



SÉRIE PÓS-GRADUAÇÃO

GLOBALIZAÇÃO, JUSTIÇA & SEGURANÇA HUMANA

capacitação para a compreensão dos
grandes desafios do século XXI





República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

CÂMARA EDITORIAL GERAL

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Robério Nunes dos Anjos Filho – Coordenador
Procurador Regional da República – 3ª Região

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto
Procurador do Trabalho – PRT 10ª Região/DF

José Antônio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região/RJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Ana Luisa Rivera
Promotora de Justiça

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Promotora de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar aposentado





ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

SÉRIE PÓS-GRADUAÇÃO
**GLOBALIZAÇÃO,
JUSTIÇA &
SEGURANÇA HUMANA**

capacitação para a compreensão dos
grandes desafios do século XXI

ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO
ORGANIZADOR

BRASÍLIA-DF
2011





Escola Superior do Ministério Público da União

SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tél.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
<www.esmpu.gov.br> – <editoração@esmpu.gov.br>

Copyright 2011. Todos os direitos reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Setor de Revisão

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia

Neusa Maria Neves – Revisão de provas

Preparação de originais

Lara Litvin Villas Bôas

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto gráfico e capa

Lucas de Ávila Cosso

Diagramação

*Alice Corbett, Juliana Carnielli e Leonardo Betti para
Cha Com Nozes Propaganda Ltda – SRES Q. 12, Bloco 3, casa 26
70645-105 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3551-5100
E-mail: sac@chacomnozes.com.br*

Impressão

*Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: ideal@idealgrafica.com.br*

Tiragem: 3.200 exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

G562 Globalização, justiça e segurança humana : capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI / Robério Nunes dos Anjos Filho (Organizador) ; Ana Isabel Burke de Lara Alegre ... [et al.] – Brasília : ESMPU, 2011.

264 p.

978-85-88652-43-9

Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-44-6

1. Globalização – aspectos sociais. 2. Patrimônio cultural – aspectos jurídicos. 3. Timor Leste – política e governo. 4. Economia internacional. 5. Direitos humanos. 6. Tribunal Penal Internacional. I. Anjos Filho, Robério Nunes dos.

CDD 303.48





Colaboradores

Ana Isabel Burke de Lara Alegre

Adida policial da Embaixada de Portugal em Brasília

Ana Letícia Laydner Cruz

Advogada

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Advogada da União

Flaviane Silveira Curado

Analista processual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Giampaolo Gentile

Advogado da União

Isabela Marques Seixas

Advogada da União

Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro

Advogada da União

Rodrigo Nascimento de Avellar Fonseca

Assessor da Promotoria de Justiça Criminal de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde (Pró-Vida) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios





Sumário

Apresentação	9
Globalização <i>vs.</i> segurança: O papel das fronteiras <i>Ana Isabel Burke de Lara Alegre</i>	13
A tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais <i>Ana Leticia Laydner Cruz</i>	39
As Nações Unidas e o Timor Leste: Principais dificuldades na construção de uma República democrática <i>Andrea de Quadros Dantas Echeverria</i>	71
Desafios e perspectivas para a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes em tempos de globalização <i>Flaviane Silveira Curado</i>	101
Cooperação econômica internacional: Regionalismo, multilateralismo e a inserção do Brasil no processo de integração econômica internacional <i>Giampaolo Gentile</i>	129
A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro <i>Isabela Marques Seixas</i>	157
O Tribunal Penal Internacional e a proibição constitucional de imposição de pena de prisão perpétua <i>Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro</i>	199
O direito internacional humanitário e sua convergência com o direito internacional dos direitos humanos: Ampliação e fortalecimento das vias de proteção da pessoa humana <i>Rodrigo Nascimento de Avellar Fonseca</i>	237







Apresentação

Na sequência das profundas transformações iniciadas no ocaso do século XX, o novo milênio convive com fenômenos verdadeiramente impactantes na dinâmica da vida política e social: flexibilização do conceito de soberania dos Estados, encurtamento das noções de espaço e tempo, desconhecimento de fronteiras geográficas, vertiginosa velocidade do fluxo informacional, transnacionalização do capital, impactos ambientais transfronteiriços, migração internacional de trabalhadores, tráfico internacional de pessoas, criminalidade transnacional, entre outros sintomas. Tudo isso pode resumir-se numa só palavra: globalização.

Como em tudo na vida, o bem e o mal se misturam nesse intrincado fenômeno. Se, de um lado, a globalização propicia – e desafia – o tratamento uniforme de questões que afetam territorial, política ou economicamente vários países, de outro, convive-se com a perigosa massificação cultural, o aniquilamento de economias frágeis, a neutralização das individualidades e a pressão sobre identidades culturais, amplificando a sensação de que o ser-múltiplo prepondera sobre o ser-indivíduo e de que as diferenças num cenário “globalizado” são aspectos secundários ou descartáveis.

Nesse quadro de tantas e tão radicais transformações, a civilização, em suas diversas formas de manifestação, deve esforçar-se para perenizar valores capazes de refletir a ideia de garantia e promoção de direitos de caráter universalizante, pautando sociedade e Estados com vistas na realização de um mínimo existencial digno para os diferentes povos do Planeta. Trata-se, nada mais, nada menos, de tentar assegurar o ideal de justiça social.

Tarefa difícil, sem dúvida, num mundo que segue assimétrico, social e economicamente e em meio a indiferenças e incompreensões nos diversos quadrantes.

Atenta a essa realidade, a Escola Superior do Ministério Público da União vem desenvolvendo projeto de capacitação com vistas em oportunizar momento para reflexão sobre tal problemática, num esforço para subsidiar as tentativas de compreensão e enfrentamento dos grandes desafios deste século. Assim nasceu, na ESMPU, o consistente Curso de Pós-Graduação Globalização, Justiça e Segurança Humana. Os trabalhos finais da Turma I, com indicação para publicação, encontram-se reunidos nesta densa coletânea. O projeto – vale destacar – prossegue com nova turma, agora, no formato semipresencial, e do qual também esperamos colher resultados tão valiosos como os que aqui se apresentam.

Boa leitura!

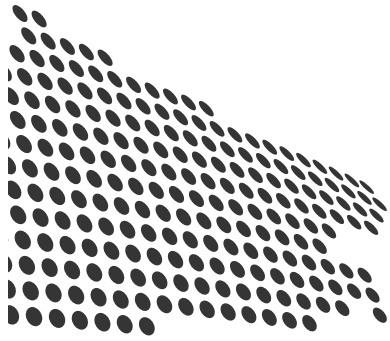
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Procurador Regional da República

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União







GLOBALIZAÇÃO VS. SEGURANÇA

O papel das fronteiras

Ana Isabel Burke de Lara Alegre







Globalização vs. segurança

O papel das fronteiras

Ana Isabel Burke de Lara Alegre

Sumário

1 Introdução. 2 Globalização. 3 Fronteiras. 3.1 Fronteiras e limites. 4 Globalização vs. soberania nacional. 4.1 Globalização e defesa da identidade nacional. 5 Um mundo sem fronteiras? 5.1 Crime sem fronteiras. 6 Conclusão.

1 Introdução

A história mundial tem períodos dominados por processos que, por vezes, os caracterizam. No actual momento da história, vive-se um traço característico que é o paradigma da globalização.

Devido a essa mesma globalização, a compartimentação do espaço mundial revela duas facetas contraditórias e solidárias. Por um lado, as fronteiras devem delimitar com clareza o território nacional de acordo com o princípio da soberania, mas, por outro lado, a economia transnacional opera fluxos financeiros e normativos que atravessam as fronteiras, promovendo um enfraquecimento de suas funções destinadas à protecção.

O desenvolvimento – em especial o técnico-científico e informacional – possibilitou a unificação técnica do planeta, mas, paradoxalmente, desde o seu surgimento, está mais compartimentado.

Na era da velocidade e do encurtamento das distâncias, os territórios nacionais sofrem, em diferentes graus, das influências de um mundo globalizado, e é a partir dessas influências que se efetivam as relações interestatais e, consequentemente, os quadros legais de legitimação do poder e reconhecimento das soberanias.

A globalização, sendo um fenómeno multifacetado, possui na sua génese a ideia do mundo ter-se tornado mais pequeno e a principal característica é a tendência para o livre fluxo de pessoas, bens, capitais e ideias através das fronteiras.





O objectivo deste trabalho é fazer uma breve análise do fenómeno designado de globalização e as suas consequências na forma de actuação dos Estados, em particular, no papel das fronteiras.

Verificar-se-á também se a sua remoção pode representar uma ameaça ao Estado-Nação – que tradicionalmente vigia as fronteiras.

Em primeiro lugar, será abordada a definição e as diferentes vertentes do fenómeno globalização e, em seguida, o conceito de fronteiras e o seu papel no mundo globalizado, em especial no controlo do crime transnacional.

2 Globalização

A globalização, entendida em sentido lato como sendo um processo económico, político, social e cultural, marcou as últimas décadas do século XX e o início do século XXI.

É um fenómeno gerado pela necessidade da dinâmica do capitalismo de formar uma aldeia global que permita expandir mercados dos países centrais (ditos desenvolvidos) cujos mercados internos já estão saturados.

Essa necessidade levou as nações a, aos poucos, começarem a abrir-se para produtos de outros países, marcando o crescimento da ideologia económica do liberalismo.

Com a liberalização das trocas, a intensificação e desregulamentação das práticas transnacionais e a emergência da economia digital, a ideia de economias nacionais abertas ao exterior por meio de fluxos de mercadorias e serviços fizeram com que fiscalizar as fronteiras talvez seja cada vez mais uma ficção dos Estados, que controlam cada vez menos os movimentos comerciais e financeiros à escala mundial.

Na prática, a globalização afecta todas as áreas da sociedade, principalmente as comunicações, o comércio internacional e a liberdade de movimentação, com diferente intensidade dependendo do nível de desenvolvimento e integração das nações ao redor do mundo.

Salienta-se a globalização das comunicações, que tem a sua face mais visível na Internet, a rede mundial de computadores, possível devido a acordos e protocolos entre diversas entidades privadas da área de telecomunicações e governos. Isso permitiu um fluxo de troca de ideias e informações único na história





da humanidade. Veio acentuar que actualmente vivemos num mundo global e interdependente e que nenhum Estado pode estar isolado.

A globalização, por ser um fenómeno decorrente da evolução do mercado capitalista não direccionado por uma única entidade ou pessoa, possui várias linhas teóricas que tentam explicar sua origem e seu impacto no mundo actual.

A rigor, as sociedades do mundo estão em processo de globalização desde o início da História, acelerado pela época dos Descobrimentos.

Mas o processo histórico a que se denomina globalização é bem mais recente, datado (dependendo da conceituação e da interpretação) do fim da Segunda Guerra Mundial, do colapso do bloco socialista e consequente fim da Guerra fria (entre 1989 e 1991) ou do refluxo capitalista com a estagnação económica da URSS (a partir de 1975).

Em termos gerais, a globalização é vista, por alguns cientistas políticos, como o movimento sob o qual se constrói o processo de ampliação da hegemonia económica, política e cultural ocidental sobre as demais nações.

Ou em outras palavras, a globalização é a reinvenção do processo expansionista americano no período pós guerra-fria, com a imposição (forçada ou não) dos modelos políticos (democracia), ideológico (liberalismo, hedonismo e individualismo) e económico (abertura de mercados e livre competição).

O pensador italiano António Negri, em seu livro “Império” (2003), defende que a nova realidade sociopolítica do mundo é definida “por uma forma de organização diferente da hierarquia vertical ou das estruturas de poder arborizadas” (ou seja, partindo de um tronco único para diversas ramificações ou galhos cada vez menores).

Para Negri (2003), essa nova dominação (que ele baptiza de “Império”) é constituída por “redes assimétricas, e as relações de poder dão-se mais por via cultural e económica do que uso coercitivo de força”. O autor entende que entidades organizadas como redes (tais como corporações, ONGs e até grupos terroristas) têm mais poder e mobilidade (portanto, mais chances de sobrevivência no novo ambiente) do que instituições paradigmáticas da modernidade (como o Estado, partidos e empresas tradicionais).

O cientista político Samuel P. Huntington (1996)¹ considera a globalização como um processo de expansão da cultura ocidental e do sistema capitalista sobre os demais modos de vida e de produção do mundo, que conduzirá inevitavelmente a um “choque de civilizações”.

1 Ideólogo do neoconservadorismo norte-americano.





Norman Robertson (2000) vê a globalização como a base de uma crescente interdependência entre países e pessoas, num processo pelo qual o mundo está a transformar-se num só e que as pessoas estão a tornar-se cientes disso.

Domenico de Masi (2000), filósofo italiano, diz que a globalização é “instinto”, assim como a criatividade e os mecanismos de defesa e de ataque, instinto de sobrevivência. Afirma que os seres humanos sempre tiveram o instinto de globalizar, isto é, ampliar seus limites, as próprias fronteiras.

Boaventura de Sousa Santos (2002), professor de português, defende que há duas formas de globalização, a globalização neoliberal e aquilo a que chama de globalização contra-hegemónica, que desde há algum tempo vem-se opondo à primeira. Designa por globalização contra-hegemónica o conjunto vasto de redes, iniciativas, organizações e movimentos que lutam contra as consequências económicas, sociais e políticas da globalização hegemónica. A globalização contra-hegemónica centra-se nas lutas contra a exclusão social.

Ao falar em globalização, mundialização ou internacionalização, em todas as definições as características comuns são: a cada vez maior interdependência das economias com o domínio do capitalismo, a redução das distâncias quer em espaço, quer em tempo, em consequência do rápido desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação, e o aparecimento de novos actores na cena internacional, que traduzem uma nova forma de participação cívica dos cidadãos nas questões diárias.

A todos, é unânime a ideia de que o mundo, que é único, está a ficar cada vez mais pequeno.

Com o fortalecimento da ideologia neoliberalista e a consequente remodelação do capitalismo internacional, esse processo ganhou força, de forma que vem, contínua e progressivamente, provocando grandes transformações.

Além das discussões que envolvem a definição do conceito, há controvérsias em relação aos resultados da globalização.

É consensual que a globalização é um fenómeno moderno que surgiu com a evolução dos novos meios de comunicação cada vez mais rápidos e mais eficazes.

A globalização está geralmente associada à ideia da interdependência económica de todos os países do mundo no sentido de que os efeitos positivos ou danosos de um facto económico relevante de um deles vão-se propagar à economia dos outros.

Contudo, actualmente, a globalização é muito mais do que isso: é a internacionalização e a conexão recíproca de eventos e efeitos, seja qual for a esfera de comportamento humano onde eles se localizam, já que a tecnologia e as comunicações tornaram o planeta numa aldeia global.





Daí que se possa falar numa globalização do risco, da degradação ambiental, do crime organizado, do direito penal que assim se internacionaliza.

Seja qual for o ângulo pelo qual seja abordada, a intervenção mundial dos comportamentos humanos pressupõe – para os corrigir ou regular – a coordenação globalizada de povos e de Estados, o que significa que, hoje em dia, ninguém está sozinho para o bem ou para o mal.

Existem tanto aspectos positivos quanto negativos na globalização.

No que concerne aos aspectos negativos, há a referir que devido à facilidade com que tudo circula, não existe um controle eficaz. A globalização serve para os mais fracos equipararem-se aos mais fortes, pois tudo é possível adquirir por meio da grande autoestrada informacional do mundo que é a Internet.

Os movimentos populacionais decorrentes da globalização e a convivência pacífica entre os povos foram abalados pelos ataques perpetrados no 11 de setembro de 2001. Emergiu uma tolerância menor entre povos de culturas diferentes dando origem a um certo choque civilizacional. O mundo ficou dividido entre o chamado “eixo do mal”² e um “eixo do bem” que, sob a égide de uma super-potência (EUA), decidiu actuar à margem das organizações internacionais que são responsáveis pela defesa dos direitos humanos e pela ordem jurídica internacional, nomeadamente a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Tribunal Penal Internacional (TPI).

Outro dos aspectos negativos é a grande instabilidade económica que se cria no mundo, pois qualquer fenómeno que aconteça num determinado país atinge rapidamente outros países, criando-se contágios que se alastram a todos os pontos do globo como se de um único ponto se tratasse.

Os países cada vez estão mais dependentes uns dos outros e já não há possibilidade de se isolarem, pois ninguém é imune a esses contágios positivos ou negativos.

Como aspectos positivos, realçam-se a facilidade com que as inovações se propagam entre países e continentes, o acesso fácil e rápido à informação e aos bens e o barateamento dos meios de transportes e comunicações.

Finalmente, há que ressaltar que o direito criminal é confrontado com os efeitos que a globalização carrega, destacando-se os seguintes tipos de criminalidade: narcotráfico, tráfico de armas, crime financeiro internacional, tráfico de seres humanos (como versão actualizada da escravatura), exploração da imigração ilegal e crimes na internet (designadamente pedofilia). Por detrás dessa criminalidade, encontram-se organizações estruturadas a sustentar a mundialização das condutas criminosas.

2 Apellido pelo presidente George W. Bush, os países que apoiam grupos terroristas.





As mudanças surgidas com a globalização não se restringem às mencionadas. A globalização é também responsável por mudanças significativas na soberania estatal. Conforme Scholte (2000), “O Estado sobrevive sob a globalização, mas a governança tem se tornado substancialmente diferente”.

3 Fronteiras

3.1 Fronteiras e limites

Num mundo que aponta idealmente para a supressão das fronteiras, verifica-se que não existe uma plena correspondência entre essa ambição e a realidade.

O movimento, que é real, no sentido da globalização, coexiste com o surgimento de um grande número de novos Estados soberanos, o que equivale a dizer, com o aumento do número e da extensão das fronteiras.

Veja-se o exemplo da Europa. Depois de um longo processo de retracção, que reduziu de cerca de 500 para algumas poucas dezenas o número das entidades políticas na Europa, entre o início do século XVI e o começo do século XX, verifica-se agora uma evolução de sentido inverso. Em 1923, a Europa integrava 23 Estados para um total de 18 mil quilómetros de fronteiras. Em 2009, abarca já cerca de 50 Estados para um total de 40 mil quilómetros de fronteiras.

É necessário referir que existem diversos tipos de fronteiras. Podem ser naturais, geométricas ou arbitrárias, sendo sempre delimitações territoriais e políticas que, por meio da protecção, garantem aos seus Estados a autonomia e a soberania.

As formas podem ser materiais ou imateriais. Por exemplo, uma montanha ou um rio, quando usados como limites, são considerados fronteiras naturais. O entrecruzamento de latitudes e longitudes na delimitação dos territórios são imateriais, pois são alvo de demarcação tecnológica.

Do ponto de vista formal (material ou imaterial), a fronteira pode ser uma zona ou uma linha. Tendencialmente, a zona de fronteira dá origem à linha de fronteira. Nesse sentido, a fronteira como linha é o produto de um movimento, sempre transitório, justamente porque é histórico. A fronteira como linha é sempre mais absoluta, servindo como marco onde os Estados nacionais, segundo a intensidade de seus poderes, exercem a vigilância (sanitária, demográfica, ideológica, policial ou militar).





Para Ratzel (1988), toda forma de vida que se propagou sobre a Terra sempre tomou a forma de um domínio, dotado de uma posição, uma configuração e um tamanho, um espaço de propagação, cujos pontos extremos podem ser demarcados sobre uma linha que nomeamos de fronteira.

Fronteira pode ainda ser definida como: “Extremidade de um país ou região, do lado por onde confina com outro. Linha divisória entre duas regiões ou países. Confins. Extrema. Limite. Fim”³; “Linha determinante onde começam e onde acabam, respectivamente, os territórios que relevam de dois Estados vizinhos”⁴; ou o limite entre duas partes distintas, por exemplo, dois países, dois estados, dois municípios.

O termo “fronteira” refere-se a uma região ou faixa, enquanto o termo “limite” está ligado a uma concepção imaginária. A fronteira é mais abrangente e refere-se a uma região ou faixa do território situada em torno dos limites internacionais. Limite é uma concepção precisa, linear e perfeitamente definida no terreno.

Assim, fronteiras representam muito mais do que uma mera divisão e unificação dos pontos diversos. Elas determinam também a área territorial precisa de um Estado, a sua base física.

Os Estados têm uma característica essencial: a soberania, ou seja, a faculdade de implantar e exercer a sua autoridade da maneira que considerem mais conveniente. Para que o exercício da soberania por parte dos Estados não prejudique outras nações, criaram-se limites definidos em porções de terra, água e ar. Precisamente no ponto preciso em que estes limites chegam ao seu fim encontram-se as fronteiras.

As fronteiras não demarcam unicamente as terras, pois existem fronteiras aéreas, territoriais, fluviais, marítimas e lacustres.

Segundo um princípio firmemente consagrado internacionalmente – não há Estado sem território –, pode afirmar-se que não há Estado sem fronteiras, ou não fossem as fronteiras os limites do território.

Sendo o território o espaço sobre o qual o Estado exerce o conjunto dos poderes reconhecidos às entidades soberanas pelo direito internacional, as fronteiras são conseqüentemente essenciais para demarcar o espaço dentro do qual se aplica o poder do Estado, sem concorrência de nenhum outro.

A delimitação do território estadual – por meio de fronteiras devidamente estabilizadas, claramente definidas e escrupulosamente respeitadas – é um elemento determinante para prevenir os conflitos entre países limítrofes.

3 *Dicionário de língua portuguesa*, Porto Editora.

4 *Dicionário de terminologia do direito internacional*.





Tratando-se de uma linha que separa dois espaços territoriais contíguos, nos quais são exercidas duas soberanias diferentes, a fronteira tem sido frequentemente, ao longo do tempo e em todos os quadrantes, foco de tensões e de atritos.

Se a Europa for considerada como exemplo, é patente a relevância que as fronteiras têm desempenhado ao longo da sua história. De tal forma que existe a Declaração de Helsínquia (1975), em que os Estados participantes consideraram como invioláveis as fronteiras de cada um deles, bem como as fronteiras de todos os Estados na Europa e, por conseguinte, abster-se-ão, no presente e no futuro, de agressões contra essas fronteiras.

Contudo, a definição de fronteira tem sofrido evoluções dignas de registo, designadamente no quadro da União Europeia, que alterou os locais de aplicação dos controlos, tornando mais complexa a própria noção de fronteira física (há mesmo uma distinção entre as fronteiras internas e fronteiras externas no espaço europeu e mais ainda no Espaço Schengen⁵).

Dessa forma, o Estado, ao não manter as suas fronteiras, transnacionaliza as burocracias inerentes ao controlo. Em sentido figurado, poder-se-á dizer que, embora subsistindo, as fronteiras mudaram de lugar.

Existe ainda quem atribua uma nova função às fronteiras: é o caso de Shimon Pérès⁶:

É inútil minar as fronteiras. Mais vale transformá-las tanto quanto possível em possibilidades de cooperação e construir aeroportos, hotéis, parques industriais e de diversão. O reencontro entre povos é a melhor solução para evitar o confronto possível entre os seus exércitos, e hotéis nas fronteiras podem revelar-se melhores garantes do que bases militares.

Na realidade, no mundo globalizado, as fronteiras cada vez mais perdem as suas funções político-militares, delimitadoras de campos de forças. Elas estão a ganhar um novo atributo, que é o de também delimitarem campos informacionais, pois, apesar de os satélites não conhecerem fronteiras, todos os sistemas de recepção e decodificação das informações obedecem a critérios territoriais.

A criação de novas fronteiras políticas evidencia o oposto daquilo que é afirmado pelo discurso da globalização económica: de um mundo aberto à circulação, às trocas, às novas tecnologias de transporte e informação, não são eliminadas compartimentações territoriais.

O que se verifica é que quanto mais satélites existem, mais fronteiras são produzidas – ainda que para serem atravessadas –, ou seja, à medida que aumenta a densidade técnica planetária, o mapa político do mundo fica mais sincopado.

5 Espaço Schengen – Convenção entre 24 países europeus sobre uma política de livre circulação.

6 Antigo primeiro-ministro de Israel e Prémio Nobel da Paz.





O século XX é o exemplo da criação de novos compartimentos: no início do século, o mundo possuía aproximadamente cinquenta territórios nacionais, actualmente esse número passa dos duzentos.

Refira-se ainda que as fronteiras, mesmo quando apoiadas em marcos naturais, são o resultado de eleições sociais e não de imposições naturais.

De facto, na história, os elementos naturais condicionavam os homens e suas actividades, impondo-lhes barreiras físicas. Um rio, uma montanha ou um deserto podiam significar limites à circulação, contudo, o desenvolvimento técnico superou as barreiras naturais e, à medida que estas iam caindo, erigiam-se outras barreiras, agora políticas. Quanto mais limites naturais foram rompidos, mais limites políticos foram produzidos.

Hoje, no mapa político do mundo, os obstáculos à livre circulação dos homens e dos bens são representados pelas fronteiras políticas, que informam onde é o dentro e o fora. A fronteira é uma das formas da informação.

As sociedades atribuem às fronteiras o papel de informar – para controlar – ao conjunto da sociedade o que pertence ou não a um dado espaço. Em verdade, o território nasce das estratégias de controle necessário à vida social, o que é uma forma de exprimir a soberania.

Em função do desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação e da informação, que inegavelmente intensificou a integração planetária, alguns posicionamentos políticos mais extremados passaram a pregar o desaparecimento das fronteiras.

4 Globalização vs. soberania nacional

Até ao começo do século XX, quando as redes de circulação e de informação formavam uma só estrutura, as fronteiras podiam ser relativamente fechadas, pois o ritmo era imposto pelos homens, pois só eles possuíam informação, o que significava que fechar uma fronteira aos homens significava também fechá-la às informações.

Hoje, quando se fala no fim das fronteiras, não se considera que a informação e a comunicação podem circular por duas estruturas distintas.

Uma fronteira pode não ter mais significado ou eficácia ante as ondas eletromagnéticas que enchem a atmosfera, sobretudo o serviço do sistema financeiro internacional, no entanto, ainda representa o dentro e o fora quando se trata das mercadorias, das pessoas e da política.





Efectivamente, as fronteiras nacionais, tais como existiam, estão a desaparecer, não apenas para o comércio, capital e informação, mas também para ideias, normas, cultura e valores.

As fronteiras nacionais de linhas duras estão flexibilizadas no novo mapa-múndi, redefinem-se os espaços em várias direcções.

A crise do Estado nacional torna-o incapaz de exercer, de modo soberano, funções clássicas de normatização, de coesão social.

Com efeito, não apenas a regulamentação da vida económica, como da vida social, política e cultural não se sujeita, de modo crescente, ao controle exclusivo das políticas nacionais.

Existe uma inadequação das fronteiras convencionais diante de nova realidade, que amplia os horizontes do conhecimento, da informação, da comunicação e da criatividade.

Nesta era do homem globalizado, o conceito e a aplicação do termo “soberania” vêm sendo modificados, verificando-se, de alguma forma, uma tendência à limitação da soberania dos Estados nacionais.

A globalização implica o surgimento de inúmeras organizações intergovernamentais de cooperação e de integração, tanto no âmbito mundial, como, por exemplo, a União Europeia e a liga Árabe, quanto no sub-regional, como o MERCOSUL e o NAFTA.

Em todas, mas em diferentes graus, os Estados-Membros cedem parte de sua soberania nacional a fim de estabelecer e aplicar políticas comuns, o que implica que passa a haver menos poder nacional e mais poder supranacional.

Há o fortalecimento das instituições e empresas das organizações internacionais e supranacionais e daquelas de carácter de integração regional. Existe também o surgir contínuo e sucessivo de regras como tratados, convenções, acordos e instrumentos jurídicos internacionais que, em geral, fazem com que o Estado tenha o seu poder de algum modo restringido.

Contrapondo-se a tal cenário, no entanto, resistências de carácter político, social e cultural vêm ganhando força no cenário internacional, em que estão a ser incentivadas por defensores das identidades nacionais.

A globalização vem tendencialmente firmando-se como um processo que concorre potencialmente com a força dos Estados nacionais dos países, posto que ameaça a soberania pela dominação ideológica e económica global.

O desenvolvimento do processo de globalização faz com que as economias dos países, em nível mundial, estejam cada vez mais interdependentes, de forma





que o poder das multinacionais é gradualmente maior. Existem centros de decisão cada vez mais autónomos em relação ao poder público nacional.

Nesse contexto, o Estado, na busca de alternativas para garantir a manutenção da soberania, associa-se a outros Estados, criando entidades com finalidades políticas, económicas e sociais. Essa tendência pode ser verificada, como já foi referido, no fortalecimento de instituições internacionais, das organizações supranacionais e daquelas de carácter de integração regional.

Expressões como globalização, nova ordem mundial, enfraquecimento dos Estados nacionais e fim de fronteiras têm sido recorrentes no discurso político, económico e do direito internacional.

A afirmação do lugar central da protecção dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional e a correspondente erosão do tradicional domínio reservado dos Estados poderão talvez ser consideradas como uma das maiores alterações do direito internacional no período pós-1945.

A ascensão da sociedade global deve-se a duas forças principais. A primeira é a globalização, impulsionada pela revolução tecnológica e pela actuação das empresas transnacionais e dos operadores financeiros. A segunda, que decorre da anterior, caracteriza-se pela crescente regulamentação internacional e pelo fortalecimento das organizações internacionais de cooperação e de integração regional – é a globalização jurídica.

Enquanto a globalização torna as fronteiras que separam os Estados cada vez mais permeáveis, o direito e as instituições globais, que unem os povos em torno de objectivos comuns, ampliam as suas próprias fronteiras.

4.1 Globalização e defesa da identidade nacional

A globalização é então um fenómeno responsável pela intensificação de padrões universais que diluem as identidades nacionais, sendo um processo decisivamente propagador de perfis-padrão, provenientes de ditames emanados pela força do mercado para serem consumidos, independentemente do contexto geográfico em que está inserido.

As transformações das relações Estado–sociedade vêm incidindo, não casualmente, em uma série de processos no âmbito internacional cujo impacto sobre o cenário político e socioeconómico dos países não pode ser subestimado.

Apesar de existir alguma polémica relativamente a como o processo de globalização afectaria o Estado-Nação, é inegável que há um conjunto de elementos limitadores da liberdade de acção de governos e Estados – sendo esse fenómeno decorrente, em grande parte, do facto de as fronteiras geográficas terem sido relativizadas, visto que, em sua maioria, já não são mais tão bem definidas.





Os processos decisórios são, hoje, influenciados por diversos elementos que não apenas os próprios interesses e valores daqueles neles envolvidos de forma directa na relação internacional.

Na cartografia do mundo da modernidade, os Estados-Nação representavam espaços fechados, ao contrário de hoje, em que a noção de fronteira perde a consistência como definidora do Estado-Nação.

Contraditoriamente, verifica-se que o Estado continua forte e a prova disso é que nem as empresas transnacionais nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, a sua vontade política e económica.

O Estado nacional ainda resiste, não apenas para garantir a geopolítica e a política interna, os direitos políticos essenciais etc., mas também para dar forma ao processo de globalização e regulá-lo transnacionalmente.

Contudo, as mais importantes questões económicas, sociais, demográficas e ambientais revestem dimensão planetária, pelo que necessitam de uma perspectiva global e respostas mundiais. Os Estados-Nação deixaram de ter capacidade para responder, por si sós, a muitos dos problemas que transcendem as suas fronteiras, tornando-se então indispensáveis novas solidariedades.

A globalização fez evoluir não para um novo mundo sem soberania, mas para um espaço onde as fronteiras claramente traçadas deixaram de ser pertinentes em face dos desafios supranacionais. Desse facto decorrem situações de soberania partilhada ou, mais precisamente, a necessidade de articulação de diversas ordens de soberania.

A economia digital, globalizada por natureza, veio questionar a noção geográfica de soberania e de jurisdição do Estado-Nação, tão intimamente ligada à noção de fronteira.

Não é possível declarar o ciberespaço como território nacional. O desenvolvimento do dinheiro, do comércio e dos mercados e comunidades electrónicos talvez, no futuro, possam tornar irrelevante o território político – e, com ele, a própria soberania.

Existe efectivamente um processo de redefinição de conceitos como os de soberania, território, Estado-Nação, identidade e, conseqüentemente, o de fronteira. A evolução dos factos veio pôr em causa o carácter supremo, exclusivo e indivisível que foi classicamente atribuído à soberania. A globalização afecta a soberania dos Estados, levando a questionar qual será o futuro da soberania de um país.

Michel Foucault questionava sobre se se estaria a transitar de um “Estado territorial” para um “Estado de população”. Numa época de “assimetria entre





a economia e a política” – a primeira global, a segunda ainda marcada pelas fronteiras –, vive-se um período de transição, marcado pela incerteza, foi dado o grande salto para a globalização, mas trata-se de um mundo para o qual ainda faltam muitas respostas (à exceção das políticas e das instituições do passado).

O “mundo das soberanias” caminha para um “mundo das pessoas”, esbatendo-se as tradicionais fronteiras políticas e consolidando-se novos conceitos como a responsabilidade de proteger as pessoas das violações mais graves de direitos humanos, uma responsabilidade que recai sobre todos os Estados e sobre a comunidade internacional.

A globalização beneficia actores privados, empresas transnacionais, ONGs e a sociedade civil de um modo geral, que ganham espaços anteriormente de monopólio exclusivo do Estado.

Se, no plano teórico, todos os Estados apresentam-se em condições de igualdade, na prática a realidade altera-se: há Estados que não conseguem exercer influência alguma sobre o sistema internacional. Por outro lado, há empresas que hoje exercem maior influência que certos Estados.

Analisando-se a lista das principais corporações, empresas e países do mundo, percebe-se que, por exemplo, Portugal encontra-se no 43º lugar, logo a seguir à Shell e um pouco mais acima dos Halmark Stores (uma cadeia de supermercados nos Estados Unidos da América). À frente de Portugal posicionam-se também a Exxon, a Toyota, a Ford, a Sumitomo, a General Motors bem como outras empresas. Essa lista lembra-nos a importância do sentido das proporções. O Brasil é a 8ª potência mundial do ponto de vista económico.

É excessiva a afirmação de que o controlo real das fronteiras pertence a um passado, contudo é evidente que as fronteiras jamais poderão voltar a ser o que sempre foram. Tal como o conceito de soberania que tem de ser reformulado e actualizado, de modo a contemplar as novas necessidades da convivência internacional, também as fronteiras terão de encontrar uma renovada vocação.

Uma sociedade livre é uma sociedade com as fronteiras e mentalidades abertas, a supressão das fronteiras exprime um ideal cuja realização empírica se afigura no mínimo prematura, para não dizer, mais realisticamente, definitivamente prejudicada, especialmente após o atentado de 11 de setembro, o qual veio dificultar a circulação das pessoas em nível mundial.

A configuração futura das fronteiras depende da maneira como vierem a ser organizadas as relações entre os países e os povos. Até lá, está por demonstrar que o fim das fronteiras possa constituir uma solução para os males do mundo.

Vale ressaltar que a eliminação das fronteiras, ao se tratar da economia, só acontece nos discursos ideológicos, pois, na realidade, os mecanismos de





protecção do mercado e subsídios disfarçados permanecem como barreiras inovadas, transfiguradas, mas relativamente eficientes, gerando exclusão social nas diferentes partes do mundo.

Obviamente, a unificação técnica do mundo não implica a sua união política. O que se tem verificado é que, quanto maior é a unificação técnica, maior é sua compartimentação com a relevância das fronteiras internacionais.

Ao surgirem, os modernos Estados territoriais herdaram um espaço interior compartimentado e com o desenvolvimento do capitalismo; a divisão do mundo em territórios nacionais sedimentou-se. Nesse quadro, as fronteiras mantêm o papel de limites demarcadores dos distintos projetos sociopolíticos.

5 Um mundo sem fronteiras?

Durante milhares de anos, não houve identidades nacionais; apenas havia identidades locais ou impérios que impunham pela força um determinado tipo de ocupação.

As identidades nacionais despertaram na Europa fruto de vários factores, nomeadamente a capacidade para administrar territórios cada vez maiores e a disseminação de uma cultura mais universalista. A globalização é a continuação deste processo de alargamento das fronteiras morais e políticas.

Não é de hoje que o homem sonha como seria o mundo se as fronteiras fossem abertas: a permissão total para entrar e sair de um país, a liberdade de ir e vir. Com a crescente facilidade de comunicações e também devido ao barateamento dos meios de transporte, tem havido um aumento significativo nas deslocações em nível planetário.

Segundo a Organização Internacional para as Migrações, o número de migrantes internacionais mais do que duplicou nos últimos 35 anos. No início do século XXI, uma em cada trinta e cinco pessoas no mundo é um migrante internacional.

A crescente mobilidade de pessoas causa um impacto nos processos económicos, sociais, culturais e políticos na maioria dos países do mundo.

Enquanto a mobilidade é tão antiga quanto a história da humanidade, a migração internacional – entendida como o movimento de pessoas pelas fronteiras nacionais – é um fenómeno relativamente recente. Emergiu em paralelo com o florescimento do sistema Estado-Nação no início de século XX e foi condicionado





pela introdução de passaportes, vistos e outros instrumentos para regular quem é autorizado a cruzar as fronteiras nacionais e a permanecer no país de acolhimento.

Actualmente, o volume da migração internacional e a dinâmica em que ocorre coloca muitos desafios aos países de origem dos migrantes e aos países que os recebem.

No século XIX, quinze milhões de europeus emigraram para o continente americano, e sabe-se que nenhum deles era portador de um passaporte. Os controles de fronteiras, os *laissez passer* (deixar passar) e os *pass-ports* (passar um porto), apareceram após a Primeira Guerra Mundial. As polícias de fronteiras surgem depois e com elas foi o início do que se chamou progresso das soberanias dos Estados.

Nos anos 1970, cerca de 30 milhões de pessoas viajavam ao redor do mundo. Hoje são cerca de 450 milhões⁷. Existem várias explicações para tanto movimento de pessoas:

- a diminuição do crescimento populacional nos muitos países desenvolvidos e, ao mesmo tempo, aumento da idade média da população, gerando problemas de sustentabilidade dos sistemas sociais instalados;
- a explosão demográfica nos países em desenvolvimento, que geram pressões migratórias sobre os países desenvolvidos e, ao mesmo tempo, importantes desafios quanto à integração de tais comunidades nos países de acolhimento;
- o aumento da percentagem de população a viver nas áreas urbanas, tendo como consequência o aumento da pressão urbanística sobre determinadas áreas e sobre os serviços públicos e um aumento do risco de vitimação por crime. Ressalte-se que cada país é livre na sua soberania, e, não obstante a reciprocidade estabelecida entre os países, no momento de decisão, eles são efectivamente livres de decidir quem querem no seu território.

A grande questão continua a ser: a globalização encontra fronteiras impostas pelo homem?

Os Estados actualmente fixam as fronteiras por tratados (só em casos raros, existem guerras).

As fronteiras científico-técnicas estabelecidas por tratados assinalam a passagem de uma sociedade arcaica comunitária para uma sociedade moderna, dominada pelas exigências técnicas dos contratos escritos e dos limites precisamente desenhados.

Contrariamente às aparências, a linha de fronteira mantém todas as suas funções originais de transacção, formuladas na linguagem da diplomacia.

⁷ Acresce realçar que o sector de turismo, que emprega mais de 300 milhões de trabalhadores, é o maior gerador de empregos directos e indirectos na economia mundial.





Contudo, os actores da transacção não são mais as comunidades locais, mas os Estados centralizados.

No entanto, as mudanças implicam que as forças e serviços de segurança tenham de reagir a fenómenos transnacionais e globalizados, pelo que a resposta terá de forçosamente se fazer num quando de cooperação internacional.

Tanto a globalização quanto a globalização jurídica têm efeitos sobre a efectividade e a autonomia do poder estatal, alterando o modelo do Estado soberano. Elas provocam uma diluição da soberania, que passa a ser compartilhada em um contrato social renovado, dando origem a um novo paradigma – o modelo da sociedade global.

Nessa caminhada para a globalização, fronteiras internacionais e barreiras comerciais aparentemente estão a cair. Contudo, num contraciclo, parece que os governos reafirmam seu papel na vida das pessoas e das empresas, sendo as barreiras novamente levantadas. Tal facto pode ser designado como novo nacionalismo.

Este é decorrente do sentimento de ameaça que surgiu após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, que fizeram o mundo concentrar-se em questões de segurança que muitos consideram só poderem ser tratadas por governos nacionais.

Assim, países que enriqueceram cada vez mais reafirmam seu poder. A título de exemplo, veja-se os casos da Venezuela, que nacionalizou os campos de petróleo, e da Rússia, que ameaça cortar o fornecimento de gás natural à Europa Ocidental.

Barreiras nacionais também estão a ser levantadas até na internet, o símbolo do mundo sem fronteiras, apesar de ter sido projectada para ficar fora do alcance dos governos (transferindo poder para indivíduos ou organizações privadas).

Actualmente, devido à pressão da Rússia, China, Índia e Arábia Saudita, a empresa americana que distribui endereços na internet está a procurar meios de os países usarem os seus alfabetos. Os endereços *on-line* serão substituídos por seus equivalentes em, por exemplo, chinês e hindi, o que, se por um lado poderá auxiliar os locais a navegarem pela *web*, por outro, poderá impedir o acesso a muitos *sites* por usuários do exterior, encerrando a era em que era possível ter acesso a qualquer *site* em qualquer lugar da Terra – o que equivale a dizer que será retirado o “*World Wide*” da “*World Wide Web*”.

Contudo, mesmo nesse campo, já existiam limites. De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2006), todos os endereços eletrónicos mundiais (IP – *Internet Protocol*) encontram-se em treze servidores, dez nos EUA, dois na Europa e um no Japão. Se esses servidores fossem desligados, desapareceria a internet. Além disso, é uma empresa privada norte-americana (sem fins lucrativos),





com sede em Los Angeles⁸ que, em articulação com o Departamento de Comércio dos EUA, gere todos os domínios atribuídos no mundo inteiro (ou seja, gere o cadastro da internet mundial).

5.1 Crime sem fronteiras

A globalização, fenómeno multifacetado de natureza política, económica, cultural e social de alcance civilizacional, tem repercussões directas e indirectas no campo da segurança.

A globalização não aumentou apenas a intensidade das trocas e transacções societais transfronteiriças positivas (comunicações, cultura, pessoas, serviços, bens), mas também permite a transacção de riscos e ameaças.

A globalização que abriu as fronteiras aos intercâmbios comerciais e culturais tornou-as simultaneamente mais porosas para o crime e para as máfias. O tráfico de drogas, de pessoas ou de armas são produtos específicos de empresas multinacionais do crime que movimentam quantias enormes de dinheiro sujo.

Na realidade, os Estados deixaram as suas fronteiras abrirem-se amplamente aos negócios criminosos, antes mesmo de se abrirem aos outros negócios. É claro que nem sequer tiveram escolha, já que os traficantes de droga dos anos 1960 – verdadeiros pioneiros da globalização – evidentemente não pediram licença a ninguém para organizar à escala planetária os tráficos da mercadoria mais cara e mais rentável do mundo.

Os Estados vêm suprimindo as barreiras que limitavam o comércio e a circulação de mercadorias e de capitais. Mas a primeira economia internacionalizada era já a do crime, que leva um bom avanço sobre todos os outros sectores.

O crime tornou-se uma das actividades económicas mais florescentes, exercida por profissionais que integraram todas as regras de gestão moderna e sabem, em particular graças a uma flexibilidade ímpar, no seio da economia informal, explorar todos os recursos que lhes oferecem, em nível mundial, os desequilíbrios económicos, políticos e sociais.

A globalização modificou as condições em que funcionavam os sistemas de segurança, particularmente em certos tipos de criminalidade.

O crime organizado deixou de respeitar fronteiras. Veja-se o caso das máfias (siciliana, americana ou russa), da yakusa japonesa, dos cartéis colombianos de Medellín e Cali, das tríades chinesas e, mais recentemente, dos diversos ataques terroristas islâmicos.

8 Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN).





O crime organizado, tendo começado a funcionar como uma empresa moderna e a penetrar profundamente nos sistemas políticos e económicos dos Estados-Nação, globalizou as suas próprias actividades. As organizações criminosas dos cinco continentes apropriaram-se do espírito de cooperação mundial e, associadas, participam na conquista dos novos mercados. Investem nos negócios legais, não apenas para a lavagem do dinheiro sujo, mas para adquirirem capital destinado aos seus negócios ilegais.

Naím, em seu livro *Ilícito* (2006), afirma que:

os contrabandistas tornaram-se mais internacionais, mais ricos e politicamente más influentes que nunca. A delinquência global não só experimentou um extraordinário aumento de volume, mas devido à sua capacidade para acumular benefícios colossais, converteu-se além disso, numa poderosa força política.

E, até agora, os Estados e organismos internacionais não dão sinais positivos de qualquer vitória. Hoje em dia pode considerar-se que o mundo globalizado é o paraíso dos traficantes.

Reverendo o panorama do comércio ilegal, seria uma ilusão pensar que cada modalidade tem as suas motivações específicas. Em última análise, o dinheiro é o único valor que faz activar negócios ilícitos, e a dedicação a um tipo ou outro é marcada pelas conjunturas. Assim, existe tráfico ilegal de órgãos humanos, de arte roubada, de espécies protegidas, de alimentos, de madeira, de marfim e até mesmo de lixo e resíduos tóxicos, ou seja, as organizações criminosas traficam com qualquer coisa que produza benefícios.

Como o problema é mundial, são necessárias soluções mundiais, tendo a cooperação internacional adquirido um carácter imperativo. Os planeamentos escalonados e baseados na confiança produzem resultados mais efectivos e convincentes do que ambiciosos tratados globais que a maioria dos países acaba por abandonar.

O desafio está em encontrar as regras e instituições para uma governação mais forte – local, nacional, regional e mundial – para proteger as vantagens dos mercados mundiais e da concorrência, mas, também, para providenciar espaço suficiente para os recursos humanos, comunitários e ambientais necessários para assegurar que a globalização funcione para as pessoas – não apenas para os lucros.

Almeja-se uma globalização com equidade – menos disparidade dentro e entre nações; inclusão – menos marginalização de pessoas e países; ética – menos violação dos direitos humanos; segurança humana – menos instabilidade das sociedades e menos vulnerabilidade das pessoas; sustentabilidade – menos destruição ambiental – e desenvolvimento – menos pobreza e privação. Somente se todos esses factores estiverem garantidos, a globalização poderá ser um êxito.





A globalização dos mercados é, indubitavelmente, muito importante e uma questão incontornável, mas é preciso que seja acompanhada de todos os factores que compõem a humanidade para que seja, efectivamente, uma verdadeira globalização em segurança.

Em nome dessa segurança e, conseqüentemente, do combate ao terrorismo e à criminalidade organizada, os países ocidentais estão a agir para erguer fronteiras de segurança, designadamente *on-line*, com propostas de bloqueio a *sites* e envio de *e-mails* contendo *spyware* que poderiam monitorar, por exemplo, os apoiantes de grupos considerados terroristas.

Os críticos advertem que essas medidas de segurança podem resultar em censura e invasão de privacidade, mas os governos estão a pressionar para que haja legislação sobre a matéria. O objetivo é evitar ataques e instalar muros em torno de *sites* que defendam actividades ilegais ou que, de alguma forma, facilitem o crime.

O terrorismo global poderá colocar barreiras, senão mesmo travar, o próprio processo de globalização.

A sensação de enorme insegurança que o terrorismo inspira na economia e principalmente no governo americano levou ao repensar do conceito de soberania e protecção de fronteiras, por parte dos EUA e dos outros países.

Surge a dúvida se, caso não sejam endurecidos os controlos, em nível de fronteiras, limites e poderes de investigação, as chamadas *soft borders*, criadas pela dinâmica da globalização, continuarão a facilitar a mobilidade dos terroristas, dos seus meios de financiamento e das suas ideologias, consubstanciadas na vingança e na destruição de pessoas e bens, a escalas realmente inquietantes (por exemplo: terrorismo nuclear ou, na sua versão mais *soft*, o uso de bombas sujas, armas de destruição maciça etc.).

Fundamentalistas fortemente armados, exércitos de narcotraficantes, grupos de bandidos de classe média, legiões de seguranças particulares que protegem a vida e a propriedade de pessoas ricas, gangues de adolescentes compõem a vida contemporânea em todos os lugares.

Os condomínios fechados e guardados por seguranças e monitorados por sistemas de vídeo e alarme nada mais são que as novas fronteiras sociais.

Assim, as populações tanto temem a criminalidade que efectivamente as cerca como acontecimentos que ocorrem a milhares de quilómetros. Os exemplos mais marcantes são os acontecimentos trágicos do 11 de setembro nos Estados Unidos da América e o *tsunami* no sudeste asiático.





Mesmo pessoas que provavelmente nunca terão de enfrentar problemas semelhantes têm medo desses acontecimentos. É o resultado de vivermos nesta imensa aldeia global, para o bem e para o mal.

E o Estado, consciente que cada vez mais lhe é exigido pelo cidadão maiores níveis de segurança, é obrigado a substituir a forma tradicional de segurança por actividades que visam proporcionar uma segurança de carácter integral, alargando os seus domínios, de natureza transversal, assente em múltiplos instrumentos, que permitam prevenir, conter e combater um largo espectro de ameaças e riscos.

Essas ameaças e riscos podem ser caracterizados por três dimensões: uma dimensão espacial, em que, como o terrorismo e a poluição, não conhecem fronteiras; uma dimensão temporal, em que determinados riscos perduram por períodos de tempo muito longos, como os riscos gerados pelos resíduos nucleares; e uma dimensão social, em que certas ameaças e riscos estão ligados à responsabilidade do homem.

Vivemos uma nova realidade. Cada vez mais o mundo é um só mundo, sendo que os acontecimentos, independentemente de onde acontecem, afectam a nossa vida, pois tudo está inter-relacionado e interdependente na era da globalização.

6 Conclusão

Se há duas décadas o mundo era enorme, vasto, quase inimaginável, hoje o mundo encolheu dramaticamente e qualquer ponto do planeta está ao nosso alcance, por meio de uma televisão, telefone ou computador. Contudo, contraditoriamente, as tradições regionais são mantidas, as políticas municipais são dinamizadas, a administração de muitos serviços fundamentais, tais como educação e saúde, são descentralizadas.

