extremo, estão as Varas de Fazenda Pública e Cível, que apresentam o menor índice de utilização das normativas na fundamentação das sentenças. Causa estranhamento o fato de o Estado (Fazenda Pública) e as relações entre particulares (Cível) permanecerem à margem das discussões em torno do reconhecimento das diferentes modalidades de eficácia dos direitos fundamentais, tanto na esfera pública quanto na privada.

Entre os extremos está a categoria “outras varas” – que agrega Varas da Infância e da Juventude e as Varas únicas de Execução Penal, Auditoria Militar, e Registros Públicos –, bem como a categoria de Varas de Família e a de Órfãos e Sucessões, nas quais as chances de utilização das normativas diminuem gradualmente.

Cor ou raça

Considerando-se a análise descritiva dos juízes que participaram da pesquisa, apresentada na seção anterior, há que se notar que apenas um juiz declarou se considerar de raça indígena e dois não quiseram informar sua cor ou raça. Com efeito, maior importância deve ser atribuída aos dados referentes às cores branca e parda. Na Tabela 10, a cor ou raça dos juízes está ordenada de

TABELA 9

Valores estimados dos parâmetros e respectivos erros-padrão			
Análise dos parâmetros estimados			
Parâmetro	Nível	Estimativa	Erro-padrão
Tipo de vara	Criminal	0,1605	0,9656
	Outros tipos de vara	0,0000	0,0000
	Família	-0,7936	0,9862
	Órfãos e Sucessões	-0,9415	13,765
	Cível	-11,184	0,8695
	Fazenda Pública	-11,484	12,206

TABELA 10

Valores estimados dos parâmetros e respectivos erros-padrão			
Análise dos parâmetros estimados			
Parâmetro	Nível	Estimativa	Erro-padrão
Cor ou raça	Parda	14,457	17,588
	Não informou	0,0000	0,0000
	Indígena	-0,9477	23,034
	Branca	-16,863	15,914

maneira decrescente, segundo sua contribuição para a utilização das normativas internacionais na fundamentação das sentenças.

Observa-se que a cor ou raça associada à maior probabilidade de que as normativas sejam utilizadas frequentemente é a parda. Por outro lado, a branca mostra a maior probabilidade de que as normativas **nunca** sejam utilizadas. Tomando por base a categoria que agrega os casos em que o juiz não quis informar sua cor ou raça (“não informou”), a raça indígena também apresentou menor probabilidade de utilização freqüente das normativas internacionais na fundamentação das sentenças.

A alta probabilidade de que os juízes pardos utilizem as normativas internacionais de proteção dos direitos humanos na fundamentação de suas sentenças pode estar associada à maior preocupação com a matéria, conformada ao longo da história de exclusão social sofrida por esse grupo social. Mesmo sendo o Brasil um país com a segunda maior população de afro-descendentes, estes se encontram, na sua maioria, em situação de inferioridade social e econômica. O discurso de que não existe exclusão por razões étnicas em nosso país não traduz o que ocorre na prática. A presença de pessoas pardas em cargos de chefia, em universidades e outras posições sociais nobres é ainda ínfima.

Os resultados da pesquisa mostram as conseqüências de um processo de conscientização: os poucos e privilegiados que tiveram acesso à universidade e hoje ocupam o cargo de juiz agem com consciência crítica e preocupação com as desigualdades sociais. Apesar de serem minoria no Tribunal de Justiça, o conjunto dos juízes pardos mostra ação diferenciada, compatível com o entendimento de que as normativas internacionais de proteção dos direitos humanos são grandes aliadas para a garantia da dignidade humana.

Conhecimento sobre os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos da ONU e da OEA

Do total de juízes, a maioria conforma o grupo dos que não conhecem os Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA ou os conhecem apenas superficialmente. Apenas 17% declararam conhecimento desses sistemas sem restrições.⁹ Com uma breve análise exploratória, pode-se obter indícios de que a utilização das normativas de proteção dos direitos humanos é precária, pois o conhecimento desses sistemas acaba se refletindo de maneira acentuada na aplicação das normativas internacionais. As chances de uma normativa internacional ser aplicada por um juiz que não conheça os citados sistemas são mínimas, crescendo, todavia,

9. Ver o item “Sistemas de proteção da ONU e da OEA”, pág. 151.

essas chances, à medida que esse desconhecimento se converte em conhecimento superficial e, mais ainda, em conhecimento pleno. O desconhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção da ONU e da OEA mostrou-se intimamente ligado à não-aplicação das normativas internacionais relativas aos direitos humanos.