O processo de globalização que se instalou nos últimos anos apresenta-se como um processo ambíguo: ao mesmo tempo em que abre fronteiras e gera espaços mundiais comuns, conserva ou reforça outros espaços restritos ao seu micro local.

Globalização é como um prisma que reflecte várias realidades complexas. Intensifica múltiplas conexões entre governos e sociedades, entre público e privado, desenhando um novo sistema mundial, que nos aproxima.

Contudo, o efeito de aproximação gerado pela globalização faz com que ameaças e riscos longínquos gerem a mesma insegurança que aqueles que estão





mais próximos e, ao mesmo tempo, quando se materializam em território nacional – como o terrorismo, o crime organizado, o tráfico de drogas, a corrupção, o branqueamento de capitais, as questões ambientais e de saúde –, obrigando os Estados a buscarem cada vez mais, na cooperação internacional, a resposta para os prevenir e combater.

Num quadro de globalização, o papel do Estado-Nação tem vindo a sofrer profundas transformações. É por vezes demasiado grande para responder aos problemas locais e demasiado pequeno para responder aos desafios globais.

Esse fenómeno conduz inexoravelmente ao aumento da interdependência dos Estados, na medida em os actores ou acontecimentos em diferentes partes do sistema são afectados, esbatendo o significado da distância e a distinção entre o que é interno e o que é externo, colocando em causa as tradicionais distinções entre segurança e defesa e entre segurança interna e segurança externa.

Todos esses factores contribuem para a transformação da natureza do fenómeno criminal. Embora não se possa associar o sentimento de insegurança exclusivamente ao crime, o agravamento da criminalidade constitui um dos fenómenos contemporâneos que mais contribuem para o aumento dos níveis de ansiedade e de insegurança nas sociedades.

Acompanhando o fenómeno da globalização, a criminalidade está cada vez mais organizada, por meio das fronteiras nacionais, tirando igualmente partido da livre circulação de bens, capitais, serviços e pessoas.

As fronteiras nacionais, antigas linhas de defesa dos territórios, começam a sofrer um processo de mudança, devido à interdependência sentida cada vez mais pelos Estados. Está a haver um período de transição complexa, cuja marca é globalização vs. soberania nacional.

Como a globalização, por princípio, ignora as fronteiras nacionais – e, assim, desrespeitando os limites do Estado –, poder-se-ia depreender que o Estado está enfraquecido, pois perdeu o papel de ser o único, exclusivo, impenetrável, guardião de um conjunto de patrimónios.

Efectivamente, o Estado teve de se adaptar, pois, caso se feche, fica para trás neste novo sistema-mundo, e, caso se abra, perde algum do seu poder tradicional. Mas continua forte e continua a regular a política interna e ser determinante para a celebração de acordos internacionais.

Contudo, na prática, é possível verificar que, em matéria de fronteiras, apesar de algumas alterações, elas continuam a exercer o seu papel, em especial, na defesa da segurança dos cidadãos, não se podendo prever a sua desapareção para os tempos mais próximos.

Pode concluir-se que a ameaça terrorista internacional (aliada à criminalidade e em menor escala à imigração ilegal) foi o principal impulsionador e,



consequentemente, o travão, para que as fronteiras persistam (e até que sejam criadas algumas novas fronteiras) e também para que a globalização, de alguma forma, desacelere.

Referências

BADIE, Bertrand. *O fim dos territórios*. Ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

CABRAL, Manuel Villaverde. *Globalização, poder e cidadania*, 2004. Disponível em: <<http://www.ics.ul.pt/corpoctcientifico/villaverdecabral/IdeiasEsq1.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

CARDOSO, Carlos. *Cidadania e globalização*. [19--]. Disponível em: <<http://www.eselx.ipl.pt/cidadania/globalizacao.htm>>. Acesso em: 16 jan. 2009.

CATAIA, Márcio. A relevância das fronteiras no período atual: unificação técnica e compartimentação política dos territórios. *Scripta Nova*. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona, v. XI, n. 245, 1º ago. 2007.

FOUCAULT, Michel. *Las redes del poder*. Buenos Aires: Almagesto, 1993.

GLOBALIZAÇÃO, Guia da. 2006. Disponível em: <<http://www.globalizationguide.org>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

GLOBALIZAÇÃO: do que se trata? Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi>>. Acesso em: 17 dez. 2008.

HENRIQUES, Mendo Castro. *A globalização: mitos e realidades*. Disponível em: <<http://pwp.netcabo.pt/netmendo/Artigo%20globaliza%20cao.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2009.

KELSEN, Hans. *Direito internacional e estado soberano*. Organização de Mario G. Losano e tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. *Governance in a globalizing world*. Disponível em: <<http://www.ksg.harvard.edu/visions/publication/globalizing-intro.doc>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

LISBOA, Ana Claudia M. R. A crise do direito internacional público, *Revista Justitlex*, ano IV, n. 50, 2006.

MACHADO, Carlos. *Paradoxes of globalization*. Disponível em: <<http://www2.eeg.uminho.pt/economia/pascoa/AKEI2.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2006.



MARKOFF, Jhon. Globalização e democracia: conexões conturbadas. In: BARBOSA, João Rodrigues (Coord.). *Globalização e identidade nacional*. São Paulo: Atlas, 1999.

MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

NAÍM, Moisés. *Ilicito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

NEGRI, Antonio. *Império*. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

RATZEL, F. *Géographie politique*. Paris: Económica, 1988.

SÁ, Luís. *A crise das fronteiras*. Lisboa: Cosmos, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado, as relações salariais e o bem-estar social na semiperiferia: o caso português. In: _____. (Org.). *Portugal, um retrato singular*. Porto: Afrontamento, 1993.

_____. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *A gramática do Tempo*. Para uma nova cultura política. São Paulo, Cortez, 2006.

_____. *A crítica da governação neoliberal: o Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna*. Disponível em: <<http://www.ces.fe.uc.pt/bss/documentos/rccs.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2009.

ROBERTSON, Norman. *Alguns pensamentos*, 2000. Disponível em: <<http://www.rcgg.ufrgs.br/cap23.html>>. Acesso em: 26 jan. 2009.

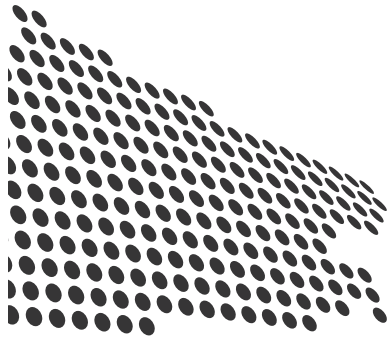
SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization: a critical introduction*, New York: St. Martin Press, Inc., 2000.

SOUSA, Fernando de. (Dir.) *Dicionário de relações internacionais*. Porto: Afrontamento, 2005.

TEIXEIRA, Nuno Severiano; RODRIGUES, José Cervaens; NUNES, Isabel Ferreira. *O interesse nacional e a globalização*. Lisboa: Cosmos, 2000.





A TUTELA JURÍDICA DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Ana Leticia Laydner Cruz







A tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais

Ana Letícia Laydner Cruz

Sumário

1 Introdução. 2 Conceitos e terminologias. 2.1 Conceito de *populações tradicionais*, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 2.2 Conceito de *conhecimentos tradicionais*. 2.3 Conceito de *conhecimentos tradicionais* associados à *biodiversidade*. 3 Tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. 3.1 Da inaplicabilidade do sistema de patentes para a tutela dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. 3.2 A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). 3.3 Instrumentos legais em vigor no Brasil. 3.4 Regime de proteção *sui generis*. Conclusão.

1 Introdução

A partir de 1808, com a vinda da Corte Portuguesa para o Brasil e com a abertura dos portos para as nações amigas, muitos comerciantes, artistas, imigrantes e pesquisadores vieram de toda a Europa explorar as oportunidades e novidades que o lugar desconhecido prometia. Nesse verdadeiro clima de redescobrimto é que, em 1817, desembarcaram no Brasil Karl Friedrich Philipp von Martius e Johann Baptist von Spix, naturalistas incumbidos de estudar e catalogar plantas, animais, minérios e indígenas, o que resultou numa das mais importantes expedições científicas deste período. Depois de três anos e de terem percorrido mais de 10 mil quilômetros mata adentro, os cientistas levaram para a Europa o total de 6.500 espécies vegetais; um herbário de 20 mil exemplares prensados; centenas de plantas vivas, que foram colocadas no Jardim Botânico de Munique; coletaram e enviaram espécies animais – algumas vivas –, sendo 85 mamíferos, 350 aves, 130 anfíbios, 116 peixes, 2.700 insetos, 50 aracnídeos, 50 crustáceos. Também levaram materiais mineralógicos, paleontológicos e uma grande coleção etnográfica. O resultado desse estudo foi publicado nos três

volumes da *Nova Genera et Species Plantarum Brasiliensium*, com a descrição dos gêneros e espécies inéditos encontrados na floresta, além de matérias práticas, tais como a medicina e a agricultura.

Não é sem razão que Spix e Martius sentiram-se “enfeitiçados no meio da pujante natureza estranha” (LISBOA, 1997, p. 95). Hoje, sabe-se que até cerca de 20% das espécies existentes no mundo estão no Brasil, o que o coloca na lista dos grupos detentores de megabiodiversidade, isto é, países que possuem grande número e variedade de espécies endêmicas, diferentes ecossistemas no seu território, ampla cobertura vegetal, entre outros. O valor econômico dessa vasta diversidade biológica é inestimável, porém cifras bilionárias e sem limites para crescimento por trás das negociações acerca da biodiversidade mostram, claramente, a dimensão dos interesses econômicos – calcula-se que ao menos um quarto dos remédios comercializados nos Estados Unidos seja derivado de plantas.

O Brasil também é *megassociodiverso*, expressão utilizada para designar a existência de grande diversidade de populações com estilos de vida tradicionais e dependentes da biodiversidade. É no seio das populações tradicionais que surgem, por meio de observações empíricas e experiências rudimentares, os chamados “conhecimentos tradicionais” – elementos de identidade cultural e formas únicas de ver o mundo do qual fazem parte todas as informações, práticas, crenças e filosofias próprias e específicas de cada uma dessas comunidades. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade podem oferecer atalhos e matérias-primas importantes para o desenvolvimento da tecnologia e são considerados a forma mais eficiente de obter resultados em pesquisas, economizando tempo e, conseqüentemente, maximizando o valor econômico dos produtos e processos obtidos.

Diante da importância dos reais benefícios proporcionados à humanidade, a tutela dos conhecimentos tradicionais passou a ter lugar central em debates internacionais sobre diversos temas, como, por exemplo, alimentos e agricultura, diversidade biológica, desertificação e meio ambiente, direitos humanos, direitos dos povos indígenas, diversidade cultural, comércio e desenvolvimento econômico e políticas de proteção à propriedade intelectual. Ainda hoje, porém, não foi esgotada a discussão sobre qual seria a forma jurídica mais apropriada de proteção contra a utilização abusiva e não autorizada de conhecimentos por pessoas que não pertencem à comunidade. A doutrina indica duas formas principais que serviriam para a tutela dos conhecimentos tradicionais: a adaptação do sistema de patentes de maneira a incluir os conhecimentos tradicionais sob sua proteção e a adoção de um sistema de proteção *sui generis*.

É dentro desse contexto que se pretende desenvolver o presente estudo. O objetivo principal é a análise de ambos os sistemas de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, com foco na inaplicabilidade do



sistema de patentes, assim como da legislação vigente no país sobre o assunto e a determinação de sua eficácia.

Destarte, na primeira parte, busca-se facilitar o entendimento dos termos utilizados por meio da apresentação dos conceitos de população tradicional, conhecimento tradicional e conhecimento tradicional associado à biodiversidade. Na segunda parte do estudo são apresentadas as posições doutrinárias a respeito da inaplicabilidade do sistema de patentes como meio apropriado para a tutela dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e são analisadas a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Medida Provisória n. 2.186-16/2001 e as premissas do regime de proteção *sui generis*.

2 Conceitos e terminologias

A regulamentação da tutela dos conhecimentos tradicionais é bastante recente, e, por essa razão, surgem debates sobre quais seriam as definições mais apropriadas dos termos utilizados na legislação. A primeira parte deste estudo apresentará, com a finalidade de facilitar o entendimento do tema, os conceitos dos seguintes termos: populações tradicionais, conhecimentos tradicionais e conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

2.1 Conceito de *populações tradicionais*, segundo o ordenamento jurídico brasileiro

Preliminarmente, faz-se necessário esclarecer que os dispositivos legais nacionais e internacionais referem-se a esses grupos sociais com diferentes termos e expressões, mas de significados quase idênticos, isto é, as expressões “populações tradicionais”, “povos e comunidades tradicionais” são utilizadas sem grandes rigores jurídicos (DANTAS, 2008, p. 64-65). Essa terminologia é muito nova e ainda está por ser definida (MOREIRA, 2007, p. 35).

“A consciência de sua identidade” é o critério para determinar os grupos sociais, aos quais são aplicados os dispositivos legais relacionados ao acesso ao conhecimento tradicional associado à biodiversidade [...]. É o que o sujeito diz de si mesmo, em relação ao grupo ao qual pertence. A maneira como se auto-representam reflete a representação sobre eles por aqueles que interagem com eles. Desde que os grupos sociais autodesignados como “populações indígenas” ou “comunidades locais” definam-se enquanto tal devem ser amparados por esses dispositivos, que se aplicam aos grupos sociais indistintamente (DANTAS, 2008, p. 65).



Portanto, escolhemos a expressão “populações tradicionais” para este estudo com o fim de abarcar povos indígenas, quilombolas e comunidades locais.

O tamanho continental e a enorme biodiversidade brasileira influenciaram sobremaneira a formação das culturas diferenciadas das populações que habitam cada canto do Brasil. Estima-se que o país abrigue entre 15 e 20% das espécies existentes no mundo e que, além das diversas comunidades locais e quilombolas, existam cerca de 206 culturas indígenas que falam, pelo menos, 160 línguas (MANCINI, 2002, apud ANDRADE, 2006, p. 4). A biodiversidade e a cultura são valores protegidos pela Constituição Federal¹, e o legislador infraconstitucional preocupou-se com a proteção das populações tradicionais por reconhecer a sua “relação diferenciada com a natureza” (SANTILLI, 2005a, p. 134).

O conceito de “populações tradicionais” foi desenvolvido pela antropologia, pois são os conhecimentos dessa ciência “sobre a matéria que emprestam sentido e conteúdo à expressão” (SANTILLI, 2005a, p. 133). No estudo *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*, Diegues e Arruda (2001, p. 26, apud SANTILLI, 2005a, p. 131-132) caracterizam como tradicionais – indígenas ou não² – as populações que:

- dependem da relação de simbiose entre a natureza, os ciclos e os recursos naturais renováveis com os quais constroem um modo de vida;
- conhecem profundamente a natureza e seus ciclos, o que se reflete na elaboração de estratégias de uso e de manejo dos recursos naturais. Tal conhecimento é transmitido por oralidade, de geração em geração;
- têm noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente;
- moram e ocupam o território por várias gerações, ainda que alguns membros individualmente possam ter-se deslocado para os centros urbanos e voltado para a terra de seus antepassados;
- reconhecem a importância das atividades de subsistência, ainda que a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida, o que implicaria uma relação de mercado;
- acumulam reduzido capital;
- reconhecem a importância da unidade familiar, doméstica ou comunal e das relações de parentesco ou compadrio para o exercício de atividades econômicas, sociais e culturais;

1 Ver art. 225, § 1º, II, e art. 215, § 1º, da Constituição Federal.

2 As características apresentadas incluem, além das populações indígenas, os “açorianos, babaçueiros, caboclos/ribeirinhos amazônicos, caiçaras, caipiras/sitiantes, campeiros (pastoreio), jangadeiros, pantaneiros, pescadores artesanais, praieiros, quilombolas, sertanejos/vaqueiros e varjeiros (ribeirinhos não amazônicos)” (SANTILLI, 2005a, p. 132-133).



- reconhecem a importância das simbologias, dos mitos e rituais associados à caça, à pesca e às atividades extrativistas;
- utilizam tecnologias relativamente simples e de impacto limitado sobre o meio ambiente. Há uma visão técnica e social do trabalho, em que sobressai o artesanal, cujo processo o produtor e sua família dominam desde o início até o produto final;
- possuem fraco poder político, que, em geral, reside nos grupos de poder dos centros urbanos;
- identificam-se ou são identificados por outros como pertencentes a uma cultura distinta.

Os citados autores antropólogos definem como populações tradicionais:

Os grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos (DIEGUES; ARRUDA, 2001, p. 26, apud SANTILLI, 2005a, p. 132).

A Lei n. 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), utiliza diversas vezes a nomenclatura “populações tradicionais”. Santilli (2005a, p. 126) informa que, inicialmente, essa lei previu um conceito jurídico de “populações tradicionais” nos seguintes termos:

Art. 2^o, XV - Grupos humanos culturalmente diferenciados, vivendo há, no mínimo, três gerações em um determinado ecossistema, historicamente reproduzindo seu modo de vida, em estreita dependência do meio natural para sua subsistência e utilizando os recursos naturais de forma sustentável.

Esse inciso, porém, foi vetado pelo presidente da República³ por ter conteúdo demasiadamente abrangente, sendo passível de utilização imprópria. O movimento dos seringueiros da Amazônia também se manifestou contrariamente a esse conceito, considerando-o excessivamente restritivo, por exigir lapso temporal de permanência em um ecossistema. Justificaram-se dizendo que, ao se criar

3 Mensagem n. 967, de 18 de julho de 2000 – “O conteúdo da disposição é tão abrangente que nela, com pouco esforço de imaginação, caberia toda a população do Brasil. De fato, determinados grupos humanos, apenas por habitarem continuamente em um mesmo ecossistema, não podem ser definidos como população tradicional, para os fins do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. O conceito de ecossistema não se presta a delimitar espaços para concessão de benefícios, assim como o número de gerações não deve ser considerado para definir se a população é tradicional ou não, haja vista não trazer consigo, necessariamente, a noção de tempo de permanência em um determinado local, caso contrário o conceito de populações tradicionais se ampliaria de tal forma que alcançaria, praticamente, toda a população rural de baixa renda, impossibilitando a proteção especial que se pretende dar às populações verdadeiramente tradicionais”.





“uma reserva extrativista ou uma reserva de desenvolvimento sustentável, o que se pretende é assegurar os meios de vida e a cultura das populações extrativistas, independentemente do tempo de permanência na área” (SANTILLI, 2005a, p. 126-127).

A Medida Provisória n. 2.186-16/2001, em seu art. 7º, III, define “comunidade local” como “grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas”.

A Convenção da Diversidade Biológica, incorporada ao ordenamento nacional, também cita “comunidades locais e populações indígenas com estilos de vidas tradicionais”, porém não lhes dá conceito algum.

O Decreto Presidencial n. 6.040⁴, de 7 de fevereiro de 2007, definiu povos e comunidades tradicionais assim:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo, compreende-se:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Essa é a conceituação jurídica mais completa, pois, além de deixar claro o sentido da expressão “povos e comunidades tradicionais”, observa características antropológicas – não cometendo o equívoco da Lei do SNUC – e aprecia, em rol não exaustivo, os escopos e as políticas públicas necessárias ao amparo dos direitos dessas populações (OLIVEIRA, 2006-2007, p. 5).

2.2 Conceito de *conhecimentos tradicionais*

O termo “tradicional” não se refere à antiguidade dos conhecimentos – na verdade, muitos deles não são antigos nem estáticos, mas constituem uma parte dinâmica da vida de muitas comunidades (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL)⁵. A característica de “tradicional” advém, na verdade, do modo de sua aquisição, de seu compartilhamento e de sua utilização.

Os conhecimentos tradicionais originam-se nas comunidades indígenas, quilombolas e locais na forma de “processo de aprendizagem, pesquisa e intercâmbio de conhecimentos que foram transmitidos através das gerações” (RUIZ; LAPEÑA,

4 O Decreto Presidencial n. 6.040/2007 instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) a ser implementada pela Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT).

5 Tradução livre.





2003, p. 75)⁶. Além disso, são de extrema importância para essas populações, por serem elemento de sua identidade cultural. Estes conhecimentos são uma forma única de ver o mundo do qual fazem parte todas as informações, práticas, crenças e filosofias próprias e específicas de cada comunidade. São exemplos de conhecimentos tradicionais as informações, técnicas e experiência sobre agricultura, meio ambiente, medicina, desenho industrial e outros, e, ainda, por serem expressões culturais, também se agregam ao folclore, à música e à religião.

Para o entendimento completo do que consiste a expressão “conhecimentos tradicionais”, é necessário citar os elementos do espírito, como folclore, música e religião, porém o foco deste estudo se dá sobre os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

2.3 Conceito de *conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade*

A Medida Provisória n. 2.186-16/2001, em seu art. 7º, II, conceitua como conhecimento tradicional associado a “informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”⁷.

O grupo de trabalho responsável por conhecimento tradicional associado à biodiversidade da Câmara Temática de Legislação⁸, em abril de 2003, apoiou a seguinte definição de conhecimento tradicional associado, incluindo, até mesmo, os conhecimentos já disponíveis ao público, para que os direitos das populações tradicionais fossem sempre resguardados (SANTILLI, 2005a, p. 191-192):

Todo conhecimento, inovação ou prática individual ou coletiva, dos povos indígenas, quilombolas e comunidades locais, associados às propriedades, usos e características da diversidade biológica, dentro de contextos culturais que podem ser identificados como indígenas, locais ou quilombolas, ainda que disponibilizados fora desses contextos, tais como em banco de dados, inventários culturais, publicações e no comércio.

Assim, tem-se que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade não se incluem no âmbito das criações plásticas, artísticas, literárias ou científicas, mas são produto do convívio íntimo das comunidades indígenas,

6 Tradução livre.

7 Medida Provisória n. 2.186-16/2001, art. 7º, I - “patrimônio genético: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extrato obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições *in situ*, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções *ex situ*, desde que coletados em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva [...]”.

8 Instituída pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, criado pelo art. 10 da Medida Provisória n. 2.186-16/2001.



locais e quilombolas com a natureza e que as fizeram desenvolver, por meio de observações empíricas e experiências rudimentares, sistemas próprios de classificação de espécies e gerenciamento do uso dos recursos naturais, e abrangem “desde técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas [...]” (SANTILLI, 2005a, p. 192).

3 Tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) calcula que “as indústrias chegam a economizar até 400% em tempo de pesquisa quando apoiado em pistas fornecidas por populações tradicionais” (LIMA, 2003, p. 5). Como fica claro, os conhecimentos tradicionais oferecem atalhos e matérias-primas importantes para o desenvolvimento da tecnologia e, portanto, “nada mais justo que as populações detentoras de saberes tradicionais recebam benefícios pelo repasse destes conhecimentos, principalmente quando se destinam ao uso comercial e ao lucro de terceiros” (BELAS, 2004, p. 45).

Os conhecimentos tradicionais e o acesso aos recursos genéticos passaram a ser regulados apenas a partir de 1992; até então eram concebidos como patrimônio da humanidade. Os conhecimentos tradicionais ganharam importância em debates internacionais (dando origem, por exemplo, à Convenção sobre Diversidade Biológica) e nacionais (quando surgiram a Medida Provisória n. 2.186-16/2001, o Decreto n. 6.040/2007 – ambos em vigor –, projetos de lei e até uma proposta de emenda à Constituição). Entretanto, ainda há discussão sobre qual seria a forma jurídica mais apropriada de proteção à utilização abusiva e não autorizada dos conhecimentos, levando-se em consideração a maneira como as populações tradicionais vivem, a fim de garantir a sua evolução, respeitados seus princípios, valores e interesses (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL)⁹.

Atualmente, a doutrina indica duas formas principais inibitórias do abuso dos conhecimentos tradicionais:

- adaptação do sistema de patentes já vigente, de maneira a incluir os conhecimentos tradicionais sob sua proteção, e
- sistema de proteção *sui generis*.

9 Tradução livre.



A primeira forma utiliza-se dos instrumentos legais já existentes, como patentes, marcas comerciais, segredo industrial, entre outros, sem alterações substanciais para a proteção dos conhecimentos tradicionais. De acordo com Juliana Santilli (2003, p. 57-58), esse é o posicionamento adotado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). A OMPI diz o seguinte sobre o assunto:

[...] as normas de propriedade intelectual vigentes têm sido aplicadas com sucesso para proteger os conhecimentos tradicionais contra algumas formas de uso abusivo e apropriação ilícita, em particular, mediante as leis de patentes, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais e segredos comerciais. No que diz respeito à eficiência, podem ser necessárias algumas modificações ou adaptações. Por exemplo, é certo que os conhecimentos tradicionais são propriedade coletiva da comunidade ao invés de pertencer a uma única pessoa, o que é inconveniente para a proteção. Sem embargo, é possível que se criem associações, empresas comunitárias ou outras entidades similares para atuar em nome das comunidades (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL)¹⁰.

Já o sistema de proteção *sui generis* segue os preceitos do consentimento prévio e informado, da repartição justa dos benefícios, do reconhecimento do saber tradicional como saber e ciência, da possibilidade de povos indígenas e comunidades locais negarem acesso aos seus conhecimentos, da indisponibilidade e imprescritibilidade do direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos, do respeito às formas de organização social e representação política tradicional, da previsão expressa de que são nulos de pleno direito quaisquer direitos de propriedade intelectual concedidos sobre processos ou produtos direta ou indiretamente resultantes da utilização de conhecimentos de comunidades tradicionais e da criação de um sistema nacional de registro de conhecimentos tradicionais ligados à biodiversidade (LIMA; BAPTISTA; BENSUSAN, 2003, p. 209-211).

3.1 Da inaplicabilidade do sistema de patentes¹¹ para a tutela dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

A patente consiste num privilégio concedido pelo Estado a pessoas físicas ou jurídicas, durante período determinado, com o fim de proporcionar incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, por meio de direito exclusivo de exploração do objeto patentado, mediante cumprimento de exigências legais, ao titular do direito (FURTADO, 1996, p. 40).

10 Tradução livre.

11 Restringimo-nos às patentes de invenção.



A fixação de prazo determinado para o gozo do privilégio da exclusividade é o primeiro ponto contra a aplicação do sistema de patentes para a tutela dos conhecimentos tradicionais. O privilégio temporário de exclusividade da exploração econômica da invenção, assegurado pelas patentes, tem por fim a justa remuneração dos esforços utilizados em pesquisas e desenvolvimento de inovações. Sem essa remuneração, o progresso da indústria e o aperfeiçoamento incessante da técnica ou aconteceria de forma mais lenta ou, simplesmente, em alguns casos, não aconteceria. Por sua vez, a aplicação de um prazo máximo para a utilização dos conhecimentos tradicionais é incongruente com sua natureza transgeracional e coletiva. As populações tradicionais visam à preservação de suas práticas, pois essas fazem parte de sua identidade cultural e, em sua grande parte, decorrem de uma atuação conjunta e indivisa.

Os direitos devem durar tanto quanto dure a conservação da diversidade biológica. É apenas quando não há mais conservação que o direito caduca. Se a preservação é um costume tradicional, transmitido de geração em geração, então é preciso que o direito também seja transgeracional, ou seja, não limitado no tempo, transmissível de geração em geração, e vinculado à própria manutenção da conservação (VARELLA, 2004, p. 155).

As invenções¹² serão privilegiáveis quando for possível nelas identificar os requisitos do art. 8º da Lei n. 9.279/1996: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, e quando não estiverem no rol de proibições da mesma lei¹³.

A novidade, princípio essencial das patentes, consiste na diferença própria à invenção que se pretende patentear (CERQUEIRA, 1982, p. 308), isto é, é nova toda invenção que não estiver compreendida pelo estado da técnica¹⁴.

A utilização do termo “tradicional” não deve ser entendida quanto à sua antiguidade ou à inexistência de processo cientificamente comprovado do conhecimento, mas sim quanto à sua transmissão entre as gerações das populações. Ele poderá até ser considerado novo, por ter surgido na geração presente, porém, por ser de conhecimento de diversas pessoas da comunidade, e, muitas

12 Invenção é “uma criação intelectual, como resultado da atividade inventiva do espírito humano e, pelo modo de sua realização, classifica-se como uma criação de ordem técnica e, pelos seus fins, constitui um meio de satisfazer às exigências e necessidades práticas do homem” (CERQUEIRA apud LOBO, 1997, p. 42).

13 Lei n. 9.279/1996: não são patenteáveis, além das descobertas, art. 10, IX - “o todo ou parte de seres vivos, materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e de processos biológicos naturais”. Não será objeto de patente, art. 18, I - “o que for contrário à moral, [...] à segurança, à ordem e à saúde públicas”, e III - “o todo ou parte dos seres vivos, exceto microorganismos transgênicos que atendam aos requisitos [...] novidade, atividade inventiva e aplicação industrial [...]”.

14 O estado da técnica “compreende todas as informações tornadas acessíveis ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior” (BARBOSA, 2002).



vezes, até por comunidades diferentes, é que o requisito da novidade não é atendido e, portanto, não é possível que se patenteie o conhecimento tradicional (VARELLA, 2004, p. 155).

O art. 13 da Lei n. 9.279/1996 dispõe que algo é dotado de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira óbvia ou evidente do estado da técnica. Dessa forma, toda invenção se submete ao princípio da não obviedade: o invento não pode ser resultado da aplicação da tecnologia já conhecida, exige-se o trabalho intelectual (BARBOSA, 2002). Um profissional que tenha noção da técnica usada no invento irá analisá-lo. Se o resultado obtido não for evidente, haverá atividade inventiva, mas, se o técnico conseguir, por meio de seus conhecimentos, chegar ao mesmo resultado, não se pode considerar que houve atividade inventiva naquela criação (LOUREIRO, 1999, p. 58).

É possível que exista atividade inventiva em determinados conhecimentos tradicionais, porém a maioria deles diz respeito a processos e produtos naturais, inclusive quanto ao modo de ser adquirido, usado e repassado. Esse tipo de conhecimento pode ser uma descoberta¹⁵, que também exclui a patente.

Segundo o art. 15 da Lei n. 9.279/1996: “A invenção e o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados em qualquer tipo de indústria”. A utilidade industrial inclui em seu conceito tudo que pode ser objeto de fabricação ou exploração industrial e tudo que pode ser objeto de aplicação na operação industrial, ou seja, respectivamente, produtos ou resultados industriais (CERQUEIRA, 1982, p. 340). Não é preciso que se cumpram requisitos como utilidade ou progresso técnico (LOUREIRO, 1999, p. 59).

Alguns conhecimentos tradicionais podem ter aplicação industrial. Em geral, porém, servem apenas de base para o desenvolvimento de produtos e processos a serem aplicados na indústria.

Da análise apresentada, é de se ver que o sistema de patentes vigente não se ajusta à proteção dos conhecimentos tradicionais, pois visa amparar os “conhecimentos novos”, individualmente protegidos e apropriáveis por terceiros” (LIMA; BAPTISTA; BENSUSAN, 2003, p. 207). Os conhecimentos tradicionais são adquiridos, usados e repassados pela especialização da comunidade, dadas as suas necessidades de adaptação ao ambiente em que vive, e pelo livre trânsito de ideias e informações. A noção de propriedade não condiz com os valores das populações detentoras desse tipo de conhecimento.

¹⁵ Descoberta é o que se achou por acaso, mas que já existia, ou a percepção de um fenômeno, a constatação de um fato.



3.2 A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)

A CDB é uma convenção-quadro¹⁶ que foi assinada em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida como ECO 92, e que estabelece princípios, metas e compromissos gerais para a proteção e utilização sustentável da diversidade biológica.

Em seu art. 1 estão listados os seus objetivos, que visam à conservação da diversidade biológica, ao uso sustentável e à repartição justa e equitativa dos benefícios advindos de conhecimentos de comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais (DOURADO, 2008, p. 86). Quanto às razões que incitaram a elaboração da convenção, entende-se que não foram ligadas apenas ao aumento no índice de perda biológica, mas, principalmente, à não existência de um regime de acesso aos recursos genéticos e de repartição dos benefícios (OLIVEIRA, 2006, p. 123).

Os arts. 5 a 10 da CDB tratam da conservação da biodiversidade, por meio de estratégias, planos e programas, com o fim de promover a conservação e o uso sustentável.

Em seu art. 15, a CDB estabelece que o acesso aos recursos genéticos deve respeitar os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais e que cabe ao governo nacional dizer quanto ao acesso sobre seus recursos naturais. Esse acesso, quando concedido, deverá sujeitar-se a consentimento prévio fundamentado, analisado adiante. Este é o chamado princípio da soberania nacional sobre os recursos naturais, isto é, os Estados possuem a faculdade de regular o acesso aos recursos genéticos em seu território (OLIVEIRA, 2006, p. 150-154).

Além disso, o seu art. 8, *j*, reconhece expressamente o direito das populações tradicionais sobre os seus conhecimentos relacionados à biodiversidade e prevê a repartição equitativa dos benefícios que surgem a partir da utilização desses conhecimentos, inovações e práticas. A repartição dos benefícios também está prevista no art. 16 (acesso e transferência de tecnologia), no art. 19.1 (participação em pesquisa biotecnológica sobre recursos genéticos) e no art. 19.2 (acesso aos resultados e benefícios da biotecnologia).

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) é certamente polêmica. Há quem a considere um divisor de águas (MOREIRA, 2007, p. 38), no que diz respeito aos mecanismos de proteção aos conhecimentos tradicionais, há quem a entenda como “excelente instrumento regulatório, em se tratando de *soft norm*, mas apenas um indicativo de legislação, sem eficácia concreta no plano prático” (VARELLA, 2004, p. 137), e há quem a ache utilitarista ou economicista e

16 O termo “convenção-quadro” é utilizado pelo sistema da Organização das Nações Unidas para designar tratados internacionais que envolvem a promoção de políticas setoriais em vários países, por exemplo, a Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima.



não protecionista ou conservacionista – segundo Vandana Shiva (apud DANTAS; NETO, 2008, p. 77), “é irônico que uma convenção feita para a proteção da biodiversidade tenha sido distorcida a ponto de se transformar numa convenção para explorá-la”.

3.2.1 Princípios fundamentais e a Convenção sobre Diversidade Biológica

“O direito ao meio ambiente é um dos maiores direitos humanos do século XXI, na medida em que a humanidade se vê ameaçada no mais fundamental de seus direitos – o da própria existência” (PONS-DÉJANT apud KISHI, 2004a, p. 1). No que diz respeito ao acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais, é ainda mais clara a afinidade entre os direitos humanos e a proteção do meio ambiente, principalmente pelo imperativo de preservação dos recursos naturais e de todos os benefícios que podem oferecer à humanidade. Nesse sentido, entende-se que a proteção da biodiversidade é um direito humano fundamental, e a Convenção sobre Diversidade Biológica é norma de direitos humanos. Por essa razão, após a sua ratificação pelo Decreto Legislativo n. 2/1994 e promulgação pelo Decreto n. 2.519/1998, a CDB foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional¹⁷, sendo dotada de intangibilidade e de aplicabilidade imediata (KISHI, 2004a, p. 1-2).

17 Muito embora a CDB tenha sido ratificada em 1994, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu o § 3º ao art. 5º, não há que se afastar o entendimento segundo o qual lhe é conferida natureza de norma constitucional, independentemente do quórum de sua aprovação. Esse tratamento jurídico diferenciado lhe foi dado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido está Flávia Piovesan: “Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. A efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados [...]. Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. [...] Insista-se, todavia que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988 justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direito humanos objetivam a salvaguarda de direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. [...] Ressalte-se ainda que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4º, da Constituição” (RAMOS, 2009, p. 163-164).





Adiante será feita a análise de alguns dos direitos fundamentais encontrados na CDB e a sua correlação com a Constituição Federal.

3.2.1.1 Princípio da produção e reprodução do conhecimento tradicional e princípio fundamental da valorização dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade

No seu preâmbulo, a CDB reconhece o valor da diversidade biológica, inclusive no seu aspecto social e cultural. Em seu art. 8, *j*, fica ainda mais evidente tal reconhecimento, pois se recomenda que todos devem “respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas [...]”. Na Constituição Federal, os princípios da produção e reprodução do conhecimento tradicional e da valorização dos conhecimentos tradicionais encontram-se protegidos pelo art. 215, *caput* e § 1º.

Especificamente no que concerne ao acesso aos recursos biológicos e aos conhecimentos tradicionais, evidencia-se, portanto, um princípio ao incentivo à criação constante e reprodução do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, em benefício da geração futura. As considerações jurídicas também sustentam o princípio da valorização intrínseca da biodiversidade, da sociodiversidade e dos conhecimentos tradicionais relacionados à conservação e ao manejo da diversidade biológica (KISHI, 2004b, p. 311).

3.2.1.2 Princípio fundamental da preservação da integridade do patrimônio genético e da diversidade biológica

A CDB cita a “conservação da diversidade biológica” 34 vezes. Essa repetição serviu para reforçar a importância que foi dada ao tema. A diversidade biológica pode ser entendida como qualquer material de “origem vegetal, animal ou microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade, com valor real ou potencial” (MACHADO apud KISHI, 2004b, p. 311), e se há a sua perda, ocorre uma diminuição da diferença entre as formas de vida, o que, no processo evolutivo, poderá vir a ser um elemento causador de extinção.

A mesma preocupação com a proteção da diversidade biológica pode ser verificada no art. 225, § 1º, I e II, da Constituição Federal, que diz que, “para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público [...] preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”.

Os conhecimentos tradicionais estão intimamente ligados à proteção da diversidade biológica, pois as populações tradicionais manejam de forma intensa e constante o meio ambiente e acabam por auxiliar a multiplicação da diversidade e, também, a sua conservação (SANTILLI, 2004, p. 344).





3.3 Instrumentos legais em vigor no Brasil

A proteção do controle ao acesso aos recursos genéticos é feita em âmbito constitucional, que traça linhas gerais de proteção, e em âmbito infraconstitucional, que protege, também de forma geral, o controle do acesso aos recursos genéticos por normas de caráter ambiental, e, conjuntamente, por normas de propriedade intelectual. Não há dispositivo constitucional específico sobre a matéria, porém, por ser um tema transdisciplinar, é possível invocar, por exemplo, os dispositivos que tratam da garantia do direito de propriedade, dos princípios de proteção da ordem econômica e financeira, da proteção dos índios, dos quilombolas, do meio ambiente e da cultura (VARELLA, 2004, p. 5). Quanto às normas infraconstitucionais, destacam-se as Leis Estaduais n. 1.235/1997 e n. 338/1997, do Acre e do Amapá¹⁸, respectivamente, e, em âmbito federal, a Medida Provisória n. 2.186-16/2001, tratada a seguir.

3.3.1 A Medida Provisória n. 2.186-16/2001

A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 é resultado das reedições¹⁹ da MP n. 2.052, de 30 de junho de 2000. Ela trata do acesso ao patrimônio genético, do processo e do acesso ao conhecimento tradicional associado, da repartição de benefícios e da transferência de tecnologia para sua conservação e utilização. Entende-se que um tema tão importante deveria ter passado pelo Poder Legislativo (à época, dois projetos de lei estavam em discussão há vários anos, visando à implementação da Convenção sobre Diversidade Biológica²⁰), porém a MP foi editada antes do final das discussões dos projetos de lei, como forma de legitimar o acordo de 29 de maio de 2000 entre a Organização Social Bioamazônia e a Novartis Pharma, que previu o envio de 10 mil bactérias e fungos amazônicos à Suíça e que teve má repercussão, pois a Bioamazônia havia sido usada como mera assistente de transferência física de material genético brasileiro, enquanto a indústria ficaria com todo o aproveitamento comercial do que fosse obtido com esse material:

O surgimento da MP n. 2.186-16/2001 foi ensejado pelo polêmico contrato entre a organização social Bioamazônia, encarregada pelo governo federal de gerir o Programa Brasileiro de Ecologia

18 As normas estaduais não serão analisadas neste estudo.

19 “As MPs editadas anteriormente à Emenda n. 32/2001 foram mantidas em vigor até a deliberação definitiva do Congresso Nacional e esta é a razão pela qual a Medida Provisória n. 2.186-16/2001 se transformou em ‘medida permanente’” (DOURADO, 2008, p. 92).

20 “A primeira tentativa de implementação da CDB no Brasil se deu com a apresentação de um projeto de lei pela Senadora Marina Silva (PT-AC) no ano de 1995, iniciando assim sua tramitação no Senado. Em 1997, os Estados do Acre e do Amapá tomaram a iniciativa de promulgar leis dispoendo sobre o controle do acesso à biodiversidade dentro da competência legislativa que lhes outorga o artigo 24, VI, da Constituição Federal. No Congresso Nacional, outras propostas somaram-se ao projeto original ao da Senadora Marina Silva e o debate foi fortalecido no âmbito do Poder Legislativo. Na mesma época, o governo federal apresentou sua proposta à Câmara dos Deputados, a qual resultara dos trabalhos do grupo interministerial formado para este fim” (DOURADO, 2008, p. 86).



Molecular para Uso Sustentável da Biodiversidade da Amazônia e a empresa multinacional Novartis, do ramo farmacêutico. Diante dos protestos e mobilizações de setores mais engajados da sociedade civil contra o referido contrato, este foi finalmente suspenso. O acordo previa a exploração de cerca de 10 mil microorganismos da Amazônia pela multinacional, que seria proprietária exclusiva das eventuais patentes sobre produtos e processos obtidos a partir dos recursos genéticos brasileiros, sem qualquer repartição de benefícios no país e, portanto, em flagrante violação dos princípios da CDB (DOURADO, 2008, p. 86).

Para que se entenda o mecanismo de funcionamento da MP n. 2.186-16/2001, é necessário o conhecimento da estrutura por ela criada: o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEn), o tratamento dado às comunidades locais e indígenas, a proteção aos conhecimentos tradicionais, o controle das atividades de bioprospecção e os contratos de acesso aos recursos genéticos.

3.3.1.1. O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEn)

O Conselho de Gestão do Patrimônio Genético foi criado para coordenar as políticas de gestão do patrimônio genético, tendo-lhe sido atribuída pelo art. 10 da MP n. 2.186-16/2001 uma função deliberativa e uma função normativa.

Ele fixa normas técnicas ou diretrizes para o acesso aos recursos genéticos; analisa e aprova contratos de acesso aos recursos genéticos; delega competências às entidades públicas e privadas para gerir atividades de bioprospecção e utilização desse material, assim como do conhecimento tradicional associado. Também é o Conselho que credencia as entidades capazes para participar de atividades de bioprospecção e de contratos de acesso, para remeter amostras de material biológico ao exterior, determina as entidades que podem ser conservadoras e fiéis depositárias desse material, além de fazer a interface com o público, democratizando o que existe, a partir da elaboração de banco de dados de experiências e da sua divulgação. Enfim, no tocante à participação da sociedade civil, ele é obrigado a promover debates sobre o tema, assim como realizar consultas públicas caso julgue necessário (VARELLA, 2004, p. 20).

O Decreto n. 3.945/1998 definiu a composição do CGEn e estabeleceu as normas para seu funcionamento, regulamentando os arts. 10, 11, 12, 14, 15, 16, 18 e 19 da MP n. 2.186-16/2001.

3.3.1.2 Do controle das atividades de bioprospecção

Bioprospecção é definida pela norma provisória em seu art. 7º, VII, como “atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético



e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial”. Portanto, a bioprospecção pode ser compreendida como pesquisa dos recursos biológicos, genéticos e que, por vezes, utiliza o conhecimento das populações tradicionais, com duas finalidades principais: gerar benefícios à humanidade e gerar lucros às indústrias químicas, farmacêuticas, cosméticas e alimentares (ANDRADE, 2006, p. 19).

A etnoprospecção – bioprospecção a partir da utilização de conhecimentos tradicionais – merece destaque, pois é por meio dela que se alcançam os melhores resultados (ANDRADE, 2006, p. 20).

Toda prospecção, acesso a material biológico ou a conhecimento tradicional associado deve ser autorizado pelo CGEn; apenas instituições nacionais podem candidatar-se a essa autorização. Também somente instituições nacionais podem ser fiéis depositárias do material genético (para conservá-los para futura utilização), podendo haver, caso haja má utilização desse material, a sua responsabilização civil e administrativa, e, se houver crime ambiental, a responsabilização penal dos seus dirigentes. A instituição deverá cumprir uma série de obrigações – sob pena de descredenciamento –, como envio de informações sobre as atividades desenvolvidas para alimentar o banco de dados do CGEn, por meio de relatórios periódicos (VARELLA, 2004, p. 22).

3.3.1.3 Direitos das populações tradicionais

As populações tradicionais²¹ têm direito de participação nos direitos de propriedade intelectual no que for obtido a partir da utilização de seus conhecimentos tradicionais. Esses direitos podem ser tanto morais quanto patrimoniais. Os direitos morais são inalienáveis, impenhoráveis, e dizem respeito à necessidade de indicação em qualquer forma de divulgação (publicações e patentes, por exemplo). Já os direitos patrimoniais são os que advêm da utilização do conhecimento tradicional para o desenvolvimento de um produto ou processo e que resultou em lucros, os quais deverão ser repartidos de forma justa e equitativa (VARELLA, 2004, p. 27).

3.3.1.4 Contratos de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios

O acesso aos recursos genéticos faz-se mediante contrato de utilização do patrimônio genético e de repartição de benefícios. A Medida Provisória n. 2.186-16/2001, em seu art. 11, II, *b*, estabelece as diretrizes para elaboração desse contrato de repartição de benefícios e, no art. 11, IV, *b*, combinado com o art. 29, dá

21 As populações tradicionais foram chamadas pela MP n. 2.186-16/2001 de comunidades indígenas ou locais.



à União a competência para autorizar e dar anuência, por meio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEn).

A parte interessada no acesso deverá obter as autorizações previstas antes de iniciar as atividades de bioprospecção. “Assim, se for na plataforma continental, deve ter autorização do Ministério da Marinha. Se for em território indígena, da FUNAI e da comunidade indígena mediante uma declaração de consentimento prévio e esclarecido [...]” (VARELLA, 2004, p. 23). Após a obtenção da autorização, dará início às suas atividades de pesquisa e coleta do material biológico. Deverá haver, periodicamente, o envio de relatórios para o CGEn e, ao final, uma lista das espécies colhidas a ser apresentada ao titular da área²². Em seguida, uma amostra das espécies será depositada em um centro de conservação *ex situ*²³. Se, após o estudo do material biológico, houver indicação de potencial econômico, antes mesmo de se tentar viabilização do seu uso, será assinado um contrato de acesso aos recursos genéticos e distribuição de benefícios, que definirá o objeto, a duração, o direito das partes, a distribuição dos benefícios, as sanções, e terá, necessariamente, foro de eleição no Brasil para dirimir quaisquer controvérsias (VARELLA, 2004, p. 24).

3.3.1.5 Crítica à MP n. 2.186-16/2001

No art. 15, item 5, da Convenção sobre Diversidade Biológica encontra-se a expressão “consentimento prévio e fundamentado” e no seu art. 8, *j*, estabelece-se a obrigatoriedade de os países signatários preservarem “o conhecimento e as práticas das comunidades locais e encorajar a repartição dos benefícios oriundos da aplicação destes conhecimentos” (KISHI, 2004a, p. 10). A MP n. 2.186-16/2001, porém, não define bem qual é o papel das populações tradicionais no que diz respeito ao seu direito de escolha, isto é, falha na definição do que é “consentimento prévio e fundamentado” e, também, do que é “justo e equitativo”. Essa falha demonstra que não houve preocupação pelo respeito do direito de escolha das populações tradicionais nem pela sua participação nos benefícios decorrentes da exploração do conhecimento tradicional associado (VARELLA, 2004, p. 27).

Enquanto o art. 225, *caput*, da Constituição Federal prevê que a coletividade deve defender e preservar o meio ambiente, a MP n. 2.186-16/2001 também peca por não trazer no seu texto a participação da sociedade civil.

O princípio da precaução, segundo o qual “o risco de dano significativo ao meio ambiente, ainda que não reconhecido com absoluta certeza, obriga a

22 Poderá ser um líder indígena, proprietário da área. Ele deverá assinar a lista de espécies colhidas. Caso não seja possível encontrá-lo, há a dispensa da assinatura.

23 MP n. 2.186-16/2001, art. 7º, XIV – “condição *ex situ*: manutenção de amostra de componente do patrimônio genético fora de seu *habitat* natural, em coleções vivas ou mortas”.



atitudes imediatas de precaução” (KISHI, 2004a, p. 12), também foi desprezado. O art. 6º da MP n. 2.186-16/2001 diz que, em havendo “evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica [...], o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão e Patrimônio Genético [...], com base em critérios e parecer técnico, determinará medidas destinadas a impedir o dano [...]”, porém a CDB prevê o contrário ao dizer que, “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça” (KISHI, 2004a, p. 12-13).

Destarte, conclui-se que a MP n. 2.186-16/2001 não pode ser considerada eficaz para tutelar o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

3.3.2 Anteprojeto de lei

Desde a sua edição, a MP n. 2.186-16/2001 foi criticada em sua forma e conteúdo. Atualmente, discutem-se o seu aperfeiçoamento e o de suas normas regulamentadoras – decretos federais e resoluções do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEn).

O anteprojeto de lei trata de repartição de benefícios, coleta, remessa e transporte de material biológico, acesso a recursos genéticos e seus derivados e acesso e proteção aos conhecimentos tradicionais associados e direitos dos agricultores (DOURADO, 2008, p. 88). O anteprojeto começou a ser elaborado entre julho e outubro de 2003 pela Câmara Temática de Legislação do CGEn e, no início de dezembro, foi enviado à Casa Civil (FONTES, 2004).

No dia 27 de novembro de 2007, foi publicada no *Diário Oficial da União* a consulta pública²⁴ sobre o projeto de lei, com prazo até 13 de julho de 2008²⁵. Muitas organizações de populações indígenas e tradicionais, organizações da sociedade civil e universidades apresentaram comentários ao anteprojeto, porém ainda não foi mostrado o texto final, que será, enfim, remetido ao Congresso Nacional.