Na Tabela 11, os níveis de conhecimento dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos da ONU e da OEA estão ordenados de maneira decrescente, segundo sua contribuição para a utilização das normativas internacionais na fundamentação das sentenças.

Considerações finais

A finalidade precípua deste estudo foi investigar o grau de efetivação ou **justiciabilidade** dos direitos humanos na prestação da tutela jurisdicional pelos juízes de primeira instância da Comarca da Capital, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Evidenciou-se, ao longo da pesquisa, um instigante paradoxo: se, por um lado, os juízes demonstram concepções arrojadas acerca dos direitos humanos e da aplicabilidade, em tese, de suas normas garantidoras, por outro, poucos são os que efetivamente aplicam normas que versem sobre tais direitos, mormente em se tratando da utilização específica dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA. Isso pode ser justificado a partir da constatação de que 40% dos juízes **nunca** estudaram Direitos Humanos, e apenas 16% deles sabem como funcionam o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos interamericano e o das Nações Unidas. Mesmo assim, a grande maioria, 73% dos magistrados, afirma que, se houvesse oportunidade, gostaria de participar de cursos sobre direitos humanos.

Recorrendo-se ao modelo de regressão, chegou-se a apenas três variáveis – tipo de vara, cor do magistrado, conhecimento dos sistemas ONU e OEA – suficientes e determinantes para a explicação do comportamento dos juízes no que se refere à utilização das normativas internacionais na fundamentação das sentenças.

TABELA 11

Valores estimados dos parâmetros e respectivos erros-padrão			
Análise dos parâmetros estimados			
Parâmetro	Nível	Estimativa	Erro-padrão
ONU e OEA	Sim	21,475	13,346
	Apenas superficialmente	14,382	11,866
	Não informou	0,0000	0,0000
	Não	-0,2025	13,468

Procedendo-se à análise comparativa dos tipos de vara, verificou-se que o nível de utilização das normativas internacionais na fundamentação das sentenças é maior em se tratando de Vara Criminal e menor nas Varas Cível e de Fazenda Pública. Assim, há ainda, entre os magistrados, uma mentalidade que contraria os estudos doutrinários mais modernos que reconhecem a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. E, nas relações envolvendo o Estado, é possível vislumbrar com facilidade hipóteses que reclamam a tutela dos direitos humanos, como por exemplo, casos em que pessoas hipossuficientes pleiteiam ao Estado o fornecimento de medicamentos e/ou o custeio de tratamento médico, com fundamento nos direitos à vida e à saúde constitucionalmente assegurados.

Quanto ao segundo fator, observou-se que a cor, ou raça, associada à maior probabilidade de utilização freqüente das normativas internacionais é a parda, ao passo que a branca é a que apresenta menor probabilidade. Considerando-se que em sua maioria os juízes são brancos, esse resultado é preocupante.

O terceiro fator, que diz respeito ao conhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos da ONU e da OEA, revela o que já se afirmou anteriormente: quanto maior for o nível de conhecimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, maiores as chances de utilização das normativas mencionadas.

Finalmente, insta dizer que a compreensão da influência de cada um dos três fatores referidos sobre a utilização das normativas internacionais pode ser de grande valia para a implementação de mecanismos que visem garantir maior efetividade aos direitos humanos.