3.4 Regime de proteção *sui generis*

A orientação de proteção aos conhecimentos tradicionais segundo um sistema *sui generis* – isto é, completamente distinto do sistema de patentes e que deverá preservar as práticas, as inovações e os conhecimentos das populações

24 Consulta Pública disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consulta_publica/consulta_biologica.htm>. Acesso em: 5 jan. 2009.

25 O prazo inicial era 28.2.2008, porém houve várias prorrogações.





tradicionais de forma a permitir a preservação de suas culturas – partiria das premissas abaixo.

3.4.1 Titularidade coletiva dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade; cotitularidade de direitos sobre conhecimentos compartilhados por diversas comunidades tradicionais e permissão do livre intercâmbio de informações

Ainda que apenas um indivíduo – membro de uma determinada comunidade tradicional – detenha o conhecimento²⁶, o direito intelectual a ele relativo é coletivo. Também é possível que saberes indígenas ultrapassem fronteiras entre países²⁷ e que populações tradicionais localizadas em uma mesma região etnográfica ou ecorregião dividam o uso de um mesmo recurso biológico (SANTILLI, 2005a, p. 223).

O compartilhamento dos conhecimentos tradicionais por diversos povos pode se dar de formas diversas: sobre uma mesma espécie podem ser desenvolvidos conhecimentos tradicionais diversificados, que podem variar de um povo ou comunidade para outro povo ou comunidade, ou mesmo dentro de um mesmo povo. Os conhecimentos tradicionais sobre uma mesma espécie podem variar quanto aos possíveis usos e propriedades, quanto aos modos de preparo, formas de aplicação, dosagem, etc. (SANTILLI, 2005a, p. 223).

O direito de titularidade coletiva aos conhecimentos tradicionais e a cotitularidade de direitos sobre conhecimentos compartilhados por várias comunidades tradicionais são um dos pilares do regime jurídico *sui generis*, pois – diante da rotineira disseminação dos conhecimentos tradicionais entre a cultura, os usos e os costumes de várias populações locais, indígenas ou quilombolas – a manutenção do intercâmbio e a livre movimentação de informações é o que mantém viva a forma como estes processos inventivos são gerados (SANTILLI, 2005a, p. 222).

3.4.2 Reconhecimento do pluralismo jurídico e dos sistemas de representação das populações tradicionais

Santilli defende que, em um regime *sui generis* de proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, o direito nacional deverá reconhecer o direito costumeiro das populações tradicionais. Isto é, o monismo

26 Por exemplo, plantas medicinais que só um pajé ou xamã domine ou técnicas anticoncepcionais ou de parto que só as mulheres conheçam (SANTILLI, 2005b, p. 29).

27 Como é o caso do *ayahuasca*, do guaraná e do rapé utilizados por diversos povos indígenas do Brasil e do Peru (SANTILLI, 2005b, p. 30).





jurídico deveria ser deixado de lado e o Estado deveria abraçar o pluralismo jurídico, reconhecendo os ordenamentos jurídicos das populações tradicionais, pois estes são mais aptos para lidar com seus hábitos diferenciados e também com questões de legitimidade e representatividade.

A legitimidade para representar um povo indígena, quilombola ou população tradicional em uma autorização de acesso só pode ser estabelecida valendo-se das normas e critérios internos desses povos. A enorme sociodiversidade brasileira impede a adoção de uma norma homogênea ou critério único de representação – afinal, são centenas de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, com enormes diferenças étnicas e culturais entre si, vivendo em distintos ecossistemas. Evidentemente, as normas de representação individual ditadas pelo nosso Direito Civil são inapropriadas para contemplar a enorme diversidade de sistema de representação dos povos tradicionais. [...]. O Direito estatal brasileiro deve, portanto, se limitar a reconhecer e conferir validade jurídica a essas formas de representação. A criação, pelo Direito brasileiro, de mecanismos de consulta que não atendam às formas próprias de organização e representação dos povos tradicionais só produzirá divisões internas (SANTILLI, 2005a, p. 225).

3.4.3 Direitos de natureza moral e patrimonial

Os direitos das populações tradicionais sobre seus conhecimentos têm natureza moral e patrimonial.

Os direitos morais implicam a possibilidade de se negar acesso ou uso para qualquer finalidade ou, ainda, manter sigilo e confidência sobre conhecimentos tradicionais e recursos genéticos associados localizados no território da população detentora toda vez que houver risco “à integridade intelectual, cultural e de valores espirituais” (SANTILLI, 2005a, p. 227). Este direito deverá ser garantido pelo Estado. Além disso, deverão ser assegurados os direitos à indicação e ao reconhecimento público do detentor do conhecimento tradicional em todas as publicações e divulgações para utilização comercial ou não.

Os direitos morais são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não estando sujeitos a prazos ou lapsos temporais. Também não devem ser permitidos a utilização exclusiva ou os monopólios de exploração, pois, em havendo codetentores, não poderá haver impedimentos para a utilização pelas outras populações tradicionais.

Os direitos patrimoniais serão tratados no tópico sobre repartição justa e equitativa de benefícios.





2.4.4 Consentimento prévio e informado

Esta premissa pode ser definida como o procedimento pelo qual as populações tradicionais “autorizam, voluntária e conscientemente, e mediante o fornecimento de todas as informações necessárias, o acesso e utilização, por terceiros, de tais recursos” (SANTILLI, 2005a, p. 230).

Na tutela jurídica dos conhecimentos tradicionais associados, o consentimento prévio é o centro da validade do acesso aos recursos genéticos, isto é, restará nulo de pleno direito o acesso a recursos genéticos sem que exista o consentimento prévio e fundamentado da população tradicional deles detentora (KISHI, 2004b, p. 328). O termo “fundamentado” pressupõe que a comunidade consentiu e foi informada dos riscos e benefícios do acesso aos recursos genéticos.

Bem instrumentalizado, o instituto do consentimento prévio e fundamentado é que vai garantir aos povos tradicionais, especialmente, o direito à autodeterminação, o direito a negar acesso, o direito de ter suas tradições e valores culturais reconhecidos, o direito dos povos ao desenvolvimento, o direito de serem representados segundo suas próprias vontades e o direito à prevalência de suas diferenças como direito humano fundamental, em atenção ao comando constitucional do art. 1º, III (KISHI, 2004b, p. 330-331).

É o consentimento prévio e informado que garante às populações tradicionais o direito de negar acesso às suas tradições e aos valores culturais reconhecidos. Essa garantia dá às populações tradicionais, a qualquer momento de uma parceria, a possibilidade de recusar o acesso e o uso dos recursos genéticos existentes em seu território e de conhecimentos tradicionais associados, em especial, quando entenderem haver a possibilidade de dano social, material ou econômico ou, ainda, se acharem que não foram inteiramente informadas sobre as possibilidades e os riscos das atividades desenvolvidas (LIMA; BAPTISTA; BENSUSAN, 2003, p. 210-211).

3.4.5 Repartição equitativa dos benefícios

A repartição equitativa dos benefícios diz respeito ao direito patrimonial dos detentores de conhecimentos tradicionais. É consequência do sucesso do processo de obtenção do consentimento prévio e informado da comunidade detentora do conhecimento tradicional e deverá considerar a contribuição efetiva deste conhecimento tradicional para a aquisição do produto (LIMA; BAPTISTA; BENSUSAN, 2003, p. 210). Embora não exista definição oficial dos benefícios gerados pelo uso de recursos genéticos, a doutrina indica os seguintes exemplos como forma de repartição de benefícios:





Os [benefícios] monetários podem ser participação em *royalties*, participação percentual nas vendas de processos e produtos gerados, pagamento antecipado ou de acordo com as diferentes fases do desenvolvimento tecnológico, pagamento pela continuidade da utilização dos recursos biológicos. Os benefícios não-monetários, por sua vez, podem ser: cooperação científica e tecnológica com instituições locais, qualificação de pessoal local, intercâmbio de informações, bolsas de estudos, consolidação de estrutura de pesquisa, estudo de doenças locais, formação de *joint ventures* para a criação de fundações tecnológicas (VARELLA, 2004, p. 148-149).

Reconhece-se que os benefícios monetários devem ser negociados caso a caso, porém se entende que os “pagamentos pontuais e momentâneos, [...] que não promovem um processo mais amplo e permanente de troca de informações e repartição de benefícios, têm alcance muito limitado” (SANTILLI, 2005a, p. 233). Seria mais interessante a priorização dos benefícios não monetários; primeiro, por causa da impossibilidade de mensurar, à época da coleta dos recursos genéticos, pela capacidade da futura comercialização do produto ou processo e, em segundo lugar, porque existe a possibilidade de que os futuros usuários do produto ou processo obtido possam pedir que os riscos associados à comercialização sejam repartidos, assim como o foram os *royalties* (HAYASHI, 2004, p. 209).

3.4.6 Banco de dados de conhecimentos tradicionais

O banco de dados de conhecimentos tradicionais funcionaria tal qual uma biblioteca e conteria os registros e a catalogação desses saberes. Santilli sugere que o registro seja gratuito; facultativo, cabendo ao detentor do conhecimento a escolha da publicidade; declaratório, ainda que a população tradicional não registre seu conhecimento não haverá a perda de sua titularidade, seria apenas um meio de sua prova, e que tenha na sua administração membros da sociedade civil, consultores técnicos, representantes do governo e de associações não governamentais, além de associações das populações tradicionais (SANTILLI, 2005a, p. 237-243).

A criação deste banco de dados teria como principal finalidade inibir a patente dos produtos e processos desenvolvidos com base em conhecimentos tradicionais, uma vez que torna a informação de domínio público.



As patentes de processos e produtos resultantes do *nim*²⁸ e do turmérico²⁹, concedidas a empresas norte-americanas e ao Departamento de Agricultura dos Estados Unidos pelo Escritório Europeu de Patentes (no caso do *nim*), e a dois indianos residentes nos Estados Unidos, pelo Escritório Norte-Americano de Patentes (no caso do turmérico), só foram revogadas pelos referidos órgãos patentários em virtude da comprovação de que a informação já era de domínio público e, portanto, não representava nenhuma novidade ou atividade inventiva (SANTILLI, 2005a, p. 239).

O banco de dados deverá, ainda, restringir o acesso às informações, tendo em vista a necessidade de respeito aos direitos intelectuais das populações tradicionais e o imperativo de obtenção do consentimento prévio e informado dos detentores do conhecimento tradicional antes da sua utilização com fins científicos ou comerciais.

O estudo³⁰ recomenda que museus, jardins botânicos, universidades, empresas e outras instituições que lidam com material biológico e genético adotem políticas claras em relação às condições para o acesso e utilização desse acervo e reconheçam os direitos intelectuais coletivos relativos a eles. Da mesma maneira, a utilização de informações relativas a conhecimentos tradicionais disponíveis em publicações científicas, artigos, teses, relatórios, vídeos, laudos antropológicos e outras obras de acesso público deve ser precedida de consulta aos titulares de direitos intelectuais coletivos sobre esses materiais. Recomenda-se até mesmo que na publicação conste a afirmação de que os autores reconhecem os direitos intelectuais coletivos dos povos e comunidades que os detêm, de que obtiveram o consentimento prévio deles para acessá-los e de que a sua utilização, científica ou comercial, por terceiros, deve ser precedida do consentimento fundamentado de seus detentores e promover a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização (SANTILLI, 2005a, p. 240-241).

O escopo do regime de proteção *sui generis*, quando tratar em legislação sobre o banco de dados de conhecimentos tradicionais, deverá ser a proteção dos direitos intelectuais coletivos dos detentores de conhecimentos tradicionais

28 O *nim* (ou *neem*) é uma árvore da família do mogno cujo nome significa “árvore livre”. É abundante na Índia, e o óleo extraído de sua semente tem características antissépticas e antifúngicas utilizadas há milhares de anos pela medicina *ayurvédica* e pela agricultura tradicional indiana (SILVA, 2000).

29 O turmérico é um pó amarelo obtido a partir das raízes secas da *Curcuma longa*, da família do gengibre. É utilizado pela medicina *ayurvédica* desde tempos imemoriais, como cicatrizante (MAYZ; PÉREZ, 2000).

30 Referência ao estudo realizado pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade das Nações Unidas e lançado na 7ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, realizada em Kuala Lumpur, em fevereiro de 2004.



e o cumprimento dos princípios de conhecimento prévio e fundamentado e da repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da sua utilização.

Conclusão

O presente estudo pretendeu provocar uma reflexão sobre a tutela jurídica do acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, partindo da análise do sistema de patentes, assim como da legislação em vigor sobre o assunto e, por fim, da construção de um sistema de proteção *sui generis*.

O sistema de patentes consiste num privilégio dado pelo Estado ao inventor, durante período determinado, com o fim de proporcionar incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico, por meio de direito exclusivo de exploração do objeto patenteado. Para se obter uma patente, são exigidos os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, segundo o descrito na Lei n. 9.279/1996. Este sistema, conforme se demonstrou, é inapropriado à proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, pois estes não preenchem os requisitos legais. O sistema de patentes pode ser até mesmo prejudicial, pois, além de não haver previsão alguma de procedimento para atender aos princípios do consentimento prévio e informado e da repartição justa e equitativa dos benefícios, as patentes são direitos individuais, temporários e de exploração exclusiva, enquanto os conhecimentos tradicionais são adquiridos, usados e repassados pela especialização das comunidades, dadas as suas necessidades de adaptação ao ambiente em que vivem, e pelo livre trânsito de ideias e informações, isto é, são práticas de identidade cultural das populações tradicionais e que, na maior parte das vezes, decorrem de atuação conjunta e indivisa.

A Convenção sobre Diversidade Biológica tem como principais objetivos a conservação da biodiversidade; a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes do uso dos recursos genéticos. A CDB pode ser considerada verdadeiro marco no que diz respeito aos mecanismos de proteção aos conhecimentos tradicionais associados, pois foi em seu art. 8, *j*, que se reconheceu, expressamente, o direito das populações tradicionais sobre os seus conhecimentos relacionados à biodiversidade e se previu a repartição equitativa dos benefícios que surgem a partir da utilização desses conhecimentos, inovações e práticas.

Após a ratificação da CDB no Congresso Nacional, deu-se início às tentativas de sua regulamentação. O processo de avaliação dos projetos de lei e de





uma emenda à Constituição, porém, foi interrompido pela edição da Medida Provisória n. 2.186-16/2001, que não incorporou os debates já realizados sobre o assunto e serviu apenas para legitimar um contrato de exploração de recursos genéticos na Amazônia. Desde a sua edição, a MP n. 2.186-16/2001 foi criticada em sua forma e conteúdo porque há falha na definição do que é “consentimento prévio e fundamentado” e, também, do que é “justo e equitativo”. Ademais ela não traz no seu texto a participação da sociedade civil e não respeita o princípio da precaução do direito ambiental.

Superada a ideia de que o sistema de patentes seria uma opção para a tutela dos conhecimentos tradicionais associados e considerando que a legislação nacional em vigor mostra-se insuficiente, tende-se a imaginar um sistema de proteção *sui generis*, que permita a adaptação às circunstâncias especiais dos conhecimentos tradicionais. É grande o desafio de se estabelecer o sistema ideal de tutela, o que se torna um problema já que, em sendo a proteção acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade precária, há facilitação para o aumento da espoliação e da apropriação indevida.

Atualmente, a doutrina indica como premissas para esse sistema de proteção *sui generis*: 1) o pluralismo jurídico – reconhecendo toda a diversidade cultural apresentada pelas populações tradicionais, sejam elas indígenas, sejam quilombolas ou locais; 2) o reconhecimento de que é um direito não exclusivo, um direito coletivo, com o reconhecimento da possível disseminação dos conhecimentos tradicionais entre as populações e com a manutenção do livre intercâmbio das informações; 3) a garantia pelo Estado dos direitos morais e patrimoniais das populações, sendo que os direitos morais são reconhecidos como inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não estando sujeitos a prazos ou lapsos temporais; 4) a delimitação adequada do que é entendido como “justo” e “equitativo”, no que diz respeito à repartição de benefícios; 5) a definição adequada de como o “consentimento prévio e informado” será implementado; 6) a criação de um banco de dados para inventariar o conhecimento tradicional existente – devendo ser incentivada a sua alimentação pelas populações tradicionais –, que irá funcionar como estímulo ao desenvolvimento, com a possível atração de investimentos, e que facilitará a pesquisa científica e tecnológica sem que haja qualquer prejuízo quanto aos direitos intelectuais dos detentores de conhecimentos tradicionais e quanto ao cumprimento dos princípios de conhecimento prévio e fundamentado e da repartição justa e equitativa dos benefícios.

O sistema de proteção *sui generis* teria como fundamento o reconhecimento da interdependência social e natural de forma a proteger as populações tradicionais de utilização indevida e sem repartição de possíveis benefícios dos conhecimentos, mas também o reconhecimento da importância para a humanidade do desenvolvimento tecnológico. Registra-se, contudo, que a implantação





de um sistema de proteção *sui generis* ainda precisa ser mais debatida com todos os setores da sociedade, inclusive com as populações tradicionais.

Referências

ANDRADE, Priscila Pereira. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 3-32, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.mestrado.uniceub.br/revistamestrado/vol3-1/pdf/1%20ANDRADE_Priscila_FORMATADO%202.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2009.

BARBOSA, Denis Borges. *Os requisitos da patente de invenção*. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/119.rtf>>. Acesso em: 9 jun. 2005.

BELAS, Carla Arouca. O INRC e a proteção dos bens culturais. In: MOREIRA, Elaine et al (Org.). *Propriedade intelectual e patrimônio cultural: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais*. Belém, PA: CESUPA, 2004.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1.

DANTAS, Fernando A. de Carvalho; NETO, Joaquim Shiraishi. A “commoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. (Org.). *Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: PPGSCA – UFAM / Fundação Ford / PPGDA – UEA, 2008. 1 v.

DOURADO, Sheila Borges. Um panorama da legislação vigente e das propostas de normas sobre acesso e uso de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade no Brasil. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. (Org.). *Conhecimento tradicional e biodiversidade: normas vigentes e propostas*. Manaus: PPGSCA – UFAM / Fundação Ford / PPGDA – UEA, 2008. 1 v.

FONTES, Cristina. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: mais proteção já. *Instituto Socioambiental*, São Paulo, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/tradibio/>>. Acesso em: 5 jan. 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

HAYASHI, Kiichiro. Esfera de ação de elementos de repartição de benefícios – Decisões em casos de acesso e repartição de benefícios e instrumentos legais



nacionais e internacionais. In: PLATIOU, Ana Flávia B.; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil. In: *Meio ambiente*. 2004a. Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Sandra_A_S.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2011. Brasília: ESMPU. (Série Grandes Eventos, 1).

_____. Principiologia do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado. In: PLATIOU, Ana Flávia B.; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004b.

LIMA, André. Apresentação. In: _____.; BENSUSAN, Nurit (Org.). *Quem cala consente?* Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA 8).

_____.; BAPTISTA, Fernando Mathias; BENSUSAN, Nurit. Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.). *Quem cala consente?* Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA 8).

LISBOA, Karen Mackrow. *A nova Atlântida de Spix e Martius: natureza e civilização na viagem pelo Brasil (1817-1820)*. São Paulo: Hucitec, 1997.

LOBO, Thomas Thedim. *Introdução à nova lei de propriedade industrial: Lei 9.279/96; sistemas de propriedade industrial; patentes e desenho industrial; marcas; modelos de contratos*. São Paulo: Atlas, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. *A lei da propriedade industrial comentada*. São Paulo: Lejus, 1999.

MAYZ, Juliana; PÉREZ, Julio. Trabajo especial biopirateria en plantas. 2000. Disponível em: <http://sian.inia.gob.ve/repositorio/revistas_ci/Agronomia%20Tropical/at5101/art/mays_j.htm>. Acesso em: 22 jan. 2011.

MOREIRA, Eliane. Conhecimento tradicional e a proteção. *Revista T&C Amazônia*, a. 5, n. 11, jun. 2007.

OLIVEIRA, Liziane P. S. *A convenção sobre diversidade biológica e o princípio da soberania nacional*. 2006. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado)– Universidade de Brasília: Brasília, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. O conceito jurídico da expressão “povos e comunidades tradicionais” e as inovações do Decreto n. 6.040/2007. *Revista ANPR Online*, n. 3, nov. 2006/fev. 2007. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_Povos_e_Comunidades_Tradicionais.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2008.



ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *Propiedad intelectual y conocimientos tradicionales*. Folleto n. 2. Disponível em: <http://www.wipo.int/freepublications/es/tk/920/wipo_pub_920.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2008. (Serie de folletos sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales/Folclore).

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no direito constitucional brasileiro pós-Emenda Constitucional 45/04. In: JUBILUT, Liliana Lyra; JUNIOR, Alberto do Amaral. *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

RUIZ, Manuel; LAPEÑA, Isabel. Nueva ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.). *Quem cala consente? Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA 8).

SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André; BENSUSAN, Nurit (Org.). *Quem cala consente? Subsídios para proteção aos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA 8).

_____. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção. In: PLATIOU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005a.

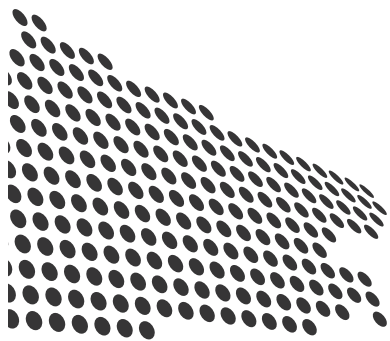
_____. *Acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: aspectos jurídicos*. 2005b. Disponível em: <<http://homologa.ambiente.sp.gov.br/EA/adm/admarqs/JulianaS.4.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2008.

SILVA, Margarida. *A árvore neem ou como a biodiversidade do planeta é só de alguns*. 2000. Disponível em: <http://www.stopogm.net/files/2000-05-09%20_%20Neem%20e%20biopirataria.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. Algumas ponderações sobre as normas de controle do acesso aos recursos genéticos. *Meio ambiente*. Brasília: ESMPU, 2004. (Série Grandes Eventos, 1). Disponível em: <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Marcelo_Dias_Varella_MPU_recursos_geneticos.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2008.







AS NAÇÕES UNIDAS E O TIMOR LESTE

Principais dificuldades na construção de
uma República democrática

Andrea de Quadros Dantas Echeverria







As Nações Unidas e o Timor Leste

Principais dificuldades na construção de uma República democrática

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Sumário

1 Introdução. 2 Pré-independência: aspectos históricos e culturais do Timor Leste. 2.1 A resistência timorense durante o período colonial e ocupação indonésia. 2.2 Estrutura sociopolítica tradicional do país. 3 A transição para a independência. 3.1 A administração transitória das Nações Unidas. 3.2 Projeto de Empoderamento da Comunidade: uma tentativa de descentralização da administração transitória. 4 Pós-independência: principais dificuldades na construção da República Democrática. 5 Conclusão.

1 Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, disseminou-se a idéia de que a democracia seria o melhor regime político para todos os países, culminando na afirmação de que “hoje, não há, no mundo, rival para a democracia como modelo de governo” (DIAMOND, 2003, p. 4). As Nações Unidas não só adotaram tal compreensão como também passaram a reconhecer que a implementação de um regime democrático é o melhor caminho para a reconstrução de um país recém-saído de um conflito civil. Entretanto, considerando que os três casos mais recentes de (re)construção estatal¹ – Camboja, Timor Leste e Afeganistão – não são considerados completamente livres ou mesmo democráticos (BARMA, 2006, p. 133), percebe-se que a tarefa de implementar uma democracia é mais complexa do que possa parecer a primeira vista.

¹ Considerando que a grande parte da bibliografia sobre o Timor Leste é escrita em língua inglesa, a autora se reservou o direito de efetuar traduções livres de trechos e expressões. No caso, *país recém-saído de um conflito civil* é uma tradução livre da expressão *post-conflict countries*, e *reconstrução estatal* refere-se à expressão *state-building*.





Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar: 1) quais são os principais obstáculos enfrentados pelo Timor Leste na construção de um regime democrático, e 2) como seu peculiar histórico de dominação estrangeira e resistência, em conjunto com as falhas verificadas durante a administração transitória das Nações Unidas, resultou em uma estrutura política instável e pouco democrática, que eclodiu na crise política de 2006.

Assim, a primeira parte do artigo será destinada a estudar os principais aspectos históricos e culturais do Timor Leste durante a fase colonial e no período da ocupação indonésia, destacando a resistência das estruturas de poder tradicional à dominação estrangeira. Tal fato é extremamente importante para melhor compreender as consequências da tentativa de inserção de um modelo democrático pelas Nações Unidas.

O segundo capítulo é dedicado exatamente à administração transitória das Nações Unidas, focando na função de reconstrução estatal e destacando os principais obstáculos encontrados pela equipe internacional durante sua missão, tais como a total destruição das estruturas físicas administrativas e a falta de recursos humanos. Considera-se que as principais críticas à atuação das Nações Unidas referem-se à ausência de participação timorense e à centralização do poder. Nesse capítulo também será analisado o Projeto de Empoderamento da Comunidade, desenvolvido pelas Nações Unidas em parceria com o Banco Mundial, que objetivava a descentralização da tomada de decisões, por meio da eleição democrática de membros de um conselho local, que seria responsável pelas decisões acerca da utilização dos recursos recebidos pelo Fundo de Ajuda ao Timor Leste.

A última parte irá analisar o período pós-independência do Timor Leste, ressaltando as principais dificuldades encontradas para a consolidação do regime democrático. Nesse capítulo serão retomados tanto os aspectos histórico-culturais como a atuação das Nações Unidas, na tentativa de explicar algumas das prováveis causas da crise de 2006 e da instabilidade política do país.

2 Pré-independência: aspectos históricos e culturais do Timor Leste

A análise da intervenção das Nações Unidas em um país devastado pela guerra civil, especialmente com o intuito de construção de um regime democrático, não poderia ser efetivada sem um retrospecto histórico. O caso do Timor não





se afasta dessa constatação, muito pelo contrário, somente com o conhecimento do desenvolvimento sociocultural do país será possível entender as dificuldades na construção dessa nova nação democrática, bem como a resistência das estruturas políticas tradicionais e sua influência no movimento de independência do país.

2.1 A resistência timorense durante o período colonial e ocupação indonésia

Como afirmado por Ballard (2008, p.1), “negligência e indiferença dominaram a desafortunada história do Timor Leste”, que foi enormemente influenciada pelo colonialismo português, que se estendeu por mais de 400 anos, e posteriormente, pela ocupação indonésia, que duraria pouco menos de 25 anos.

Antes da entrada dos portugueses e holandeses na região, a economia timorense era caracterizada por redes de troca centradas politicamente em Java Leste (TAYLOR, 1999, p.1), sendo que a principal mercadoria era o sândalo. Em meados do século XVII, Portugal invade Timor. Se, por um lado, a entrada dos portugueses acabou por incentivar o sistema de trocas já existente, por outro, buscou reduzir o poder dos chefes locais, de forma a facilitar o controle europeu.

Tais esforços, entretanto, tiveram impacto limitado na estrutura sociopolítica timorense (TAYLOR, 1999, p. 8-9), sendo possível afirmar, como o fez John Taylor, que “o que em outras sociedades poderia produzir mudanças estruturais fundamentais resultou paradoxalmente no reforço dos aspectos fundamentais da sociedade timorense”², de modo que a coexistência entre o controle externo e a manutenção da estrutura indígena permaneceu durante os séculos XVIII e XIX.

Somente no século XIX, Portugal iria tentar transformar sua dominação – meramente formal – em um controle mais efetivo, o que gerou uma nova série de conflitos intermitentes com os nativos. As causas de tais revoltas pareciam estar mais ligadas ao choque da cultura timorense com essa nova estrutura de dominação portuguesa, o que resultou na conflituosa coexistência de dois sistemas administrativos (BALLARD, 2008, p.3-4).

Entretanto, a consolidação da dominação portuguesa acaba obstaculizada pela invasão japonesa durante a Segunda Guerra Mundial, de modo que a resistência timorense volta a fundamentar-se na mesma estrutura tradicional. Embora o fim da Segunda Guerra tenha gerado um novo ímpeto de dominação portuguesa, a enorme pressão dos inúmeros movimentos de independência das colônias africanas acaba por refletir-se no Timor Leste, provocando as primeiras revoltas separatistas, capitaneadas pela formação dos partidos políticos (TAYLOR, 1999, p. 6-18).

2 Tradução livre do trecho “what, in other societies, might have produced fundamental structural changes resulted paradoxically in the strengthening of the basic aspects of Timorese society”. No mesmo sentido, BALLARD (2007, p. 2);





A União Democrática Timorese (UDT) foi o primeiro partido a se formar, e seu programa fundamentava-se na democratização, redistribuição de renda, direitos humanos e, acima de tudo, na autodeterminação pela independência e rejeição a qualquer tipo de integração com a Indonésia. O partido era formado pela elite tradicional timorense e utilizava a rede local de poder para construir seu apoio (TAYLOR, 1999, p. 26).

O segundo partido criado foi a Associação Social Democrática Timorese (ASDT), formado por membros da elite urbana e servidores do governo, tais como administradores e professores. Seu programa também se baseava na doutrina do socialismo e democracia, rejeitando o colonialismo e propondo uma transição gradual para a independência.

Um terceiro partido tinha uma plataforma um pouco diferenciada, era a Associação para Integração do Timor à Indonésia, tendo, posteriormente, alterado seu nome para Associação Popular Democrática Timorese (APODETI), mas manteve a ideologia de anexação. Ainda assim, a organização que teria mais influência na integração do Timor à Indonésia seria a BAKIN (serviço secreto de inteligência da Indonésia), que montou uma extensa rede de aliados, entre eles a APODETI. Tal rede de atuação indonésia utilizou a informação e a mídia como elementos essenciais no processo de integração, tendo, inclusive, tentado eliminar o uso da língua portuguesa na imprensa (GUNN, 1997, p. 12).

As divergências de ideais dos movimentos separatistas culminaram em guerra civil. Nesse ambiente, a ASDT alterou seu programa para exigir a imediata independência do Timor e passou a se denominar de Frente Revolucionária pelo Timor Leste Independente – FRETILIN, tendo conseguido o apoio da UDT e grande adesão popular (BALLARD, 2008, p. 8). A estrutura da FRETILIN foi construída tendo por referências a cultura e a sociedade tradicional combinada com instituições de ideologia nacional (TAYLOR, 1999, p. 25).

No início de 1975, embora Portugal tenha estabelecido um governo transitório que funcionaria até a eleição de uma Assembléia Popular, a falta de consenso entre a APODETI e a FRETILIN minou a possibilidade de uma transição pacífica para independência. A situação se agravou no decorrer daquele ano, a ponto de a UDT lançar um contra-golpe à FRETILIN. Ante a impossibilidade de conciliação, Portugal decidiu retirar-se do Timor. Nas semanas seguintes, a FRETILIN estabeleceu seu próprio governo, declarando unilateralmente, em novembro, a independência do país. Tal atitude, por ter ameaçado seriamente os planos de expansão territorial indonésia, culminou na invasão do território. Somente para esclarecer o alcance da violência dessa operação, é importante destacar que um sexto da população timorense foi destruída imediatamente após a invasão (BALLARD, 2008, p. 8-10).





Em 22 de dezembro de 1975, Portugal apresentou a situação ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, que desaprovou fortemente a invasão indonésia, decisão essa reiterada quatro meses depois. A posição das Nações Unidas, entretanto, não influenciou a atitude da Indonésia, tendo essa última declarado que Timor Leste passava a ser sua vigésima sétima província (FAN, 2007, p. 179; BALLARD, 2008, p. 9).

No ponto, é importante esclarecer algumas razões que reduziram o impacto da decisão das Nações Unidas no cenário internacional. Consoante Taylor (1999, p.171), os três principais países envolvidos – Portugal, Estados Unidos e Austrália – tinham seus motivos para evitar a independência de Timor. Portugal tinha um interesse político, pois a integração seria o meio mais rápido e fácil de resolver seu problema em Timor, já que não confiava num plano sério de independência do país.

Para a Austrália, o interesse era essencialmente econômico, fundado no objetivo de explorar conjuntamente os campos de petróleo e a falha geográfica do mar territorial de Timor, potencial geradora de energia elétrica. Após a anexação de Timor, a Austrália logo firmou um acordo de exploração e desenvolvimento conjunto com a Indonésia em troca do reconhecimento da anexação. Por fim, o interesse dos Estados Unidos era estratégico e ligado à existência de uma enorme falha geográfica no mar territorial de Timor, que permitia a passagem de submarinos nucleares entre os oceanos Índico e Pacífico, sem que fossem detectados pelos radares inimigos durante os anos da Guerra Fria (TAYLOR, 1999, p. 169-170).

Retornando à ação de resistência timorense, é possível estabelecer três fases essenciais desse movimento, especialmente da FALINTIL – ala militar da FRETILIN. A primeira (1975-1978) foi marcada pela superioridade militar indonésia, com estratégias de cerco e destruição da FALINTIL (BALLARD, 2008, p. 10-11). Nessa fase, a Indonésia realizou inúmeras operações, como a denominada operação Seroja (ou Lotus) que dizimou mais de 2.000 timorenses na primeira metade de janeiro de 1976, especialmente homens vinculados à FALINTIL (TAYLOR, 1999, p. 69-71). Estima-se que, entre 1976 e 1980, foram assassinadas 134.581, o que representava quase 20% do total da população (GUNN, 1997, p. 26).

A segunda fase (1979-1987) caracterizou-se por um desenvolvimento da FALINTIL, com utilização de táticas de guerrilha tradicional e maior envolvimento da população timorense com o movimento de resistência (BALLARD, 2008, p. 11). Na realidade, o crescimento do apoio popular ao movimento de resistência foi resultado da habilidade dos líderes da FALINTIL em construir uma organização que, ao mesmo tempo em que buscava uma unidade nacional em termos políticos, também enfatizava a autonomia tradicional e cultura local (TAYLOR, 1999, p. 95).





Em resposta, o exército indonésio procurava se utilizar da própria população para chegar aos membros da FALINTIL, o que gerou novas e massacrantes campanhas militares. Nesse mesmo período, a FALINTIL desenvolve uma estrutura de *lobby* internacional que começa a produzir resultados ainda tímidos (BALLARD, 2008, p. 11).

De acordo com BALLARD (2008, p. 31), na “terceira fase de operações, a FALINTIL viu-se transformar de um fraco bando de guerrilhas em uma força de insurgência muito mais profissional, com novas estratégias de visão, que resultou num progressivo retorno às áreas urbanas”. Assim, a partir de 1990, a FRETILIN cria um Conselho Nacional de Resistência Maubere (CNRM), com o intuito de reunir todas as formas de oposição à presença indonésia e os atos de resistência civil atingiram níveis nunca antes vistos. Os esforços da equipe internacional da FRETILIN, especialmente de José Ramos Horta, começam a produzir resultados, principalmente após a repercussão do Massacre de Santa Cruz, em 1991. Pode-se afirmar que “o massacre de Santa Cruz foi o começo do fim da autoridade da Indonésia sobre o Timor Leste” (BALLARD, 2008, p. 13).

Em 1996, quando o Bispo Carlos Ximenes Belo e José Ramos Horta ganham o Prêmio Nobel da Paz, Timor entra definitivamente na agenda mundial. Tal fato associado às mudanças no cenário global – com o fim da guerra fria em 1989 – e a renúncia do Presidente da Indonésia, Sudarto em maio de 1998, criam o cenário ideal para a independência do Timor Leste (BALLARD, 2008, p. 27).

No âmbito das Nações Unidas, a questão acerca da autodeterminação do Timor Leste ganha relevo a partir de agosto de 1997, quando se inicia uma série de discussões sobre o futuro daquele país envolvendo o Secretário-Geral da ONU e os Ministros de Política Externa da Indonésia e de Portugal. Em 1998, com a renúncia de Suharto, o então vice-Presidente Habibie assume e envia a Nova York um acordo conferindo ampla autonomia a Timor. A rejeição oficial dessa proposta pelo Presidente da FALINTIL, Xanana Gusmão, acaba por acirrar a já crescente violência entre os grupos integracionistas e separatistas. Em janeiro de 1999, o Ministro das Relações Exteriores da Indonésia informa a disposição não apenas de oferecer a autonomia, mas até mesmo de independência a Timor (BALLARD, 2008, p. 32/36).

Em Nova York, após dias de discussão, em 8 de fevereiro de 1997, o representante das Nações Unidas, o Diretor-Geral da Indonésia e o Ministro de Relações Exteriores de Portugal concluem um acordo sobre as bases da proposta de ampla autonomia, destacando a necessidade de uma consulta popular para determinar a vontade timorense.

Mesmo com a promessa de autonomia, a violência continua crescente em Timor, apoiada especialmente pela força militar indonésia (TNI), envolvidas em uma forte campanha de intimidação, iniciando uma nova fase ainda mais ativa da TNI, que gerou uma sensação de que haveria uma guerra civil, caso a oferta de





autonomia fosse rejeitada. Os meses de março e abril foram especialmente violentos, resultando na morte de milhares de timorenses (BALLARD, 2008, p. 37-38).

Em 4 de maio, o Secretário-Geral da Nações Unidas enviou uma equipe ao Timor para avaliar a situação e discutir a disponibilidade de recursos das autoridades indonésias necessários à consulta popular. Em 5 de maio, foi assinado um acordo principal, referente à consulta popular, e dois secundários, que tratavam de questões de segurança e conferiam às forças militares indonésias a responsabilidade por manter “a lei e a ordem e a paz e a tranqüilidade no Timor Leste” (BALLARD, 2008, p. 40). Tal acordo foi incorporado na Resolução 1236, de 7 de maio de 1999, das Nações Unidas, a qual especificou ainda uma missão especial para organizar e conduzir a consulta popular, que seria denominada de Missão de Assistência das Nações Unidas no Timor Leste (United Nations Assistance Mission in East Timor – UNAMET), e que seria formalmente criada em 11 de junho, pela Resolução 1246.

A UNAMET foi estabelecida para gerenciar o processo de votação, garantindo sua lisura, especialmente nas regiões controladas pelas milícias pro-integracionistas. Ainda assim, tal missão não era absolutamente uma força de intervenção e deveria contar com a capacidade de proteção militar do governo indonésio. A missão incluía componentes políticos, informacionais e eleitorais. Uma das funções principais da missão era informar a população timorense sobre o processo de votação e sua importância, o que foi feito por meio de uma campanha de informação pública, com material impreso, emissões de rádio e *videotapes* em quatro línguas.

Em 30 de junho, todas as principais equipes da UNAMET já se encontravam no Timor, mas a situação ainda era bastante instável e não havia como confiar no desenvolvimento de um processo de votação pacífico (BALLARD, 2008, p. 46).

Nesse contexto, é certo que os principais países envolvidos na missão – Austrália, Estados Unidos e Grã-Bretanha – tinham consciência dos riscos de um ataque devastador das milícias. Apesar da intensificação do diálogo internacional e do início do processo de registro dos eleitores, o aumento da violência levou o Conselho de Segurança das Nações Unidas a considerar seriamente o adiamento da consulta, ideia essa que foi afastada pela constatação de que os timorenses estavam realmente determinados a não se deixarem intimidar (HUANG, e GUNN, 2004, p. 21; BALLARD, 2008, p. 49-51).

A votação, inicialmente planejada para 9 de setembro, acabou sendo realizada em 30 de agosto, e mostraria quão despreparado estava o governo indonésio para lidar com as consequências dessa consulta. No dia da votação, os timorenses formaram enormes filas, ainda no começo da manhã, e lá permaneceram mesmo com a ameaça e efetiva ocorrência de violência em algumas áreas. A sensação geral da população era um misto de orgulho, alegria e medo. Apesar do clima



extremamente tenso, a UNAMET conseguiu recolher todas as urnas para apurar a votação (BALLARD, 2008, p. 43-44).

A apuração levou alguns dias, até que Kofi Annan anunciou que: “após 24 anos de conflito, o Timor Leste encontra-se agora no limiar do que se espera seja um processo de transição ordenada e pacífica em direção à independência” (BALLARD, 2008, p. 54). No dia seguinte, o maior grupo pró-integracionista rejeitou o resultado da consulta e acusou a UNAMET de apoiar o movimento pró-independência.

Tal atitude daria início à pior e mais devastadora ação de violência e destruição já vista em Timor Leste (FAN, 2007, p. 179). As Nações Unidas nada puderam fazer para refrear tal movimento, tendo a equipe da UNAMET se retirado definitivamente do Timor em 14 de setembro de 1999. Naquele momento, a necessidade de intervenção militar internacional tornou-se indiscutível, o problema resumia-se a quando seria possível fazê-la.

Em 9 de setembro, os governos dos Estados Unidos e da Austrália iniciaram a coordenação da missão de intervenção no Timor Leste, a Autoridade Transitória das Nações Unidas no Timor Leste (United Nations Transitional Authority in East Timor – UNTAET). Em 12 de setembro, o Presidente da Indonésia aceitou formalmente a entrada de uma força internacional de paz no Timor (BALLARD, 2008, p. 65-66).

2.2 Estrutura sociopolítica tradicional do Timor Leste

A mudança do modelo político – que ocorreria com a entrada das Nações Unidas no Timor Leste – pressupõe, necessariamente, o conhecimento da cultura e estruturas de poder tradicionais, razão pela qual a compreensão das principais dificuldades observadas na implementação do sistema democrático implica breve uma análise da cultura e do sistema social do Timor³.

O núcleo da estrutura social tradicional no Timor é a família estendida, formada usualmente pelos parentes mais próximos de cada linhagem (parentesco do pai ou da mãe), coordenada pelo homem mais velho, e denominada grupo de descendente ou casa (*uma*). A união de vários grupos constitui a chamada casa sagrada (*uma lulik/uma lisan*), que “representa a mais importante unidade social na estrutura timorense” (OSPINA e HOHE, 2001, p. 20).

3 OSPINA, Sofi. HOHE, Tanja. Traditional Power Structures and the Community Empowerment and Local Governance Project – Final Report. Setembro/2001, p. 12-14. É interessante ressaltar que o citado relatório foi feito com base em pesquisa conduzida em três distritos do Timor Leste: Aileu, Baucau e Bobonaro, selecionados por diferentes razões: presença de diferentes grupos étnico-linguísticos; diferentes localizações geográficas; observância de área rural e urbana; diferentes influências históricas e presença do Projeto de Empoderamento da Sociedade em diferentes estágios de implementação;



A hierarquia na relação entre as casas de um território específico é definida pela antiguidade, que irá estabelecer sua importância nos ritos e na política. A ausência de uma ordem estatal na origem da formação da sociedade timorense, e a posterior existência somente de estruturas estatais de dominação (portuguesa e indonésia), tornava ainda mais importante as relações sociais como fundamento de sobrevivência da cultura timorense (OSPINA e HOHE, 2001, p. 24-25).

A sociedade timorense é marcada por um dualismo, dada a oposição entre autoridade política (*dato/liurai*), que se refere ao mundo material, e autoridade ritual (*bei/tata*), que lida com o sobrenatural e tudo que está a ele conectado, sendo superior àquela. Na maioria das vezes, ambas as autoridades estão vinculadas à mesma casa sagrada, sendo que a autoridade política é indicada pela ritual (HOHE, 2002, p. 573).

A autoridade política está encarregada de lidar com os conflitos e de manter um diálogo com o restante da comunidade. Por sua vez, as autoridades rituais são, na sua maioria, os mais antigos no território e estão ligados aos ancestrais da casa sagrada. Entretanto, com a chegada dos portugueses, os liurais ganham importância, uma vez que a autoridade ritual não podia manter contato com os estrangeiros, mantendo sua influência nos níveis locais.

A estrutura administrativa do Timor Leste está dividida em: distritos, *postos* (sub-distritos), *sucos* e aldeias. Entretanto, é importante destacar que antes do crescimento do movimento de resistência à invasão indonésia, não havia uma identidade nacional timorense, não apenas em razão das diferentes origens étnicas, mas também em função do isolamento das aldeias, cujas conexões eram motivadas essencialmente por trocas comerciais (OSPINA e HOHE, 2001, p. 36-41).

A pesquisa do Banco Mundial confirmou a forte influência da estrutura de poder tradicional, que conseguiu sobreviver a dois períodos de dominação externa. Nas áreas rurais, o desconhecimento do que seja um sistema de governo estatal, bem como a proximidade com a estrutura tradicional, tornam as pessoas mais resistentes às mudanças, sendo que parte deles pregam a volta das autoridades dos liurais. Entretanto, após a consulta popular de 1999, crescem as críticas contra tal sistema, formuladas essencialmente pelas pessoas com maior nível de educação formal, que vivem nas áreas urbanas, e pleiteiam uma forma mais democrática de escolha das autoridades (OSPINA e HOHE, 2001, p. 72-74).

Ainda assim, a grande maioria da população, mesmo aqueles que desejam mudanças, entende que os valores tradicionais não devem ser totalmente extintos, pois representam a identidade do povo timorense, o que resultaria na necessidade de uma combinação de ambos os sistemas, como afirmado por um liurai: “o sistema tradicional e a democracia não podem destruir um ao outro” (OSPINA e HOHE, 2001, p. 80).





A questão é saber até onde um sistema democrático pode ser introduzido em sociedades de ordem hierárquica, onde o paradigma local passa a ser desafiado pela idéia de existência de uma oposição. Enquanto o processo tradicional de decisão é bem caracterizado pela noção de discussão e acordo entre aqueles que detêm o poder – sem participação do restante da comunidade –, o conceito de democracia é baseado na idéia de uma oposição. Ademais, como a idéia de estado e instituições estatais não faz parte do sistema tradicional, há pouca confiança nos líderes que não sejam ligados às casas sagradas.

3 A transição para a independência

A independência do Timor Leste foi marcada por um importante período de transição, no qual as Nações Unidas assumiram a total responsabilidade pela administração do país, com competência para o exercício da autoridade legislativa e executiva, incluindo a administração da justiça (parágrafo operacional 1, Resolução 1272). Assim como o histórico de resistência e a cultura timorenses são essenciais para se tentar entender as dificuldades de consolidação da democracia, também esse período de transição – exatamente quando o paradigma democrático ocidental é inserido na cultura tradicional daquele país – é indispensável para uma melhor compreensão da atual estrutura governamental do Timor.

3.1 A administração transitória das Nações Unidas

A missão das Nações Unidas no Timor Leste tinha duas dificuldades essenciais: a reconstrução de quase toda a infraestrutura urbana e administrativa e a ausência de qualquer experiência timorense de democracia, ou mesmo de uma administração estatal. Mesmo assim, não se pode afirmar que houvesse um vácuo de poder, dada a manutenção do sistema político tradicional (CHOPRA, 2002, p. 981).

Por outro lado, com a saída das forças militares indonésias, a violência em Timor Leste cessou quase por completo, pois não existia uma guerra civil entre etnias nacionais, mas sim uma luta entre nacionais e estrangeiros, o que tornava tal país um ambiente favorável para o desenvolvimento da missão internacional. As divergências entre os grupos pró-independência e integracionistas perderam força com a entrada das Nações Unidas, não constituindo um elemento de discordância considerável (BARMA, 2006, p. 146). Nesse contexto de desejo de construção de um país livre, os timorenses recebem as Nações Unidas dispostos





a colaborar para o sucesso da missão (BABO-SOARES, 2001, p. 6). Entretanto, alguns fatores seriam cruciais para a dificuldade de consolidação do regime democrático.

A Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste-UNTAET (*United Nations Transitional Administration in East Timor*) foi estabelecida pela Resolução 1272, em 25 de outubro de 1999, e foi estendida por duas vezes, perdurando até a independência do país, em 20 de maio de 2002.

Durante o planejamento da missão das Nações Unidas, não houve envolvimento algum de representantes timorenses, o que, certamente, seria desejável, considerando que um dos principais objetivos da administração transitória era o apoio ao desenvolvimento da capacidade de auto-governo (CHOPRA, 2002, p. 981; BABO-SOARES, 2001, p. 6). A razão para esse afastamento inicial era fruto de uma necessidade política, uma vez que a participação timorense poderia resultar em um impasse quando das negociações com a Indonésia (BENZING, 2005, p. 312).

A Resolução 1272 foi escrita de forma bastante clara em relação à autoridade da administração transitória no Timor Leste. Além do parágrafo 1 citado anteriormente, o parágrafo 6 conferia ainda à UNTAET o poder de editar novas leis e regulamentos e até mesmo de suspender ou revogar as normas existentes. A citada resolução estabelecia ainda a competência da UNTAET para atuar nas relações exteriores daquele país, podendo assinar os tratados internacionais necessários à concretização de suas atividades no Timor (BENZING, 2005, p. 320/322).

Sem experiência precedente na área de construção estatal, a UNTAET deveria estabelecer a estrutura para o desenvolvimento da administração pública, efetivar a capacitação dos timorenses para exercer tais cargos, de forma que pudessem, posteriormente, administrar seu próprio país (DOWNIE, 2007, p. 29).

Apesar das anteriores experiências na Namíbia, Somália, Camboja, e Kosovo, era a primeira vez que as Nações Unidas recebiam tal amplitude de poderes e responsabilidades, o que tornou a missão um tanto quanto confusa, especialmente se considerarmos a necessidade de coordenar seus dois principais objetivos: manutenção da paz e reconstrução estatal (BABO-SOARES, 2001, p. 5-6). Entretanto, considerando os objetivos específicos deste estudo, a análise da missão terá como foco a (re)construção da administração pública naquele país.

Durante a implementação da administração pública, as Nações Unidas enfrentaram grandes desafios, dentre os quais destacam-se a destruição de 70% de toda a infra-estrutura local e o total colapso das atividades administrativas, somadas à falta de recursos humanos capacitados para ocupar altos cargos governamentais (DOWNIE, 2007, p. 32). Com o mandato mais abrangente jamais dado a alguma missão das Nações Unidas, a Resolução 1272 fazia repetidas referências à necessidade de consulta e envolvimento da população timorense, sem estabe-





lecer mecanismos específicos para concretizar tal participação⁴. Inicialmente, a burocracia administrativa era formada unicamente por membros da equipe internacional, o que limitava as oportunidades de emprego aos timorenses e dificultava a avaliação e utilização das capacidades locais (FOX, 2002, p. 6).

Aliás, foi exatamente essa falta de responsividade em relação à população timorense que gerou as primeiras divergências entre a comunidade local e as Nações Unidas, uma vez que a equipe internacional parecia mais focada no seu modelo de *administração importada* do que nos interesses efetivos dos timorenses (BABO-SOARES, 2001, p. 8; DOWNIE, 2007, p. 29).

Além da restauração da lei e da ordem, o estabelecimento de uma eficiente administração pública era um dos objetivos primordiais da UNTAET. Esta tarefa alcançou grandes resultados nos primeiros meses de funcionamento, estabelecendo uma relevante estrutura de emergência, que possibilitou o funcionamento de portos, aeroportos, sistema de telecomunicações, saúde, educação e serviço elétrico. Também foi estabelecida uma estrutura governamental rudimentar, que incluía serviços de migração e prisões (DOWNIE, 2007, p. 32).

Entretanto, a despeito do sucesso da missão quanto aos objetivos emergenciais, sua eficácia na construção de um governo auto-sustentável a longo prazo foi menor do que o esperado. Vários fatores contribuíram para essa falha da UNTAET, a exemplo de sua distância da realidade social de Timor, durante o planejamento da missão, e a ausência de experiência das Nações Unidas em missões de assunção total da autoridade administrativa, o que gerou uma dificuldade em separar as funções de manutenção da paz e de governo transitório⁵. Ainda assim, o maior erro cometido pela UNTAET foi o seu isolamento em relação aos principais doadores e demais agências envolvidas na missão de reconstrução do país, como o caso do Banco Mundial, envolvido no Projeto de Empoderamento da Comunidade (UNITED NATIONS, 2003, parágrafos 167-173).

Outra grande dificuldade era a falta de recursos humanos tanto da equipe internacional como dos timorenses. A falta de especialistas nos principais departamentos da Administração Pública gerou uma direção inconsistente e, portanto, não confiável. Tanto foi assim que, cinco meses depois, as falhas de pessoal eram gritantes e não parecia haver qualquer progresso na seleção ou capacitação de timorenses para os cargos. A pressa em oferecer uma resposta ainda em 1999 levou a UNTAET a contratar inúmeras pessoas desqualificadas (UNITED NATIONS, 2003, parágrafo 175; DOWNIE, 2007, p. 39).

4 CHOPRA, 2002, p. 990. No mesmo sentido: UNITED NATIONS, 2003, parágrafos 163-166; Consoante ressaltado por FOX (2002, p. 7) “For much of its first year, UNTAET’s policy was more exclusive and less participatory than that of the previous Indonesian government”;

5 FAN, 2007, p. 188 (“From its beginning, UNTAET found a fundamental tension between its two mandates – administering East Timor and preparing it for self-government.”).





Uma grande mudança ocorreria em maio de 2000, quando a visível insatisfação dos timorenses acelerou o plano de timorização da administração pública, de modo que a população local passasse a ter funções políticas no governo, como, por exemplo, a progressiva substituição dos ministros estrangeiros da Autoridade Transitória Timorense-ETTA (*East Timorese Transitional Authority*) por nacionais (WORLD BANK, 2006, p. 1).

Outra importante crítica à ação da UNTAET refere-se à falha de esforços na construção de uma administração pública sustentável, pois as capacidades técnicas dos timorenses não foram suficientemente desenvolvidas, estruturas fundamentais de regulação (legislação, polícia e outras diretrizes) não foram consistentemente estabelecidas, tampouco sistemas e processos básicos de ofício e gerenciamento. O sistema de computação e o acesso à Internet implementado não eram sustentáveis e importantes funções públicas não foram desenvolvidas (exemplo: controle civil da polícia) (UNITED NATIONS, 2003, parágrafo 179; WORLD BANK, 2006, p. 6), ou seja, a capacitação dos timorenses pelas Nações Unidas deveria ter incorporado outros objetivos, além da criação de uma estrutura administrativa (FOX, 2002, p. 10).

Claro que a escassez de timorenses com conhecimento na área governamental financeira tornava a resolução do problema ainda mais difícil⁶. Tanto é assim que, na área de saúde, onde existia bom conhecimento por parte da população local, o desenvolvimento do setor foi significativo, resultado também do reconhecimento da equipe da UNTAET da necessidade de atuar em conjunto com os profissionais locais. A atuação harmônica dos profissionais locais com a equipe internacional teve papel essencial no sucesso do desenvolvimento da área de saúde em Timor.

Entretanto, mesmo na Divisão de Serviço de Saúde, algumas dificuldades foram enfrentadas, especialmente no tocante aos critérios de seleção que deveriam equilibrar a autoridade moral de antigas enfermeiras e a competência das novas, melhor qualificadas. Essa divergência de critério de seleção de pessoal, não apenas na área de saúde, resultou em uma falta de legitimidade da equipe selecionada pela UNTAET⁷.

Na área da educação, o maior desafio era a infraestrutura, uma vez que 95% das escolas estavam destruídas. Novamente, a falta de experiência da equipe da UNTAET e o não recrutamento dos especialistas timorenses geraram um desconforto entre a equipe internacional e o Conselho Nacional de Resistência

6 FOX, 2002, p. 6 (... education and potential capacities of the East Timorese population constitutes the principal problem facing East Timor in its development.).

7 UNITED NATIONS, 2003, parágrafos 181-189; No mesmo sentido, HOHE, 2004, p. 4 (“The discrepancy between the ‘modern’ way of selecting administration staff and the local ideas about legitimate leaders led to the rejection of personnel by local populations. The result was that UNTAET-selected staff lacked local legitimacy”).



Timorense, o que dificultou ainda mais o desenvolvimento desse setor durante os dois anos da administração transitória. Uma das principais discussões era aquela relativa à língua a ser utilizada para a educação dos timorenses, pois embora os três primeiros anos da escola primária devessem ser ensinados em português, tanto alunos como professores tinham dificuldades com a língua. Daí a sugestão do Ministro da Educação de uma transição gradual da linguagem (UNITED NATIONS, 2003, parágrafos 190-194).

O sucesso ou fracasso dos esforços da UNTAET para estabelecer uma administração pública e um governo com boa sustentabilidade foi fortemente influenciada pelo seu desempenho nas primeiras fases emergenciais. Ainda assim, as áreas com menor atuação da UNTAET, em regra, tiveram um desenvolvimento mais lento e maiores dificuldades no período pós-independência (UNITED NATIONS, 2003, parágrafos 205-208).

É possível afirmar, assim, que as falhas da UNTAET tornaram-se especialmente visíveis durante a transição para independência, momento no qual os principais problemas encontrados durante a missão já começavam a demonstrar seu impacto na sustentabilidade da estrutura governamental implementada. O primeiro deles, a ausência de pessoal qualificado, é uma consequência lógica da deficiência das Nações Unidas no processo de desenvolvimento das capacidades locais, e produz importantes reflexos na consolidação do processo democrático⁸. Já a falta de confiança na competência dos trabalhadores da área técnica, resultado não apenas da brusca mudança dos métodos de seleção de pessoal, mas essencialmente da falta de interação entre a população timorense e a equipe internacional, tornaria ainda mais relevantes os resultados do choque de paradigmas entre a cultura democrática ocidental e a tradição timorense.

3.2 O Projeto de Empoderamento da Comunidade: uma tentativa de descentralização da administração transitória

O Projeto de Empoderamento da Comunidade e Governança Local-PEC (*Community Empowerment Project-CEP*) foi uma iniciativa da UNTAET/ETTA, financiado pelo Fundo de Ajuda ao Timor Leste, administrado pelo Banco Mundial e lançado em fevereiro de 2000, com o intuito de garantir uma maior participação popular na reconstrução do país. Como visto, o projeto visava suprir uma falha da missão da UNTAET que se restringia às estruturas nacionais, atingindo, no máximo, o nível de sub-distrito (HOHE, 2004, p. 4).

8 DOWNIE, 2007, p. 40. É interessante destacar que “At the time of independence, fewer than 50% of management positions in the administration had been filled, district administrations and the justice system faced ‘considerable difficulties’ due to lack of experienced national personnel (in particular judges, public defenders and prosecutors) and there were limited resources, language barriers and delays in recruitment”.



É importante destacar que, embora fosse um projeto da UNTAET, ele não estava bem integrado com a estrutura administrativa da missão das Nações Unidas, sendo que, na maioria dos casos, o projeto funcionava de modo independente, podendo-se afirmar que havia uma certa rejeição da UNTAET ao projeto (CHOPRA, 2002, p. 993).

Após o primeiro PEC, foram lançados, posteriormente, o segundo Projeto de Empoderamento da Comunidade, com recurso de U\$ 8,5 milhões e funcionamento de 21 de maio de 2001 a 3 de março de 2004; e o terceiro, com ciclo de 1º de julho de 2002 a 31 de março de 2004, recebeu U\$ 1,5 milhões (WORLD BANK, 2006, p. IX).

Os três ciclos do projeto estavam fundamentados na criação de Conselhos de Desenvolvimento dos Sucos, que funcionariam como estruturas de governo local, cujo principal objetivo “era prover um modelo de fórum democrático, participativo e transparente para aumentar a participação da comunidade no processo de planejamento e decisão referente a questões locais” (OSPINA e HOHE, 2001, p. 9). Com isso, o projeto visava também à redução da pobreza e ao fortalecimento da capacidade das instituições comunitárias, enfatizando a ideia de um método de decisão *bottom-up* em oposição à anterior estrutura de poder *top-down* indonésia (WORLD BANK, 2006, p. x).

No caso, a prioridade do primeiro ciclo era exatamente a eleição e funcionamento de tais conselhos. Por sua vez, o segundo ciclo visava utilizar a estrutura dos Conselhos de Desenvolvimento para reconstruir a infraestrutura econômica básica, apoiar a produção de atividade econômica e o desenvolvimento de meios de comunicação – em particular uma rádio local –, apoiar a herança e a reconciliação cultural, e prover assistência para o desenvolvimento de capacidades no nível local (WORLD BANK, 2001, p. 3).

O terceiro ciclo do Projeto de Empoderamento focou-se, especificamente, no treinamento e no desenvolvimento das capacidades, garantindo a sustentabilidade do projeto a longo prazo e preparando os timorenses para a transição para a independência, tendo estendido sua atuação para Dili, inicialmente excluída do projeto (WORLD BANK, 2002, p. 2).

Consoante já esclarecido, a estrutura administrativa da UNTAET era planejada até o âmbito dos sub-distritos. Nesse nível, o poder da UNTAET encontrava-se nas mãos do Conselho Nacional de Resistência Timorense – CNRT, de modo que, na área rural (sucos e aldeias mais afastadas), não havia praticamente nenhum conhecimento da administração transitória das Nações Unidas (BABO-SOARES, 2001, p.9).

A principal conexão da UNTAET com a população local era o Funcionário de Campo do Distrito (*District Field Officer - DFO*), que coordenava os assuntos governamentais com os chefes dos sucos. Tais líderes ainda eram escolhidos





pelos métodos tradicionais timorenses, tendo por base os seguintes critérios: descendência; atividades no governo clandestino; outras atividades e possíveis detenções pelas forças armadas indonésias; e capacidade de resolução de conflitos (OSPINA e HOHE, 2001, p. 62/64).

O Projeto de Empoderamento visava estender o sistema democrático introduzido pelas Nações Unidas ao âmbito local (sucos e aldeias). Nesse contexto, um dos principais focos do programa foi a criação dos Conselhos de Desenvolvimentos dos Sucos, que – em conformidade com a regulamentação da UNTAET n. 13/2000 – tinha a responsabilidade de alocar e gerenciar os recursos destinados ao projeto. Os Conselhos seriam compostos por um número igual de homens e mulheres eleitos pela população local (OSPINA e HOHE, 2001, p. 83).

O citado regulamento estabelecia como condição para ser eleitor apenas a residência no suco e ser maior de 17 anos. Já os critérios de elegibilidade eram um pouco mais restritos: ter mais de 18 anos; ser residente na aldeia (*hamlet*), não ser um líder tradicional ou local; e ter disponibilidade de tempo para trabalhar no Conselho.

Desse modo, o Projeto de Empoderamento buscava uma maior disseminação do poder, promovendo um sistema de tomada de decisão mais horizontal e democrático. Entretanto, o que se verificou foi que o desejo de alterar toda a estrutura local – introduzindo uma igualdade de gêneros e excluindo os líderes tradicionais – resultou em uma nova forma de poder, paralelo e em conflito com aquele tradicional (HOHE, 2004, p. 7).

De acordo com o relatório do projeto, a forma de eleição variava em função da localidade, sendo feita essencialmente por três métodos. Na maioria dos casos, após uma visita da equipe da PEC estabelecia-se contato com o chefe do suco e uma lista de 4 pessoas era proposta. Então a população era convidada a selecionar 2 dentre eles, um homem e uma mulher. Em alguns casos, à população era oportunizada a escolha prévia dos nomes, por meio de um registro. Uma terceira hipótese previa a escolha de dois nomes em uma reunião – conduzida pelos chefes locais e com a participação de toda a comunidade –, e era a forma mais utilizada em locais de baixa escolaridade, o que dificultava uma eleição formal (OSPINA e HOHE, 2001, p. 87).

Selecionados os candidatos, havia basicamente dois métodos de eleição: a aclamação, na qual todos reunidos votavam levantando as mãos ou aplaudindo; e o voto secreto. Nos locais onde foi utilizada a eleição por aclamação, houve um maior número de anciãos eleitos, enquanto o voto secreto elegeu mais jovens com maior nível de instrução. Vê-se que mesmo a eleição democrática proposta pelo Projeto de Empoderamento acabou muito influenciada pelos métodos tradicionais de processo de decisão, sendo que o envolvimento nas atividades da FALINTIL ou em outro movimento clandestino parecia indicar a capacidade para ser um bom líder (OSPINA e HOHE, 2001, p. 88-89). As eleições para os membros





do conselho confirmaram que “introduzir meios democráticos não significa necessariamente a introdução da democracia” (HOHE, 2004, p. 10).

Percebe-se, assim, que o projeto de Empoderamento foi planejado como uma estrutura *bottom-up* para consulta comunitária e processo de decisão no nível local. Os conselheiros trabalham em conjunto com os membros da sociedade para as necessidades mais essenciais e as possíveis soluções. De acordo com o Regulamento UNTAET 13/2000, as decisões deveriam ser tomadas somente nas reuniões onde todos os representantes locais tenham sido convidados e houvesse, no mínimo, 60% dos membros do Conselho presentes. A decisão é tomada por consenso e se não for possível, por voto majoritário, mas somente os conselheiros podem votar no processo de decisão.

A exclusão dos líderes tradicionais encontrou resistência em várias aldeias, resultando na manutenção da estrutura tradicional (HOHE, 2004, p. 9). Em algumas regiões, os líderes tradicionais e os detentores de poder ainda exercem um papel importante no processo de tomada de decisões, sendo eles quem mais falam nas reuniões da comunidade e do Conselho, havendo uma tendência de exclusão da oposição no processo de tomada de decisão, seguindo a tradição local. Assim, embora haja um maior envolvimento da população, ao que tudo indica, as decisões continuam sendo tomadas pelos líderes tradicionais (OSPINA e HOHE, 2001, p. 108-112). Em algumas localidades, a população somente participava das reuniões do Conselho quando convocadas por tais lideranças.

De fato, os métodos tradicionais de resolução de conflitos ainda são muito importantes. Normalmente quando surgem problemas que não são resolvidos diretamente pelos membros do conselho, os líderes tradicionais e o conselho de anciãos⁹ são chamados para mediar. Assim, não era incomum o surgimento de conflitos motivados por uma estrutura paralela de tomada de decisão criada pelo projeto de empoderamento e visto como um claro desafio ao poder dos líderes tradicionais.

Assim, o projeto foi visto como uma estrutura trazida de fora e que não tinha grande importância dentro da comunidade. Tal visão era fortalecida pelo fato de os conselheiros serem jovens sem autoridade política tradicional, o que significava dizer que eles não tinham poder nos processos de decisão ou na resolução de conflitos (HOHE, 2004, P. 12).

A principal pergunta que remanesce é “como integrar a estrutura tradicional de poder com os órgãos governamentais locais, sem interferir nos processos democráticos dos Conselhos dos Sucos?” (OSPINA e HOHE, 2001, p. 136).

9 Os anciãos tradicionais ou Conselho dos Katuas agem como um órgão legislativo e estão integrados tanto na estrutura das aldeias, dos sucos e dos postos. O conselho de anciãos é usualmente composto por membros mais antigos de seus grupos sociais (*umakain*) e está investido na autoridade moral sobre a família estendida e sobre os membros da comunidade (OSPINA e HOHE, 2001, p. 132);





Tal dificuldade de integração foi uma das variáveis que colaboraram para que o Banco Mundial, em seu relatório final, classificasse o resultado do projeto como insatisfatório, considerando sua modesta relevância, eficácia e eficiência. A sustentabilidade do projeto também foi considerada fraca, tendo em vista a inabilidade em capacitar a comunidade local (WORLD BANK, 2006, p. x). Novamente a urgência em se obter resultados acabou por ofuscar a importância da capacitação para a sustentabilidade do projeto a longo prazo.

Por outro lado, o projeto foi considerado irrealista, ao ignorar a estrutura tradicional de poder e tomada de decisão, e pretender inserir uma eleição de conselheiros que afastava expressamente as lideranças tradicionais, o que resultou na percepção da comunidade de que tais conselhos não possuíam nenhuma autoridade política¹⁰. Assim, como ocorreu na administração transitória, o descuido com a cultura local gerou a falta de legitimidade dos eleitos.

O desenvolvimento institucional também foi considerado modesto. Isso porque, se de um lado conseguiu inserir alguns aspectos democráticos no âmbito local e contribuiu para aumentar a participação das mulheres nas atividades dos sucus, por outro lado, não foi capaz de estabelecer uma estrutura de governo local, especialmente porque o projeto falhou em integrar os princípios democráticos às estruturas tradicionais de tomada de decisão (WORLD BANK, 2006, p. 15).

4 Pós-independência: principais dificuldades na construção da República Democrática de Timor Leste

Apesar dos problemas enfrentados pelas Nações Unidas e do Banco Mundial – entre outros colaboradores – na missão de (re)construção estatal no Timor Leste, o país era visto, pela comunidade internacional, como um modelo de sucesso de implementação de um governo democrático, principalmente em razão da paz na arena política e do regular funcionamento da sociedade civil (FAN, 2007, p. 180; TRINDADE, 2008, p. 4; BABO-SOARES, 2001, p. 11). Tal percepção perdurou somente até maio de 2006, quando as enormes contradições dessa democracia internacionalmente implementada eclodiram em uma rebelião militar.

¹⁰ WORLD BANK, 2006, p. 10. É interessante destacar que, consoante o relatório final do Banco Mundial, os Conselhos dos Sucos não mais funcionam, eis que se dedicavam exclusivamente à distribuição de recursos financeiros, não tendo conseguido estabelecer autoridade política para a manutenção de seu funcionamento.





A crise de 2006 foi motivada por uma divisão interna da Força de Defesa do Timor Leste – FDTL, gerando dois grupos antagônicos: o leste, formado por participantes da luta pela independência e o oeste, composto por novos recrutas. Em fevereiro daquele ano, 591 soldados do comando ocidental da FDTL entraram em greve, reivindicando o fim de sua discriminação em relação ao comando oriental, especialmente quanto à falta de promoção de seus membros e as precárias condições de acomodação. A recusa em abandonar o movimento levou o governo a considerar a deserção de todos os grevistas. Os soldados, então, encaminharam-se a Dili para organizar um protesto que, rapidamente, transformou-se em uma rebelião (KINGSBURY, 2007, p. 21; FAN, 2007, p. 181).

Tal crise demonstrou que a idéia de um Estado de direito e noções de justiça ainda não eram bem entendidas no Timor Leste, como afirmando por Kingsbury (2007, p. 19), “o problema da ausência de lei era uma fratura na estrutura política timorense delicada e ainda em desenvolvimento”. A crise demonstrou que duas instituições fundamentais falharam: a Polícia Nacional do Timor Leste-PNTL e a Força de Defesa do Timor Leste – FDTL (KINGSBURY, 2007, p. 21; TRINDADE, 2008, p. 3).

Tal crise, apesar de centrada nas instituições detentoras do poder de polícia, revela a contradição sobre a qual foi erigido o Estado-Nação do Timor Leste. Como visto no capítulo precedente, a maior dificuldade – tanto da UNTAET como do Projeto de Empoderamento – era exatamente permitir a participação dos timorenses e de sua cultura na construção do novo estado, sem desvirtuar as características da democracia ocidental que se pretendia construir. Portanto, pode-se afirmar que “um possível fator que contribuiu para isso, de 1999 a 2002, foi que a absoluta soberania das Nações Unidas no Timor Leste falhou em implementar um programa de timorização” (TRINDADE, 2008, p. 5).

Percebe-se, desse modo, que tal contradição iniciou-se com o amplo mandato conferido à UNTAET, pois, se de um lado a administração provisória deveria preparar o Timor Leste para a independência e para a democracia, por outro lado, os princípios utilizados dentro da própria UNTAET – em especial a excessiva concentração de poderes – a aproximava mais de um regime absolutista, do que de uma administração efetivamente democrática¹¹.

Entretanto, há que se ter em vista que, no processo de (re)construção de um Estado-Nação, a participação popular é sempre uma variável problemática, em especial quando se pretende implementar um regime político específico,

11 BENZING, p. 343; no mesmo sentido TRINDADE, 2008, p. 5 (during this period the UNTAET was comparable with that of a pre-constitutional monarch in a sovereign kingdom, in which Timorese were turned into the servants of foreigners in their own land); FAN, 2007, p. 177 (However, the U.N. civil authority in East Timor was not representative of, or accountable to, the East Timorese people and could be characterized as “benevolent despotism.”); CHOPRA, 2002, 981; BABO-SOARES, 2001, p. 8-9 (Being so different from, and disregarded by, the transitional administration also shifted local perception about the Transitional Administration from a ‘Angel Saviour’ to a stand-alone, if not a new colonialist, political enterprise in the territory).





como foi o caso do Timor Leste. O conflito surge exatamente porque “o sistema político presente no território ou deve ser aceito e integrado ao exercício de construção estatal, ou o sistema político necessita ser adaptado à visão do novo sistema político em construção” (BENZING, 2005, p. 345).

Analisando essa problemática inserção da participação popular no processo de reconstrução estatal, Benzing destaca dois possíveis métodos de abordagem. O primeiro entende que o envolvimento da população local deve ser restrito por razões práticas e políticas, especialmente no período inicial de transição. Tal visão sustenta-se na ideia de que esse é exatamente o papel de uma administração transitória internacional, que, por não ser necessariamente responsiva, acaba por suprimir o direito ao auto-governo, ainda que de forma temporária.

Tal corrente afirma também que se a população local tivesse recursos políticos, militares e econômicos não haveria necessidade de criar uma administração transitória internacional, pois a razão de uma missão internacional não é somente a reconstrução das estruturas estatais, mas também “convencer os países estrangeiros a fazer o que a comunidade internacional quer que eles façam, isto é, aceitar os valores liberais, democráticos e humanitários” (BENZING, 2005, p. 351).

Por outro lado, há uma outra corrente, denominada otimista, “baseada na análise legal de que a população em questão tem o direito à autodeterminação” (BENZING, 2005, p. 351), de modo que a administração transitória deveria permitir e capacitar a população a participar de forma significativa do processo de reconstrução de seu país. Afirma, ainda, tal corrente teórica que “a participação nos estágios iniciais é também um requisito para o sucesso da construção estatal em termos de construção de capacidades e de legitimidade das instituições estabelecidas pela administração” (BENZING, 2005, p. 351).

As críticas surgem independente do método adotado ou porque a utilização da estrutura política local resultou no favorecimento de uma organização particular – sem a necessária legitimidade democrática – ou porque a mudança da política local é vista como uma intervenção neo-colonialista.

Tal problema é plenamente visível no Timor Leste, uma vez que não apenas o país dispunha de uma estrutura de poder tradicional com princípios bastante divergentes daqueles democráticos, como havia uma falta de profissionais aptos a ocupar cargos na administração pública. A conjunção de tais fatores levou à participação centrada no Conselho Nacional de Resistência Timorense, que desenvolveu um sistema de poder baseado na estrutura tradicional utilizada durante o período da ocupação indonésia, cujos representantes eram apontados pela própria FALINTIL ou seja, a abertura da participação timorense durante a administração transitória acabou sendo dominada por um





único partido político¹², o que não gera a legitimidade desejada em um regime democrático.

Desse modo, ambas as críticas acabaram por ser feitas à administração transitória das Nações Unidas e deixaram como reflexo uma estrutura estatal instável, não apenas pela falta de identificação da população timorense com a cultura democrática (HOHE, 2002, p. 570), mas também pela falha em capacitar os timorenses a exercerem todas as complexas funções exigidas pelas instituições estatais.

A problemática é mais do que evidente, pois, enquanto a participação popular precisar ser garantida o máximo possível em atenção ao princípio da autodeterminação dos povos – não só por uma questão de legitimidade, mas também de legalidade –, é utópico pensar que tal integração poderá ser feita de forma eficaz no plano de reconstrução estatal, quando a falta de recursos humanos é um importante obstáculo a ser considerado (BENZING, 2005, p. 354).

Ainda assim a participação é essencial na futura viabilidade dessa reconstrução, pois, considerando que a falta de recursos humanos é um obstáculo à integração da população durante o período da administração transitória, como garantir a viabilidade do regime democrático após a saída das Nações Unidas, sem uma prévia familiarização da população e dos técnicos locais quanto ao funcionamento da administração democrática.

De fato, o anseio por resultados durante o período da administração transitória das Nações Unidas acabou por ofuscar as conseqüências da pouca participação timorense no processo de democratização e dificultar a construção de uma estrutura estatal estável, impedindo que a dinâmica da construção democrática criasse raízes naquele país (BARMA, 2006, 129).

Além da questão procedimental referente à atuação das missões internacionais de reconstrução estatal – no presente caso, a UNTAET – há que se considerar ainda a contradição ideológica resultante da inserção de um novo modelo político. No caso, há autores que entendem que a crise de 2006 foi o resultado do denominado “*choque de paradigmas*”, entre o padrão democrático de distribuição de poder e a legitimidade política local já existente e consolidada (HOHE, 2002, p. 1), ou mesmo entre o local e o moderno ou ainda entre os princípios da hierarquia e da igualdade (TRINDADE, 2008, p. 7).

Como já visto, apesar de a ocupação indonésia por um quarto de século ter resultado em um total desmantelamento do governo nacional, as estruturas de poder local conseguiram sobreviver tanto à colonização portuguesa como a invasão indonésia (CHOPRA, 2002, p. 981). Desse modo, a construção de um novo

12 BARMA, p. 129. No mesmo sentido: BENZING, 2005, p. 354; HOHE, 2002, p. 579-580; BABO-SOARES, 2001, p.8; CHOPRA, 2002, p. 996.



regime político, especialmente aquele focado na vontade popular, deveria ter considerado a legitimidade de tais estruturas dentro da nova dinâmica de poder.

Por outro lado, tais estruturas de poder tradicional são fundadas em princípios diversos daqueles sobre os quais se fundamenta a democracia ocidental, daí a problemática na conciliação de ambas as estruturas. Consoante ressaltado na análise das tradicionais estruturas sociopolíticas timorenses, o mecanismo de tomada de decisão utilizado por aquela cultura – embora seja baseado no diálogo e no consenso –, não permite a existência de oposição ou dissenso, que são vistos como elementos negativos dentro da dinâmica política (HOHE, 2002, p. 583). Por outro lado, um sistema democrático multipartidário fundamenta-se exatamente na existência de posições políticas divergentes e até opostas, que conseguem expor suas idéias e conviver em um ambiente político saudável.

Uma das consequências desse choque de paradigmas é a falta de aceitação de um dissenso, de modo que a oposição política – fundamental na construção e manutenção de um regime democrático – é vista como subversiva ou traidora¹³. Tal questão já havia sido suscitada na análise do projeto de empoderamento, podendo-se afirmar que essa falta de tolerância à oposição presente no nível local alcançou também o governo nacional da FRETILIN. Apesar de eleito democraticamente, por processo eleitoral com participação ampla da população timorense, tal partido acabou por estabelecer um governo *top-down*, extremamente centralizado com princípios comumente associados ao autoritarismo burocrático. Isso contrastou com a formação de uma facção menos dominante, que, sem sucesso, o desafiou em abril de 2006, demonstrando a fragilidade e as contradições internas do sistema democrático implementado no Timor Leste (KINGSBURY, 2007, p. 20; BARMA, 2006, p. 145).

Vê-se, assim, que mesmo após duas eleições democráticas (2001 e 2007) o sistema democrático não parece desafiar seriamente a estrutura hierárquica local, no qual o multipartidarismo ainda é associado à animosidade e desconectado da noção de democracia (TRINDADE, 2008, p. 11).

Percebe-se que o sucesso na (re)construção de uma nova nação tem como um de seus pilares fundamentais o conhecimento da cultura daquele país, em especial os valores utilizados pela população para legitimar a escolha de seus governante (HOHE, 2002, p. 570). No caso do Timor Leste, a mudança brusca de valores – da tradicional escolha por linhagens sanguíneas e idade para a utilização da meritocracia (educação formal e experiência) e do sistema eleitoral –, se, por um lado, resultou em uma maior capacidade técnica das pessoas escolhidas para ocupar os cargos estratégicos da administração pública e uma suposta

13 KINGSBURY, 2007, p. 20. No mesmo sentido, CHOPRA, 2002, p. 984; e TRINDADE, 2008, p. 11 (The local paradigm is now challenged to integrate the idea of an opposition. As this new notion is very strange to the local system, it is ordered into a category where it seems to fit best: the idea of an enemy and a violent relationship).



legitimidade democrática, por outro lado gerou uma descrença por parte da população nessa nova estrutura estatal, culminando, portanto, em uma falta de legitimidade¹⁴.

Essa falta de legitimidade dos escolhidos por critérios de mérito ou mesmo eleitorais foi um fator bem destacado tanto nas dificuldades de seleção de timorenses durante a administração transitória como na falta de poder na tomada de decisões nos Conselhos de Desenvolvimento dos Sucos, durante o projeto de empoderamento. Para a cultura timorense, os critérios a serem utilizados deveriam ser a origem, a influência pessoal e a capacidade na resolução de conflitos. A escolha de jovens, resultado da seleção pela educação formal, era vista como subversiva da cultura local e, portanto, inaceitável. Do mesmo modo, a democracia ainda não está devidamente arraigada, o que impede que legitimidade decorra exclusivamente do processo eleitoral¹⁵.

Esse choque de paradigmas também pode ser visualizado em um novo conflito nascente no Timor Leste entre a população mais jovem – que não participou efetivamente da resistência à invasão indonésia – e a população mais antiga, que pretende manter as tradições, fundamentando a unidade timorense no processo de resistência. Foi essa ideia de resistência que criou as facções ocidental e oriental dentro da Força de Defesa do Timor Leste e teve papel central na rebelião de maio de 2006 (TRINDADE, 2008, p. 17; BABO-SOARES, 2001, p. 15).

Por outro lado, a difusão da cultura democrática somada a uma estrutura ainda instável e sem o desejável alcance no âmbito local resultou em uma certa anarquia no âmbito das aldeias, pois parte da população acreditava que, por estar em um ambiente democrático, não mais precisaria obedecer aos líderes tradicionais ou outra autoridade local (HOHE, 2002, p. 583).

Percebe-se, assim, que as principais dificuldades na construção de um sistema político democrático foram causadas, essencialmente, por três fatores: “a lenta incorporação da participação timorense; o surgimento de um partido dominante à medida que aumentou a participação política; e o cálculo do momento oportuno e a sucessão global do processo político” (BARMA, 2006, p. 146), tudo isso somado ao choques de paradigmas entre as culturas democrática e tradicional timorense resultaram em uma estrutura estatal instável.

14 HOHE, 2002, p. 581; No mesmo sentido: TRINDADE, 2008, p.8 (This disconnected the people from each other and their state - and the people are not able to see the state as a legitimate institution in cultural, traditional and spiritual sense from their own world view. There are no cultural elements included in the creation of East Timor).

15 HOHE, 2002, p. 580. No mesmo sentido TRINDADE, 2008, p. 15 (Their legitimacy as current national leaders comes from the elections, which for most Timorese is still an alien idea. This created confusion among many people because for now the former legitimate leaders are out of power and replaced by national leaders who do not (yet) have the appropriate legitimacy in the spiritual sense).





5 Conclusão

A construção de uma nação após mais de quatro séculos de dominação estrangeira está, inevitavelmente, imersa em dificuldades. No caso do Timor Leste, tais problemas foram intensificados pela ausência de uma cultura governamental naquele país, bem como pela sistemática falta de desenvolvimento dos recursos humanos, tanto durante a fase colonial, como no período de invasão indonésia e mesmo no governo transitório das Nações Unidas.

Observando tais fatores, as falhas encontradas nessa administração transitória parecem adquirir um significado menor, ofuscadas por um objetivo de reconstrução inalcançável no prazo de poucos anos. Principalmente se considerarmos a necessidade, não apenas de construção física de toda uma estrutura administrativa, como também de capacitação da população para o exercício de um governo democrático. Ainda, assim, algumas críticas são pertinentes e podem orientar uma melhor atuação das Nações Unidas em uma próxima missão dessa amplitude.

A primeira refere-se, claramente, à necessidade de uma administração transitória mais responsiva e transparente, observando estritamente os princípios democráticos que se pretende inserir na cultura local. No caso do Timor, a ausência dessa *accountability* gerou uma falta de legitimidade da equipe internacional perante a população, culminado na identificação da administração com um regime autoritário e no não envolvimento da população local no processo de reconstrução e familiarização com a democracia (BENZING, 2005, p. 371).

A segunda crítica volta-se para a imprescindível atenção à cultura local no momento do planejamento da missão, de modo a facilitar a capacitação da comunidade local, bem como a transição da administração provisória para a independência do país (CALL e COOK, 2003, p. 234). Tal mudança de atitude contribui ainda para conferir maior legitimidade à atuação das Nações Unidas e para minimizar as consequências da brusca mudança de paradigmas culturais.

A grande consequência dessa separação entre as Nações Unidas e a população local foi o denominado choque de paradigmas, já citado anteriormente, uma vez que o conflito entre a cultura política tradicional e os princípios democráticos acabou por gerar um sistema político instável, com aspectos democráticos superficiais. No ponto, Hohe destaca que Timor é uma “jovem nação com aparência de instituições democráticas nacionais, mas com uma base política instável” (HOHE, 2004, p. 2), resultado, essencialmente, da ausência de participação popular no processo de implementação da democracia.

Tal instabilidade tem como um de seus fundamentos a permanência da estrutura hierárquica – herança da cultura política tradicional timorense – que não





admite a existência de oposição. Por esse motivo, Barma afirma que o principal obstáculo para consolidação democrática no Timor é exatamente o domínio de um único partido (FRETILIN) no cenário político (BARMA, 2006, p. 149).

Resta claro que os dois sistemas (tradicional e democrático) não conseguiram gerar uma estrutura estatal estável, e que a dificuldade de harmonização dessas ideologias foi uma das principais causas da crise de 2006. Considerando tais problemas na reconstrução do Timor Leste, enquanto alguns autores levantam a possibilidade de combinação de princípios tão divergentes¹⁶, outros questionam se o regime democrático é de fato o melhor sistema político a ser adotado naquele país¹⁷. Assim, a resposta à clássica pergunta se “pode todo o mundo tornar-se democrático” (DIAMOND, 2003, p. 6) parece cada dia mais complexa.

Referências

BABO-SOARES, Dionísio. Successes, weaknesses and challenges: a critical overview of the political transition in East Timor. *Council for Asia Europe Co-operation. Task Force Meeting in Bali, Indonesia, 2001*. (Online: www.caec-asiaeuropa.org/Conference/Publications/soares.PDF).

BALLARD, John R. *Triumph of self-determination: operation stabilise and United Nations peacemaking in East Timor*. United States of America: Praeger Security International, 2008.

BARMA, Naazneeh H. Brokered democracy-building: developing democracy through Transitional Governance in Cambodia, East Timor and Afghanistan. *International Journal on Multicultural Societies (IJMS)*, v. 8, n. 2, p. 127-161, 2006.

BENZING, Markus. Midwifing a new State: the United Nations in East Timor. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 9, n. 1, p. 295-372, 2005

CADWELL, Joseph George. *The crisis in democracy in East Timor*, junho/2006, disponível em <http://www.foundationwebsite.org/DemocracyInEastTimor.pdf> ;

16 TRINDADE, 2008, p. 19 (The question of how this combination between traditional and modern values should look like specifically is a very difficult one. However, there are already political parties campaigning about combining the modern and the traditional).

17 CADWELL, 2006, p.3 (After the spectacular failure of a concerted six-year effort to impose a modern market-oriented democracy on Timor-Leste, it is time to reconsider whether that type of society and government is right for this country. The fact that Portugal ruled it with a high degree of stability – and little environmental damage – for 450 years must be considered. Democracy is not the right country model for Timor-Leste. It is time to consider a different country model).



CALL, Charles T. e COOK, Susan E. On Democratization and Peacebuilding. *Global Governance*, v. 9, n. 2, p. 233-246, 2003;

CHOPRA, Jarat. Building state failure in East Timor. *Development and Change*, v. 33, p. 979-1000, Institute of Social Studies, 2002.

DIAMOND, Larry. Can the whole world become Democratic? Democracy, development, and international policies. *Center for the Study of Democracy*, Universidade da Califórnia, 2003.

DOWNIE, Sue. UNTAET: state-building and peace-building. Em KINGSBURY, Damien e LEACH, Michael (coord.). *East Timor: Beyond Independence*. Australia: Monash University Press, 2007.

FAN, Huan. The Missing Link between Self-Determination and Democracy: The Case of East Timor. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 6, n. 1, 2007.

FOX, James. 'Assessing UNTAET's Role in Building Local Capacities for the Future', 2002: Hadi Soesastro and Landry Haryo Subianto (eds), *Peace Building and State Building in East Timor*, p. 39-58. Jakarta: Centre for Strategic and International Studies.

GUNN, Geoffrey C. *East Timor and the United Nations: The Case of Intervention*. New Jersey: The Red Sea Press, 1997.

HOHE, Tanja. The clash of paradigms: International administration and local political legitimacy in East Timor. *Contemporary Southeast Asia*, v. 24, p. 569-589, 2002.

_____. Local Governance after Conflict. The Community Empowerment Project in East Timor. *Journal of Peacebuilding and Development*, v. 1, n. 3, 2004;

HUANG, Reiko e GUNN, Geoffrey. Reconciliation as State-Building in East Timor, *Lusotopie*, p. 19-38, 2004;

KINGSBURY, Damien e LEACH, Michael (coord.). *East Timor: Beyond Independence*. Australia: Monash University Press, 2007;

TAYLOR, *East Timor: the price of freedom*. New York: Zed Books, 1999;

TRINDADE, Josh. An ideal state for East Timor: reconciling the conflicting paradigms (2008). Disponível em: (http://www.edu.edu.au/timorlesteconference/documents/trindade_ideal_state_for_East_TimordigPAPER.pdf.)

OSPINA, Sofi. HOHE, Tanja. Traditional Power Structures and the Community Empowerment and Local Governance Project – Final Report. Setembro/2001;

UNITED NATIONS. A review of peace operations: a case for change East Timor Study, março/2003;



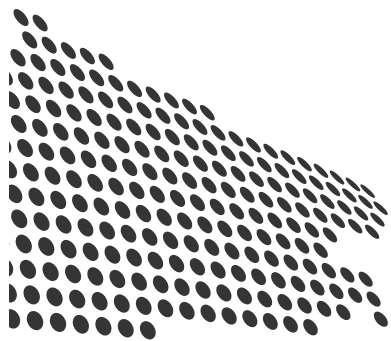
WORLD BANK. East Timor - Community Empowerment II. Relatório PID 9872, jan/2001. Disponível em <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P075342>;

WORLD BANK. Third Community Empowerment and Local Governance Project. Relatório n. 24119 TP, jun/2002, disponível em <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P075342>;

WORLD BANK. Timor-Leste. Project Performance Assessment Report. Relatório n. 36590; jun/2006, disponível em <http://web.worldbank.org/external/projects/main?pagePK=64283627&piPK=73230&theSitePK=40941&menuPK=228424&Projectid=P075342>;







DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES MIGRANTES EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

Flaviane Silveira Curado







Desafios e perspectivas para a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes em tempos de globalização

Flaviane Silveira Curado

Sumário

1 Introdução. 2 Convenções internacionais sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias. 2.1 Breve histórico. 2.2 Terminologias e conceitos relevantes. 2.3 Direitos e garantias dos trabalhadores migrantes. 3 Acordos, recomendações e outros instrumentos regionais relativos à migração de trabalhadores. 3.1 Acordo de Cotonou. 3.2 Declaração para a Proteção e Promoção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN). 3.3 Plano de ação para a migração da União Europeia (UE). 3.4 Precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Parecer Consultivo OC-18/03. 4 Outros desafios para a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes. 5 Conclusão.

1 Introdução

Há duas décadas o mundo vem passando por transformações peculiares. Desde a queda do Muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989, e com o subsequente declínio da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, em 1991, o modelo hegemônico dos regimes democráticos ocidentais de economia capitalista passou a ser adotado pelas nações então pertencentes ao 2º e 3º Mundos, tendo o planeta se polarizado em duas novas categorias predominantes: a de





países desenvolvidos, localizados, em regra, no hemisfério norte, e a de países em desenvolvimento, estabelecidos, em sua grande maioria, no hemisfério sul¹.

Os vetores políticos que até então determinavam a aproximação entre Estados no contexto de Guerra Fria perderam força para os vetores econômicos, que passaram a direcionar as relações internacionais rumo a um crescente intercâmbio de capital humano, financeiro, tecnológico, científico e cultural, dando ensejo à progressiva formação de blocos regionais de integração e de zonas de livre comércio, de que são exemplos, hoje, a União Europeia e os países membros do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), da Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC) e do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

A dinamização dos fluxos de capitais e de informação, proporcionada pelo desenvolvimento exponencial de tecnologias e pela massificação dos meios de comunicação e de transporte, conformou o complexo fenômeno da globalização, que figura como pano de fundo do presente estudo.

A globalização, sob o ponto de vista econômico, pressupõe a análise de questões como o movimento de capital, o comércio internacional de bens e serviços e a produção desses bens e serviços. Tais processos, cujo exame detido não é nosso objetivo, devem ser levados em conta em função dos impactos que têm causado nos mercados de trabalho nacionais. Fenômenos como a informatização dos sistemas de produção, a terceirização, o *offshoring* e o *outsourcing* têm contribuído para o deslocamento de postos de trabalho de corporações transnacionais pelo globo e para a oscilação de oferta e demanda de empregos de alta, média e baixa qualificação em todos os setores da economia².

Nesse contexto, embora não se possa falar propriamente na existência de um mercado global de trabalho, sobretudo em razão das divergências culturais, socioeconômicas e tecnológicas entre países e regiões³, a migração internacional de trabalhadores tende a consolidar-se como evento característico dos novos tempos⁴.

Num ambiente globalizado de trocas, a migração internacional de trabalhadores figura como importante fator de incremento dos fluxos financeiros entre países de destino, geralmente desenvolvidos, e países de origem, geralmente

1 Para uma visão abrangente dos processos políticos e econômicos que tiveram lugar nas décadas finais do século XX e no primeiro quinquênio do século XXI, veja-se Hobsbawm, 2005, e Friedman, 2007.

2 Para melhor compreensão desses fenômenos, leia-se INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2008b, cap. 1, p. 23-49.

3 Ver nota 2.

4 A IOM estima que o número de pessoas que vivem fora de seu país de origem gire, atualmente, em torno de 200 milhões, cerca de 3% da população mundial. Já a taxa de crescimento anual do número de migrantes, que permaneceu estável entre os anos de 1965-1990, em 2,1%, atinge, hoje, a marca de 2,9%. Informação disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/en/pid/3>>. Acesso em: 21 fev. 2009. Segundo dados recentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT), os trabalhadores migrantes correspondem à metade desse número. Informação disponível em: <http://www.ilo.org/global/Themes/Labour_migration/lang--en/WCMS_088587/index.htm>. Acesso em: 21 fev. 2009.





em desenvolvimento. Em 2007, o montante das remessas enviado por migrantes para subsidiar investimentos e o custo de vida de familiares remanescentes na terra natal atingiu a marca de US\$ 337 bilhões, tendo US\$ 251 bilhões sido enviados para países em desenvolvimento⁵. Em alguns Estados, as remessas superaram os valores provenientes da exportação de importantes *commodities* ou mesmo a soma dos investimentos estrangeiros diretos realizados no período⁶.

Pode-se afirmar, todavia, que na contramão da crescente liberalização dos fluxos de capitais e do comércio internacional de bens e serviços, que conta com maior empenho regulatório das partes interessadas em âmbito local, regional e global, a flexibilização do trânsito internacional de pessoas, especialmente de trabalhadores, enfrenta muita resistência⁷.

Por questões de soberania, a fiscalização de fronteiras e a elaboração de políticas migratórias permanecem como prerrogativas estatais, exercidas em consonância com o ordenamento jurídico interno. Os critérios para a permissão de entrada e saída de estrangeiros, bem como para a autorização de permanência temporária ou definitiva submetem-se a interesses governamentais e subordinam-se às restrições inerentes ao aspecto da nacionalidade.

O desejo de milhares de pessoas de fugir da pobreza e de regiões devastadas por conflitos ou catástrofes⁸, a fim de melhorar suas condições de vida por meio da busca de novas oportunidades em território estrangeiro, esbarra, portanto, em políticas nacionais de controle, que, por outro lado, dificilmente retêm por completo os fluxos migratórios irregulares.

Nesse sentido, a necessidade de implementação de políticas migratórias mais adequadas aos parâmetros contemporâneos de mobilidade humana, de forma a equalizar os interesses dos Estados de origem e de destino e dos próprios migran-

5 Dados do último relatório anual da OIM (International Organization for Migration, 2008a, Intro, p. 1-20).

6 Patarra (2008) destaca que, no ano de 2004, dos US\$ 167 bilhões remetidos por migrantes a suas famílias em países em desenvolvimento, US\$ 55 bilhões foram enviados para a América Latina, ocupando o México o primeiro lugar, com remessas de US\$ 17 bilhões, seguido por Brasil, com US\$ 5,6 bilhões, Colômbia, com US\$ 3,8 bilhões, e Haiti, com US\$ 1 bilhão, mais de 25% do Produto Interno Bruto daquele país.

A autora frisa que, em 2003, as remessas de migrantes brasileiros, totalizadas em US\$ 5,8 bilhões, foram superiores às exportações de soja (US\$ 4,29 bilhões) e bem mais elevadas do que as de produtos tradicionais como café (US\$ 1,3 bilhões) e calçados (US\$ 1,62 bilhões) (Patarra, 2005, p. 22-23).

7 A esse respeito, Carlos Avila (2005, p. 93) ressalta que “em outras fases do processo de globalização – levando-se em consideração que o processo de globalização apresenta antecedentes bastante antigos (HELD e outros, 1999; CEPAL, 2002) – os deslocamentos de população acompanharam de perto o desenvolvimento de contatos e fluxos de capitais, comércio, tecnologias e valores. Na atual fase do processo de globalização, porém, a mobilidade de pessoas enfrenta fortes barreiras que a restringem, especialmente quando se trata de migrações de pessoas pouco qualificadas com destino a países do centro do capitalismo. Assim, muitos autores questionam o fato de que a migração internacional parece estar excluída da nova fase do processo de globalização. A globalização sem ou com pouca migração internacional levanta muitas dúvidas com relação aos seus fundamentos éticos, ao realismo político e à eficiência econômica”.

8 A título de esclarecimento, ressalta-se que as questões sociojurídicas relativas especificamente à migração de refugiados e de apátridas políticos, apesar de tangentes à migração laboral, não figuram como objeto deste estudo.





tes, tem sido constantemente pauta de debate em âmbito internacional, promovido por diversos organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização Internacional para a Migração (OIM), não vinculada ao Sistema ONU, e por meio do diálogo entre comunidades e associações de países, a exemplo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da União Europeia (UE), da Organização dos Estados Americanos (OEA), do Grupo de Países África, Caribe e Pacífico (Países ACP) e da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN).

A criação de instrumentos jurídicos aptos a regulamentar, de forma realista, os fluxos migratórios internacionais apresenta-se, nessas esferas de discussão, como um grande e inadiável desafio, sendo a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes questão de suma importância.

As políticas de gestão migratória devem ter por meta prioritária garantir o respeito a um núcleo mínimo de direitos fundamentais desses trabalhadores, dando, assim, concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, existem, em nível global, três instrumentos de proteção aos trabalhadores migrantes e suas famílias. Adotadas pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho e pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, respectivamente, as Convenções n. 97 e 143 da OIT e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias somam-se a diversos acordos e declarações firmadas em nível regional.

É necessário ressaltar, contudo, que tais instrumentos foram ratificados por uma pequena gama de países, resultando, por conseguinte, em modelo teórico parcamente aplicado pelas autoridades dos Estados de origem, de trânsito e de destino no trato com não nacionais.

Sem contar com comprometimento institucional efetivo, os trabalhadores migrantes ficam sujeitos a arbitrariedades, a tratamento anti-isonômico, a discriminação e xenofobia, e, em situações limites, tornam-se vítimas de trabalho escravo e do tráfico internacional de pessoas.

Tecidas todas essas considerações, objetiva-se analisar os principais instrumentos e mecanismos de proteção aos trabalhadores migrantes e a seus familiares, sob a ótica dos direitos humanos, e de que forma vêm sendo aplicados nas várias regiões do planeta.

Para viabilizar este estudo, pretende-se (I) analisar os pactos de caráter universal firmados por intermédio da OIT e da ONU e destacar os principais direitos e garantias assegurados aos trabalhadores migrantes, (II) apontar instrumentos, recomendações e políticas públicas que tratem, em nível regional, da temática da migração laboral e (III) detectar pontos críticos para efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes.





A abordagem de tais aspectos auxiliará na compreensão do tema proposto e poderá contribuir para o alargamento do debate sobre a necessidade de proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, bem como sobre os desafios a serem enfrentados pelos atores internacionais na implementação de gestões migratórias coerentes.