Logo, não restam dúvidas de que todos os magistrados, especialmente os de cor branca que atuem em Varas Cíveis ou Varas de Fazenda Pública, devem ser alvo de ações (in) formadoras, com vistas a ampliar seu conhecimento em matéria de direitos humanos. A justiciabilidade dos direitos humanos é uma questão de aprimoramento da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRESTI, Alan. *Categorical Data Analysis*. Nova York: John Willey & Sons, 1990.
- ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BLALOCK, Hubert M. *Social Statistics*. Tóquio: McGraw-Hill, 1972.
- BOBBIO, Norberto. “Presente e futuro dos direitos do homem”. In: *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA NETO, Pedro Luís de Oliveira. *Estatística*. São Paulo: Edgard Blücher, 1977.
- DOBSON, Annette J. *An Introduction to Generalized Linear Models*. Londres: Chapman & Hall, 1996.
- EVERITT, B. S. & DER, G. *A Handbook of Statistical Analyses Using SAS*. Londres: Chapman & Hall.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. “Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”. Dossiê Judiciário. *Revista USP*. São Paulo, n. 21, 1994.
- GAMERMAN, Dani & MIGON, Hélio dos Santos. “Introdução aos modelos lineares”. *Textos de métodos matemáticos* n. 27. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1993.
- GATTI, Bernardete Angelina. *Estatística básica para ciências humanas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “Sobre a legitimação pelos direitos humanos”. In: J-C. MERLE & L. MOREIRA (orgs.). *Direito e legitimidade*, pp. 67-82. São Paulo: Landy, 2003.
- LEVIN, Jack. *Estatística aplicada a ciências humanas*. São Paulo: Habra, 1987.
- MELLO, Celso D. da Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999.

- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- PIZZINGA, Adrian Heringer. *Modelos de regressão para respostas nominais politômicas*. Monografia de final de curso de graduação. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas (ENCE), 2000.
- POWERS, Daniel A. & XIE, Yu. *Methods for Categorical Data Analysis*. San Francisco: Academic Press, 2000.
- RATKOWSKY, David A. *Handbook of Nonlinear Regression Models*. Nova York: Marcel Dekker, 1989.
- SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho de direitos humanos. *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PLANO DE AÇÃO APRESENTADO PELA ALTA COMISSÁRIA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS*

Louise Arbour

Não teremos desenvolvimento sem segurança, não teremos segurança sem desenvolvimento e não teremos nem segurança nem desenvolvimento se os direitos humanos não forem respeitados.
(A/59/2005, parágrafo 17)

O presente plano de ação, solicitado pelo Secretário-Geral em seu informe “Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos” (A/59/2005), apresenta uma visão estratégica da orientação que o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ECNUDH) deverá seguir no futuro. Parte de sua afirmativa, compartilhada por muitos, de que a comunidade internacional deve fazer bem mais em relação às atuais ameaças aos direitos humanos e que o ECNUDH deve dispor de um volume de recursos consideravelmente maior para desempenhar a função central de enfrentar esse desafio.

O plano baseia-se no mandato conferido ao Alto Comissariado para promover e proteger o exercício efetivo e universal de todos os direitos humanos e busca, em particular, corrigir insuficiências persistentes na tarefa designada de “[...] desempenhar um papel ativo na remoção dos atuais obstáculos e enfrentar os desafios para a plena realização de todos os direitos humanos, evitando que continuem as violações aos direitos humanos em todo o mundo [...]” (ver Resolução da Assembleia Geral 48/141, parágrafo 4.f).

* Este é o resumo do plano de ação elaborado pela Alta Comissária de Direitos Humanos das Nações Unidas, Louise Arbour, inserido como anexo no Relatório do Secretário-Geral da ONU: “Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos” apresentado à 59ª sessão da Assembleia Geral da ONU. A versão completa do documento (UN A/59/2005/Add.3, May 26 2005) está disponível em <www.ohchr.org>.

O legado histórico do programa das Nações Unidas em matéria de direitos humanos reside especialmente no amplo conjunto de normas e regras relativas aos direitos humanos produzido nos últimos 60 anos. Contudo, a aplicação de novos recursos e aptidões no combate aos problemas de direitos humanos derivados de pobreza, discriminação, conflitos, impunidade, déficits democráticos e debilidades institucionais, precisará de um foco mais concentrado em sua implementação.