2 Convenções internacionais sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias

2.1 Breve histórico⁹

2.1.1 Convenções n. 97 e 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A Conferência Geral da OIT adotou em 1939, pela primeira vez, um instrumento de proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, estabelecendo uma série de diretrizes a serem introduzidas nas legislações nacionais, incluindo procedimentos judiciais e administrativos, para assegurar àqueles tratamento adequado, em conformidade com os diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Dez anos depois, a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes (Convenção n. 97) passou por processo de revisão que resultou no texto ainda vigente, complementado, em 1975, pela Convenção n. 143 da OIT, que instituiu mecanismos para tolher migrações em condições abusivas e para promover a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes.

Hoje, a Convenção n. 97 encontra-se ratificada por 48 países: 10 africanos, 6 asiáticos (assim considerados, nesta pesquisa, Chipre e Israel), 16 europeus (abrangidos os Bálcãs), 15 latino-americanos, entre eles o Brasil¹⁰, além da Nova Zelândia. A Convenção n. 143, por seu turno, conta com a ratificação de 23

9 Para um histórico detalhado, veja-se OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos), 2005.

10 No Brasil, a Convenção n. 97 da OIT foi promulgada por meio do Decreto n. 58.819, em 19 de julho de 1966.



países: 7 africanos, 4 asiáticos, 11 europeus (6 deles balcânicos) e apenas um latino-americano (República Bolivariana de Venezuela)¹¹.

2.1.2 Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (ONU)

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas discute a temática relativa à migração laboral desde a década de 1970. A preocupação crescente com a proliferação do tráfico ilícito de mão de obra e dos trabalhos forçados, em condições análogas à escravidão, deu ensejo à realização de estudos e conferências, que, após 15 anos, culminaram com a aprovação, em 18 de dezembro de 1990, do texto da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, cujo principal objetivo é garantir aos trabalhadores migrantes, tal como nela definidos, o gozo de seus direitos humanos, independentemente de seu estatuto jurídico.

Essa convenção, no entanto, só entrou em vigor a partir de 1º de julho de 2003, quando do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, conforme previsão de seu artigo 87º. Passados pouco mais de 18 anos, o referido tratado segue com 40 adesões¹², algumas com reservas, conglobando 15 países africanos, 8 asiáticos (assim considerados, nesta pesquisa, Síria e Turquia), 2 europeus (balcânicos) e 15 latino-americanos, excluído o Brasil¹³.

2.2 Terminologias e conceitos relevantes

As convenções listadas no item anterior valem-se de termos específicos para conceituar e categorizar o *status* jurídico, as formas de recrutamento e o processo de deslocamento dos trabalhadores migrantes.

11 Dados obtidos em OIT. *ILOLEX – Bases de dados das normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

12 Informações obtidas em: <<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=138&chapter=4&lang=en>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

13 No Seminário Diálogo Tripartite sobre Políticas Públicas de Migração para o Trabalho, promovido em agosto de 2008 pelo Escritório no Brasil da OIT, em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e com o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), foram traçadas recomendações e oferecidas contribuições para um plano de ação no sentido da ratificação, pelo Brasil, da Convenção n. 143 da OIT e da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, bem como da elaboração de uma nova lei (Lei de Migrações) que discipline a temática migratória de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) não se pauta nos direitos humanos dos migrantes nem contempla a questão da emigração. Na ocasião, listou-se uma série de procedimentos a serem adotados, visando à criação de políticas públicas, inclusive em nível regional (UNASUL e MERCOSUL), e à ampla divulgação de informações sobre direitos e deveres de imigrantes. Informações disponíveis em: <http://www.mte.gov.br/cni/Dialogo_Tripartite_12_09_2008.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2009.



As Convenções n. 97 e 143 da OIT, ambas em seu artigo 11º, compreendem o termo “trabalhador migrante” como a pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não seja por sua própria conta, abrangendo todo e qualquer indivíduo regularmente admitido como trabalhador migrante.

Essas convenções, portanto, pressupõem a existência de uma relação de emprego, excluindo de seu rol de aplicação os trabalhadores fronteiriços, os profissionais liberais ou artistas presentes em território estrangeiro por um curto período de tempo, os trabalhadores do mar, os indivíduos que migram com fins de formação ou educação e os indivíduos empregados por organizações ou empresas, admitidos temporariamente no país de origem dessas organizações ou empresas, a fim de cumprir funções ou tarefas específicas por período limitado e determinado.

Os Anexos I e II da Convenção n. 97 classificam, ainda, quanto à forma de recrutamento, os trabalhadores migrantes em não recrutados e recrutados por meio de acordos de migração coletiva sob controle governamental. Nas duas hipóteses, o recrutamento, ou seja, a procura, a seleção e a contratação de um migrante, sua introdução no país estrangeiro e sua colocação no mercado de trabalho são conduzidos por organismos oficiais, empresas e instituições privadas, sempre mediante autorização e sob fiscalização do Estado-Parte, nos moldes de sua legislação ou de acordos bilaterais eventualmente firmados¹⁴.

A distinção relevante entre essas duas formas de recrutamento consiste na existência, para a segunda hipótese, de um programa migratório oficial, em que deve ser observado pela autoridade competente do território de imigração se já não existe internamente um número suficiente de trabalhadores capazes de ocupar os empregos a serem preenchidos; se há necessidade de prestar assistência aos trabalhadores migrantes durante um período inicial, até a regulamentação de suas condições de emprego; se há necessidade de recolocação de trabalhadores, dada a inadequação do emprego oferecido no recrutamento; se, no caso de não obtenção do emprego por motivos alheios à responsabilidade do trabalhador, há necessidade de promover seu retorno, ocasião em que as despesas não deverão ser por ele suportadas, entre outras questões de relevo que devem ser acordadas entre os governos dos territórios interessados.

A Convenção da ONU, por seu turno, define “trabalhador migrante”, em seu artigo 2º, como “a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu uma atividade remunerada num Estado de que não é nacional”. Em relação às Convenções da OIT, abrange um rol ampliado de categorias de trabalhadores, inserindo sob sua tutela o trabalhador fronteiriço, o trabalhador sazonal, o marítimo, o trabalhador

14 No mesmo sentido, o artigo 66º da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.



numa estrutura marítima, o trabalhador itinerante, o trabalhador vinculado a um projeto, o trabalhador com emprego específico e o trabalhador independente¹⁵.

A convenção não se aplica, contudo, a pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais nem a pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenhar funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas; a pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento ou de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas trabalhadores migrantes; a pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores; a refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado-Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado; a estudantes e estagiários; a marítimos e a trabalhadores de estruturas marítimas em situação irregular (art. 3^o).

Como “membros da família” do trabalhador migrante, a que se estendem os direitos elencados na convenção, figuram o cônjuge ou companheiro, na hipótese

15 “Artigo 2^o - Para efeitos da presente Convenção:

- [...] 2. a) A expressão ‘trabalhador fronteiriço’ designa o trabalhador migrante que conserva a sua residência habitual num Estado vizinho a que regressa, em princípio, todos os dias ou, pelo menos, uma vez por semana;
- b) A expressão ‘trabalhador sazonal’ designa o trabalhador migrante cuja atividade, pela sua natureza, depende de condições sazonais e só se realiza durante parte do ano;
- c) A expressão ‘marítimo’, que abrange os pescadores, designa o trabalhador migrante empregado a bordo de um navio matriculado num Estado de que não é nacional;
- d) A expressão ‘trabalhador numa estrutura marítima’ designa o trabalhador migrante empregado numa estrutura marítima que se encontra sob a jurisdição de um Estado de que não é nacional;
- e) A expressão ‘trabalhador itinerante’ designa o trabalhador migrante que, tendo a sua residência habitual num Estado, tem de viajar para outros Estados por períodos curtos, devido à natureza da sua ocupação;
- f) A expressão ‘trabalhador vinculado a um projeto’ designa o trabalhador migrante admitido num Estado de emprego por tempo definido para trabalhar unicamente num projeto concreto conduzido pelo seu empregador nesse Estado;
- g) A expressão ‘trabalhador com emprego específico’ designa o trabalhador migrante:
- (i) Que tenha sido enviado pelo seu empregador, por um período limitado e definido, a um Estado de emprego para aí realizar uma tarefa ou função específica; ou
- (ii) Que realize, por um período limitado e definido, um trabalho que exige competências profissionais, comerciais, técnicas ou altamente especializadas de outra natureza; ou
- (iii) Que, a pedido do seu empregador no Estado de emprego, realize, por um período limitado e definido, um trabalho de natureza transitória ou de curta duração; e que deva deixar o Estado de emprego ao expirar o período autorizado de residência, ou mais cedo, se deixa de realizar a tarefa ou função específica ou o trabalho inicial;
- h) A expressão ‘trabalhador independente’ designa o trabalhador migrante que exerce uma atividade remunerada não submetida a um contrato de trabalho e que ganha a sua vida através desta atividade, trabalhando normalmente só ou com membros da sua família, assim como o trabalhador considerado independente pela legislação aplicável do Estado de emprego ou por acordos bilaterais ou multilaterais”.



de união estável, os filhos menores, dependentes e não casados e outras pessoas a seu cargo, assim reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados (art. 4º).

Sob o aspecto do *status* jurídico, a convenção traça importante diferenciação, reconhecendo a existência de trabalhadores migrantes e membros de suas famílias documentados ou em situação regular, diga-se, devidamente autorizados a entrar, permanecer e exercer uma atividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja parte, bem como a existência de trabalhadores migrantes não documentados ou em situação irregular, que não preenchem as condições supramencionadas (art. 5º).

Finalmente, a convenção define as expressões “Estado de origem”, “Estado de emprego” (referido na introdução deste estudo como “Estado de destino”) e “Estado de trânsito”, respectivamente, como o Estado de que o migrante é nacional; o Estado onde o migrante exercerá, exerce ou exerceu uma atividade remunerada e qualquer Estado por cujo território o migrante deva transitar a fim de dirigir-se para o Estado de emprego ou retornar do Estado de emprego para o Estado de origem (art. 6º).

A apreensão desses conceitos faz-se necessária, sobretudo, para facilitar a compreensão dos próximos itens e seções, em que serão examinados os direitos assegurados pelas convenções aos trabalhadores migrantes e as políticas migratórias laborais instituídas por meio de acordos e recomendações provenientes do debate entre comunidades, associações de países e seus membros.

2.3 Diretos e garantias dos trabalhadores migrantes

O texto da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias foi elaborado em consonância com princípios enunciados em diversos instrumentos de proteção dos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e das próprias Convenções n. 97 e 143 da OIT, somadas às Recomendações n. 86 e 151 e às Convenções sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório e sobre a Abolição do Trabalho Forçado daquele organismo internacional.

Já as Convenções n. 97 e 143 embasaram-se não só nos tratados supramencionados, mas também em disposições contidas em outros instrumentos da OIT, como a Declaração de Filadélfia, a Convenção e a Recomendação so-





bre a Política de Emprego, a Convenção e a Recomendação sobre o Serviço de Emprego e a Convenção sobre as Agências de Emprego Remuneradas, que abordam a adoção de uma política ativa de emprego, bem como na colaboração internacional nesse campo.

Com base nesse arcabouço jurídico, foram estabelecidas normas para um tratamento adequado dos trabalhadores migrantes, com o intuito de assegurar o respeito a seus direitos fundamentais e de desencorajar a migração laboral irregular viabilizada por movimentos clandestinos e pelo tráfico internacional de pessoas.

Primordialmente, exortaram-se os Estados Partes a que se comprometessem a respeitar e a garantir os direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias presentes em seus territórios e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação (art. 7º da Convenção da ONU e art. 6º da Convenção n. 97 da OIT).

Além dos direitos de resguardo da dignidade da pessoa humana, listados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e reproduzidos, sobretudo na Convenção da ONU, destacam-se:

- Direito à documentação, sendo vedadas a apreensão, a destruição ou a tentativa de destruição de passaportes ou de documentos de identidade equivalentes, exceto por funcionários públicos devidamente autorizados por lei e mediante recibo.
- Direito à informação sobre direitos e deveres, oriunda de fontes confiáveis e fornecidas gratuitamente, de preferência em língua que possam compreender, e, se necessário, por meio de intérpretes.
- Direito à proteção e à assistência das autoridades diplomáticas e consulares de seu Estado de origem.
- Direito de regresso, a qualquer momento, ao Estado de origem.
- Direito a tratamento isonômico em relação aos nacionais no tocante às condições de trabalho (remuneração, carga horária, hora extra, descanso semanal, férias remuneradas, segurança, saúde, cessação da relação de emprego, filiação a sindicatos e associações congêneres).
- Direito à seguridade social, viabilizado o reembolso do montante das contribuições efetuadas a esse título.
- Direito a tratamento fiscal e tributário isonômico em relação aos nacionais.
- Direito de transferir ao Estado de origem ganhos, poupanças, bens e pertences.
- Direito à assistência médica em caso de urgência.





- Direito a um nome, ao registro de nascimento e a uma nacionalidade por parte dos filhos de um trabalhador migrante, bem como de acesso a estabelecimentos públicos de educação.
- Direito de acesso à Justiça e às instâncias administrativas, como autoridades diplomáticas e consulares de seu Estado de origem, em caso de detenção ou de prisão preventiva, bem como de ser informado dos motivos do encarceramento e das acusações contra si formuladas.
- Direito de representação, de defesa e de julgamento por tribunal competente, independente e imparcial, observado o devido processo legal.
- Direito a regime distinto de encarceramento, na hipótese de detenção ou prisão preventiva, daquele conferido a pessoas condenadas, respeitados os critérios de sexo e idade.
- Direito a regime distinto de detenção, se motivada por violação das disposições relativas à migração, daquele conferido a pessoas detidas ou presas preventivamente, não condicionada a liberação ao pagamento de encargos.
- Direito a recebimento de visitas em caso de detenção ou prisão preventiva, nos moldes deferidos aos nacionais.
- Direito à indenização, em caso de detenção ou prisão ilegal.
- Em caso de expulsão, direito de obter, antes ou depois da partida, o pagamento dos salários ou prestações que lhe sejam devidas e de cumprir obrigações não adimplidas, sendo vedada a expulsão coletiva ou aquela não embasada em decisão proferida por autoridade competente.
- Direito à indenização e ao regresso, caso a decisão de expulsão venha a ser posteriormente anulada.

Em se tratando de trabalhadores migrantes documentados ou em situação regular, destacam-se, ainda:

- Direito à informação, antes da partida do Estado de origem ou, no mais tardar, no momento de chegada ao Estado de destino, sobre condições de admissão, permanência e trabalho, viabilizado o acesso ao contrato de trabalho na hipótese de prévio recrutamento.
- Direito a condições de trânsito seguras na hipótese de recrutamento oficial ou coletivo.
- Direito de livre circulação no Estado de emprego e de livre escolha do domicílio.
- Direito à autorização de saída temporária do Estado de emprego, sem comprometimento da autorização de permanência ou de trabalho.
- Direito de levar e trazer consigo objetos pessoais e domésticos, ferramentas e equipamentos de trabalho, com isenção de taxas alfandegárias.
- Direito a tratamento fiscal isonômico, em relação aos nacionais, em matéria de rendimentos do trabalho auferidos no Estado de emprego.



- Direito de constituir associação ou sindicato, no Estado de emprego, para promover interesses econômicos, sociais ou culturais.
- Direito de exercer direitos políticos relativos ao Estado de origem ou mesmo de emprego, em havendo legislação favorável ao exercício desses direitos, facilitada a consulta e a participação nas decisões relativas à vida e à administração das comunidades locais.
- Direito de acesso às instituições de ensino, aos serviços de orientação e formação profissional e de colocação, à habitação, aos serviços sociais e de saúde, às cooperativas e empresas em autogestão, à vida cultural.
- Direito à manutenção da autorização de residência e de trabalho, na hipótese de perda ou mudança de emprego.
- Direito a escolher livremente a atividade remunerada, ressalvadas as prerrogativas do Estado de emprego de restringir, em seu interesse e em conformidade com a legislação pátria, o acesso a determinadas categorias de empregos, funções, serviços ou atividades.
- Direito a tratamento isonômico, em relação aos nacionais, no que se refere à proteção contra demissões, à percepção de seguro-desemprego, ao acesso a programas de interesse público de combate ao desemprego e ao acesso a emprego alternativo em caso de perda do emprego ou da cessação de outra atividade remunerada.
- Direito de permanência, no Estado de emprego, dos familiares do trabalhador migrante em caso de seu falecimento ou da dissolução do casamento, com a concessão de prazo razoável para a partida na hipótese de indeferimento de autorização nesse sentido.

Os Estados Partes, por fim, obrigam-se a:

- Formular e executar políticas migratórias equitativas e justas.
- Assegurar o intercâmbio de informações e cooperar com as autoridades competentes dos outros Estados envolvidos no processo migratório.
- Combater a migração irregular.
- Perseguir e punir, administrativa, civil e criminalmente, agentes envolvidos em movimentos de imigração clandestina e no tráfico internacional de pessoas.
- Fiscalizar as atividades de escritórios, empresas e instituições públicas ou privadas autorizadas a recrutar migrantes.
- Simplificar as formalidades administrativas inerentes ao processo migratório.
- Prestar informações claras e precisas a trabalhadores migrantes e a demais interessados sobre a legislação local e os trâmites migratórios.
- Promover a integração dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, viabilizando aos filhos menores o acesso ao sistema local de



escolarização, sem provocar ruptura com os vínculos culturais do Estado de origem.

- Facilitar a reunificação dos trabalhadores migrantes com os membros de suas famílias.
- Facilitar o envio de remessas de ganhos e de economias do trabalhador migrante do Estado de emprego para o Estado de origem ou para qualquer outro Estado.
- Disponibilizar serviços consulares adequados para satisfazer as necessidades dos trabalhadores migrantes.
- Adotar medidas para facilitar o regresso de trabalhadores migrantes e de membros de suas famílias, em quaisquer hipóteses, bem como sua reintegração social e cultural no Estado de origem.
- Facilitar o repatriamento, para o Estado de origem, dos restos mortais dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias.

3 Acordos, recomendações e outros instrumentos regionais relativos à migração de trabalhadores

Na seção anterior, verificou-se que, a despeito da existência de três acordos internacionais de caráter universal relativos à proteção dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, poucos Estados propuseram-se a ratificá-los. Daqueles que o fizeram, a maioria localiza-se na África e na América Latina, regiões do globo sabidamente em desenvolvimento.

Dos Estados europeus e asiáticos que aderiram às convenções, grande parte encontra-se, respectivamente, na região dos Bálcãs, vitimada por conflitos étnicos num passado próximo, e no território outrora pertencente à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Embora a Convenção n. 97 da OIT tenha sido adotada, sobretudo na década de 1950, por Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália, Noruega, Holanda, Portugal e Reino Unido, e a Convenção n. 143 da OIT, entre o final da década de 1970 e o início da década de 1980, por Itália, Noruega, Portugal, San Marino e Suécia, nenhum país pertencente à União Europeia (UE) e à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com exceção de México





e Turquia, assinou a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias desde sua aprovação, pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1990.

Esse cruzamento de dados, por si só, permite constatar a resistência que têm os países desenvolvidos, em regra, Estados de destino, em tratar da temática da migração para o trabalho em um foro global de discussão. Todavia, o processo cada vez mais intenso de globalização, referido na introdução deste estudo, tornou imperativa a adoção de políticas migratórias coerentes.

Nesse sentido, comunidades e associações de países desenvolvidos e em desenvolvimento têm aprovado, nos últimos anos, acordos e recomendações e traçado planos de ação para gerir os processos migratórios. Outros organismos internacionais regionais também têm atuado ativamente para assegurar a adoção de medidas equitativas no tocante à migração laboral.

Nessa seção, pretendem-se apontar alguns desses instrumentos que, sem dúvida, contribuem para a maior observância dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias.

3.1 Acordo de Cotonou

Trata-se de um acordo de parceria firmado entre a UE e o Grupo de Países África, Caribe e Pacífico (Países ACP)¹⁶, em 23 de junho de 2000, orientado para o desenvolvimento das relações comerciais, culturais e sociais entre ambas as regiões, a erradicação da pobreza e a integração progressiva dos Países ACP na economia mundial. Tendo como fundamentos os princípios democráticos e o respeito aos direitos humanos, o acordo aborda, em seu artigo 13º, a questão da migração, para reafirmar o compromisso das partes de eliminar todas as formas de discriminação e de promover um tratamento equitativo de migrantes em relação aos nacionais, por meio da adoção de medidas de combate ao racismo e à xenofobia (UE-ACP, 2000).

O item 3 do referido artigo remete-se expressamente à situação dos trabalhadores migrantes, incitando os Estados-Membros a conceder aos trabalhadores dos Países ACP legalmente empregados em seus territórios tratamento isento de qualquer discriminação com relação à nacionalidade, às condições de trabalho, à remuneração e à demissão e vice-versa.

No item 5, aborda-se a questão da migração ilegal, prevendo o estabelecimento de políticas de prevenção e obrigando os partes a assegurar o respeito

16 O Grupo de Países ACP abrange 79 Estados. Informações detalhadas podem ser obtidas em: <http://www.acpsec.org/en/acp_states.htm>. Acesso em: 23 fev. 2009.





aos direitos e à dignidade humana em todos os processos de repatriamento de migrantes para os Estados de origem.

O artigo 13º do Acordo de Cotonou embasou, posteriormente, as Declarações de Rabat e de Trípoli, aprovadas em julho e novembro de 2006. Em ambas as ocasiões, reconheceu-se que a gestão dos fluxos migratórios entre a África e a Europa deve ser levada a cabo num contexto de parceria, com o intuito de otimizar os potenciais da migração legal e de seus efeitos benéficos para os países de origem e de destino e de combater a migração ilegal e o tráfico de pessoas. As declarações foram acompanhadas por planos de ação, cujas diretrizes assemelham-se às normas das convenções citadas na seção anterior e que foram recentemente endossadas no documento elaborado durante a 2ª Cúpula União Europeia-África, realizada em Lisboa, em dezembro de 2007¹⁷.

3.2 Declaração para a Proteção e Promoção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes da Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)

Em 13 de janeiro de 2007, a Cúpula dos Estados-Membros da ASEAN¹⁸, aprovou, em Cebu, Filipinas, a Declaração para a Proteção e Promoção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes (ASEAN, 2007a), cujo texto recomenda aos Estados de origem e de destino fortalecer os pilares políticos, econômicos e sociais da comunidade por meio da promoção do potencial e da dignidade dos trabalhadores migrantes num ambiente de liberdade, igualdade e estabilidade e de acordo com as leis, regulamentos e políticas de cada Estado-Membro.

A declaração prevê a cooperação dos Estados-Membros no sentido da observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes e dos membros de suas famílias, devendo, quando possível, e dentro de seus respectivos parâmetros legais, facilitar a regularização da situação de migrantes não documentados.

Os Estados de destino¹⁹ obrigam-se a promover o bem-estar e a dignidade dos trabalhadores migrantes; facilitar seu acesso à informação, educação e

17 O evento propiciou a consolidação de um plano de ação cooperativo para o desenvolvimento do continente africano, em que foi destacada a necessidade de gestão da questão migratória (EU-AFRICA SUMMIT, 2007).

18 São eles: Brunei, Camboja, Indonésia, Laos, Malásia, Mianmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Vietnã. Maiores informações sobre políticas e acordos de cooperação entre a ASEAN e países vizinhos em: <<http://www.aseansec.org/>>. Acesso em: 23 fev. 2009.

19 No 36º Congresso da Federação Internacional dos Direitos Humanos (FIDH) sobre Migrações, realizado entre 19 a 21 de abril de 2007, em Lisboa, restou documentado que “os trabalhadores migrantes da região asiática vêm, sobretudo, do Bangladesh, da Birmânia, do Camboja, da China, da Indonésia, do Laos, do Nepal, das Filipinas, do Sri Lanka ou do Vietnã, sendo que o número de migrantes e os destinos variam consoante os países. Na maior parte das vezes, trata-se de trabalhadores pouco qualificados (trabalham, designadamente, na construção civil, na pesca ou ainda como empregados domésticos). Geralmente são





formação profissional, bem como à Justiça e à seguridade social; assegurar-lhes boas condições de trabalho; viabilizar às vítimas de discriminação, abuso, exploração e violência acesso adequado ao Judiciário e facilitar o exercício das funções consulares das autoridades consulares e diplomáticas dos Estados de origem na hipótese de detenção ou prisão.

Os Estados de origem²⁰, por sua vez, comprometem-se a assegurar a seus cidadãos acesso ao emprego e à renda; elaborar políticas migratórias para facilitar procedimentos de seleção, recrutamento e partida; assegurar proteção aos trabalhadores no estrangeiro; promover sua repatriação e reintegração ao território nacional e combater os movimentos de migração clandestinos e o tráfico de pessoas, mediante a imposição de penalidades.

A implementação da declaração está a cargo de um comitê responsável pela elaboração de um instrumento vinculante de promoção dos direitos dos trabalhadores migrantes no âmbito da ASEAN e pela coordenação de políticas no intuito de alcançar os objetivos previstos e de propagar as melhores práticas desenvolvidas nessa seara (ASEAN, 2007b).

3.3 Plano de ação para a migração da União Europeia (UE)

A União Europeia, por meio dos atores de seu sistema comunitário, tem discutido a questão da migração, em termos gerais, no sentido da elaboração de uma política comum para a região desde o ano de 1999. A Comissão das Comunidades Europeias²¹, que detém a iniciativa legislativa de forma quase absoluta no âmbito da UE, que a representa na tratativa de acordos com países terceiros e é responsável pela guarda dos tratados internos, em sua última comunicação (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2008) sobre a adoção de

menos bem remunerados que os trabalhadores locais e têm empregos caracterizados pelos 3D: *'dirty, dangerous and difficult'* (sujo, perigoso e difícil). Pode ainda observar-se uma fuga de cérebros. Fenômeno que atinge especialmente a Índia e as Filipinas. Os migrantes indianos qualificados, ou, até mesmo, muito qualificados, trabalham na medicina e engenharia. Nas Filipinas, os médicos e enfermeiros abandonam o país cada vez em número mais elevado (entre 1996 e 2002, emigraram 3.657 enfermeiras) (CONGRESSO DA FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2007).

20 No evento, observou-se ainda que “países como a Malásia, a Coreia do Sul ou a Tailândia, que foram durante muito tempo países de partida, tornaram-se, hoje, países de acolhimento devido não só ao desenvolvimento econômico, mas também à instabilidade política dos países que os rodeiam (por exemplo, a Tailândia, que tem uma larga fronteira com a Birmânia [Mianmar]). Cingapura, Brunei, Japão, Taiwan e Hong Kong empregam um grande número de trabalhadores estrangeiros nas suas fábricas de produção, assim como nas fábricas estrangeiras aí instaladas (principalmente ocidentais). Em 2004, no conjunto destes imigrantes, Hong Kong contava principalmente com filipinos (129.760) e indonésios (105.710). No mesmo ano, na Coreia do Sul, havia principalmente chineses (140.435), indonésios (28.642) e filipinos (22.787), enquanto em Taiwan contavam-se 104.748 tailandeses e 81.355 filipinos”.

21 A explicitação das atribuições dos órgãos da Comunidade Europeia está disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/droit_communaire/droit_communaire.htm#3.3>. Acesso em: 24 fev. 2009.





uma política comum de imigração para a Europa, enfatizou a importância da migração laboral, tendo em conta a realidade demográfica de praticamente todos os países membros e as perspectivas de uma progressiva redução da população ativa nas próximas décadas²².

O documento preconiza a observância, quando da constituição de um instrumento vinculante, dos princípios conformadores da UE – prosperidade, segurança e solidariedade – e dos valores universais da dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade, em respeito à Carta dos Direitos Fundamentais e à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem.

Entre as diretrizes aplicáveis aos trabalhadores migrantes, ou imigrantes econômicos, a serem implementadas em nível nacional, a comunicação propaga o combate ao trabalho ilegal; a inclusão social dos migrantes em situação regular; a luta contra a discriminação; a promoção de igualdade de oportunidades; a garantia de acesso a serviços de saúde e à proteção social; a facilitação do reagrupamento familiar; o combate à imigração clandestina e ao tráfico de pessoas, por meio de medidas preventivas, repressivas e sancionadoras; o apoio às vítimas de tráfico de seres humanos; a garantia de oferta de serviços essenciais mesmo aos imigrantes irregulares, a exemplo do acesso à educação dos filhos menores e à saúde, e a criação de políticas de regresso eficazes e duradouras.

Destaca-se, de todo modo, que a prioridade de admissão de trabalhadores volta-se para aqueles qualificados e altamente qualificados, não ignorada, contudo, a demanda por trabalhadores de formação mais precária, essencialmente para a ocupação de postos temporários, assegurado o retorno posterior ao Estado de origem²³.

3.4 Precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Parecer Consultivo OC-18/03

Em maio de 2002, o México, valendo-se da prerrogativa assegurada pelo artigo 64º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)²⁴, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos

22 Consta do documento que, “em 2007, a população ativa na UE, ou seja, o total de pessoas empregadas e desempregadas, era, em média, cerca de 235 milhões de pessoas. Em conformidade com as últimas projeções demográficas, até 2060, a população em idade ativa da UE deve diminuir em cerca de 50 milhões de pessoas, mesmo que a imigração líquida se mantenha no seu nível histórico, e diminuir em cerca de 110 milhões de pessoas sem esse nível de imigração”.

23 As comunicações anteriores da Comissão das Comunidades Europeias bem explicitam essa política. Veja-se COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2005. E, ainda, COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2007.

24 “Artigo 64º - 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhe compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte,



(CorteIDH) questionamentos relativos à necessidade de observância dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes não documentados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em síntese, cogitou-se:

- 1) da possibilidade de um Estado americano estabelecer em sua legislação critérios discriminatórios com relação a trabalhadores migrantes em situação irregular, privando-os, assim, do gozo de direitos trabalhistas;
- 2) da possibilidade de condicionar-se o gozo, por um indivíduo, dos direitos e liberdades fundamentais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Americana e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos à permanência legal em um Estado americano, e, por conseguinte, da compatibilidade da privação de gozo de direitos trabalhistas, em razão da situação irregular de um trabalhador migrante, com a obrigação de um Estado americano de assegurar, nos moldes dos instrumentos citados, a não discriminação e a igualdade de tratamento de todos perante a lei;
- 3) da validade da interpretação de um Estado americano no sentido de subordinar a observância de direitos humanos fundamentais a metas de políticas migratórias estabelecidas pela legislação interna, sem atentar para o caráter *erga omnes* das obrigações de direito internacional e para a hierarquia dos tratados sobre as demais leis no ordenamento jurídico pátrio;
- 4) da possibilidade de reconhecimento da natureza *jus cogens* do princípio da não discriminação e do direito de todos à igualdade perante a lei e, em caso afirmativo, dos possíveis efeitos provocados sobre os membros da Organização dos Estados Americanos compromissados com a Carta da OEA.

Várias instituições habilitaram-se, na qualidade de *amicus curiae*, para participar das audiências promovidas ao longo de um ano e quatro meses de procedimento. A Corte, após reconhecer sua competência para manifestar-se sobre a matéria, concluiu pela supremacia dos direitos humanos de um indivíduo sobre quaisquer leis de direito interno de um Estado e sobre as políticas públicas daí decorrentes, quando incompatíveis com os princípios complementares da igualdade e da não discriminação.

Dessa feita, estatuiu que os Estados têm por obrigação respeitar e assegurar o exercício de direitos fundamentais, devendo atuar no sentido de impedir sua limitação ou sua infringência. Entendeu, ainda, que o descumprimento dessa obrigação dá ensejo à sua responsabilização em nível internacional.

a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.



Ressaltando que a observância aos princípios da igualdade e da não discriminação é imprescindível para a salvaguarda dos direitos humanos em âmbito jurídico nacional e internacional, reconheceu que no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, referidos princípios passaram à esfera do *jus cogens*, devendo ter, portanto, aplicação imperativa, com efeitos *erga omnes*²⁵.

A Corte considerou, nessa esteira, que a obrigação de respeito aos direitos humanos vincula os Estados, independentemente do *status* migratório de uma pessoa, abrangendo, portanto, a garantia mínima a um devido processo legal, sem discriminações. Acrescentou que a qualidade de nacional ou estrangeiro, e, nesse ponto, de migrante regular ou irregular de um indivíduo, não constitui justificativa para privá-lo do gozo de direitos inerentes à pessoa humana, entre eles, os direitos trabalhistas, adquiridos na formação da relação de emprego.

Por fim, proclamou que os Estados não podem tolerar situações discriminatórias em prejuízo dos trabalhadores nas relações estabelecidas entre particulares, permitindo, inadvertidamente, a violação de direitos trabalhistas e de condições mínimas de trabalho internacionalmente reconhecidas, já que os trabalhadores migrantes não documentados possuem os mesmos direitos que os demais trabalhadores do Estado de emprego e devem contar com todos os meios para exercê-los (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2003).

4 Outros desafios para a efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes

A adesão a instrumentos de caráter universal para tutelar os direitos humanos dos trabalhadores migrantes, como visto na segunda seção desta pesquisa, constitui medida de extrema importância para a institucionalização de princípios

25 Na lição de Juan Travieso, “os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Os seus objetivos e fins são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto em face do seu próprio Estado, como em face de outros Estados contratantes. Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição. Logo, a Convenção não vincula apenas os Estados-partes, mas outorga garantias às pessoas. Por este motivo, justificadamente, não pode ser interpretada como qualquer outro tratado” (TRAVIESO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990, p. 90, apud PIOVESAN, 2007, p. 65).





e práticas adequadas no trato com pessoas que exerceram, exercem ou venham a exercer atividade remunerada em país estrangeiro.

A adoção de políticas migratórias para o trabalho condizentes com as garantias previstas nesses instrumentos, em nível nacional e regional, visando à integração, ao intercâmbio técnico-científico e cultural, à inclusão social e à agregação de valor à esfera pessoal dos trabalhadores migrantes, revela-se salutar, sobretudo quando associada ao combate à migração irregular, ao tráfico de pessoas e ao incentivo de políticas de retorno e de reintegração ao Estado de origem.

Todavia, mesmo na hipótese de aplicação desses preceitos, persistem situações que, por vezes, fogem ao controle da fiscalização das autoridades dos Estados de origem, de trânsito e de destino, e que, pelas mais variadas circunstâncias, não são objeto de denúncia.

A discriminação e a xenofobia contra trabalhadores migrantes, por exemplo, além de derivar de motivos como a nacionalidade, a cor, a etnia, o sexo e a religião, decorrem geralmente da ideia preconcebida de que esses trabalhadores são uma ameaça ao equilíbrio da oferta e da demanda de empregos no mercado nacional de trabalho ou, em outras palavras, de que estes retiram dos nacionais as oportunidades de emprego, inclusive em razão de aceitarem receber salários mais baixos pela realização da mesma tarefa.

Nessa seara, as trabalhadoras migrantes mostram-se ainda mais suscetíveis de tratamento discriminatório, já que a questão do gênero, isoladamente, apresenta-se na praxe como fator de desigualdade de oportunidades e de remuneração²⁶.

A migração irregular apresenta-se como outro grave problema²⁷. O desejo de trabalhadores de buscar novos meios de ganhar a vida, quiçá em país distinto, tende a superar a prudência diante dos riscos inerentes à entrada ou à permanência, sem autorização, nos países de destino, conduta que vem sendo inadvertidamente criminalizada em países tradicionalmente de destino²⁸.

26 Segundo dados da OIM, quase a metade dos migrantes é mulher (49,6%). Elas superam o número de homens migrantes em todas as regiões do mundo, exceto na África e na Ásia (International Organization for Migration, 2008b, cap. 1, p. 23-49).

27 Para uma análise abrangente dos fluxos migratórios irregulares pelas várias regiões do planeta, consulte-se International Organization for Migration, 2008c, cap. 8, p. 201-233.

28 A esse respeito, pertinente a crítica de Jorge Bustamante (2008) – relator especial do Comitê para Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, vinculado ao Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos e órgão responsável pelo acompanhamento da respectiva convenção – sobre a transferência, da esfera administrativa para a esfera penal, do trato da migração irregular: “The Special Rapporteur has received reports of the criminal justice practices used by States to combat irregular migration, including greater criminalization of migration offences (as opposed to treating them as an administrative offence) and cross-national collaboration by police





Essas pessoas podem submeter-se a meios perigosos de trânsito e, posteriormente, a condições de trabalho abusivas, tudo para manterem-se na clandestinidade. Além disso, veem como reduzida a liberdade de retornar a qualquer tempo ao Estado de origem, sob pena de serem flagradas sem a documentação devida. Também se tornam mais suscetíveis de serem vítimas de tráfico de pessoas e de submissão a trabalhos forçados ou degradantes.

Por outro lado, deve-se considerar que a migração para o trabalho pode resultar, a longo prazo, em prejuízo para alguns Estados de origem, dado o fenômeno da chamada “fuga de cérebros”. Esses Estados, apesar de fomentarem a formação e a qualificação de profissionais, têm seus talentos subtraídos por melhores oportunidades no estrangeiro, o que, indiretamente, pode vir a prejudicar seu próprio desenvolvimento, com restrições de acesso a bens e serviços pelos nacionais²⁹.

Pondera-se que a solução para tais desafios resida na promoção da tolerância, no acesso a informações precisas de fontes confiáveis, na transparência e na simplificação dos procedimentos migratórios e na ampla cooperação para o desenvolvimento econômico equilibrado nas diversas regiões do globo.

5 Conclusão

Constatou-se, por meio do presente estudo, que a dinamização dos fluxos de capitais e de informação, proporcionada pelo desenvolvimento exponencial de tecnologias e pela massificação dos meios de comunicação e de transporte, conformou o complexo fenômeno da globalização, que, sob o ponto de vista

and other authorities, which have in certain cases resulted in increased violations against migrants. [...] These general trends can be grouped into two broad categories – externalization of migration control policies and criminalization of labour migration. [...] In recent years, in an effort to further curb irregular migration and simultaneously address issues of national security, some States seem to be employing techniques in order to ‘externalize’ border controls to countries of origin and transit, whereby they may utilize bilateral agreements and/or promises of aid in order to transform these targeted countries into a potential buffer zone to reduce migratory pressures on receiving States. [...] The concern is that these policies, while legitimately aimed at reducing irregular migration, and while often incorporated into bilateral agreements that can have significant positive aspects for the countries that are the recipients of the aid, have contributed to the criminalization of irregular migration insofar as they treat migration violations as a criminal rather than administrative offence without the proper human rights protections afforded to migrants in the process. Moreover, these policies and the anti-migrant discourse that often accompany them have also in certain cases prompted and legitimized a notable increase in institutionalized discrimination, leading to further violations”.

29 Veja-se a nota 20 sobre o caso das Filipinas.





econômico, pressupõe a análise de questões como o movimento de capital, o comércio internacional de bens e serviços e a produção desses bens e serviços.

Nesse contexto, observou-se que a migração internacional de trabalhadores tende a consolidar-se como evento característico dos novos tempos, embora em ritmo mais lento do que o da liberalização dos fluxos de capitais e do comércio internacional de bens e serviços.

Verificou-se que, atualmente, existem, em nível global, três instrumentos de proteção aos trabalhadores migrantes e suas famílias: as Convenções n. 97 e 143 da OIT e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, que tratam, de forma bastante abrangente, da situação de trabalhadores documentados e não documentados e impõem compromissos aos Estados-Partes para sua implementação efetiva.

Destacou-se, contudo, que o baixo número de ratificações desses instrumentos dificulta a adoção de políticas migratórias equânimes e convergentes. Não obstante, a elaboração de mecanismos regionais de apoio à gestão migratória tem contribuído para propagar o debate acerca das questões atinentes aos trabalhadores migrantes. Entre esses mecanismos, encontram-se acordos multilaterais, recomendações, planos de ação e precedentes jurisprudenciais que enfatizam a necessidade de cooperação e diálogo entre os países e de maior respeito aos direitos humanos de todos os trabalhadores migrantes, independentemente de sua situação jurídica no país de destino.

Por fim, ressaltou-se que a adesão aos tratados de caráter universal e às medidas de âmbito regional deve ser seguida pelo combate à discriminação e à xenofobia, ao tráfico de pessoas e à migração irregular, desafios que podem ser superados por meio do incentivo a tolerância à diversidade e da ampliação do acesso a informações confiáveis sobre a temática da migração, bem como pela promoção da transparência e simplificação dos procedimentos migratórios, num ambiente cooperativo entre as diversas regiões do globo.

Referências

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (ASEAN). *ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers*, Jan. 13th, 2007a. Disponível em: <<http://www.aseansec.org/19264.htm>>. Acesso em: 28 out. 2008.



_____. *Statement of the Establishment of the ASEAN Committee on the Implementation of the ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers*, 30th Jul, 2007b. Disponível em: <<http://www.aseansec.org/20768.htm>>. Acesso em: 28 out. 2008.

AVILA, Carlos Federico Domínguez. Migração, globalização e relações internacionais: em busca de novas interpretações fundamentadas em evidências latino-americanas recentes. *Revista Universitas: Relações Internacionais*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 91-103, 2005. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/285>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

BRASIL. Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em: <<http://www2.idh.org.br/casdh.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

BUSTAMANTE, Jorge. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. Human Rights Council, 17th session, item 3. 25th Feb. 2008. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/annual.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2009.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Comunicação da Comissão*: plano de ação sobre a migração legal. Bruxelas, 21.12.2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0669:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões*: uma política comum de imigração para a Europa: princípios, ações e instrumentos. Bruxelas, 17.6.2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0359:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

_____. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões*: rumo a uma política comum de imigração. Bruxelas, 5.12.2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0780:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 30 out. 2008.

CONGRESSO DA FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 36., 2007, Lisboa. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/Asia_port.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de sep-

tiembre de 2003. Serie A N. 18. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2009.

EU-AFRICA SUMMIT, 2007, Lisbon. *The Africa-EU strategic partnership: joint Africa-EU strategy and action plan*. Disponível em: <http://www.eu2007.pt/UE/vEN/Noticias_Documentos/20071209PARCEST.htm>. Acesso em: 24 fev. 2009.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. 557 p.

HOBBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 598 p.

INTERNATIONAL ORGANAZATION FOR MIGRATION. *World Migration 2008: managing labour mobility in the evolving global economy*. Genebra: IOM, 2008a. (IOM World Migration Report Series, v. 4). Intro, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/cache/offonce/pid/1674?entryId=20275>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

_____. International Labour Mobility in the Evolving Global Economy. *World Migration 2008: managing labour mobility in the evolving global economy*. Genebra: IOM, 2008b. (IOM World Migration Report Series, v. 4). cap. 1, p. 23-49. Disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/cache/offonce/pid/1674?entryId=20275>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

_____. Irregular Migration. *World Migration 2008: managing labour mobility in the evolving global economy*. Genebra: IOM, 2008c. (IOM World Migration Report Series, v. 4). cap. 8, p. 201-233. Disponível em: <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/cache/offonce/pid/1674?entryId=20275>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. *Fact sheet N. 24: the rights of migrant workers*. 2005. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs24.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2009. Texto traduzido para o português disponível em: <<http://www.december18.net/UNconventionPortugese.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n. 97*, de 1º de julho de 1949. Trabalhadores migrantes (revista em 1949). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2009.

_____. *Convenção n. 143*, de 24 de junho de 1975. Migrações em condições abusivas e promoção de igualdade e oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 6 fev. 2009.

_____. *ILOLEX – Bases de dados das normas internacionais do trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros*



das suas Famílias, de 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2009. Texto traduzido para o português disponível em: <<http://www.december18.net/UNconventionPortugese.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

_____. *United Nations Treaty Collection*. Disponível em: <<http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=138&chapter=4&lang=en>>. Acesso em: 22 fev. 2009.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. *Revista São Paulo em Perspectiva*, v. 19, n. 3, p. 22-33, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300002&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 jan. 2009.

_____. Governabilidade das migrações internacionais e direitos humanos: o Brasil como país de emigração. CONFERÊNCIA DAS COMUNIDADES BRASILEIRAS NO EXTERIOR, 1., 2008, Rio de Janeiro. *Anais eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.abe.mre.gov.br/mundo/america-do-sul/republica-federativa-do-brasil/subsecretaria-geral-das-comunidades-brasileiras-no-exterior/informacoes/i-seminario-sobre-as-comunidades-brasileiras-no-exterior>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

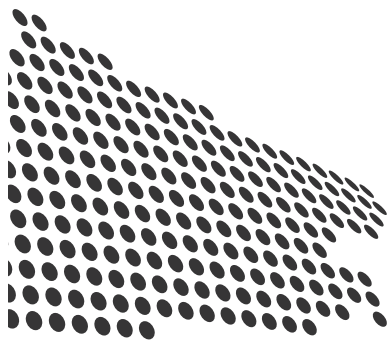
PROVESAN, Flávia. *Diretos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SEMINÁRIO DIÁLOGO TRIPARTITE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE MIGRAÇÃO PARA O TRABALHO. *Contribuições para a construção de políticas públicas voltadas à migração para o trabalho*: documento final. São Paulo, Itapecerica da Serra: CNig, ago. 2008. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/cni/Dialogo_Tripartite_12_09_2008.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2009.

UE-ACP. *Acordo de Parceria entre o Grupo de Países África, Caribe e Pacífico e a Comunidade Europeia e seus Estados-Membros* (Acordo de Cotonou), de 23 de junho de 2000. Texto atualizado em português disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar25A-2002.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2009.







COOPERAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL

Regionalismo, multilateralismo e a
inserção do Brasil no processo de
integração econômica internacional

Giampaolo Gentile







Cooperação econômica internacional

Regionalismo, multilateralismo e a inserção do Brasil no processo de integração econômica internacional

Giampaolo Gentile

Sumário

1 Introdução ao tema. 1.1 Objetivo. 1.2 Metodologia e organização do texto. 2 A ALCA e o acordo MERCOSUL x UE. 2.1 ALCA: características, vantagens e desvantagens. 2.2 O acordo comercial entre MERCOSUL e União Europeia: características, vantagens e desvantagens. 3 O NAFTA e o Acordo México x UE. 3.1 Considerações preliminares. 3.2 O NAFTA e o acordo de livre comércio entre México e União Europeia. 4 Multilateralismo, OMC, regionalismo e a Rodada de Doha. 4.1 Multilateralismo x regionalismo. 4.2 A Rodada de Doha. 5 Avaliações e análises. 6 Conclusão.

1 Introdução ao tema

O processo de cooperação entre os países, nos seus diferentes níveis, tem-se mostrado nas últimas décadas um fenômeno indispensável ao desenvolvimento e crescimento das nações, adotado por praticamente todos os países do mundo.

A União Europeia talvez seja o exemplo mais evidente disso, demonstrando que um processo de integração, quando bem construído e planejado, pode levar a bons resultados econômicos, sociais e políticos.

No entanto, essa constatação não se limita ao caso da União Europeia, que, diga-se, vai muito além de uma mera cooperação comercial entre nações, constituindo-se verdadeira união econômica, monetária e mesmo institucional.





O fenômeno pode ser observado em todos os continentes e nos mais diferentes níveis de abrangência: são relações bilaterais (entre dois países apenas), multilaterais (entre diversos países), em blocos (quando um grupo de países constitui um bloco para negociar entre si e também com outros países e/ou blocos). São também relações que vão desde as meramente comerciais, como uma associação para intercâmbio de alguns bens específicos, até a mais completa integração monetária e institucional.

Enfim, o processo de interação entre os países – que aqui se denomina, de forma abrangente, cooperação – é algo que está na agenda política de praticamente todos os países do mundo.

A construção de um acordo de cooperação internacional, no entanto, não é algo tão simples de se fazer nem os seus resultados práticos são tão evidentes. E é justamente em face dessas dificuldades e dúvidas que o assunto vem merecendo muitas discussões e polêmicas no Brasil, especialmente no campo da cooperação econômica.

1.1 Objetivo

Este estudo abordará esse tema, fazendo uma avaliação sobre a inserção do Brasil no processo de cooperação econômica com o resto do mundo, sobre a conveniência ou não para o Brasil em participar de acordos dessa natureza e sobre a melhor forma de fazê-lo.

Serão avaliadas as condições ideais para que um acordo dessa natureza seja adequado ao desenvolvimento econômico do Brasil e quais os parceiros que eventualmente podem tomar parte nesses acordos de forma a torná-los mais convenientes ao país.

Será feita também uma abordagem comparativa entre o multilateralismo, instituído no âmbito da OMC, e o regionalismo, decorrente da formação de blocos comerciais regionais, avaliando-se como o Brasil deve dosar e compatibilizar a sua participação nesses dois níveis de integração econômica internacional.

Mencione-se, por fim, que o presente trabalho se aterá apenas aos acordos de natureza econômica. Não serão analisados acordos de natureza estritamente política, militar, social ou cultural.

1.2 Metodologia e organização do texto

No Brasil, as discussões mais acaloradas acerca do tema se deram por ocasião da proposta de criação da Área de Livre Comércio das Américas





(ALCA), projeto que previa uma ampla abertura dos mercados dos países das Américas – aí incluído o Brasil. Houve, desde o seu lançamento, intenso debate entre os que eram favoráveis e os que eram contrários à ALCA.

A mesma polêmica voltou à tona na negociação do acordo de livre comércio entre MERCOSUL e União Europeia e, alguns anos depois, por ocasião das discussões da Rodada de Doha no âmbito da OMC. Mais uma vez entrou em cena a divergência entre liberalização ampla, de um lado, e proteção a setores sensíveis e estratégicos, de outro.

Na primeira parte deste trabalho será feita uma análise detalhada dos projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE, apontadas as suas principais características, vantagens, desvantagens e os argumentos centrais daqueles que são contrários e dos que são favoráveis à sua celebração.

Esses projetos, apesar de terem contado com a participação direta do Brasil e de já terem sido exaustivamente estudados, contêm ainda um outro importante componente que torna o seu estudo conveniente para o presente trabalho: ambos reúnem/reuniriam em um mesmo bloco econômico, em condições praticamente de igualdade, nações desenvolvidas, de um lado, e países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, do outro. Será avaliado, portanto, se esse contraste é/seria benéfico ou prejudicial aos interesses do Brasil.

Em seguida, será estudado o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA – sigla em inglês) e os seus resultados práticos produzidos no México. Essa análise se mostra interessante e conveniente aos objetivos propostos neste trabalho, na medida em que o NAFTA ostenta características muito similares às que foram propostas para a ALCA e também porque reúne México, país de perfil socioeconômico similar ao brasileiro, EUA e Canadá, países muito mais desenvolvidos. A análise dos resultados práticos que o NAFTA gerou para o México, portanto, é um excelente paradigma para o Brasil e, como tal, merece ser avaliado neste trabalho.

No capítulo seguinte, serão estudados os contrastes existentes entre multilateralismo e regionalismo. Para tanto, será feito um estudo sobre as principais características da Organização Mundial do Comércio (OMC) e sobre a compatibilização das regras do multilateralismo com os acordos regionais. Será feita também uma breve análise sobre a Rodada de Doha e os seus desdobramentos.

Por fim, será feita uma avaliação crítica de todos os dados coletados, levantando-se conclusões acerca das alternativas que mais convêm ao Brasil no processo de integração econômica internacional.





2 A ALCA e o acordo MERCOSUL x UE

2.1 ALCA: características, vantagens e desvantagens

A ALCA, como o próprio nome diz, é um projeto de instituição de uma zona de livre comércio entre 34 países das 3 Américas (Cuba seria o único país da região excluído do acordo).

Suas bases foram lançadas em dezembro de 1994, na Cúpula de Miami, com proposta para entrar em vigor até o ano de 2005, sempre sob forte incentivo e patrocínio dos EUA, que tinham grande interesse na sua implementação (BATISTA JÚNIOR, 2005, p. 75).

Como projeto de zona de livre comércio, pretendia-se a eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias entre os 34 países-membros, sem a adoção, no entanto, de uma tarifa externa comum, ou seja, sem a pretensão de se constituir uma união aduaneira.

Em linhas gerais, o projeto inicial da ALCA previa a remoção de obstáculos ao comércio de bens e o estabelecimento de regras comuns para serviços, investimentos, compras governamentais e propriedade intelectual.

Ficariam de fora da ALCA questões como unificação monetária, instituição de um banco central comum, criação de programas de financiamento para os países mais pobres da região e a livre circulação de trabalhadores.

As linhas mestras propostas pelos EUA serão expostas a seguir.

No campo dos *investimentos*, previa-se a prevalência da regra do “tratamento de nação mais favorecida” ou “tratamento nacional”, o que fosse mais vantajoso, regra segundo a qual as empresas dos países-membros deveriam receber exatamente o mesmo tratamento que as empresas nacionais ou de terceiros países recebiam.

Ainda, previa-se a facilitação e a rapidez nas remessas e fluxos de capitais relacionados a investimentos; a não imposição de metas de desempenho para os investidores estrangeiros (por exemplo, ficariam proibidas: a imposição de conteúdo nacional mínimo; a vinculação de importações a exportações por parte dos investidores estrangeiros; a obrigatoriedade de transferência de tecnologia para o país receptor do investimento etc.) e, por último, a fim de caracterizar a maior abertura possível nesse campo, a adoção da chamada “lista negativa”, o que significava dizer que, como regra, todas as modalidades de investimento nos





países do bloco estariam permitidas, salvo aquelas que, em caráter de exceção, fossem relacionadas na lista negativa.

No campo da aplicação das *tarifas alfandegárias*, a ALCA tenderia à eliminação total dos impostos de importação, devendo-se dar “tratamento nacional” aos bens originários de quaisquer dos países-membros. A previsão inicial era de que 85% do total de bens comercializados fossem incluídos no acordo, ficando de fora 15% de bens (BAUMANN, 2003, p. 27), em relação aos quais não se aplicariam as regras da liberalização.

No tema referente às *compras governamentais*, previa-se também a regra do “tratamento de nação mais favorecida” ou “tratamento nacional”; a proibição de qualquer discriminação, inclusive com a criação de sanções contra os países infratores, como, por exemplo, a possibilidade de se obter em tribunais a suspensão liminar de uma licitação ou compra que estivesse violando essa regra, e, também aqui, haveria a constituição de uma “lista negativa”, relacionando as compras governamentais que, em caráter de exceção, poderiam ser feitas de forma preferencial aos bens e serviços nacionais.

No campo da *propriedade intelectual*, o projeto oferecido pelos EUA, como já era de se esperar, diante da tradição do país nesse assunto, previa máxima proteção às patentes e marcas, limitando ao máximo a possibilidade de licenciamento compulsório e prevendo a imposição de sanções e multas aos infratores.

Na área de *serviços*, também haveria a instituição de “lista negativa” e da regra do “tratamento de nação mais favorecida” ou “tratamento nacional”, o que fosse mais vantajoso.

Para o campo de *solução de controvérsias*, pretendia-se que um investidor tivesse legitimidade processual para, em nome próprio, litigar contra o Estado perante tribunais internacionais, suprimindo as instâncias judiciais locais.

Por fim, e no que se refere aos *subsídios* e às *medidas antidumping*, os EUA propunham que esses temas fossem deixados para serem discutidos apenas no âmbito da OMC, sendo posteriormente incorporados à ALCA (BAUMANN, 2003, p. 32).

Essas eram, portanto, as linhas mestras da proposta oferecida pelos EUA e que vinham sendo discutidas pelos países. Evidentemente que poderia haver algumas mudanças em pontos isolados, mas, considerando o grande poder de barganha e a força diplomática dos EUA, e dado o peso que este país vinha depositando nessa proposta, dificilmente haveria mudanças substanciais no projeto.

O fato é que, como qualquer projeto dessa natureza, a ALCA, calcada nas regras acima vistas, certamente ofereceria vantagens e desvantagens para cada um dos países-membros e, dentro destes, para cada um dos seus diversos setores produtivos. Nesse sentido, o projeto, desde o início, suscitou enormes discussões e polêmicas dentro de cada país e também internacionalmente, inclusive no cam-





po diplomático. O Brasil, evidentemente, não ficou de fora desses debates, tendo o tema merecido muita atenção no nosso país.

A seguir serão apresentados as principais vantagens e desvantagens que a ALCA, se implementada nesse formato, poderia trazer ao Brasil, acompanhadas dos principais argumentos contrários e favoráveis à sua implementação. Iniciemos pelas *vantagens* da ALCA.

Em linhas gerais, a principal vantagem da ALCA para os países não desenvolvidos (aí incluído o Brasil) seria a abertura do enorme mercado americano aos seus produtos. Analisado por esse aspecto, de forma crua, o projeto da ALCA parecia atraente e conveniente aos interesses nacionais.

Ademais, a ALCA abriria a oportunidade, em tese, para que grandes empresas e indústrias americanas e canadenses viessem a se instalar no Brasil. Nesse ponto, o Brasil oferece vantagens em relação aos demais países da região. Por já possuir um parque industrial bastante desenvolvido, tenderia a oferecer melhores condições estruturais e mão de obra mais qualificada do que seus vizinhos. Isso possivelmente se materializaria na maior atratividade do Brasil em comparação a eles.

O mesmo se diga em relação à abundância de recursos naturais aqui existentes – minerais, terras férteis, grandes bacias hidrográficas – e ao grande mercado consumidor local, fatores esses que também estimulariam a abertura de unidades fabris no Brasil. Isso significaria mais empregos, mais impostos e mais desenvolvimento para o país.

A instituição da ALCA permitiria ainda o acesso mais fluido dos bens e serviços brasileiros não só ao mercado americano, como já mencionado, mas também aos mercados dos outros 32 países-membros.

A abertura alfandegária permitiria acesso a insumos mais baratos, estimulando as transações de tipo intraindustriais, e, com isso, viabilizaria ganho de escala e desenvolvimento industrial. Haveria, em tese, uma tendência ao maior desenvolvimento tecnológico e de gestão empresarial; ao desenvolvimento das vantagens comparativas do país; maior facilidade de acesso ao mercado financeiro internacional, com redução de custos de captação, e redução do espaço para adoção de políticas econômicas de cunho populistas, dada a necessidade de maior disciplina macroeconômica que seria imposta pela ALCA (BAUMANN, 2003, p. 25-26).

Essas são, em linhas gerais, as vantagens que a ALCA poderia trazer ao Brasil. Não obstante, e como sói ocorrer em qualquer acordo desse tipo, a ALCA tinha potencialidade de trazer consigo enormes *desvantagens e riscos* para o Brasil. Vejamos.

A principal desvantagem apontada por diversos especialistas reside na grande disparidade econômico-estrutural-tecnológica existente entre os países-membros. Estariam sendo reunidos em um mesmo bloco de livre comércio países desenvolvidos (EUA e Canadá), países subdesenvolvidos (os pequenos





países da América Central e Caribe, por exemplo) e países em desenvolvimento (aí incluído o Brasil).

Dadas as enormes diferenças estruturais e econômicas entre essas categorias de países, haveria dificuldade de conciliação de interesses, e, da forma como proposta, a ALCA tenderia a gerar mais vantagens aos países desenvolvidos (EUA e Canadá) e, em contrapartida, mais desvantagens aos demais países (BAUMANN, 2003, p. 27).

No que diz respeito ao Brasil, pode-se dizer que os nossos setores produtivos teriam muitas dificuldades em competir com os setores produtivos do Canadá e, principalmente, dos EUA. Isso se daria, essencialmente, por razões de infraestrutura, macro e microeconomia.

No campo da infraestrutura, considerando que a infraestrutura de serviços nos EUA é infinitamente superior à nossa – sistemas de transporte, portos, energia, telecomunicações, logística etc. –, as empresas americanas largariam na frente das brasileiras em termos de produtividade, oferecendo maior competitividade em relação às nossas.

No campo macroeconômico, a ALCA, pretendendo ir além da OMC, retiraria do Brasil o pleno controle sobre instrumentos de política econômica tradicionalmente utilizados, reduzindo sua margem de manobra para, por exemplo, proteger setores sensíveis, controlar a balança de pagamentos e viabilizar o desenvolvimento de novos setores econômicos (BATISTA JÚNIOR, 2005, p. 76). Com a ampla abertura comercial e a impossibilidade de imposição de barreiras tarifárias e não tarifárias, instrumentos como tarifação sobre importação e controles comerciais, rotineiramente utilizados na política econômica de qualquer país, ficariam fora do alcance pleno do governo brasileiro, o que, em certa medida, poderia até mesmo caracterizar uma limitação aos poderes soberanos do país.

Ainda no campo macroeconômico, a ALCA desnudaria as fragilidades creditícias brasileiras em comparação com as condições americanas. Dada a enorme escassez de crédito interno – situação essa, diga-se, agravada com a recentíssima recessão mundial de 2008-2009 –, os altíssimos custos desse crédito (as taxas de juros praticadas pelo Brasil são as maiores do mundo) e a pouca evolução do nosso mercado de capitais, as pequenas e médias empresas, que não têm acesso a linhas internacionais de crédito e, portanto, dependem do crédito interno, encontrariam enorme dificuldades de competir de igual para igual com seus pares norte-americanos, o que redundaria no seu gradual estrangulamento.

Não se pode perder de vista que as pequenas e médias empresas são as principais empregadoras no país e, como tal, respondem por boa parte da nossa riqueza.

No que se refere às condições microeconômicas, é notório que as empresas norte-americanas ostentam um grau de inovação tecnológica e de gestão muito superiores às nossas, o que se traduz em mais acesso a crédito, redes de distri-





buição já instaladas e mais desenvolvidas, ganhos de escala de produção, marcas e patentes já constituídas e consolidadas etc. Isso tudo faria com que grandes redes americanas, ao terem acesso aberto ao mercado brasileiro, rapidamente superassem em competitividade os seus pares nacionais.

Evidentemente que há exceções. Há setores brasileiros que estão na vanguarda da inovação e, por isso, não sofreriam impactos negativos com a abertura. Esses setores, em situação de equilíbrio, poderiam crescer enormemente com a abertura. É o caso dos setores siderúrgico, têxtil, agroindustrial, de calçados.

O setor siderúrgico brasileiro, por exemplo, ostenta maior competitividade que o americano (BATISTA JÚNIOR, 2005, p. 81), a despeito das barreiras impostas pelos EUA e do poderoso *lobby* exercido pela indústria siderúrgica americana, o que anula ou, no mínimo, reduz a vantagem brasileira. Nesse sentido, se fosse implementada uma zona de livre comércio verdadeiramente justa, com efetiva eliminação dos subsídios e das barreiras tarifárias e não tarifárias, o Brasil poderia lograr um desenvolvimento ainda maior nesses setores. Ocorre que, como se verá adiante, os setores de maior competitividade para o Brasil são justamente aqueles que sofreriam maiores restrições ao projeto de abertura.

Um dado que revela o protecionismo americano e, por consequência, a pouca disponibilidade dos EUA em abrir mão das medidas protecionistas é a recentíssima cláusula “*Buy American*” ou “Compre América”, como ficou conhecida no Brasil, introduzida no início de 2009 pelo Presidente Barack Obama no seu plano de recuperação econômica dos EUA. Por essa cláusula, apenas o aço produzido nos EUA é que poderia ser utilizado nos projetos de infraestrutura previstos no plano¹, condição essa notoriamente protecionista.

Outro exemplo que demonstrava a pouca disposição dos EUA em abrir mão de medidas protetivas à sua indústria era aquilo que se poderia chamar de “cláusula protecionista”, diretamente relacionada com o *Trade Promotion Authority* (TPA).

TPA é o mandato concedido pelo Congresso dos EUA ao Executivo para negociar acordos comerciais. Pelo TPA e pela “cláusula protecionista” nele inserida, o Congresso preserva o seu poder de regular a política comercial externa dos EUA, limitando consideravelmente a autonomia dos negociadores americanos e garantindo ao Congresso a possibilidade de impor barreiras e medidas restritivas sempre que julgar conveniente, eliminando, com isso, a principal vantagem da ALCA, qual seja, a abertura do mercado americano. Essa regra – que, diga-se, foi incluída no NAFTA – certamente geraria enorme insegurança para as partes, além de demonstrar que setores com forte *lobby* no Congresso americano

1 DANTAS, Fernando. Mundo deve engolir o *buy American*. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 30 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,mundo-deve-engolir-o-buy-american,315286,0.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2011.





sempre teriam esse instrumento de pressão para a sua proteção (BAUMANN, 2003, p. 28; BATISTA JÚNIOR, 2005, p. 99-101). A possibilidade de inclusão dessa cláusula, portanto, revela-se como uma desvantagem da ALCA.

Ainda em relação às desvantagens da ALCA, há um dado importante que merece ser analisado no que diz respeito à eliminação das barreiras comerciais.

Mesmo que determinado produto entrasse do rol dos bens liberados das tarifas alfandegárias, isso não necessariamente lhe garantiria pleno acesso ao mercado americano. É que, por via de regra, as barreiras tarifárias aplicadas pelos EUA e pelos demais países desenvolvidos já são relativamente baixas, o que tornaria praticamente irrelevante para os países em desenvolvimento a mera eliminação da tarifa. Explica-se.

Independentemente da instituição do livre comércio, os EUA já aplicam baixas tarifas para muitos bens, especialmente os manufaturados, justamente porque esses setores são naturalmente mais competitivos nos EUA.

Em 1999, as tarifas aplicadas pelos EUA eram, em média, de apenas 1,8%, contra 14% do MERCOSUL. Ademais, 55% das tarifas praticadas pelos EUA eram inferiores a 10%. Com base nesses dados, o Conselho de Comércio Exterior do MERCOSUL analisou os impactos que a ALCA lhe acarretaria e concluiu que, salvo poucos produtos – amendoim, suco de laranja, limão e carnes bovinas –, poucos setores se beneficiariam com a redução tarifária (GARCIA JÚNIOR, 1999, p. 41). Significa dizer que a mera eliminação tarifária não constituiria uma grande vantagem para o Brasil.

É verdade que, para cerca de 45% dos bens, os EUA aplicavam, em 1999, alíquotas nominais de importação de 12% ou mais. Por isso, se removidos esses picos com a eliminação tarifária, talvez a ALCA pudesse ser, no campo das tarifas, vantajosa aos países pobres. Ocorre que não havia certeza alguma de que esses picos seriam efetivamente removidos. Não se sabia se os produtos mais estratégicos para o Brasil estariam dentro do rol de 85% de bens incluídos na ALCA ou no rol dos 15% excluídos (BAUMANN, 2003, p. 30). Pela forma como vinham sendo conduzidas as negociações e pelo histórico de subsídios e *lobbies* praticados nos EUA, seria razoável supor que os bens estratégicos para o Brasil ficariam de fora da ALCA. Daí por que um acordo de livre comércio ancorado apenas na eliminação tarifária não seria propriamente vantajoso para o Brasil.

Essa constatação remete a outros dois pontos, tão ou mais delicados, que reforçam as desvantagens da ALCA: as barreiras não tarifárias e os subsídios agrícolas.

Falemos primeiro das barreiras não tarifárias. O principal entrave colocado pelos EUA à entrada de produtos estrangeiros não é a imposição pura e simples de tarifas de importação (barreiras tarifárias), mas sim a imposição de outros tipos de obstáculos, das mais diversas naturezas, denominados barreiras não tarifárias.





As barreiras não tarifárias podem ser de ordem sanitária, ambiental, técnica ou mesmo burocrática, e têm a (des)vantagem de não serem tão explícitas e evidentes quanto as tarifas. Por trás dessas barreiras, aliás, sempre estão setores fortemente organizados e com grande poder de influência e *lobby* sobre as autoridades e congressistas americanos.

Por estarem “escondidas” em outras motivações – ambientais, técnicas, sanitárias –, as barreiras não tarifárias dificilmente seriam incluídas na ALCA de forma tão ampla quanto desejada pelo Brasil, significando um grande obstáculo aos interesses brasileiros.

É importante mencionar que os setores mais competitivos brasileiros sofrem hoje enormes restrições por conta das barreiras não tarifárias impostas nos EUA (ex.: indústria siderúrgica; suco de laranja), não havendo certeza ou perspectiva alguma de que essas restrições seriam afastadas com a implantação da ALCA.

Já com relação aos subsídios agrícolas, verifica-se que os EUA concedem aos seus produtores agrícolas enormes subsídios, garantindo-lhes vantagens comerciais em relação aos produtores dos países em desenvolvimento (Brasil e outros), que, por via de regra, são mais competitivos nesses setores agrícolas do que os americanos.

Não obstante, também aqui não havia perspectiva alguma de que os EUA iriam romper com essa tradição e eliminar os subsídios. Ao excluírem o tema das discussões da ALCA e o remeterem para as negociações da OMC/Rodada de Doha, os EUA sinalizaram que não pretenderiam avançar muito nesse tema.

Essa constatação, diga-se, acabou sendo confirmada em julho de 2008, em Genebra, quando se deu a última reunião da Rodada de Doha.

Naquela oportunidade, os EUA ofereceram uma proposta de limitação dos subsídios aos seus agricultores a um teto máximo de US\$ 15 bilhões. Essa proposta foi rejeitada pelo G-20 (grupo dos 20 principais países emergentes liderados por Brasil e Índia) sob a alegação de que esse teto seria duas vezes maior do que os subsídios efetivamente aplicados pelos EUA, ou seja, totalmente inócuo aos fins prometidos. Cite-se ainda que essa proposta excluía os subsídios concedidos ao setor do algodão, um dos setores mais delicados, tornando a proposta ainda mais inócua².

Essas constatações, portanto, confirmam a pouca disposição dos EUA em ceder nos temas dos subsídios e das barreiras não tarifárias, consistindo isso em mais uma desvantagem relevante da ALCA para o Brasil.

2 Notícia extraída do *site* Veja.com, em agosto/2008, disponível em: <<http://www.veja.abril.com.br>>.





Pode ainda ser citada como uma desvantagem da ALCA a ausência de previsão de criação de instituições supranacionais e de fundos destinados a compensações, auxílio econômico e cooperação tecnológica aos países menores. Também aqui fica nítida a pouca disposição dos EUA em proporcionar instrumentos que efetivamente pudessem mitigar os desequilíbrios gerados pelo acordo, viabilizando, assim, o desenvolvimento dos países menos desenvolvidos.

Por fim, mencione-se o fato de que já existe em pleno funcionamento um bloco regional formado por EUA, Canadá e México, qual seja, o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA). O fato de o NAFTA já estar em estágio bem avançado, com vínculos produtivos já bem definidos e amadurecidos, canais de comercialização e de distribuição e infraestrutura já estabelecidos, além da maior proximidade geográfica do México com EUA e Canadá, poderia anunciar que a ALCA, se implantada, talvez nunca alcançasse os efeitos desejados pelo Brasil (BAUMANN, 2003, p. 34), consistindo isso em mais uma desvantagem da ALCA para o nosso país.

Enfim, essas são as principais características, vantagens e desvantagens da ALCA. Diante delas, surgem dúvidas e incertezas sobre a conveniência desse acordo para o Brasil, questões que serão analisadas na seção 5, mais adiante.

2.2 O acordo comercial entre MERCOSUL e União Europeia: características, vantagens e desvantagens

Até a década de 1950, a América Latina (AL) ocupava uma posição de destaque na agenda comercial europeia, época em que era a principal parceira comercial da Europa.

Da década de 1960 para cá, no entanto, os países da AL perderam esse espaço, deixando de ser prioridade comercial dos países europeus e passando a ostentar uma posição sem grande relevância comercial para a UE.

Pelo lado latino-americano, isso se deu, basicamente, como consequência das políticas industriais protecionistas de substituição das importações praticadas nas décadas de 1960 até 1980 e da grande dívida externa acumulada, o que estrangulou o crédito e o comércio internacional dos países latino-americanos. Do lado europeu, a perda de relevância da América Latina decorreu da maior preferência que a UE passou a dar às suas ex-colônias africanas, centro-americanas e asiáticas. Vale ressaltar que Espanha e Portugal ingressaram na UE somente em 1986, sendo certo que as preferências oferecidas às ex-colônias francesas, inglesas, belgas e holandesas não foram às suas ex-colônias estendidas.

Ademais, a UE pratica há muitos anos um complexo sistema de preferências comerciais denominado “hierarquia de preferências” ou “pirâmide de preferências”, decorrente de inúmeros acordos comerciais celebrados com praticamente todos os países do mundo (CASTILHO, 2001, p. 307). Nesse sistema,





a UE sempre priorizou os países do leste e do norte-europeu, suas ex-colônias (excluídas, como visto, as ex-colônias espanholas e portuguesas) e os países mais pobres. Priorizou também os países beneficiários do Sistema Geral de Preferências (SGP), normalmente os menos desenvolvidos. O Brasil, por possuir uma economia relativamente forte, foi excluído do SGP e, com isso, recebe praticamente o mesmo tratamento que as nações desenvolvidas.

Por essas razões é que o Brasil e os demais países do MERCOSUL tiveram a sua participação no mercado europeu extremamente reduzida. Hoje, se a UE é a principal parceira comercial do MERCOSUL – 24,4% do total das importações e exportações do bloco são dirigidas à UE³ –, este representa cerca de apenas 3% dos fluxos comerciais europeus (CASTILHO, 2001, p. 298).

Esse dado, portanto, indica a assimetria e a diferença de interesses existente entre os dois blocos, o que redundaria, como de fato redundou, em enorme dificuldade para o estabelecimento de um consenso entre as partes.

O fato é que, a despeito dessas diferenças, a UE propôs, nos anos de 1994-1995, a criação de um bloco comercial com o MERCOSUL. Pelo lado europeu, o bloco poderia servir para reestimular os seus fluxos comerciais com a AL, resgatando essa região como uma de suas importantes parceiras comerciais, além de manter ou recuperar a AL como área de influência, especialmente em resposta às conversações que vinham sendo mantidas com os EUA no âmbito da ALCA. Para o MERCOSUL, por seu turno, o projeto se apresentava como um importante contraponto e instrumento de barganha nas negociações que já vinham sendo travadas no âmbito da ALCA.

O projeto desse acordo teve uma história parecida com a da ALCA. Em linhas gerais, e tal qual a ALCA, envolveria eliminação de tarifas e de barreiras não tarifárias; medidas *antidumping*; padronização de procedimentos alfandegários; serviços; investimentos; propriedade intelectual; compras governamentais; solução de controvérsias (TORRES, 2006, p. 139).

O acordo não se limitaria à área comercial, diferindo, nesse ponto, da ALCA. Abrangeria temas como diálogo político, cooperação social, cultural, financeira e técnica (TORRES, 2006, p. 139). Diga-se, aliás, que a sua primeira etapa consistiria tão somente em uma cooperação técnica oferecida pela UE ao MERCOSUL, a fim de aprimorar os seus instrumentos financeiros e administrativos, viabilizando a posterior integração comercial.

A UE, no entanto, sempre deu sinais de que a sua proposta de abertura não seria tão satisfatória quanto pudessem desejar Brasil e MERCOSUL. Já na sua proposta inicial, a UE propunha uma liberalização progressiva do setor agrícola

3 Fonte: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>.





“levando em conta a sensibilidade de certos produtos” (CASTILHO, 2001, p. 312). Essa condição é sintomática ao se constatar que, em 1996, 52% das exportações do MERCOSUL para a UE eram de produtos agrícolas e 37%, de produtos sensíveis (SARAIVA, 2006, p. 144).

Além disso, a UE condicionava a negociação de pontos essenciais – como a abertura agrícola – às negociações da Rodada de Doha da OMC. Cite-se também que em 2000 a UE havia celebrado um tratado de livre comércio com o México, tendo ali ficado acordado que a liberalização dos produtos agrícolas seria postergada por um período de 10 anos (2010) e que outros produtos sensíveis sequer seriam incluídos no acordo (CASTILHO, 2001, p. 312).

Somam-se a isso tudo os compromissos que a UE já possuía no âmbito de seu SGP e da sua “pirâmide de preferências” e a iminente entrada de países do leste europeu na UE, fatores esses que certamente impediriam a UE de se abrir mais ao MERCOSUL. Qualquer tratamento preferencial que viesse a ser dado ao MERCOSUL teria de ser estendido, uma hora ou outra, aos demais parceiros, o que dificultava ou mesmo inviabilizava a concessão de vantagens ao MERCOSUL.

Esses dados, portanto, demonstram a pouca disposição e mesmo a impossibilidade de a UE promover uma abertura efetiva aos produtos que realmente interessavam ao MERCOSUL, quais sejam, produtos agrícolas, carnes, minerais, calçados, aço.

De acordo com dados de 1996, cerca de 24% dos produtos agrícolas exportados pelo MERCOSUL à UE recebiam barreiras não tarifárias. Trinta por cento dos produtos alimentares e 80% dos animais vivos, carnes e outros recebiam o mesmo tratamento. Ademais, quase que a totalidade dos calçados, couro, peles, e cerca de 70% do ferro e aço também sofriam imposição de barreiras não tarifárias (CASTILHO, 2001, p. 305).

São números consideráveis, que demonstram as pesadas barreiras enfrentadas pelos produtos mais competitivos do Brasil na UE. No entanto, ao propor uma liberalização progressiva do setor agrícola, “levando em conta a sensibilidade de certos produtos”, a UE deixou claro que não pretendia reduzir significativamente essas barreiras.

A proposta tímida da UE, diga-se, estava intimamente ligada à sua Política Agrária Comum (PAC). Trata-se de uma política comum adotada há anos no âmbito da UE e que tem por objetivo estimular a produção agrícola local e as suas exportações, concedendo subsídios aos seus produtores e impondo severas restrições às importações, sejam de ordem quantitativa, tarifária, calendários de importação e cláusulas veterinárias (CASTILHO, 2001, p. 317).

É verdade que nos últimos anos a PAC vem recebendo severas críticas, não só internacionais, como também de dentro da própria UE, pelo fato de inviabilizar a liberalização comercial, indo na contramão dos princípios





do GATT/OMC, e também por conta dos impactos negativos que gera à economia interna da UE – a PAC absorve cerca de 50% do orçamento europeu sem oferecer em troca benefícios econômicos e sociais proporcionais (CASTILHO, 2001, p. 317). Apesar disso, porém, o fato é que a PAC representava e ainda representa um forte entrave à celebração do acordo MERCOSUL x UE.

No mais, podem ser feitas as mesmas colocações já feitas em relação à ALCA. O principal interesse do Brasil e do MERCOSUL residiria na abertura efetiva dos mercados agrícolas, de carnes e de alguns outros poucos produtos em que nós oferecemos grandes vantagens comparativas e competitividade. Ocorre que esses setores são justamente aqueles que a UE pretende deixar de fora do acordo. Portanto, nessas bases, o acordo MERCOSUL x UE ofereceria ao Brasil mais desvantagens do que vantagens. As implicações e as alternativas a isso serão analisadas adiante.

3 O NAFTA e o Acordo México x UE

3.1 Considerações preliminares

Apontamos anteriormente as principais características, vantagens e desvantagens dos projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE. Essas análises, porém, foram feitas a partir de projeções e estimativas. Não é possível, portanto, extrair deles resultados concretos que demonstrem empiricamente a sua conveniência ou não para o desenvolvimento do Brasil.

Sendo assim, e a fim trazer para este trabalho alguns dados concretos que corroborem as conclusões aqui encontradas, serão estudados, agora, o NAFTA, as suas características e, principalmente, os resultados concretos que ele produziu no México.

Dadas as similitudes entre o NAFTA, a ALCA e o acordo MERCOSUL x UE; dada a proximidade de perfil socioeconômico entre Brasil e México e dado o fato de o NAFTA reunir em um mesmo bloco regional um país em desenvolvimento (o México) com países desenvolvidos (EUA e Canadá), a análise dos seus resultados concretos será proveitosa para os fins aqui pretendidos, servindo de apoio empírico às ponderações teóricas e conclusões deste estudo.





3.2 O NAFTA e o acordo de livre comércio entre México e União Europeia

O NAFTA foi celebrado em 1992 e entrou em vigor em janeiro de 1994. Teve como modelo o acordo automobilístico entre EUA e Canadá de 1965 e pode ser considerado o primeiro grande acordo comercial do pós-guerra, já sob as regras do multilateralismo.

Foi estabelecido um cronograma de 5 a 10 anos para eliminação completa das tarifas sobre a maioria dos bens negociados na região. O acordo envolveu também serviços, investimentos, propriedade intelectual, compras governamentais e solução de controvérsias.

Sob o ponto de vista estritamente econômico, já era possível afirmar, desde o seu início, que os impactos do NAFTA na economia americana seriam muito pequenos. Isso porque o México respondia por apenas uma pequena parte dos fluxos comerciais totais dos EUA. Assim, o NAFTA teve para os EUA um viés mais de política externa do que de política econômica propriamente dita. Interessava aos EUA, naquele momento, estimular a estabilização do seu vizinho do sul, evitando a degradação de uma população e de um país muito próximo geograficamente, que, sob o ponto de vista histórico, sempre manteve uma retórica antiamericana (KRUGMAN, 1999, p. 157).

Para o México, cujo PIB atingia apenas 4% do PIB americano, os ganhos proporcionados pelo NAFTA tenderiam a ser maiores. Estimativas iniciais indicavam que os ganhos seriam igualmente divididos entre as duas partes (EUA e México): US\$ 6 bilhões anuais para cada lado. Isso significaria um ganho relativo muito maior para o México – 4% do seu PIB, contra apenas 0,1% do PIB americano (KRUGMAN, 1999, p. 155).

Antes da implementação do NAFTA, as tarifas médias aplicadas pelos EUA aos produtos industrializados mexicanos já eram de apenas 4% (KRUGMAN, 1999, p. 153 – como visto na seção 2.1, as principais barreiras impostas pelos EUA aos produtos dos países em desenvolvimento não são as tarifas alfandegárias, mas sim as barreiras não tarifárias e os subsídios agrícolas concedidos aos seus produtores). Nesse sentido, se a eliminação das tarifas não viesse acompanhada da eliminação dos subsídios e das barreiras não tarifárias, os resultados para o México possivelmente não seriam satisfatórios.

Com efeito, e passados já quase 15 anos da sua entrada em vigor, é possível identificar que o NAFTA não produziu bons resultados para o México. Vejamos.

Observou-se no México, de lá para cá, um processo de desnacionalização do setor de serviços, com a internacionalização quase total da indústria bancária mexicana, ainda, a desnacionalização do setor agrícola, tendo o México passado da condição de exportador de alimentos à de importador. Cite-se, por exemplo, que hoje o México importa cerca de 50% dos alimentos que consome, incluídos





aí arroz e algodão. Isso se deveu em grande parte à maior eficiência das fazendas americanas e aos elevados subsídios concedidos pelo governo dos EUA (TORRES, 2006, p. 172).

Houve também um processo de quebra de pequenas e médias empresas, que empregavam 60% da mão de obra local, o que gerou mais desemprego. Houve ainda, de 1994 a 2005, queda do salário real em 20% (TORRES, 2006, p. 173).

No setor da indústria, houve uma proliferação das chamadas “indústrias maquiladoras”, que nada mais são do que meras montadoras de componentes fabricados nos EUA. Considerando, no entanto, que são esses componentes que ostentam o verdadeiro conteúdo tecnológico (maior valor agregado) do produto final, o fenômeno das “maquiladoras” pode ser interpretado a partir de dois diferentes prismas, ambos negativos: de um lado, as “maquiladoras” impactam negativamente a balança comercial do México, na medida em que os componentes entram no país como importação, de outro lado, esse fenômeno não redundou em transferências tecnológicas ou em aumento do valor agregado dos produtos mexicanos, visto que a tecnologia e o valor agregado permaneceram nos EUA.

É verdade que houve um aumento significativo das exportações de bens industrializados, especialmente por conta da proliferação das maquiladoras (de US\$ 25 bi em 1989 para US\$ 66 bi em 1995). No entanto, esse aumento veio aliado e neutralizado pelo aumento das importações de industrializados, especialmente os componentes utilizados pelas maquiadoras.

O NAFTA gerou também uma maior dependência do México a um único parceiro, os EUA, o que acabou acarretando, especialmente diante da disparidade entre as duas economias, uma parcial absorção do seu mercado pelo mercado americano, com a desarticulação das suas cadeias internas de bens e serviços (TORRES, 2006, p. 185).

Constatações similares podem ser observadas no acordo de livre comércio celebrado entre o México e a UE no ano 2000. Com características similares às do NAFTA, este acordo, apesar de ter gerado um aumento significativo dos fluxos comerciais com a UE, gerou também, ao menos até o ano de 2005, déficit comercial para o México, o que demonstra a sua incapacidade de concorrer com os produtos industrializados da Europa, com todos os riscos econômicos daí decorrentes (TORRES, 2006, p. 131).

Enfim, essas constatações demonstram que a celebração de uma parceria comercial com um país desenvolvido, se não for acompanhada da eliminação das barreiras não tarifárias e dos subsídios e de outras medidas preventivas, tende a ser prejudicial ao país não desenvolvido.

A análise do caso prático do México serve de importante referência empírica para o presente trabalho. Evidentemente que não se pode afirmar de forma absoluta que a ALCA ou o acordo MERCOSUL x UE, da forma como propostos,





gerariam para o Brasil exatamente esses mesmos resultados. No entanto, dadas as similitudes do NAFTA com os dois projetos e dadas as similaridades socioeconômicas entre Brasil e México, é possível extrair-se do NAFTA dados confiáveis que, no mínimo, subsidiam as conclusões aqui encontradas.

4 Multilateralismo, OMC, regionalismo e a Rodada de Doha

4.1 Multilateralismo x regionalismo

Um tema que suscita muita discussão quando se fala em cooperação econômica internacional é o da compatibilização do multilateralismo instituído pelo GATT/OMC com o regionalismo decorrente dos diversos acordos comerciais regionais existentes (MERCOSUL, NAFTA etc.).

Com efeito, muitos veem com ceticismo essa coexistência, alegando haver incompatibilidade entre os acordos regionais e os princípios centrais do multilateralismo. Para outros, todavia, os acordos regionais não só são compatíveis com o sistema multilateral, como também o fortalecem, complementando-o nas áreas em que este é mais frágil.

A Organização Mundial de Comércio (OMC) é uma instituição internacional que, tendo sucedido o antigo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT – sigla em inglês), foi criada para regular o comércio internacional entre os países, objetivando precipuamente promover a liberalização comercial mundial a partir dos princípios da não discriminação, da eliminação de barreiras comerciais e da livre competição entre bens nacionais e importados. Para tanto, estabelece regras de comércio internacional que devem ser respeitadas pelos Estados Partes.

Conta atualmente com 153 países-membros e tem o objetivo de instituir o multilateralismo como ambiente de negociações comerciais internacionais, fornecendo os instrumentos necessários à convergência e à conexão das economias nacionais em um mercado globalizado, além de servir como foro de disputa de controvérsias. É, portanto, responsável pela organização e controle do chamado multilateralismo comercial.

Sem adentrar em maiores detalhes sobre o funcionamento da OMC, o que escaparia aos fins aqui propostos, a questão que se coloca neste momento é a da compatibilização entre multilateralismo e regionalismo.





Os estatutos da OMC, assim com as regras do antigo GATT, preveem a possibilidade de constituição de blocos comerciais regionais como exceção ao princípio da não discriminação – art. XXIV do Acordo Geral e art. V do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS).

Deve haver, no entanto, compatibilidade entre o bloco regional e o sistema multilateral da OMC, não sendo razoável aceitar que os acordos regionais inviabilizem as regras e os princípios do multilateralismo, ou seja, a OMC admite a constituição de blocos regionais, desde que eles não prejudiquem os demais membros da OMC (LAFER, 1998, p. 84).

Exatamente por isso é que todo acordo regional deve ser notificado à OMC – até o ano 2000 haviam sido notificados à OMC nada menos do que 103 acordos regionais (THORSTENSEN, 2002, p. 164). Após a notificação, o Comitê sobre Acordos Regionais, órgão da OMC, se encarrega de analisar as regras do acordo regional e a sua compatibilidade com o multilateralismo e, se for o caso, recomendar os ajustes necessários. A OMC, portanto, além de atuar como coordenadora dos acordos multilaterais, atua também como supervisora dos acordos regionais, evitando os desequilíbrios que estes poderiam acarretar ao multilateralismo (THORSTENSEN, 2002, p. 162).

Sobre a compatibilidade entre os dois sistemas, tem-se que os acordos regionais, além de poderem ser mais profundos do que o multilateralismo da OMC (*deep integration*), carregam também um viés político (macrodimensão política) inviável de ser alcançado pelo multilateralismo (LAFER, 1998, p. 52). Significa dizer que os acordos regionais, além de tratarem de temas eminentemente comerciais, podem também servir a causas políticas, principalmente à pacificação entre os países-membros. Cite-se, por exemplo, o caso da UE, criada entre países rivais logo após o término de duas sangrentas guerras entre eles. Cite-se também que a mesma UE incorporou a partir da década de 1990 os países do leste europeu, que antes eram tidos como rivais políticos e ideológicos. Cite-se, por fim, o caso do MERCOSUL, que reuniu dois países tradicionalmente vistos como rivais políticos – Brasil e Argentina. São avanços e conquistas que dificilmente seriam proporcionados pelo multilateralismo.

O regionalismo, portanto, quando bem dosado e harmonizado com o multilateralismo, tem potencial para alcançar resultados que seriam inatingíveis por este, sem, contudo, afetar os seus princípios e regras centrais. Há, então, compatibilidade entre os dois sistemas.

As implicações disso e a forma como o Brasil deve dosar a sua inserção nesses dois ambientes serão analisadas na seção 5 deste estudo.





4.2 A Rodada de Doha

Outro ponto importante que merece ser rapidamente tratado é o que diz respeito ao posicionamento que vem sendo adotado pelas potências EUA e UE no âmbito da Rodada de Doha da OMC.

Foro de negociação da OMC, a Rodada de Doha, lançada em 2001, ainda não está concluída, precisamente por haver divergências em pontos-chaves das discussões. Aqui, como na ALCA e no projeto MERCOSUL x UE, os principais pontos de discordância entre os países-membros são os subsídios agrícolas e as barreiras não tarifárias impostas por EUA e UE, o que, na ótica do Brasil e de outros países em desenvolvimento, inviabiliza um comércio internacional justo e equitativo.

Nas últimas etapas dessa negociação, ocorridas em Genebra, em julho de 2008, ficou evidente a pouca disposição de EUA e UE em abrir mão dos pesados subsídios que praticam em benefício de determinados setores de suas economias – notadamente o setor agrícola –, o que fez com que as suas propostas não fossem aceitas pelos países em desenvolvimento (Brasil e outros), gerando um impasse nas negociações.

Os EUA, por exemplo, ofereceram estabelecer um teto de US\$ 15 bilhões para os seus subsídios, mas, de acordo com os integrantes do G-20 (grupo composto pelos 20 principais países emergentes), esse teto seria o dobro do que é efetivamente aplicado pelos EUA. A proposta foi taxada de “ridícula” pela Índia e de “insuficiente” pelo Brasil⁴.

Essa constatação, portanto, demonstra, mais uma vez, a pouca disposição dos países desenvolvidos em promover um desenvolvimento efetivamente justo e equilibrado das relações comerciais multilaterais, o que vai de encontro não só com os interesses do Brasil e dos demais países em desenvolvimento, como também com os princípios da própria OMC.

5 Avaliações e análises

A liberalização comercial e a integração econômica internacionais são fenômenos inequívocos que trazem vantagens evidentes. A grande questão que se coloca, no entanto, diz respeito ao grau de intensidade que esses fenômenos devem assumir para que sejam vantajosos para o Brasil: como, com quem e em que medida esses acordos devem ser negociados.

4 Notícia extraída do portal da Agência G1, em 23.7.2008, disponível em: <<http://www.g1.globo.com>>.



Evidentemente, as condições e as perspectivas brasileiras são distintas das dos países desenvolvidos. Apesar da sua grande dimensão geográfica e populacional, e mesmo diante da sua relativa força econômica, o Brasil ostenta uma posição modesta nos cenários político e comercial mundiais, o que o coloca numa posição de desvantagem e até de vulnerabilidade diante das grandes potências econômicas.

Basta citar que a sua participação nos fluxos comerciais mundiais totais é de menos de 1%. Ademais, e como já visto anteriormente, o MERCOSUL como um todo responde por apenas 3% dos fluxos totais da UE (CASTILHO, 2001, p. 298).

Essas constatações conduzem à inevitável conclusão de que a posição negociadora do Brasil ante as grandes potências será sempre mais vulnerável, o que limita consideravelmente o seu poder de barganha e exige dos seus negociadores grande habilidade diplomática.

Em que pesem essas dificuldades, porém, o Brasil não pode ceder e aceitar acordos que lhe sejam prejudiciais, inviabilizando o seu desenvolvimento tecnológico e industrial e fragilizando as suas potencialidades já assentadas – notadamente o setor agrícola e outros como calçados, aço, suco de laranja etc.

Não pode também abrir mão da prerrogativa de utilização de instrumentos de política econômica que lhe permitam manejar a sua economia da melhor maneira para o seu pleno desenvolvimento. Regras que lhe retirem a liberdade de utilização de instrumentos tradicionais de política econômica – notadamente políticas fiscal, comercial e cambial – não devem ser vistas com bons olhos. O Brasil não pode aceitar condições que limitem a sua capacidade de autorregulação econômica.

A análise dos projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE, no entanto, revelou que ambos iam exatamente no caminho contrário das necessidades brasileiras.

De um lado, esses projetos significariam a abertura ampla do mercado brasileiro aos produtos manufaturados americanos e europeus, sem que a isso correspondesse uma abertura efetiva desses respectivos mercados aos produtos mais competitivos brasileiros. Como visto, os setores mais competitivos brasileiros, aqueles que poderiam beneficiar-se mais do acordo, seriam justamente aqueles que, pelas propostas apresentadas, ficariam de fora da abertura plena e justa – produtos agrícolas, carnes, aço, calçados etc.

De outro lado, o Brasil ficaria impossibilitado de utilizar alguns mecanismos comerciais e fiscais para equilibrar sua balança de pagamentos e para estimular o desenvolvimento de setores estratégicos e tecnológicos, como, por exemplo, a imposição de tarifas de importação para certos bens (BATISTA JÚNIOR, 2005, p. 94).

Há ainda uma outra constatação que nos remete à teoria das vantagens comparativas de David Ricardo. Mesmo que esses ou qualquer outro acordo comercial dessa natureza viessem a ser concretizados de forma efetivamente justa



e equânime – ou seja, com plena eliminação de subsídios e barreiras não tarifárias –, ainda assim seria necessária a adoção de outras medidas preventivas que resguardassem e viabilizassem o desenvolvimento tecnológico do país. Explica-se.

Dadas as diferenças estruturais e tecnológicas existentes hoje entre o Brasil e os países desenvolvidos – diferenças essas já abordadas nas seções anteriores –, os bens e serviços mais competitivos do Brasil são, por via de regra, bens primários – agricultura e pecuária – ou outros bens com baixos percentuais de valor agregado – aço, calçados, suco de laranja. Nesse sentido, e em que pesem os ganhos que esses setores obteriam a partir de uma abertura justa e equânime (teoria das vantagens comparativas), o país como um todo estaria condenado a não avançar nunca em termos tecnológicos (STIGLITZ, 2005, p. 90). Pior do que isso, a sua incipiente indústria tecnológica e de serviços, que bem ou mal já existe, certamente seria eliminada pela concorrência externa.

Some-se a isso tudo, por fim, o fato de que os produtos primários ostentam muita volatilidade de preços no mercado internacional, o que também contribuiria para um estado de profunda insegurança econômica caso nossa economia estivesse ancorada apenas nesses produtos.

O Brasil não deve aceitar para si a condição de mero fornecedor de *commodities* e de bens primários em geral. Apesar das suas fragilidades e da sua importância relativamente pequena no comércio e na política internacionais, o Brasil está entre as maiores economias do mundo, possuindo um parque industrial estruturado, recursos naturais abundantes e um mercado consumidor significativo. Ostentando tais características, o Brasil não pode abrir mão do seu desenvolvimento tecnológico, contentando-se simplesmente com as vantagens comparativas de bens primários, voláteis e de baixíssimo índice de valor agregado.

Dá por que qualquer caminho que venha a ser trilhado pelo Brasil no processo de integração econômica internacional deverá objetivar e contemplar não só a potencialização dos seus setores que hoje já são competitivos, como também o desenvolvimento de setores de tecnologia e de alto valor agregado.

Como já visto antes, nem a ALCA nem o acordo MERCOSUL x UE permitiriam ao Brasil atingir esses dois objetivos. Fez bem o Brasil em não aceitá-los nesse formato. Cabe ao Brasil, portanto, diante de propostas insatisfatórias como essas, buscar alternativas que viabilizem a sua inserção no processo de integração econômica internacional sempre com vistas em garantir a consecução desses dois objetivos.

A busca de alternativas remete à discussão do regionalismo *versus* multilateralismo. Dadas as assimetrias existentes entre países desenvolvidos e não desenvolvidos, será mesmo conveniente apostar no regionalismo ou, ao contrário, seria mais interessante fortalecer o caminho do multilateralismo?





Parece que o regionalismo é sim fundamental. Ele propicia ganhos de escala, e redução de rendas não produtivas associadas à ausência de concorrência, redução de custos de transações, aumento da eficiência produtiva, o que contribui para a estabilização de preços, facilitação da absorção de progresso tecnológico. Ainda, estimula o aperfeiçoamento dos sistemas econômicos, instituições e infraestrutura internos, dado o maior volume de transações (BAUMANN, 2003, p. 20-21).

A constituição de um bloco regional, ademais, dá aos Países-Membros maior poder de barganha nas negociações internacionais. Esse é o caso, por exemplo, do MERCOSUL, que vinha negociando em conjunto não só o acordo com a UE, mas também dentro da ALCA.

O que merece ser avaliado com cuidado, todavia, é a conveniência em se formar um bloco regional integrado por países muito díspares e assimétricos entre si: países desenvolvidos com países não desenvolvidos.

Os exemplos do NAFTA e dos projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE revelaram que uma integração desse tipo tende a ser prejudicial aos países não desenvolvidos, especialmente diante da intransigência dos países desenvolvidos em cederem em pontos-chaves de interesse daqueles, notadamente os temas dos subsídios e das barreiras não tarifárias. Portanto, se o país desenvolvido não ceder em relação a essas questões, dificilmente um acordo desse tipo será vantajoso e conveniente para o país não desenvolvido.

Ademais, e para além da questão dos subsídios e das barreiras não tarifárias, há ainda um outro fator que pode tornar um acordo regional com um país desenvolvido relativamente desvantajoso para o país não desenvolvido. Refiro-me ao relativo “isolamento” que esse acordo geraria diante de terceiros países não integrantes do bloco. Explica-se: ao formar um bloco regional dessa natureza, as relações comerciais do país não desenvolvido (o Brasil, por exemplo) estariam majoritariamente direcionadas ao bloco e, principalmente, ao seu país “líder” (por exemplo, EUA ou UE). Isso decorreria naturalmente das facilidades e vantagens que o acordo propiciaria diante de terceiros países não integrantes do bloco e da força econômica do país líder, que absorveria grande parte dos fluxos comerciais do país não desenvolvido.

Ocorre que, ao concentrar grande parte de seus fluxos comerciais internacionais com um número limitado de países, o país não desenvolvido estaria, de certa forma, tornando vulnerável a sua economia. Uma crise econômica dentro do bloco ou uma crise econômica do país “líder” imediatamente contaminaria a sua economia, gerando retração econômica no país. Além disso, o país não desenvolvido ficaria sem alternativas para, no curto ou médio prazo, contornar a crise, na medida em que não possuiria canais já estabilizados de relações comerciais com terceiros países, ou seja, o país não desenvolvido ficaria praticamente refém da estabilidade econômica dos países integrantes do bloco.





O caso prático do próprio Brasil, aliás, pode ser tomado como exemplo disso. Graças à diversificação de suas relações – o Brasil vem, há alguns anos, intensificando suas relações comerciais com países da África, da Ásia e Oriente Médio e da América Latina⁵ –, nosso País vem sofrendo menos impactos negativos na recentíssima crise de 2008-2009 do que tenderia a sofrer caso as suas relações estivessem concentradas apenas com poucos países desenvolvidos.