Assim, o presente plano dirige a atenção para uma série de “falhas na implementação” dos direitos humanos, incluindo-se aquelas relacionadas com o conhecimento, a capacidade, o grau de comprometimento e a segurança. Ajudar a reduzir essas falhas e assim proteger as pessoas, ajudando-as a se capacitar para realizar seus direitos, deve ser a missão essencial do Escritório de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Com essa finalidade, o plano estabelece medidas práticas em cinco âmbitos:

- a. Maior engajamento dos países por meio da expansão dos escritórios regionais, aumento no número de funcionários de direitos humanos enviados para países e regiões, criação de um grupo de apoio permanente para as tarefas que exigem rapidez, investigações, prestação de apoio em campo, capacitação em matéria de direitos humanos, assessoramento e assistência e ampliação do trabalho com justiça transicional e com o estado de direito.
- b. Potencialização da liderança em matéria de direitos humanos do Alto Comissariado, mediante maior interação com os órgãos, entidades e atores pertinentes das Nações Unidas e realização de consultas periódicas sobre direitos humanos no âmbito do sistema, reforço da presença em Nova York, um relatório temático anual sobre direitos humanos, uma campanha global pelos direitos humanos e maior esforço em favor da redução da pobreza e dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.
- c. Estreitamento das alianças com a sociedade civil e as agências das Nações Unidas, por meio da criação de uma função de apoio para a sociedade civil, apoio aos defensores de direitos humanos, dedicação mais intensa às atividades da Ação 2* em relação aos enfoques baseados nos direitos e nos sistemas nacionais de proteção, e oferecimento de orientação sobre direitos humanos ao sistema de coordenadores residentes.
- d. Maior sinergia nas relações entre o ECNUDH e os vários órgãos das Nações Unidas, com a celebração de um encontro intergovernamental destinado

* Ação 2 é um programa global destinado a reforçar a capacidade das equipes das Nações Unidas nos países para apoiar os esforços dos Estados-membro que o solicitarem, fortalecendo seus sistemas nacionais de promoção e proteção dos direitos humanos. [NE]

a examinar as opções existentes para se estabelecer um órgão permanente unificado de direitos humanos vinculado a um tratado, incluindo-se aí a consideração sobre a possibilidade de mudar para Genebra a sede do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, e uma revisão dos procedimentos especiais.

- e. Fortalecimento das atividades de gestão e planejamento para o ECNUDH, mediante unificação de políticas e planejamentos, considerável aumento do corpo de funcionários, adoção de iniciativas para fomentar a diversidade do pessoal, realização de atividades de capacitação, estabelecimento de normas sobre a rotatividade do pessoal de campo e novos procedimentos administrativos.

Embora o plano de ação atual se concentre no trabalho do ECNUDH, sua redação teve como pano de fundo o debate sobre o futuro da Comissão de Direitos Humanos, no contexto da proposta do Secretário-Geral de que a Comissão seja elevada à categoria de Conselho de Direitos Humanos. O Escritório apóia fortemente a proposta de que o estudo da situação dos direitos humanos nos países se realize por meio de um sistema eficaz, justo e transparente de análise, fundamentado no princípio do exame universal. O ECNUDH está disposto a contribuir para os debates sobre a melhor maneira de alcançar esse objetivo.

O presente plano traz consigo consideráveis conseqüências – estratégicas, operacionais e materiais. Na seção V oferece uma síntese das medidas práticas, com o objetivo de facilitar a consulta.

A implementação de alguns aspectos do plano pode se iniciar nos próximos meses, procurando priorizar de forma mais eficaz os recursos existentes e melhorar o planejamento e a formulação de políticas, de modo que todos os componentes do ECNUDH possam atuar melhor no sentido de reduzir as falhas de implementação dos direitos, no âmbito nacional dos países, de forma coordenada e sustentável.

Entretanto, a aplicação integral do plano exige que o ECNUDH receba um volume de recursos consideravelmente maior; caso contrário, não passará de uma declaração de intenções. Atualmente, o programa de direitos humanos recebe apenas 1,8% do orçamento das Nações Unidas. Em conseqüência, a maior parte dos recursos do ECNUDH, incluindo aqueles destinados às atividades básicas solicitadas pelos órgãos das Nações Unidas, aparece sob forma de contribuições extra-orçamentárias. O orçamento anual do Escritório é de 86,4 milhões de dólares. Estima-se que, para reduzir as deficiências assinaladas no informe do Secretário-Geral e realizar um sério esforço no sentido de intensificar o trabalho de acordo com as diretrizes propostas no presente plano, o ECNUDH necessitará duplicar o volume total de recursos nos próximos cinco ou seis anos.