É por essas razões, portanto, que se conclui que o Brasil não deve direcionar a sua política econômica internacional exclusivamente à constituição de blocos regionais com países desenvolvidos (seja EUA, seja UE).

Essa conclusão, evidentemente, não deve significar o abandono dessa opção como instrumento de inserção do Brasil no processo de cooperação econômica internacional. Afinal, como já visto antes, a constituição de blocos regionais propicia vantagens que podem e devem ser exploradas pelo nosso país.

Uma saída proveitosa para o Brasil, então, seria o aprofundamento e a expansão do MERCOSUL, bloco regional já constituído, formado por países de perfis socioeconômicos similares entre si.

É verdade que o MERCOSUL não tem potencialidade para oferecer todos os ganhos de escala que um acordo com os EUA ou com a UE poderia proporcionar. EUA e UE, por serem muito mais ricos, ofereceriam possibilidades muito maiores de aumento de fluxos comerciais. Não obstante, a aposta no fortalecimento do MERCOSUL, em detrimento da ALCA e do acordo com a UE, afastaria os inconvenientes de um acordo assimétrico com EUA e UE.

Em paralelo a isso, o Brasil deve investir também no fortalecimento do multilateralismo da OMC, ambiente em que a possibilidade de hegemonia ou de preponderância de interesses dos países desenvolvidos sobre os não desenvolvidos é muito menor, seja porque a OMC reúne mais de 150 países dos mais variados perfis econômicos e ideológicos, seja porque os seus acordos finais são adotados com base na técnica negociadora do consenso. Assim, o multilateralismo da OMC oferece melhores condições de equilíbrio e de acordos mais “justos”.

A OMC, ainda, prevê expressamente nos seus estatutos a adoção de alguns instrumentos de equilíbrio. É o caso do *Special and Differential Treatment* (SDT): países em desenvolvimento recebem tratamento mais favorecido dos países desenvolvidos, ajuda de custo para participação e integração à OMC, ajuda para

5 Segundo informações disponibilizadas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), as exportações do Brasil, apesar de ainda concentradas nos EUA e na UE, que compram, respectivamente, 14,3% e 24,4% do total exportado, já vêm apresentando um maior grau de diversificação. A Ásia compra atualmente 18,0% das nossas exportações; o MERCOSUL, 11,5%; a América Latina (excluídos os países do MERCOSUL), 10,6%; a África, 4,8%; o Oriente Médio, 3,7%, e os países do leste europeu, 3,0%. Fonte: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>.





aumentar a sua capacidade comercial, maiores prazos de transição ou mesmo a possibilidade de não aderir a determinado acordo celebrado no âmbito da OMC, mercados preferenciais, mais liberdade para usar políticas de proteção industrial, subsídios e política tarifária (STIGLITZ, 2005, p. 88).

O fortalecimento do multilateralismo, ademais, serviria tanto como forma de se evitar o relativo isolamento internacional do Brasil como também de proteção da economia interna contra as oscilações econômicas internacionais, ou seja, o multilateralismo propicia algumas vantagens que o regionalismo não consegue oferecer e, por isso, deve também ser explorado pelo Brasil.

Diante disso tudo, portanto, pode-se concluir que a melhor alternativa de inserção do Brasil no processo de cooperação econômica internacional deve ser o fortalecimento do multilateralismo e, em paralelo, o aprofundamento e a expansão do MERCOSUL.

Essa conclusão, evidentemente, não deve conduzir o país a uma posição refratária e hostil aos acordos com países desenvolvidos. Negociar sempre é fundamental. No entanto, o quadro atual indica que o melhor caminho é o aprimoramento do MERCOSUL e o fortalecimento do multilateralismo no âmbito da OMC.

6 Conclusão

O fenômeno da integração comercial-econômica do Brasil com o resto mundo é inequívoco, inevitável e salutar. Deve, porém, ser feito de maneira criteriosa, de forma a conciliar a preservação e o fortalecimento dos setores nos quais o Brasil já é bastante competitivo – setor agrícola, aço, calçados, sucos, carnes etc. –, sem inviabilizar o desenvolvimento dos seus setores tecnológico, industrial, de serviços e de bens de alto valor agregado.

Uma análise detalhada dos projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE indica que as propostas ali formuladas não contemplam/contemplavam nenhum desses dois objetivos. Da forma como concebidos, os dois projetos, se postos em prática, acarretariam a eliminação da incipiente indústria brasileira, sem propiciar, em troca, o fortalecimento dos seus setores de bens primários.

Os resultados que o NAFTA vem produzindo ao México reforçam esse entendimento. Dadas as semelhanças do NAFTA com os projetos da ALCA e do acordo MERCOSUL x UE, e dado o fato de esse bloco ser integrado pelos EUA, país desenvolvido, e pelo México, país com perfil similar ao brasileiro, pode-se





aferir com certo grau de segurança que a ALCA e o acordo MERCOSUL x UE gerariam para o Brasil efeitos negativos similares aos que vêm sendo produzidos no México pelo NAFTA.

Acordos dessa natureza, portanto, ao reunirem em um mesmo bloco países com enormes disparidades econômicas, tecnológicas e de infraestrutura entre si; ao retirarem do Brasil a possibilidade de utilização de instrumentos de política comercial e fiscal como forma de proteção e estímulo aos seus setores estratégicos e tecnológicos; ao não contemplarem de forma efetiva a eliminação de subsídios e de barreiras não tarifárias, prejudicando justamente aqueles setores nos quais o Brasil ostenta maior competitividade e vantagem comparativa, e ao promoverem um relativo isolamento do país em relação a terceiros países não integrantes do bloco, não se mostram equilibrados e convenientes para o Brasil e, portanto, não devem ser aceitos.

Sem fechar as portas para novas negociações com os países desenvolvidos, alternativas reais e imediatas a esse tipo de acordo são o fortalecimento do multilateralismo e a diversificação dos parceiros comerciais em todos os continentes. Essa alternativa, a uma só vez, viabiliza um comércio mais justo e equilibrado e também serve como proteção e blindagem do país contra as crises e instabilidades pelas quais um ou alguns de seus parceiros comerciais possam estar passando.

Paralelamente a isso, o Brasil deve apostar também na expansão e no aprofundamento do MERCOSUL, bloco regional que, por ser integrado apenas por países em desenvolvimento, pode oferecer algumas das vantagens do regionalismo sem, no entanto, trazer consigo os inconvenientes de um acordo assimétrico com um país desenvolvido.

Referências

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *O Brasil e a economia internacional: recuperação e defesa da autonomia nacional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BAUMANN, Renato. ALCA: prejuízos inevitáveis ou oportunidade para promover mudanças? In: _____. (Org.). *A ALCA e o Brasil: uma contribuição ao debate*. 1. ed. Brasília: Ipea/Cepal, 2003.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Estudo comparativo de cadeias integradas no Brasil: impactos das zonas de livre comércio*. Coordenação Geral do projeto: Instituto de Economia da UNICAMP, 2002.



CASTILHO, Marta Reis. Acordos e desacordos nas relações comerciais UE – MERCOSUL. In: BAUMANN, Renato (Org.). *MERCOSUL – Avanços e desafios da integração*. 1. ed. Brasília: Ipea/Cepal, 2001.

DANTAS, Fernando. Mundo deve engolir o *buy American*. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 30 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,mundo-deve-engolir-o-buy-american,315286,0.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. *ALCA – A Área de Livre Comércio das Américas*. 1. ed. São Paulo: Aduaneiras Ltda., 1999.

HUFBAUER, Gary Clyde; SCHOTT, Jeffrey J. *North american free trade – Issues and recommendations*. Washington: Institute for International Economics, 1992.

KRUGMAN, Paul. *Internacionalismo pop*. São Paulo: Publifolha, 1999.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

OBREGÓN, Marcelo F Quiroga. *A necessidade de aplicação do direito comunitário ao MERCOSUL*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OHMAE, Kenichi. *Mundo sem fronteiras – Poder e estratégia em uma economia global*. 1. ed. Rio de Janeiro: Makron Books do Brasil, 1991.

OLIVEIRA, Maria Odete de. Regionalismo. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ROBERTS, Russell D. *A opção*. Uma fábula sobre livre comércio e protecionismo. Rio de Janeiro: Nórdica, 1994.

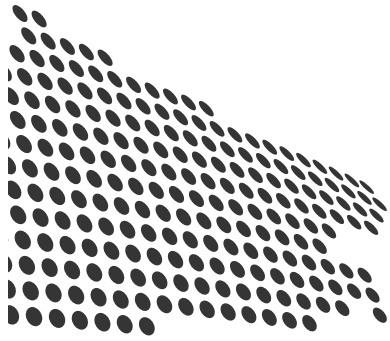
SARAIVA, Miriam Gomes. As relações Brasil-Europa de 1990 a 2004: entre o inter-regionalismo e o bilateralismo. In: ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antonio Carlos (Org.). *Relações internacionais do Brasil: temas e agendas*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios – A promessa não-cumprida de benefícios globais*. 4. ed. São Paulo: Futura, 2002.

_____.; CHARLTON, Andrew. *Fair trade for all – How trade can promote development*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

THORSTENSEN, Vera. Os acordos regionais e as regras da OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

TORRES, Igor Gonçalves. *Acordos de livre comércio, desnacionalização e sistemas financeiros*. Os casos Brasil, Chile e México. 2006. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação da UnB, Brasília, 2006.



A EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Isabela Marques Seixas







A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Isabela Marques Seixas

Sumário

1 Introdução. 2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a eficácia de seus comandos decisórios. 2.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 2.2 Eficácia internacional das sentenças da CIDH. 2.3 Eficácia das sentenças da CIDH no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes. 3 A execução das sentenças da CIDH no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Natureza jurídica da sentença da CIDH. 3.2 Sentença da CIDH como título executivo judicial. 3.3 Responsabilização dos entes federados. 4 A experiência brasileira no cumprimento das sentenças da CIDH. 4.1 Jurisprudência: Caso Damião Ximenes Lopes. 4.2 Propostas legislativas. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969, em San Jose, na Costa Rica (também denominada “Pacto de San Jose”), não constitui apenas uma declaração dos direitos essenciais do homem e uma afirmação do comprometimento dos Estados do continente americano em protegê-los. Ao contrário, trouxe à ordem internacional um verdadeiro Sistema de Direitos Humanos, composto de órgãos internacionais competentes para conhecer e punir violações de direitos humanos.



Essa previsão não representa novidade para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) já vislumbrava e apoiava a formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

A adesão do Brasil ao Pacto de San Jose, por meio do Decreto de Promulgação n. 678, de 6 de novembro de 1992, integrou ao sistema jurídico nacional os direitos e garantias constantes nesse tratado internacional, conforme assim permite o § 2º do artigo 5º da Constituição¹. Além disso, nos termos do artigo 62.1, conferiu a possibilidade para o reconhecimento da jurisdição compulsória

1 Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, manifestou que os tratados de direitos humanos possuem *status* supralegal. Veja:

“2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. *A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.* 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. *O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabelece que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.*” (HC n. 95.967/MS, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, Dje n. 227, divulgado em 27.11.2008, publicado em 28 nov. 2008, EMENT VOL-02343-02, p. 00407 – grifo nosso)

O Ministro Celso de Mello, particularmente, defende que os tratados de direitos humanos possuem *status* constitucional. Considerando a inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que conferiu *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, o eminente Ministro tece as seguintes considerações:

“Após muita reflexão sobre este tema [...], e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator [...], *acolhi essa orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, então, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa Celso Lafer, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:*

(1) *tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);*

(2) *tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o ‘iter’ procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e*

(3) *tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”);*” (HC n. 90.450/MG, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, Dje n. 025, divulgado em 5.2.2009, publicado em 6 fev. 2009, EMENT VOL-02347-02, p. 00354 – grifo nosso)



da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)², o que se concretizou com o Decreto de Promulgação n. 4.463, de 8 de novembro de 2002³.

A partir de então, o Estado brasileiro passou a se submeter ao modelo de tutela jurisdicional internacional e assumiu a condição de réu, o que é plenamente justificado pela busca da efetividade do princípio da prevalência dos direitos humanos, que rege suas relações internacionais (art. 4º, inciso II).

Ocorre que esse avanço na proteção dos direitos fundamentais encontra desafios, principalmente no que tange ao relacionamento do Sistema Interamericano com o ordenamento jurídico de cada Estado-Parte. A presente pesquisa, em especial, tem por objetivo identificar os possíveis mecanismos de implementação das sentenças proferidas pela CIDH no ordenamento jurídico brasileiro, já que não existe estrutura institucional e legal estabelecida especificamente para esse fim.

Para tanto, buscar-se-á, num primeiro momento, estudar a estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a eficácia conferida aos seus comandos decisórios, em especial às sentenças da CIDH. De acordo com o enfoque dado às sentenças, serão analisadas as normas que conferem a esses comandos decisórios eficácia internacional e eficácia em cada Estado-Membro. Esse ponto será particularizado com a investigação do tratamento da questão por outros países integrantes do Sistema Interamericano. A análise das soluções, ainda que pontuais, encontradas por outros países para a execução das sentenças internacionais no ordenamento jurídico de cada nação, servirá como base de estudo de possíveis respostas para a problemática no Brasil.

Num segundo momento, o estudo, que será essencialmente doutrinário, se voltará à natureza jurídica da sentença proferida pela CIDH em relação ao sistema jurídico nacional. Com base nessa definição, será possível verificar se esse tipo de decisão é regulável pela legislação em vigor ou se realmente necessita de um novo marco legal. Para tanto, a sentença da Corte será comparada com a sentença estrangeira, que necessita de homologação por meio do Superior Tribunal de Justiça para possuir eficácia interna. Ademais, serão examinados os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, regulados pelo Código de Processo Civil, como possíveis instrumentos de equiparação com a sentença da CIDH.

2 Art. 62.1 do Pacto de San Jose: “Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”.

3 O Brasil reconheceu “como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Derechos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (art. 1º do Decreto de Promulgação n. 4.463, de 8 de novembro de 2002).





Por fim, o enfoque será dado à experiência brasileira, ainda que incipiente, no cumprimento das sentenças proferidas pela CIDH. Especificamente, será analisado o Caso Damião Ximenes Lopes, que culminou na única condenação definitiva, até o presente momento, do Estado brasileiro na CIDH. Além do estudo crítico da forma de cumprimento dessa decisão, serão traçadas as perspectivas de implementação de futuras sentenças que eventualmente serão proferidas contra o Brasil. Numa perspectiva mais ampla, serão levantados os projetos de atos normativos, sobretudo de leis, em trâmite no Congresso Nacional, que objetivam regulamentar o tema.

A metodologia adotada no desenvolvimento do trabalho será a hipotética-dedutiva, cujo objetivo é, ao denotar a existência de lacuna na legislação interna quanto à execução das sentenças da CIDH, formular hipóteses de solução e, por meio do processo dedutivo, testar a ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese.

Enfim, buscar-se-á, por meio do estudo doutrinário, jurisprudencial e análise da legislação comparada, sugerir alternativa(s) para a execução das decisões da CIDH que melhor se adequem à realidade brasileira. Esse é o grande desafio do presente trabalho.

2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a eficácia de seus comandos decisórios

O fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, surgido como reação às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, levou a comunidade das nações a aprovar inúmeros documentos que elencam e reconhecem os direitos da pessoa humana, seja mundialmente, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, seja regionalmente, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1969.

Além das declarações de direitos humanos, a comunidade internacional também buscou assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos por meio da criação de sistemas de proteção formados por autoridades aptas a fazer valer a prevalência de tais direitos sobre qualquer outro tipo de interesse. Como resultado, identifica-se a Comissão de Direitos Humanos, no âmbito da ONU, e,





no âmbito regional, três sistemas que atuam em regiões diversas do planeta: o europeu, o africano e o interamericano.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estabelecido pelo Pacto de San Jose e foco do presente estudo, representa a concretização do ideal de se instituir um mecanismo de judicialização internacional de casos de violação dos direitos humanos ocorridos no continente americano. Esse avanço decorre da estrutura do sistema que possui órgãos supranacionais aptos a protegerem, monitorarem e sancionarem os Estados-Partes que não cumprirem os compromissos assumidos neste ato internacional e da eficácia dos comandos por eles emitidos que são, via de regra, observados pelos seus destinatários.

Um dos desafios encontrados para o aprimoramento dessa estrutura consiste na sistematização da forma de implementação das decisões proferidas por seus órgãos, especialmente as sentenças da Corte Interamericana, no ordenamento jurídico de cada país membro, inclusive no Brasil.

2.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Basicamente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é constituído de dois órgãos supranacionais competentes⁴ para conhecer e punir violações de direitos humanos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“Comissão”) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”)⁵.

Essa estrutura, no entanto, somente pode ser acionada após serem esgotados, ou negados ou dificultados, os recursos internos na busca das reparações das violações sofridas⁶. Trata-se, portanto, de sistema subsidiário à ordem jurídica de cada Estado-Parte.

4 Ressalte-se que existem, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), outras instituições que desenvolvem atividades específicas na proteção dos direitos humanos, tais como a Comissão Interamericana de Mulheres, o Instituto Interamericano da Criança e o Instituto Indigenista Interamericano.

5 “Artigo 33

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção:

a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.”

6 “Artigo 46

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;” [g.n.].



A Comissão constitui o órgão de monitoramento e persecução⁷ do Sistema. Entre suas funções, destacam-se as de realizar visitas *in loco*⁸, para analisar as condições de garantia e proteção dos direitos humanos; publicar estudos, relatórios e recomendações sobre a situação dos direitos humanos dos Estados-Membros; e receber denúncias individuais sobre violações aos direitos humanos⁹. Nessa última hipótese, confere-se à Comissão a função de filtro processual, na medida em que caberá a esse órgão selecionar as denúncias para submissão à Corte e solicitar desta opiniões consultivas.

Para tanto, compete à Comissão, num primeiro momento, verificar a admissibilidade da petição ou comunicação da violação do direito fundamental. Uma vez admitido o requerimento, solicitará informações ao Estado apontado como responsável pela infração. Depois de recebidas as informações, a Comissão deve verificar se existem ou subsistem os motivos alegados na petição inicial. Caso não persistirem as alegações, o expediente será arquivado.

7 Segundo Fabiana de Oliveira Godinho (2006, p. 102), citando o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Asunto de Viviana Gallardo y otras (Sentença de 13 de novembro de 1981, série A, n. 6.101/1981, parágrafo 22), “a Comissão deve ainda, de acordo com o artigo 57 da Convenção, comparecer em todos os casos perante a Corte, disposição que lhe atribui ‘uma clara função de auxiliar da justiça, da mesma maneira que o ministério público no Sistema Interamericano.’” No mesmo sentido, Pasqualucci (2003, p. 20).

8 Trata-se de previsão contida no artigo 18, g, do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (aprovado pela Resolução AG/RES. n. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembleia Geral da OEA, em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979):

“Artigo 18

A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados Membros da Organização:

[...]

g) Fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo”.

9 “Artigo 41

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;

b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;

f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51 desta Convenção;

g) apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.”



Contudo, se o expediente não tiver sido arquivado, a Comissão procederá à análise da denúncia e à investigação dos fatos nela apresentados¹⁰. Como resultado, poderá estabelecer medidas cautelares; formular recomendações aos Estados para adotarem medidas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e de seus preceitos constitucionais; e/ou iniciar uma ação contra o Estado ante a CIDH, já que as pessoas físicas e organizações internacionais não podem apresentar diretamente uma queixa perante a Corte¹¹.

Ressalte-se que, em qualquer momento do procedimento, a Comissão estará à disposição das partes interessadas, a fim de obter uma solução amigável do caso.

Cabe salientar que a doutrina considera que alguns comandos emitidos pela Comissão podem ser equiparados a decisões propriamente ditas¹² e, portanto, seriam passíveis de serem executados no ordenamento jurídico de cada Estado- Parte. Trata-se do caso das medidas cautelares, recomendações e dos informes sobre solução amistosa da controvérsia. Contudo, como já exposto,

10 Nesse caso, o Estado afetado está obrigado a prestar todas as facilizações necessárias para a investigação, o que inclui o consentimento obrigatório da visita *in loco* dos membros da Comissão. Confira, nesse sentido, o § 4º do artigo 48 do Pacto de San Jose, *verbis*: “Artigo 48 – 1. A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue a violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira:

[...]

4. se o expediente não houver sido arquivado, e com o fim de comprovar os fatos, a Comissão procederá, com conhecimento das partes, a um exame do assunto exposto na petição ou comunicação. *Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os Estados interessados lhe proporcionarão, todas as facilidades necessárias*”.

Note que, em casos graves e urgentes, a Comissão pode realizar investigação tão somente com a apresentação de uma petição ou comunicação que reúna todos os requisitos formais de admissibilidade. Contudo, nessa hipótese, a visita *in loco* fica condicionada ao prévio consentimento do Estado em cujo território se alegue houver sido cometida a violação (Pacto de San Jose, art. 48, § 7º).

11 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos não consagra, tal como assim o faz o sistema europeu, o *jus standi* dos indivíduos. Contudo, conforme assevera Fabiana de Oliveira Godinho (2006, p. 109), “isso não deve, no entanto, significar que os indivíduos permaneçam alheios aos procedimentos sobre violações a seus direitos. A Corte tem adotado uma prática regular de participação direta dos interessados em todo o curso dos processos, incluindo nessa participação o envio de observações pessoais ou mesmo a oitiva dessas pessoas. Tal prática tem inspirado inovações no próprio Direito Internacional no que tange ao status dos indivíduos”.

Por outro lado, há quem aponte a proibição de acionamento direto da CIDH pelos indivíduos como uma grande falha do Sistema. Nesse sentido, Pasqualucci (2003, p. 19): “One of the most pervasive criticisms of the Inter-American system has concerned the inadequacy of the role of the victim. Although petitioners have always been able to bring and present cases before the Commission, they had no recourse if the Commission chose not to forward the case to the Court, and no role before the Court if the Commission did submit the case. The Convention makes no provision for the victim or petitioner to seize the Court. The right of an individual to bring a case before a human rights court is a logical step in the evolution of human rights law. As explained with respect to the European system, ‘[t]he situation whereby the individual is granted rights but not given the possibility to exploit fully the control machinery provided for enforcing them, could today be regarded as inconsistent with the spirit of the Convention, not to mention incompatible with domestic-law procedures in states parties’ (Explanatory Report to Protocol N. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, reprinted in 12 Human Rights Law Journal, 51, at 52, 1991)”.

12 Nesse sentido, Viviana Krsticevic (2007, p. 19-22).



esses tipos de decisão não serão objeto do presente estudo, cabendo apenas sua menção por mero caráter informativo.

A CIDH, por sua vez, é o órgão de caráter jurisdicional do sistema, que possui competência consultiva e contenciosa. A competência consultiva refere-se à possibilidade de a Comissão e os Estados-Membros da OEA realizarem consultas sobre a interpretação de dispositivos do Pacto de San Jose ou de outros tratados que se referem à proteção dos direitos humanos. Além de emitir opiniões interpretativas, à CIDH também é conferida a possibilidade de emitir parecer sobre a compatibilidade de leis internas de um Estado-Membro com qualquer outro tratado que verse sobre direitos humanos¹³.

Quanto à competência contenciosa, a CIDH pode receber da Comissão ou dos Estados-Partes denúncias sobre violações aos direitos instituídos pela Convenção e julgá-las, seja por meio da determinação de medidas provisórias, em caso de extrema gravidade e urgência, bem como para evitar danos irreparáveis às pessoas¹⁴, seja por meio de sentenças, que solucionarão em definitivo o mérito da questão.

As opiniões da Corte não possuem o caráter obrigatório que suas medidas provisórias e suas sentenças detêm. As medidas provisórias podem ser concedidas diretamente pela CIDH, quando o caso já estiver sob sua jurisdição, ou a pedido da Comissão, quando este não for o caso. A proteção de testemunhas ameaçadas constitui um exemplo desse tipo de medida concedida pela Corte¹⁵.

As sentenças da CIDH, por sua vez, são definitivas, inapeláveis e vinculantes¹⁶, e devem ser motivadas incluindo as opiniões dissidentes ou individuais dos magistrados. Se houver divergência quanto ao seu sentido e alcance, a CIDH

13 “Artigo 64

1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”

14 “Art. 63.

[...]

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”

15 De acordo com Tomuschat, em 2006, 13 pedidos de medidas provisórias foram feitos perante a CIDH. Desse total, quatro foram rejeitados e nove concedidos (2nd ed., p. 260).

16 “Artigo 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.”



pode interpretá-la, desde que assim requerido por uma das partes. Cabe ressaltar que esse pedido não exerce efeito suspensivo sobre a execução da sentença.

2.2 Eficácia internacional das sentenças da CIDH

A Convenção Americana de Direitos Humanos atribuiu à sentença que reconhece afronta aos direitos humanos o conteúdo mais amplo possível. É o que se observa da leitura do § 1º do artigo 63, *verbis*:

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

O histórico de elaboração desse dispositivo revela que, em sua versão original, havia apenas a previsão de reparação pecuniária dos direitos violados. Essa situação, contudo, foi modificada por iniciativa de representantes do Estado da Guatemala, que apresentaram proposta estendendo a competência da CIDH para determinar à vítima, além da reparação pecuniária, a garantia de gozo de seu direito ou liberdade violada e a reparação das consequências do ato transgressor, o que foi plenamente reproduzido no texto da Convenção¹⁷.

O aumento do alcance da reparação dos direitos violados revela a intenção de proporcionar à vítima o retorno ao *status quo ante* tanto quanto for possível. Trata-se, em outras palavras, da aplicação do princípio da *restitutio in integrum*.

Sobre o tema, a CIDH assim pronunciou:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, cabe al tribunal internacional ordenar la adopción de medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infraccio-

17 Pasqualucci (2003, p. 233-234) relata a história de elaboração do artigo 63 do Pacto de San Jose, nos seguintes termos: “The legislative history of Article 63(1) reveals that the drafters intended by its language to give the Court broad powers to order reparations for the injured party. The original draft of the reparations provision of the Convention provided for only compensatory damages. That provision read: ‘[a]fter it has found that there was a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall be competent to determine the amount of compensation to be paid to the injured party’. The Guatemalan representative then successfully proposed strengthening and expanding the provision. Under the Guatemalan proposal, which was essentially the provision as it stands today, if the Court recognized a violation of the Convention, it could provide ‘[t]hat the consequences of the decision or measure that has impaired those rights be stopped; [t]hat the injured party be guaranteed the enjoyment of his violated right or freedom, and [t]he payment of just compensation to the injured party’.”



nes produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados¹⁸.

Assim, não há só previsão da *tutela ressarcitória*, mas também de tutela específica, com o objetivo de obter resultado igual, ou mais próximo possível, ao que se obteria caso o direito fosse respeitado. Essa *tutela específica* abrange: (I) obrigação de fazer – obtenção da conduta ativa devida; e (II) obrigação de não fazer – cessação de conduta indevida e/ou afastamento das consequências da conduta indevida.

Ocorre que, ao tratar sobre a execução desses comandos decisórios, o Pacto de San Jose resumiu-se apenas a dispor sobre o comprometimento dos Estados-Partes de cumprirem as decisões da Corte (art. 68, § 1º) e sobre a possibilidade da parte da sentença que determinar indenização compensatória ser executada no país pelo processo interno vigente de execução de sentença contra o Estado (art. 68, § 2º)¹⁹. Não houve, portanto, a previsão de um mecanismo internacional que assegure o cumprimento das sentenças pelos Estados-Partes.

Além da ausência de procedimento específico para observância do cumprimento das sentenças, há que se ressaltar que também não existe no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao contrário do que existe no Sistema Europeu²⁰, um órgão especialmente encarregado da verificação do cumprimento da sentença. Conforme informa o Professor Cançado Trindade (2003, v. II, p. 125), essa função tem sido exercida motu proprio pela Corte Interamericana,

18 Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001, serie C, n. 87.

19 “Artigo 68

1. Os Estados-Membros na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

20 A Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos confere ao Comitê de Ministros a função exclusiva de supervisão do cumprimento das decisões proferidas pela Corte Europeia. Confira o teor do artigo 46:

“Artigo 46

Força vinculativa e execução das sentenças

1 - As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem Partes.

2 - A sentença definitiva do Tribunal será transmitida ao Comitê de Ministros, o qual velará pela sua execução.

3 - Sempre que o Comitê de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está a ser entravada por uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação. A decisão de submeter a questão à apreciação do tribunal será tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares.

4 - Sempre que o Comitê de Ministros considerar que uma Alta Parte Contratante se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio em que esta seja Parte, poderá, após notificação dessa Parte e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, por essa Parte, da sua obrigação em conformidade com o n. 1.



que supervisiona, ainda que de maneira precária, a execução de suas decisões. Essa função decorreria de obrigação implícita convencional constante do artigo 65, *verbis*:

Art. 65. A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, *indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças*. [g.n.].

A CIDH, dessa forma, tem mantido, desde 2005, um procedimento contraditório entre as partes envolvidas para avaliar o cumprimento de suas decisões finais. Em resumo, após expirado o prazo para implementação da sentença, a Corte solicita informações ao Estado condenado sobre a execução desse *decisum*. Da posse dessas informações, a Corte as encaminha para a Comissão e vítimas da violação para que formulem observações quanto à situação apresentada. Finalmente, diante do contexto apresentado, a Corte analisa se houve cumprimento da sentença e, conforme o caso, orienta o Estado para essa finalidade.

Quando a CIDH determinar a aplicação do artigo 65 da Convenção e assim incluir no seu informe anual a indicação dos Estados que não cumpriram com suas sentenças, não continuará com o procedimento contraditório acima mencionado. Nesse caso, a Corte assumirá o fato de que a situação não modificou após a prolação da sentença, restando apenas a opção de divulgar o seu descumprimento, em cada informe anual, sucessivamente, como forma de coação indireta, até que o *decisum* seja devidamente acatado (KRSTICEVIC, 2007, p. 33).

Paralelamente a esse procedimento de supervisão, há a possibilidade de a Corte emitir resoluções que sopesarão o nível de cumprimento das decisões pelos Estados. Essas resoluções, também denominadas de sentenças de cumprimento, registrarão os avanços obtidos na implementação das decisões e incluirão orientações sobre as ações que devem ser encetadas pelos diversos poderes do Estado-Parte.

Por fim, a Corte ainda possui a faculdade de convocar audiências públicas, com o objetivo de estudar os níveis de cumprimento das decisões e analisar os obstáculos que subsistem para assegurar a implementação efetiva das decisões²¹.

5 - Se o Tribunal constatar que houve violação do n. 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros para fins de apreciação das medidas a tomar. Se o Tribunal constatar que não houve violação do n. 1, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, o qual decidirá-se-á pela conclusão da sua apreciação.”

21 A convocação de audiências públicas geralmente é voltada para a supervisão do cumprimento das medidas provisórias, mas há também a possibilidade de ser utilizada para gerenciar a execução das sentenças da CIDH.





2.3 Eficácia das sentenças da CIDH no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes

No plano do direito interno dos Estados-Partes, não existem, à semelhança do plano externo, mecanismos específicos de execução imediata das sentenças da CIDH. Considerando a totalidade dos membros da Convenção Americana de Direitos Humanos, constata-se que apenas dois países, o Peru e a Colômbia, tratam, de modo sistemático, sobre a implementação de decisões internacionais.

2.3.1 Lei peruana

No Peru, a Lei n. 27.775, editada em 8 de julho de 2002, dispõe especificamente sobre a execução de sentenças proferidas por tribunais supranacionais. Este ato normativo reafirma o caráter vinculante, definitivo e executório das decisões das cortes internacionais. Além disso, remete à Lei n. 23.237, de 2004²² (também conhecida como *Ley de Procedimiento Constitucional*), as regras sobre o procedimento de execução desses comandos decisórios.

Em síntese, as decisões de cortes internacionais, reconhecidas pelo Estado peruano, não necessitam de nenhum tipo de exame prévio pelo Poder Judiciário, como reconhecimento, revisão e/ou homologação. O *decisum* é comunicado pelo Ministério das Relações Exteriores ao Presidente do Poder Judiciário, que deverá remetê-lo ao tribunal onde se esgotou a jurisdição interna e delegar sua execução ao juiz competente.

Ainda, concede-se ao Estado o direito de acionar regressivamente o agente que deu causa à violação de direitos humanos para que responda perante o Estado pelos danos causados.

A concentração da função de executar as decisões de cortes internacionais no Poder Judiciário, no entanto, apresenta limitações, principalmente no que tange à satisfação das medidas que são de competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo, como é a hipótese de determinação de modificação de leis e da realização de ato de desagravo em favor das vítimas. Nesses casos, o Poder Judiciário age como mero coadjuvante, tendo em vista que, em nome do pacto federativo, não pode fazer-se substituir pelos demais poderes.

22 Esta lei possui como antecedente a Lei n. 23.506, de 8 de dezembro de 1982, conhecida como “Ley peruana de habeas corpus y amparo”, que já estabelecia o caráter obrigatório das decisões de órgãos convencionais e consagrava um procedimento para sua execução. Trata-se do conteúdo do artigo 40, denominado “Execução e cumprimento de resoluções internacionais”, que assim dispunha: “La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias”.





2.3.2 Lei colombiana

Na Colômbia, por sua vez, a Lei n. 288, de 1996, cria um mecanismo específico para facilitar o cumprimento das decisões dos seguintes organismos internacionais: o Comitê de Direitos Humanos, previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos. Como regra, a lei estabelece a obrigação específica do governo nacional de pagar as indenizações dos prejuízos causados por violações dos direitos humanos que tenham sido declaradas por estes organismos.

Para que o pagamento seja efetuado, é necessário que a decisão condenatória seja submetida a um Comitê de Ministros²³, criado especialmente para esse fim, que se ocupará de aconselhar o Estado acerca da conveniência ou não de cumprir esse tipo de determinação. Nessa perspectiva, cabe ao Comitê verificar se foram reunidos os requisitos de fato e de direito necessários para designar responsabilidade ao Estado, conforme assim determina a Constituição e os tratados internacionais aplicáveis.

Se a conclusão for pela necessidade de cumprimento da condenação, compete ao referido Comitê determinar e liquidar o montante da indenização correspondente por via conciliatória ou por meio de um processo judicial de liquidação de prejuízos perante a jurisdição contencioso-administrativa.

Por outro lado, caso o Comitê se manifeste em desacordo com as determinações dos organismos internacionais, deve o governo seguir essa opinião somente se tiver à sua disposição instrumentos legais para manifestar sua discordância diante da instância internacional, como é a hipótese de interposição de uma apelação. Note que, no Sistema Interamericano, essa previsão encontra-se presente no artigo 51 da Convenção²⁴, que permite ao Estado que não concorde com uma recomendação da Comissão que submeta o assunto à jurisdição da Corte Interamericana.

No entanto, caso o Estado colombiano não disponha de meios legais para manifestar seu desacordo com as determinações dos organismos internacionais acima referidos, não terá alternativa senão a de apresentar opinião favorável ao cumprimento dessas decisões.

23 O Comitê de Ministros é formado pelos Ministros do Interior, das Relações Exteriores, da Justiça e do Direito, e da Defesa Nacional.

24 “Artigo 51

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.” [g.n.].





De toda forma, qualquer divergência quanto à definição de questões referentes à comprovação da existência e, quando for o caso, do montante do prejuízo será resolvida com base no direito interno colombiano (lei e jurisprudência).

Veja que a regulamentação colombiana se destina a órgãos “quase jurisdicionais”²⁵, de modo que não regula o cumprimento das decisões da CIDH. De qualquer forma, não se pode olvidar a importância de estudo desse tipo de modelo de execução de determinações de órgãos internacionais, que apresenta estrutura focada no Poder Executivo, ao contrário da solução encontrada pelo Peru.

2.3.3 Situação de outros Países-Membros do Sistema Interamericano

Como já informado, os demais países-membros do Sistema Interamericano não possuem diplomas legais que disciplinem nomeadamente sobre a execução de decisões de cortes internacionais.

De todo modo, vale conhecer a situação normativa de alguns dos principais Estados-Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, para ilustrar a situação de carência de sistematização dessa temática. Esse panorama encontra-se resumido na tabela abaixo:

País	Implementação da decisão da CIDH
Paraguai	Não há norma constitucional ou lei que trate da matéria. O cumprimento das recomendações e decisões é inspirado no princípio da boa-fé.
Venezuela	A Constituição da República Bolivariana da Venezuela dispõe, no artigo 31, a obrigação do Estado de adotar medidas para a execução das decisões dos organismos internacionais, nos seguintes termos:

25 Essa é a classificação conferida pela doutrina às decisões da Comissão, conforme se verifica da seguinte lição de Hélio Bicudo (1998):

“[...] a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem largo campo de ação. Ela busca, antes de tudo, uma solução amigável entre as partes. Se o Estado apontado como violador não adotar, em prazo razoável, as medidas recomendadas, a questão vai para o domínio público, geralmente na forma de resolução, incluída no relatório anual da entidade. Essas decisões, quando julgam queixas apresentadas, têm configuração quase judicial, pois são declaratórias, ou não, de culpa, e indicam medidas concretas para sua reparação, isto depois de audiências individuais e até mesmo de investigações nos países incriminados.”





	<p>“Artigo 31. Toda pessoa tem direito, nos termos estabelecidos pelos tratados, pactos e convenções sobre direitos humanos ratificados pela República, a dirigir petições ou queixas aos órgãos internacionais criados para essa finalidade, a fim de solicitar o amparo de seus direitos humanos.</p> <p><i>O Estado adotará, de acordo com os procedimentos estabelecidos nesta Constituição e na lei, as medidas necessárias para dar cumprimento às decisões emanadas dos órgãos internacionais previstos neste artigo.”</i></p>
Guatemala	Acata as decisões dos órgãos jurisdicionais e quase judiciais, provenientes tanto do sistema regional como do sistema universal de proteção dos direitos humanos, e insta as instituições e organismos estatais a que as levem à prática.
México	No que se refere ao grau de obrigatoriedade que a legislação e a jurisprudência nacionais reconhecem às recomendações e decisões dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, cumpre assinalar que esse aspecto não se acha previsto na legislação e que os juízes não se pronunciaram diretamente sobre o assunto. Não obstante isso, há casos em que tais resoluções foram invocadas, as quais serviram aos tribunais e às autoridades para que fundamentassem as decisões adotadas sobre a violação de direitos humanos.
Argentina	Na República Argentina não existe uma instância judicial encarregada do controle da aplicação das normas internacionais sobre direitos humanos que o Estado tenha ratificado.
Panamá	A República do Panamá, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, transmite às autoridades competentes as recomendações e decisões dos órgãos de proteção, a fim de que tomem as medidas necessárias para o cumprimento das referidas decisões.
Chile	Não existe normativa ou jurisprudência específica a esse respeito. As recomendações feitas pelos órgãos internacionais de direitos humanos dos quais o Chile é Estado-Parte, na medida em que constituem uma das etapas do processo de cumprimento das obrigações contraídas ao ratificá-los, são notificadas às autoridades competentes para seu conhecimento e para estudo das possíveis medidas para implementá-las.





3 A execução das sentenças da CIDH no ordenamento jurídico brasileiro

O caso brasileiro não é diferente da maioria dos Estados-Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos: não existe legislação específica que regulamente a execução das sentenças da CIDH. Nesses tipos de Estados, as sentenças da CIDH têm sido executadas mediante critérios casuísticos, o que acaba por gerar dúvidas sobre o procedimento a ser adotado.

Para solucionar esse nível de insegurança quanto à execução das sentenças da CIDH no Brasil, são apontadas três alternativas, além da execução espontânea do *decisum* pelo Estado²⁶.

A primeira seria o Estado negar a execução das sentenças, por faltar regulamentação do tema. Esse caso, entretanto, deve ser rechaçado, visto que o Estado brasileiro, ao reconhecer a competência da CIDH, se comprometeu a, no mínimo, proceder à execução de suas sentenças²⁷.

Ora, caso se constate o descumprimento de sentença da CIDH, o Estado será responsabilizado internacionalmente, perante a própria Corte, pelo descumprimento do artigo 68 da Convenção, que estabelece expressamente a promessa de observância das sentenças da Corte pelos Estados condenados.

Note que, de acordo com as normas que regem o direito dos tratados²⁸, os Estados-Partes, ao aderirem à Convenção Americana de Direitos Humanos e reconhecerem a jurisdição da Corte Interamericana, não podem invocar o seu

26 Foi o que aconteceu com a primeira condenação do Estado brasileiro, no Caso Damião Ximenes Lopes, que será abordado adiante.

27 É o que determina o artigo 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já mencionado no tópico anterior.

28 Vide, nesse sentido, os arts. 26 e 27 da Seção I (“Observância dos Tratados”) da Parte III (“Observância, Aplicação e Interpretação de Tratados”) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, verbis:

“Artigo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Ressalte-se que o Brasil ainda não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tendo em vista que a matéria ainda se encontra pendente de referendo do Congresso Nacional, por meio do Projeto de Decreto Legislativo n. 214, de 1992. De qualquer forma, deve-se ter em mente que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, é reconhecida como regra declaratória de direito consuetu-





direito interno como justificativa para descumprir o disposto nesse tratado e, portanto, negar a autoridade dessa Corte Internacional. Dessa forma, não pode o Estado descumprir uma ordem da CIDH, sob a justificativa de faltar mecanismos aptos a executá-la no seu ordenamento jurídico interno.

A segunda solução seria a verificação da possibilidade de equiparação da sentença da CIDH com institutos que já se encontram regulados pela legislação brasileira em vigor. Para tanto, faz-se necessário o estudo da natureza jurídica da sentença da CIDH e sua comparação com as sentenças estrangeiras, que necessitam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, e com os títulos executivos judicial e extrajudicial.

A última solução apontada seria elaborar atos normativos para a regulação do assunto, até mesmo para evitar que o Estado justifique o descumprimento das decisões da CIDH por falta de normas sobre o tema. No caso do Brasil, verificou-se a existência de projetos de lei que visam cumprir essa função. Essas propostas serão estudadas no próximo capítulo deste trabalho.

3.1 Natureza jurídica da sentença da CIDH

3.1.1 Distinção entre sentença estrangeira e sentença internacional

Uma das questões fundamentais que devem ser enfrentadas para se obter a real natureza jurídica das sentenças da CIDH é a distinção entre a sentença estrangeira e a sentença internacional.

No ordenamento jurídico pátrio, as sentenças estrangeiras são definidas como aquelas “proferidas por um tribunal estrangeiro”²⁹. Em outras palavras, esse tipo de sentença seria toda aquela que não é proferida por órgão nacional.

Considerando essa conceituação, poderia ser qualificada como sentença estrangeira tanto aquela proferida por um órgão do Poder Judiciário de determinado país como também aquela proferida por uma Corte Internacional.

Contudo, parcela significativa da doutrina rechaça a possibilidade de inclusão da sentença proferida por uma Corte Internacional no conceito de sentença estrangeira. Nesse ponto, diferenciam o direito internacional do direito estrangeiro. O primeiro disciplinaria os direitos e deveres dos Estados, das organizações

dinário vigente, ou seja, é vigente, na forma de costume internacional, inclusive para os Estados que não a ratificaram. Assim, o Estado brasileiro segue seus preceitos, pois os reconhecem como obrigatórios.

29 Confira, nesse sentido, o artigo 483 do Código de Processo Civil:

“Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” [g.n.].





internacionais e dos indivíduos perante a ordem internacional. O segundo, por sua vez, diz respeito à jurisdição de um Estado específico que não for o nacional, como é o caso do direito espanhol, holandês, inglês etc.

Esse é o ensinamento do Professor José Carlos de Magalhães, citado por Valério Mazzuoli (2005, p. 123), ao defender que as sentenças proferidas por tribunais internacionais se qualificam como sentença internacional, e não estrangeira, *verbis*:

Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas, se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Dec. Leg. 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento à decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar.

Em outras palavras, a sentença estrangeira deve ser entendida como aquela proferida por um tribunal afeto à soberania de determinado Estado, o que não inclui a emanada de um tribunal internacional que tem jurisdição sobre todos os Estados-Partes da Convenção que criou esse órgão. Nesse caso, a sentença só poderá ser classificada como sentença internacional.

3.1.2 Necessidade de homologação das sentenças da CIDH pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)

A necessidade de homologação das sentenças da CIDH pelo Superior Tribunal de Justiça está intimamente relacionada com a sua classificação como sentença estrangeira ou internacional.

As sentenças estrangeiras só podem ser executadas no ordenamento jurídico pátrio após sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. É o que dispõe a alínea *i* do inciso I do artigo 105 da Constituição, *verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]





i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;

O mecanismo de controle desse tipo de sentença é justificado como meio de proteção à soberania do Estado brasileiro. Considera-se, nesse sentido, que os atos judiciais emitidos por outros Estados (“tribunais estrangeiros”) não possuem validade no país. Para obter a validação, a sentença estrangeira deve ser submetida ao “juízo de delibação” do Superior Tribunal de Justiça, que decidirá sobre o cabimento de sua homologação, para que surtam efeitos no ordenamento jurídico interno. Nesse juízo, verifica-se se a sentença estrangeira está regular quanto à forma, à autenticidade, à competência do órgão prolator estrangeiro, bem como se adentra no conteúdo do *decisum* para se verificar se, em face do direito nacional, não houve ofensa aos princípios dos bons costumes, da ordem pública e da soberania nacional.

Como já bem explanado no tópico anterior, cabe ressaltar que a CIDH, como organização judicial autônoma estabelecida pela Convenção Americana, possui personalidade jurídica internacional, o que lhe impõe relacionar-se apenas com sujeitos de direito internacional. Assim, não é possível o estabelecimento de hierarquia entre um tribunal local e a Corte, não podendo esta ser denominada a “quarta instância” do Poder Judiciário de cada Estado-Parte. Como consequência, suas sentenças não encontram nenhum limite de direito interno, pois não se vinculam a nenhum Estado em particular; geram, aliás, todos os seus efeitos, de imediato, ao Estado-Parte a que se destinam.

Dessa forma, há de se concluir que as sentenças proferidas pela CIDH não dependem de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, pois não se trata de comando decisório estranho ao país. Pelo contrário, essa decisão é destinada ao país que, portanto, deve cumpri-la, como assim o faz com uma decisão emanada do seu Poder Judiciário.

3.2 Sentença da CIDH como título executivo judicial

Considerando que a sentença da CIDH é classificada como internacional, denota-se que inexistente, na legislação nacional, instrumento normativo que regulamente a execução dessa espécie de *decisum*. Diante dessa situação, a doutrina tem sugerido saídas por meio da adaptação de institutos já existentes no direito interno dos Estados para fazer valer as decisões da Corte. Alguns autores sustentam que as sentenças da Corte Interamericana teriam força de título executivo no direito interno. Nesse sentido, *vide* lição de Flávia Piovesan (1996, p. 237):

A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em



conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado.

Os títulos executivos, judicial e extrajudicial, encontram-se regulados no Código de Processo Civil (CPC). Como o rol de títulos executivos extrajudiciais é *numerus clausus*³⁰, a inclusão das sentenças das cortes internacionais nessa classificação demandaria modificação legislativa.

Por outro lado, entre os títulos executivos judiciais, que estão enumerados no artigo 475-N do CPC³¹, encontra-se “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Trata-se de documento que representa a apreciação do fato por autoridade dotada de jurisdição. Essa jurisdição pode ser tanto a nacional, reconhecida pela legislação pátria, quanto a internacional, reconhecida pela adesão do país a tribunais internacionais, o que ocorre por meio de tratados devidamente ratificados e internalizados na ordem jurídica interna.

Além disso, conforme preconiza o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Desse modo, em caso de inércia ou demora injustificada do Estado para cumprir espontaneamente as sentenças da CIDH, o Poder Judiciário poderá ser acionado pelas vítimas, seus representantes legais ou pelo Ministério Público.

Assim, como houve o expresso reconhecimento da jurisdição da CIDH pelo Estado brasileiro e considerando o direito ao acesso amplo às vias judiciais, outra não deve ser a conclusão senão a de que as sentenças da CIDH são passíveis de serem executadas no ordenamento jurídico interno, na qualidade de título executivo judicial.

No entanto, a efetivação das sentenças da CIDH via processo de execução perante o Poder Judiciário gera alguns obstáculos de difícil transposição.

30 *Vide*, nesse sentido, o artigo 585 do Código de Processo Civil.

31 “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.”



Para melhor compreensão do tema, cabe analisar a forma de execução de cada espécie de comando decisório que abrange a tutela ressarcitória, que consiste na reparação pecuniária, bem como a tutela específica, que inclui as obrigações de fazer e não fazer.

3.2.1 Reparação pecuniária

A Convenção não foi totalmente omissa no tocante aos meios de execução de suas sentenças nos ordenamentos internos dos Estados. Conforme já mencionado, o § 2º do artigo 68 da Convenção dispõe que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória *poderá* ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado” [g.n.].

O comando confere a faculdade de se executar a condenação pecuniária contida na sentença da CIDH pelo mecanismo de execução de sentenças nacionais contra a Fazenda Pública.

No Brasil, o pagamento de indenizações contra o Estado segue o procedimento prescrito, basicamente, no artigo 100 da Constituição e nos artigos 730 e 731 do CPC, que dispõem sobre a execução por meio da expedição de precatórios.

No entanto, há quem sustente que as indenizações, por decorrerem de condenação internacional por violação dos direitos humanos, devem possuir prioridade quanto à ordem de pagamento dos precatórios ou, mesmo, devem ser pagas imediatamente pelo Poder Público.

3.2.1.1 Submissão ao regime de precatórios

De acordo com o disposto nos artigos 730 e 731 do CPC c/c artigo 100 da Constituição, o pagamento da indenização pela Fazenda Pública deve se dar “na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito”.

Parte da doutrina entende que o processo de execução das sentenças da CIDH deve seguir o rito ordinário dos precatórios, não havendo nenhum privilégio quanto à ordem de pagamento. É o que assevera Mazzuoli (2004, p. 47-49):

Em caso de condenação da Corte Interamericana a pagamento de indenização pecuniária, o Estado deverá obedecer ao disposto pelo direito interno relativo à execução de sentença, incluindo o valor da indenização devida na ordem cronológica de precatórios, da mesma forma que faz com qualquer execução de sentença judicial interna, de acordo com o que disciplina a lei. Assim, além das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos terem a potencialidade de, plena e eficazmente, declarar a responsabilidade internacional do Estado por inobservância de preceitos da Convenção





Americana, também valem como título executivo no Brasil, tendo aplicação imediata, devendo, para isso, tão somente obedecer aos procedimentos internos relativos à execução de sentenças.

Por outro lado, há quem defenda que o processo deve seguir o rito ordinário de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, com a ressalva de que a ordem de pagamento deve ser diferenciada quando a indenização tiver natureza alimentar (o que há grande probabilidade de ocorrer no caso de condenação pecuniária por violação dos direitos humanos³²). Trata-se, em outras palavras, da aplicação do disposto no artigo 100, *caput*, da Constituição, conforme assim preconiza o Supremo Tribunal Federal no seguinte precedente:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o disposto no caput do art. 100 da Constituição da República, firmou-se no sentido de submeter, mesmo as prestações de caráter alimentar, ao regime constitucional dos precatórios, ainda que reconhecendo a possibilidade jurídica de se estabelecerem duas ordens distintas de precatórios, com preferência absoluta dos créditos de natureza alimentícia (ordem especial) sobre aqueles de caráter meramente comum (ordem geral). (SL-AgR n. 158/CE, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, DJe n. 139, divulgado em 8.11.2007, publicado em 9 nov. 2007, DJ 9 nov. 2007, p. 00031, EMENT VOL- 02297-01, p. 00007)

Este é o entendimento defendido por Lobo (2003):

[...] o juiz nacional (em princípio, o do foro da residência da vítima) deve executar a sentença da Corte Interamericana, de acordo com o disposto no artigo 100 da Constituição Federal e nos artigos 730 e 731 do CPC. E se se considerar que a indenização pecuniária tem natureza alimentar, poder-se-ia criar uma ordem própria de pagamento, sem necessidade de a submeter à ordem do precatório. São, porém, aspectos a serem desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência.

3.2.1.2 Pagamento direto

Em contrapartida, diante do fato indiscutível da existência de morosidade processual no pagamento dos precatórios, existe outra parcela da doutrina que sustenta que o pagamento da indenização determinada pelas sentenças da CIDH deve ser processado por intermédio da execução imediata. É o que preleciona Antônio de Maia Pádua (2006, p. 185):

32 De acordo com o § 1º-A do artigo 100 da Constituição Federal: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.





É evidente que, mesmo sendo a Corte uma autoridade judicial, suas decisões não estão submetidas ao regime do precatório. Cogitar o contrário, além de ser perda de tempo, contraria a lógica daquele sistema de pagamento que se contrapõe à penhora, mecanismo completamente desconhecido pela jurisdição internacional. Não havendo o risco de ser comprometida a racionalidade de seu patrimônio, torna-se inútil o art. 100 da Constituição. O pagamento da indenização, portanto, melhor se conforma como ato administrativo que encontra na condenação sua motivação política, do que como cumprimento forçado da sentença. Aliás, a inexistência de um instrumento internacional para a execução forçada das decisões acaba por caracterizar dessa forma toda espécie de cumprimento.

É importante destacar que o pagamento direto da indenização, sem passar pelo rito dos precatórios, acaba por garantir que a sentença da CIDH seja executada em prazo razoável, o que constitui um dos direitos fundamentais, expresso no inciso LXXVIII do artigo 5^o da Constituição.

Segundo esse posicionamento, a interpretação sistemática da Convenção Americana e do ordenamento jurídico nacional permite concluir que, na execução das decisões da CIDH, deve ser sempre aplicada a norma mais favorável à vítima. Desse modo, o Estado deve buscar procedimentos práticos para implementar as sentenças da CIDH, afastando o rito dos precatórios, a fim de beneficiar de forma mais célere e eficaz a vítima.

3.2.2 Tutela específica: reparação não pecuniária

Em relação às demais espécies de reparação, ou seja, as de natureza não pecuniária, a Convenção Americana de Direitos Humanos limitou-se a apenas declarar o comprometimento dos Estados-Partes em adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e as liberdades individuais (art. 2^o). Em outras palavras, não há previsão de procedimento específico para a execução desse tipo de comando.

Como as reparações não pecuniárias estão contidas na sentença da CIDH, pode-se deduzir que também são consideradas títulos executivos judiciais e, portanto, podem ser exigidas de acordo com o processo de execução estabelecido pelo direito interno para as obrigações de fazer e não fazer.

A execução das reparações não pecuniárias, no ordenamento jurídico nacional, segue o rito prescrito no artigo 461 do CPC, que estabelece que o juiz concederá a tutela específica da obrigação, por meio da determinação das medidas a serem tomadas para assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Para tanto, são colocadas à disposição do juízo medidas processuais diferentes que são classificadas em duas modalidades, quais sejam, as medidas sub-rogatórias e as medidas coercitivas.





As medidas sub-rogatórias são aquelas que proporcionam a execução sem qualquer cooperação do devedor. No caso, o órgão jurisdicional “substitui” a figura do devedor no implemento da decisão.

Nas medidas coercitivas, por outro lado, busca-se o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, que é induzido por coação indireta do órgão jurisdicional. Em outras palavras, o juízo determina a aplicação de sanções, caso o ato pretendido não seja praticado. Essas medidas são a única opção disponível para o caso da prestação devida ser infungível, ou seja, quando só pode ser realizada pelo próprio devedor.

Essa sistemática, contudo, não encontra plena aplicação para o caso da execução das sentenças da CIDH. O principal problema apontado refere-se à possibilidade de se executar todos os comandos contidos em uma sentença proferida pela Corte Interamericana.

Nesse ponto, cabe mais uma vez mencionar que as sentenças da CIDH são pautadas pelo princípio da *restitutio in integrum*, que consiste no intuito de restabelecimento da situação ao seu estado primitivo. Ocorre que, muitas vezes, nem sempre é possível, material ou juridicamente, a reposição do caso a sua situação inicial.

Como alternativa, para compensar o dano materialmente irreparável e com o objetivo de evitar sua reincidência, a Corte vem estabelecendo ordens de caráter variado ao Estado condenado. Entre essas ordens, destacam-se a realização de investigação, devido processo e punição dos responsáveis, na ordem interna, pela violação dos direitos humanos; a necessidade de declaração oficial da culpa; a realização de atos solenes e simbólicos em nome da memória da vítima; e a realização de mudanças legislativas.

Veja que essas ordens deverão ser cumpridas por um dos três poderes de cada ente da federação³³, dependendo da sua competência estabelecida constitucionalmente. Assim, por exemplo, a determinação de alteração de legislação vigente ou criação de nova somente poderá ser cumprida pelo Poder Legislativo. Já a realização de ato solene em nome da memória da vítima deverá ser procedida pelo Poder Executivo. Por outro lado, a realização de investigação, devido processo e punição dos responsáveis é de responsabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Nessa perspectiva, há de se rechaçar, de pronto, a possibilidade de se proceder à execução de comando que deve ser cumprido pelo Poder Judiciário, visto que não há sentido que esse Poder processe execução a ele próprio destinada. Nessa hipótese, resta ao Judiciário cumprir espontaneamente o comando da

33 Ressalva-se que os Municípios são compostos de apenas dois poderes: Executivo e Legislativo. Não há um Poder Legislativo Municipal no ordenamento jurídico nacional.





sentença a ele dedicado, sob pena de o Estado brasileiro ser responsabilizado internacionalmente.

Assim, resta apenas a análise da possibilidade de execução das modalidades de reparação não pecuniária destinadas aos Poderes Executivo e/ou Legislativo.

Em tese, a CIDH poderia obrigar o Poder Executivo a declarar o reconhecimento de responsabilidade do Estado, manifestar publicamente pesar, editar atos administrativos, propor projetos de lei, criar data em homenagem à vítima, realizar cerimônia para que o crime não seja esquecido, dar nome a parque, rua ou praça em memória à vítima, entre outras formas de reparação.

O Poder Legislativo, por sua vez, poderia ser obrigado a abster-se de aprovar normas contrárias ou conflitantes com referidos compromissos internacionais e adotar regras eventualmente necessárias para o cumprimento de sentenças da CIDH.

O conteúdo de algumas dessas possíveis determinações da CIDH, contudo, também não parece ser passível de ser executado via Poder Judiciário. Isso porque a Constituição estabelece, no artigo 2º, o princípio da independência e harmonia dos poderes³⁴, o que impede a ingerência de um poder sobre o outro, a não ser nas hipóteses previstas constitucionalmente.

Um exemplo da impossibilidade da atuação judicial é o caso da obrigação de adequação legislativa, seja pela elaboração de novas normas, seja pela modificação de normas já vigentes. Não há na Constituição instrumento processual capaz de forçar a atividade legislativa. O mandado de injunção ainda não é meio apto a determinar ao Poder Legislativo a edição de ato normativo omissivo ou determinar eventual modificação de ato existente. É o que leciona o Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE INJUNÇÃO. NATUREZA.

O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra.[...] (MI n. 168/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 20 abr. 1990, p. 03047, EMENT VOL-01577-01, p. 00027)

Ultimamente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal apresentou evolução no seu entendimento, ao admitir que a Corte apresente “soluções norma-

³⁴ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”



tivas” para os casos de inatividade legislativa. É o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis. Confira trechos do precedente:

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. *A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva.* (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI n. 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI n. 284, rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI n. 543/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI n. 679/DF, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI n. 562/DF, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003. [...]

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, *assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.* 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. [...]

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei n. 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 *Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989.* Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais.” (MI n. 670/ES, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* n. 206, divulgado em 30.10.2008, publicado em 31 out. 2008, EMENT VOL-02339-01, p. 00001)



Veja que a Suprema Corte não impeliu o Poder Legislativo a proceder à elaboração de norma. No caso, o Poder Judiciário apenas determinou a aplicação de lei já existente (Lei n. 7.783, de 1989), para solucionar a omissão apontada no *mandamus* em questão, com a ressalva de que poderão existir peculiaridades no caso concreto, que implicarão a observância de regime de greve mais gravoso do que estabelece a lei que rege a greve no setor privado. Não houve, portanto, resolução definitiva do caso pelas vias tradicionais do Parlamento.

A questão é de difícil solução. Ao que parece, a execução da reparação não pecuniária pelas vias tradicionais do Poder Judiciário não seria a melhor solução, pelo menos considerando os atuais moldes do sistema de tripartição dos poderes.

Como alternativa à execução das decisões da CIDH pelo Poder Judiciário, o Estado brasileiro instituiu, pelo Decreto n. 4.433, de 18 de dezembro de 2002, a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos. Entre suas atribuições, destaca-se o poder de “promover, fiscalizar e adotar todas as medidas necessárias ao fiel cumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos” (art. 2º, inciso II).

No entanto, a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos, vinculada à antiga Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, nunca existiu de fato. A reforma administrativa, advinda com a Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003, extinguiu a referida Secretaria no âmbito da Pasta da Justiça e, conseqüentemente, a Comissão em questão (art. 29, inciso XIV). Em substituição, foi criada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, vinculada à Presidência da República, que não possui órgão específico para a tutela do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (art. 24).

De qualquer forma, apesar de o projeto não ter vingado, há de se louvar a iniciativa de criar órgão para monitorar e promover a execução das sentenças da CIDH. Esse ente deve obter a maior autonomia possível, para que possa ter liberdade de exercer seu trabalho sem nenhuma ingerência política e ideológica. Para tanto, deve possuir ampla representatividade, devendo ser composto por membros da sociedade civil, dos três poderes da federação, bem como de representantes de cada um dos poderes desses entes federativos. Essa parece ser a solução mais coerente para a implementação das decisões de natureza não pecuniária, considerando a estrutura existente no ordenamento jurídico pátrio.

3.3 Responsabilização dos entes federados

Há, por fim, a problemática no cumprimento de decisões por países que possuem estrutura federal. Sobre o tema, deve-se levar em conta que a representação desse tipo de Estado perante a ordem internacional geralmente se dá por meio de um dos poderes da federação, a quem a Constituição confere personalidade jurídica internacional.



Esse é justamente o caso do Estado brasileiro. O artigo 84, inciso VIII, c/c artigo 21, inciso I, ambos da Constituição, confere à União, representada pelo Presidente da República, a atribuição de representar o país na ordem internacional. Apesar de a responsabilidade internacional ser imputável à República Federativa do Brasil como um todo, somente a União, na qualidade de sua representante, detém a capacidade de comprometer-se externamente.

Assim, na hipótese de violação aos direitos humanos e decorrente condenação do Estado brasileiro na CIDH, cabe à União, na qualidade de representante do país, tomar ciência da decisão e, conseqüentemente, cumprir e buscar o cumprimento da condenação.

Contudo, como é sabido, o Estado brasileiro é composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos autônomos entre si (CF, art. 18). Logo, em tese, qualquer um desses entes poderia ser o responsável pela violação dos direitos humanos e, portanto, pela condenação pela CIDH. O questionamento decorrente dessa situação é se a responsabilização da União seria justa, mesmo sendo a condenação responsabilidade de outros Estados federados.

A resposta está na Convenção Americana de Direitos Humanos: o Poder Executivo Federal acaba por responder pelas violações como um todo, ainda que sejam de responsabilidade dos Estados-Membros, ou mesmo dos Municípios. Esse é o teor do artigo 28 do Pacto do San Jose, intitulado de “cláusula federal”. Confira:

Artigo 28

Cláusula Federal

1. Quando se tratar de um Estado-Parte constituído como Estado federal, *o governo nacional do aludido Estado-Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.*
2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, *o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com a sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.*
3. Quando dois ou mais Estados-Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção. [g.n.].

Note que, apesar de a Convenção instituir a indivisibilidade da obrigação internacional do Estado, não se afasta a possibilidade de que normas internas



imputem às autoridades competentes a responsabilização pela concretização desses comandos decisórios.

Nesse sentido, aponta-se como alternativa, a exemplo do que ocorre com a responsabilidade civil do Estado, o direito de regresso contra o agente causador do ilícito. Numa aplicação analógica ao § 6º do artigo 37 da Constituição, a União, na qualidade de representante do Estado brasileiro, responderia perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela condenação a ele imputada. Contudo, restaria assegurado o direito de regresso contra o ente federativo responsável pela violação do direito humano que ensejou essa condenação.

Por outro lado, deve-se também levar em consideração que a União, apesar de ser o ente responsável pelas obrigações da República brasileira, nem sempre poderá, *sponte sua*, cumprir ordem determinada pela Corte, em razão da repartição das competências constitucionais que estabelecem a forma federativa de Estado. Nesses casos, caberá aos demais entes federativos cumprir a sentença, já que a obrigação recai sobre a federação como um todo, e não apenas sobre a União, que a representa.

Como os entes federados são autônomos, não há como a União determinar que cumpram o *decisum* internacional de forma cogente. Mais uma vez, diante da estruturação da República brasileira, não existe instrumento legal que permita a execução forçada dessa decisão. Uma das soluções para a questão, tal como apontado no tópico anterior, seria a atuação de um órgão autônomo, especialmente criado para promover a implementação das sentenças da CIDH.

4 A experiência brasileira no cumprimento das sentenças da CIDH

Depois de apontadas possíveis soluções para a execução das sentenças da CIDH no ordenamento jurídico pátrio, cabe, neste momento final do estudo, analisar a experiência brasileira no que tange ao cumprimento das sentenças proferidas por essa Corte internacional e as perspectivas quanto ao avanço do tratamento do tema pela legislação nacional.

Detectou-se que a “experiência” brasileira resume-se a apenas uma demanda submetida à CIDH que ensejou condenação, qual seja, o Caso Damião Ximenes Lopes. Nesse precedente, o Estado brasileiro resolveu cumprir espontaneamente a condenação referente à reparação pecuniária, restando apenas a implementação das reparações não pecuniárias.



Outro ponto que merece atenção diz respeito às perspectivas hoje existentes para a regulamentação da execução das sentenças da CIDH pelo Parlamento brasileiro. Após pesquisa legislativa, levantou-se a existência de dois projetos de lei que regulamentam os efeitos jurídicos das decisões de Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Apesar de indicar alguns retrocessos, no geral, as proposições constituem verdadeiro avanço na discussão sobre a regulação do assunto. É o que se verá a seguir.

4.1 Jurisprudência: Caso Damião Ximenes Lopes

A primeira e única condenação do Brasil perante a CIDH se deu no “Caso Damião Ximenes Lopes”. A demanda, encaminhada originalmente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, refere-se à morte do Sr. Damião Ximenes Lopes, portador de doença mental, que estava em tratamento em um centro de saúde que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde, no Estado do Ceará. Durante sua internação para tratamento psiquiátrico, a vítima sofreu uma série de torturas e maus-tratos.

As condições desumanas e degradantes de sua hospitalização, os alegados golpes e ataques contra sua integridade pessoal, a sua morte, bem como a falta de investigação, de garantias judiciais e punição dos responsáveis, acabaram caracterizando a violação da Convenção Americana em quatro principais artigos, quais sejam: o 4º (direito à vida), o 5º (direito à integridade física), o 8º (garantias judiciais) e o 25º (direito à proteção judicial).

O Estado brasileiro manifestou reconhecimento da responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4º e 5º da Convenção Americana. As demais violações foram declaradas pela Corte Interamericana, na sentença de 4 de julho de 2006, que condenou o Brasil a (I) investigar e sancionar, em um prazo razoável, os responsáveis pela morte da vítima; (II) realizar programas de formação e capacitação para os profissionais que atuam no campo de saúde mental; (III) publicar, no prazo de seis meses, no *Diário Oficial* e em outro jornal de ampla circulação nacional, o capítulo da sentença referente aos fatos provados e sua parte resolutiva; e (IV) pagar indenização por danos materiais e imateriais à família da vítima, no valor total de US\$ 146 mil (cento e quarenta e seis mil dólares).

Como já explanado, o Estado brasileiro, neste caso, teria à sua disposição duas possibilidades para cumprimento do *decisum*: a) ou aguardar a execução da reparação pecuniária a ser promovida pelos familiares da vítima perante o Poder Judiciário; ou b) pagar espontaneamente o *quantum* ordenado pela Corte Interamericana, sem aguardar o acesso, pelos familiares da vítima, às vias judiciais para vindicar direito já reconhecido internacionalmente, conforme assim dispõe o § 1º do artigo 68 da Convenção Americana.



No Caso Damião Ximenes Lopes, o governo brasileiro optou por dar cumprimento imediato à sentença proferida pela Corte Interamericana. Assim o fez, por meio do Decreto n. 6.185, de 13 de agosto desse ano, no qual o Presidente da República autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a “promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 4 de julho de 2006, referente ao Caso Damião Ximenes Lopes, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto” (art. 1º). Conforme estabelecido no artigo 1º da Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, os valores em dólares determinados pela sentença foram convertidos em real, ficando assim colocado o quadro das indenizações: Albertina Viana Lopes (mãe) - R\$ 117.766,35; Francisco Leopoldino Lopes (pai) - R\$ 28.723,50; Irene Ximenes Lopes Miranda (irmã) - R\$ 105.319,50; e Cosme Ximenes Lopes (irmão) - R\$ 28.723,50.

Quanto ao cumprimento das obrigações não pecuniárias, verifica-se que o Estado procedeu à publicação de parte da sentença condenatória no *Diário Oficial* e em jornal de circulação nacional. Contudo, tem-se notícia de que, até março de 2008, as demais determinações ainda não teriam sido cumpridas. Os processos de responsabilização criminal e cível dos agentes acusados de praticar os delitos não haviam chegado a termo: não havia sequer a prolação das sentenças de primeiro grau (LIRA; DIAS, 2008, p. 2). De igual forma, não haviam sido realizados os programas de capacitação dos profissionais de saúde psiquiátrica.

Resta evidente, portanto, a dificuldade de implementação das obrigações não pecuniárias pelo Estado brasileiro.

4.2 Propostas legislativas

4.2.1 Projeto de Lei n. 3.214, de 2000 (Câmara dos Deputados)

A primeira proposta de ato normativo relativa à execução das sentenças da CIDH foi o Projeto de Lei n. 3.214, de 13 de junho de 2000, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim. Segundo a ementa da proposta, o ato disporia “sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

O objeto do Projeto, no entanto, é bem mais limitado do que indica seu título. O corpo do texto é formado apenas por quatro dispositivos. Como o primeiro artigo somente reproduz o conteúdo do Decreto de Promulgação n. 4.663, de 8 de novembro de 2002, ao reconhecer que as decisões da CIDH produzem



efeitos jurídicos imediatos no ordenamento jurídico interno³⁵, e o último artigo apenas dispõe sobre a entrada em vigor da lei, restam somente dois dispositivos que merecem ser analisados detidamente.

Tais artigos resumem-se a tratar da execução das decisões de cunho indenizatório. De acordo com o Projeto, essas decisões seriam qualificadas como títulos executivos judiciais e, portanto, estariam sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal. Ademais, há a ressalva de que o valor a ser fixado na indenização respeitaria os parâmetros fixados pelos organismos internacionais.

Por outro lado, confere-se ao crédito indenizatório natureza alimentícia. Essa qualificação atribui ordem de precedência ao pagamento do crédito por intermédio de precatórios³⁶.

A proposta confere, ainda, à União o direito de acionar regressivamente as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis, direta ou indiretamente, pelos atos ilícitos que ensejaram o pagamento da indenização. Trata-se da extensão da aplicação do § 6º do artigo 37 da Constituição, que confere ao agente público o direito de imputar a responsabilidade ao causador direto do dano. Confira o teor desse dispositivo:

Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Projeto de Lei foi encaminhado, inicialmente, à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. O relator da Comissão, Deputado Pedro Valadares, opinou pela aprovação parcial da proposta. A seu ver, as decisões da Corte deveriam ser consideradas sentenças estrangeiras, de forma que haveriam de ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro mediante homologação pelo tribunal competente. O reconhecimento da eficácia direta da decisão da

35 O texto do artigo 1º do Projeto de Lei é impreciso tecnicamente, pois indica que a *Comissão* e a CIDH teriam a jurisdição reconhecida pelo *Decreto Legislativo n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Veja que o único órgão jurisdicional existente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é a Corte Interamericana (CIDH), o que afasta a indicação da Comissão. Além disso, sua jurisdição não foi reconhecida pelo Decreto de Promulgação n. 678, de 1992 (e não Decreto Legislativo), que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos. O reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH se concretizou com o Decreto de Promulgação n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Veja o inteiro teor do dispositivo: “Art. 1º As decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constituídas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Decreto Legislativo n. 678, de 6 de novembro de 1992, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro”.

36 *Vide*, nesse sentido, o ponto 2.2.1.1 supra.



CIDH, em sua opinião, afrontaria os princípios da autonomia e da exclusividade da jurisdição brasileira.

Para solucionar a questão, apresentou emenda à proposta, que foi adotada pela Comissão Parlamentar, alterando o artigo 1º do Projeto e acrescentando um novo. Em síntese, esses dispositivos determinam que o Poder Executivo deverá encaminhar as decisões da CIDH ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de sessenta dias, contados da data em que delas for cientificado. A Suprema Corte, por sua vez, deverá processar e julgar a homologação dessas decisões também no prazo de sessenta dias a contar do seu recebimento.

Após a aprovação dessa emenda, o Projeto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O relator da Comissão, Deputado José Dirceu, corroborou o posicionamento da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional de que o projeto original seria inconstitucional, por dispensar a homologação da sentença estrangeira para que tenha eficácia no país. Ressaltou, por outro lado, que a emenda apresentada afasta a injuridicidade apontada, o que tornaria a proposta apta a ser aprovada. O Projeto de Lei, apesar de emendado e aprovado pelas Comissões, acabou sendo arquivado, em razão do término da legislatura³⁷.

Note que o Projeto, em sua redação original, apresentou apenas uma inovação, que consistia na possibilidade de o Estado acionar regressivamente os responsáveis pelo dano que deu ensejo à condenação ao pagamento da indenização. A previsão de sujeição das sentenças de cunho indenizatório à execução contra a Fazenda Pública já se encontra reproduzida no § 2º do artigo 68 do Pacto de San Jose.

A emenda apresentada e aprovada, por outro lado, configurava grave retrocesso, na medida em que diminuía o *status* da natureza da sentença da CIDH, que, de internacional, passaria a ser considerada estrangeira. Essa interpretação, como já explanado, implicaria admitir natureza jurídica indevida

37 Aplicou-se, no caso, o artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, *verbis*:

“Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.”





à Corte, pois, ao invés de ser considerada como um órgão judiciário internacional de que o Estado brasileiro é parte, passaria a ser considerada como um organismo estrangeiro vinculado à jurisdição de um Estado específico que não o nacional.

Assim, revela-se vantajoso, para o ordenamento jurídico nacional, o arquivamento da proposição em apreço. A inovação apresentada não superaria o retrocesso de se considerar a sentença da CIDH como estrangeira.

4.2.2 Projeto de Lei n. 4.667, de 2004 (Câmara dos Deputados)

A outra proposta normativa referente à execução das sentenças da CIDH, de autoria do Deputado Federal José Eduardo Cardozo, constitui um resgate do arquivado Projeto de Lei n. 3.214, de 2000. A única diferença do Projeto de Lei n. 4.667, de 15 de dezembro de 2004, é que possui alcance mais amplo na medida em que dispõe “sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos”, e não apenas sobre as decisões proferidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A proposição foi originalmente enviada para apreciação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias. O relator designado, Deputado Orlando Fantazzini, apresentou substitutivo ao Projeto de Lei, que foi unanimemente aprovado pela Comissão. Esse novo Projeto altera substancialmente o original, tendo em vista que busca diferenciar as espécies de decisões proferidas pelos Organismos de Proteção dos Direitos Humanos e seu processo de implementação.

Entre os destaques da nova proposta, que transforma os quatro artigos existentes em nove, está a diferenciação das decisões da CIDH das decisões e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Às primeiras são conferidas caráter executório, enquanto às últimas são conferidas importância “quase jurisdicional”. Ambas, no entanto, são passíveis de execução no ordenamento jurídico nacional.

Nessa perspectiva, mantém-se a previsão de execução das decisões de caráter pecuniário. O diferencial está na determinação de pagamento direto da indenização pela União, sem a necessidade de observância do procedimento de execução contra a Fazenda Pública Federal, que determina a sujeição ao regime de pagamento via precatório. Para tanto, prevê-se a criação de rubrica própria no Orçamento Geral da União com recursos necessários ao pagamento das reparações econômicas.

De igual forma, conserva-se o direito de regresso da União contra os responsáveis pelo ato ilícito. Dessa vez, contudo, há expressa previsão da possibilidade de responsabilização dos entes federados, inclusive com autorização





para que o ente federal desconte os valores despendidos com o pagamento das reparações por violação aos direitos humanos do repasse ordinário das receitas destinadas a esses entes federativos.

Outra inovação é a execução de decisões que envolverem o cumprimento da obrigação de fazer, medida policial, judicial ou de competência do Ministério Público, além de medidas cautelares e medidas provisórias. Em todos esses casos, será concedido prazo ao ente competente para que apresente plano de cumprimento da decisão, com previsão das ações e identificação das autoridades responsáveis pela sua execução³⁸.

Há, por fim, a previsão de instituição de um órgão, composto por representação interministerial e da sociedade civil, para acompanhar a implementação das decisões e recomendações de Organismos de Proteção dos Direitos Humanos. Entre suas funções, destacam-se o acompanhamento das negociações entre os entes federados envolvidos e os peticionários nos casos submetidos ao exame dos organismos internacionais; a promoção de entendimentos com os governos estaduais e municipais, e com os Poderes Judiciário e Legislativo, para o cumprimento das obrigações previstas nas decisões e recomendações dos Organismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos; e a fiscalização do trâmite das ações judiciais que tratem das violações de direitos humanos e da implementação de políticas públicas necessárias para o cumprimento das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Note que essa proposição revela-se mais ampla e arrojada que o Projeto de Lei analisado no tópico anterior. A respeito das novidades apresentadas, destacam-se a criação de rubrica específica no Orçamento Geral da União para atender aos gastos de eventuais indenizações determinadas pelas Cortes de direitos humanos e a instituição de órgão para acompanhar a implementação das decisões e recomendações desses Organismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, que monitoraria, principalmente, a execução das decisões de caráter não pecuniário e as destinadas aos demais entes da federação.

Algumas inovações apresentadas, entretanto, apesar de se revelarem eficazes na implementação das decisões de organismos internacionais, podem ter sua constitucionalidade questionada. Entre elas, destacam-se a determinação de pagamento direto de indenização pelo Estado brasileiro, sem a observância do regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição, e a determinação de que a União desconte dos valores despendidos com o pagamento das reparações o repasse ordinário das receitas destinadas pela Constituição aos demais entes da federação.

³⁸ Esse plano de cumprimento da decisão deverá ser apresentado ao órgão especialmente criado para acompanhar a execução das decisões das cortes de direitos humanos.



Os questionamentos sobre a constitucionalidade dessas medidas podem ser superados por simples ajustes, como a previsão do pagamento da indenização com a observância da ordem do regime de precatórios para obrigações de natureza alimentar e permissão de desconto apenas do repasse voluntário de receitas da União aos Estados, Distrito Federal e/ou Municípios.

Deve-se, de qualquer forma, louvar a iniciativa do presente Projeto, já que busca, ao máximo, eliminar as lacunas jurídicas e facilitar o cumprimento das decisões e recomendações dos Organismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, seja de natureza pecuniária, seja de natureza não pecuniária, o que, nesse último caso, revela grande avanço.

Ressalte-se que o substitutivo já foi encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e devidamente aprovado, nos termos do parecer do relator, Deputado Nilson Mourão³⁹.

O Projeto encontra-se, no presente momento, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. O relator, Deputado Luiz Couto, apresentou parecer pela rejeição do substitutivo e pela aprovação do projeto original, sob o argumento de que o primeiro não condiciona a execução das decisões de tribunais de direitos humanos ao reconhecimento prévio do poder jurisdicional dessas Cortes pelo Estado brasileiro, o que o inquinaria de inconstitucionalidade.

Essa opinião, todavia, revela-se equivocada na medida em que o substitutivo dispõe expressamente, no artigo 1º, que somente as “decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos *determinadas por tratados que tenham sido ratificados pelo Brasil* produzem efeitos jurídicos imediatos e têm força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro”. Em outras palavras, apenas poderão ser exigidas as decisões de órgãos reconhecidos pelo Estado brasileiro, mediante o processo de internalização (ratificação) do tratado que deu origem a esses Organismos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Diante dessas circunstâncias, resta ao colegiado reverter esse posicionamento, a fim de que seja finalmente aprovado o substitutivo, em vez do projeto original, que, à semelhança do Projeto de Lei n. 3.214, de 2000, em sua primeira redação, não apresenta maiores avanços quanto à regulamentação da matéria.

39 O Deputado Laerte Bessa chegou a apresentar emenda modificativa ao Projeto para atribuir às decisões de caráter indenizatório a qualificação de título executivo judicial, desde que previamente submetidas ao contraditório e à ampla defesa perante o Poder Judiciário. A proposição, contudo, não prosperou, mantendo-se a redação aprovada pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias.



5 Conclusão

Considerando que um sistema jurisdicional encontra seu ponto máximo de efetividade na execução de suas decisões, o panorama apresentado no presente estudo revela a seguinte preocupação: não existe, ainda, um sistema de execução das sentenças da CIDH, seja no plano internacional, seja no ordenamento jurídico brasileiro.

No plano internacional, a ausência de meios coercitivos para executar as sentenças internacionais faz com que a única maneira de pressionar o Estado seja causar-lhe constrangimentos diante de seus pares da comunidade internacional. Este processo, encabeçado pela CIDH e com o apoio da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, não tem se revelado eficiente, já que consiste em mera supervisão do cumprimento das sentenças, sem a imposição de medidas retaliativas em caso de descumprimento.

O único avanço alcançado em âmbito internacional, e que reflete no ordenamento de cada Estado-Membro, refere-se a dispositivo da Convenção Americana que cuida da execução das reparações pecuniárias. Nesses casos, confere-se a possibilidade de exigência da indenização no ordenamento jurídico de cada país condenado, por meio de processo de execução de sentença contra o Estado (art. 68, § 2^o).

Apesar desse avanço proposto pelo instrumento internacional, verifica-se que, no plano interno de cada Estado-Parte da Convenção, ainda não existe diploma legislativo que tenha regulamentado de forma completa e satisfatória a questão. A despeito de as leis peruana e colombiana enfrentarem o tema, assim o fazem de forma pontual, abrigando apenas certos tipos de decisões, como as reparações pecuniárias e as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A situação da legislação brasileira não é diferente. Para que se empreenda a máxima eficácia das sentenças da CIDH, é imperativa a promoção da *concretização total* do comando condenatório contido nesse tipo de *decisum*. Nessa perspectiva, há de se destacar a necessidade de criação de um sistema de implementação das obrigações não pecuniárias, já que o recurso ao Poder Judiciário, tal como se verifica para o caso da execução das indenizações, não se revela eficaz, em razão do princípio da independência e harmonia dos poderes da União, que impede a imposição de ordens pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Executivo e Legislativo, bem como em razão da autonomia dos entes federativos, que proíbe a determinação de ordens pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios.





Em última análise, considerando a ausência de normativa que regulamente a matéria, pode-se afirmar que a execução das sentenças da CIDH deve, preferencialmente, ser feita de modo espontâneo, tal como procedido no Caso Damião Ximenes Lopes, a fim de evitar que haja responsabilização internacional pelo seu descumprimento.

Cabe, nesse ínterim, ao Estado brasileiro regulamentar o tema, seja por meio do aprimoramento do Projeto de Lei n. 4.667, de 2004, na redação do seu substitutivo, seja por meio de proposta de nova norma que disponha especificamente sobre a execução direta das sentenças da CIDH, sem a necessidade de prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse ato normativo, deve ser previsto o procedimento de execução das obrigações pecuniárias, incluindo-as no regime diferenciado de pagamento de créditos de natureza alimentícia, bem como deve ser instituído um sistema de implementação das reparações não pecuniárias, preferencialmente por intermédio de ente autônomo, com ampla representatividade e com poderes para tanto.

Enfim, para que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possua a verdadeira eficácia na luta contra a violação dos direitos humanos, faz-se necessária a devida harmonização dos mecanismos internos de cada Estado-Membro com as normas da Convenção Americana, de forma que viabilize a execução dos comandos finais emitidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Referências

BICUDO, Hélio. *Estratégias para a promoção da punibilidade das violações dos direitos humanos*. In: SEMINÁRIO: DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em: <www.mre.gov.br/ipri>. Acesso em: 14 jul. 2001.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y DERECHO INTERNACIONAL – CEJIL. *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. I reimp. San José, C.R.: CEJIL, 2007.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a corte interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

CORREIRA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.





GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção para entender: a proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Luis Flavio. Sistema interamericano de direitos humanos e direitos ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal. *Revista de Derecho Internacional y Del MERCOSUR*, v. 7, n. 5, p. 18-27, out. 2003.

GUERRERO, Luis Alberto Huerta. Reflexiones sobre la sentencia de fondo de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros, relativo a la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, v. 13, n. 2, p. 701-722, 2007.

KRSTICEVIC, Viviana. *Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos*. In: Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: jurisprudência, normativa y experiencias nacionales/CEJIL – Centro por la Justicia y el Derecho Internacional – San José, C.R: 2007.

LIRA, Renata Verônica Côrtes de; DIAS, Rafael. Brasil não cumpre sentença da corte interamericana. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 16.374, 17 mar. 2008, Caderno Direito e Justiça, p. 2.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. Execução de decisões judiciais de cortes internacionais contra estados soberanos. In: *Direito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, v. 21, n. 73, p. 247-265, jan./jun. 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. As sentenças proferidas por tribunais internacionais devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, v. 5, n. 56, p. 47-49, ago. 2004.

_____. *Direito internacional público: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/IELF, 2005.

_____. *Condenação Internacional do Brasil por violação de direitos humanos e cumprimento de sentença* sponte sua. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 17 ago. 2007.

MEDEIROS, Luiz Afonso Costa de. Brasil cumpre sentença da CIDH. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 16.360, 3 mar. 2008, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. rev. e ampl. v. I e II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O caso Ximenes Lopes: o Brasil na corte interamericana de direitos humanos. *Correio Braziliense*, Brasília, n. 16.115, 2 jul. 2007, Caderno Direito e Justiça, p. 1.

PÁDUA, Antônio de Maia. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones Constitucionales*, n. 15, jul.-dic. 2006. p. 185. Disponível em:



<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard7.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2009.

PASQUALUCCI, JO M. *The practice and procedure of the inter-american court of human rights*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas*. Disponível em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-writing-1.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da corte interamericana de direitos humanos. *Boletim Ibccrim*, v. 16, n. 190, p. 11-12, set. 2008.

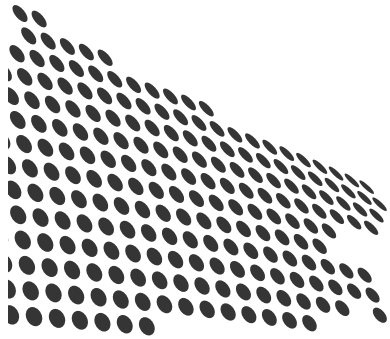
STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: law, politics, morals*. 3rd ed. Oxford University Press.

TALAMINI, Eduardo. O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela corte interamericana de direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil*, n. 6, p. 205-229, jan./dez., 2006.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: between idealism and realism*. 2nd ed. Academy of European Law. European University Institute: Oxford University Press.

TRINDADE, A. A. Cançado. *Informe: bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección*. 2. ed. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, v. II, p. 125.

TRIVIÑO, Jaime Córdoba. Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, v. 13, n. 2, p. 667-684, 2007.



O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE IMPOSIÇÃO DE PENA DE PRISÃO PERPÉTUA

Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro







O Tribunal Penal Internacional e a proibição constitucional de imposição de pena de prisão perpétua

Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro

Sumário

1 Introdução. 2 O Tribunal Penal Internacional. 2.1 A criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. 2.2 As penas previstas pelo Estatuto de Roma. 3. Hierarquia entre tratados de direitos humanos e lei interna e *status* do Estatuto de Roma. 3.1 Hierarquia entre tratados de direitos humanos e lei interna. 3.2 Estatura do Estatuto de Roma e a proibição constitucional da pena de prisão perpétua. 4 A atuação do Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua. 4.1 Atuação do Tribunal Penal Internacional em face do princípio da complementaridade. 4.2 Pena de prisão perpétua: possibilidade de imputação pelo Tribunal Penal Internacional. 5 Considerações finais.

1. Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar a possibilidade de se compatibilizar a Constituição Federal brasileira, na medida em que esta proíbe a pena de prisão perpétua, com o Estatuto de Roma, do qual o Brasil é signatário, na medida em que este admite a referida penalidade.

Este artigo possui como método de abordagem o dedutivo, uma vez que se partirá da análise geral da estrutura do Tribunal Penal Internacional e da Constituição brasileira para se inferir o particular, qual seja, a compatibilidade entre a pena de prisão perpétua, admitida pelo Estatuto de Roma, e a Constituição brasileira.





A técnica de pesquisa utilizada foi a da documentação indireta, com o uso da técnica bibliográfica e do método da pesquisa jurídico-dogmática, com ênfase nas linhas doutrinária, legal e jurisprudencial.

2. O Tribunal Penal Internacional

2.1 A criação de um Tribunal Penal Internacional permanente

A ideia de responsabilização individual na seara internacional não é nova. Hans Kelsen (1944), na obra *Peace through Law*, em 1944, já preconizava a necessidade de se estabelecerem responsabilidades penais individuais no âmbito internacional, como forma de atingir uma paz duradoura, após o término da Segunda Guerra Mundial. Para tanto, formulou um sistema de responsabilização criminal individual a ser determinada por um organismo internacional. Acreditava que a criação da jurisdição penal internacional deveria ser instituída mediante tratado, respeitando, de tal forma, a soberania dos Estados-Partes.

Alguns tribunais penais internacionais foram criados antes do estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente. Tais tribunais, entretanto, foram criações *ad hoc* que surgiram com funções específicas e objetivos preestabelecidos, contrariando os ensinamentos de Kelsen. Exemplos dos referidos tribunais foram o de Nuremberg (1945), para julgar nazistas pelos atos de extermínio de judeus, e o de Tóquio (1946), para julgar a agressão japonesa na China. Também foram criados tribunais para julgar os responsáveis por violações graves ao direito internacional nos territórios da ex-Iugoslávia (1993) e de Ruanda (1995). Em relação a estes dois últimos, os tribunais foram estabelecidos em Haia e houve a proibição de imposição de pena capital. Existiram ainda tribunais mistos – nacionais e internacionais – criados para o restabelecimento da paz e da justiça em nações arrasadas por guerra civil ou lutas de libertação colonial, a exemplo de Timor Leste, Serra Leoa e Camboja.

Várias críticas pesam sobre a criação de tais tribunais, entre elas, o fato de terem sido tribunais em que os vencedores julgaram os vencidos e, apesar de serem considerados tribunais de direitos humanos, por vezes, aplicaram a pena de morte. Ademais, foram tribunais que violaram o princípio da reserva legal e que tiveram o caráter *ex post facto*, não respeitando o princípio da anterioridade da tipificação penal, já que criados após a ocorrência dos fatos. Esses tribunais foram instituídos heteronomamente, ainda que pela comunidade internacional, muitas vezes sem o consentimento dos jurisdicionados e de seus governos, e desconsideraram a jurisdição interna dos países a que pertenciam os réus levados a julgamento.





Em 1995, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou um Comitê Preparatório do Anteprojeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional permanente incumbido de preparar um texto consolidado de uma convenção internacional que pudesse ser amplamente aceita e que tivesse o intuito de não cometer os mesmos erros dos tribunais antecessores.

Na Conferência Diplomática que ocorreu em Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, tal texto foi apresentado e aprovado o estatuto que constituiu o Tribunal Penal Internacional. Essa aprovação se deu por 120 votos a favor, 7 contrários (Filipinas, China, Israel, Índia, Sri Lanka, Turquia e Estados Unidos) e 21 abstenções.

O estatuto foi depositado em Nova York, e, no dia 11 de abril de 2002, foram atingidas as 60 ratificações necessárias. Assim, em 1^a de julho de 2002 o Tratado de Roma entrou em vigor, criando-se, pela primeira vez na história, um Tribunal Penal Internacional permanente, com personalidade jurídica própria e com jurisdição complementar sobre as pessoas responsáveis por crimes internacionais de maior gravidade, quais sejam: o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e a agressão, cometidos após a vigência do estatuto.

O Brasil assinou o tratado em 7 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002. O Estatuto de Roma foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo presidente da República em 25 de setembro de 2002, por força do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Segundo as conclusões dos estudos coordenados por Adriana Lorandi (2007, p. 19):

O Tribunal Penal Internacional (TPI) concretiza uma antiga aspiração da comunidade internacional de instituir uma jurisdição penal de caráter permanente, a fim de não deixar impunes as grandes atrocidades que afetam a humanidade em seu conjunto, como aconteceu repetidamente ao longo do século XX e ainda se verifica no século que se inicia. Tem o propósito de contribuir para dissuadir, quiçá inibir, futuros criminosos, de modo que nenhum governo, nenhum estado, nenhuma junta, nenhum exército e nenhuma milícia possam violar impunemente os Direitos Humanos.

O Tribunal Penal Internacional, por possuir caráter permanente e por ser decorrente de tratado, pode apenas decidir crimes previamente tipificados; sua competência não se restringe ao acompanhamento de uma situação específica, diferentemente do que ocorreu com os tribunais penais internacionais instituídos anteriormente. Também pelo fato de ter sido criado por tratado, é um tribunal internacional e não supranacional – ou seja, é resultado da vontade dos diversos Estados signatários –, que passa a ter competência para os crimes definidos no Estatuto de Roma depois que se verifica a incapacidade ou a falta de vontade do Estado





originalmente competente, uma vez que o referido estatuto respeita o princípio da complementaridade em relação às jurisdições nacionais, sendo claro o propósito de se dar preferência ao julgamento pelos tribunais nacionais. Também não se pode dizer que o Tribunal Penal Internacional seja um tribunal de guerra, pois sua competência surge quando cometidos o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra ou a agressão, praticados em situação de beligerância ou não.

Assim, como elencou Marrielle Maia (2001, p. 73-77), importantes princípios gerais do direito penal foram consagrados no Estatuto de Roma, quais sejam; *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; irretroatividade; responsabilidade internacional individual; exclusão de jurisdição sobre menores de 18 (dezoito) anos; irrelevância da função oficial; responsabilidade de comandantes e outros superiores; imprescritibilidade; necessidade de existência de elementos de intencionalidade; possibilidade de existência de circunstâncias que excluem a responsabilidade penal; não aceitação, como circunstância que exime de responsabilidade, de alegação de mero cumprimento de ordens superiores.

Tarciso Dal Maso Jardim (2000, p. 18), ao discorrer sobre a importância do Tribunal Penal Internacional para os direitos humanos, menciona:

Trata-se, realmente, de uma oportunidade de acabar com a seletividade na determinação de quem são os criminosos; de eliminar de forma definitiva o argumento de competência nacional exclusiva em matéria de proteção internacional da pessoa humana; de evitar ou sancionar o terrorismo estatal em matéria de direitos humanos e de direito humanitário, geralmente aliciados por atos de poder internos, como repressão militar ou leis de anistia; de construir no plano internacional, na matéria em tela, um suporte aos métodos de supervisão e investigação e um aprimoramento dos sistemas de petição ou comunicação; de representar o complemento dos sistemas regionais de direitos humanos (como o interamericano); de frear atitudes desumanas durante conflitos armados; de ser base para o princípio da legalidade ou simbolicamente representar o rechaço às grandes violações à dignidade humana.

Inegável é a importância de um Tribunal Penal Internacional permanente, formado pela conjunção de vontades de inúmeros países espalhados por todos os continentes dispostos a colaborar com a proteção aos direitos humanos. A globalização em todos os aspectos da vida em sociedade exige também a globalização da justiça e da proteção da condição humana, tarefas que o Estatuto de Roma, ao instituir o Tribunal Penal Internacional, pôs-se a cumprir.

2.2 As penas previstas pelo Estatuto de Roma

Em relação às penas, o artigo 77 do Estatuto de Roma previu, como penas principais, a privativa de liberdade limitada a trinta anos e a pena de prisão perpétua, sem que existisse, no entanto, a previsão de sanções específicas para cada crime.





Como se vê, a possibilidade de imputação de prisão perpétua restou consignada como penalidade atribuível pelo Tribunal Penal Internacional, não sem antes muitas discussões.

2.2.1 O debate durante as negociações

Durante os estudos que precederam a instituição do Tribunal Penal Internacional, grande celeuma existiu em relação à possibilidade de o Tratado de Roma prever as penas de morte e de prisão perpétua. A instituição da possibilidade desta última foi a forma encontrada para contentar tanto aqueles que nem sequer a admitiam como aqueles que aceitavam, inclusive, a pena de morte.

De acordo com os estudos coordenados por Adriana Lorandi (2007, p. 38-39), inúmeras discussões foram travadas entre os Estados que queriam estabelecer a pena de morte e os que não queriam que nem a pena de prisão perpétua constasse no rol de penas possíveis de imputação pelas decisões advindas do Tribunal Penal Internacional. No embate, existiam, basicamente, a corrente que desejava impor a pena de morte e a que não aceitava a prisão perpétua, embora também houvesse países que aceitavam a pena de prisão perpétua, mas não a de morte, e até os que aceitavam a pena de morte, mas não a prisão perpétua.

A primeira corrente, formada por vários Estados de sistema *common law* e islâmicos, cujos ordenamentos jurídicos já preveem a pena de morte, ponderava que o Estatuto de Roma estaria lidando com crimes internacionais extremamente graves, cuja repressão atenderia mais a finalidades retributivas do que à prevenção especial. Argumentavam ainda que não se poderia esperar qualquer tipo de socialização em relação, por exemplo, a um ex-ditador sanguinário ou a um chefe político ou militar responsável pelo extermínio em escala industrial de dezenas ou centenas de milhares de vítimas indefesas, acreditando na impossibilidade de ressocialização de criminosos capazes de cometer crimes contra a humanidade, de guerra, de agressão e/ou genocídio.

A outra corrente, em sentido diametralmente oposto, era formada por Estados, como o Brasil, que defendiam uma pena severa, porém com limites fixos. Argumentavam seus defensores que documentos das Nações Unidas, de longa data, já recomendavam a abolição da pena de morte nos Estados que a adotavam, bem como sugeriam que nenhum Estado a introduzisse em seu ordenamento jurídico, acreditando ser, portanto, um retrocesso no desenvolvimento do direito internacional a prescrição da pena de prisão perpétua por um órgão que visa proteger direitos humanos. Acrescentavam ainda que seus próprios ordenamentos jurídicos, quando não proibiam constitucionalmente a pena de morte, eram-lhe francamente hostis e, pelas mesmas razões, opunham-se com veemência à prisão perpétua, que, assim como a pena de morte, possui por premissa a irrecuperabilidade do indivíduo.





Ademais, assim como acrescenta Hakan Friman (1999), para os países defensores dessa segunda corrente, a instituição de pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma constituiria um obstáculo para a ratificação do tratado, uma vez que suas Constituições, ou outros instrumentos legislativos, baniam essa forma de penalidade, principalmente, por considerá-la desumana.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que existiam representantes de Estados¹ que clamavam por penas graves, como a de morte e a de prisão perpétua, por considerarem que o Tribunal Penal Internacional estaria lidando com os crimes internacionais mais graves de que se tem conhecimento, sendo, portanto, a severidade da punição um pré-requisito para a credibilidade do Tribunal, também existiam representantes de outros Estados² que manifestavam seu repúdio por essas penas, considerando que o tratamento dispensado aos autores dos delitos que estariam sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional deveria obedecer a padrões de humanidade, além da inevitável necessidade de reabilitação, que é essencial à execução humana das penas.

2.2.2 O compromisso codificado

Nesse contexto, verifica-se que a instituição da possibilidade de imposição de prisão perpétua aos condenados pelas decisões exaradas pelo Tribunal Penal Internacional foi uma opção política para conciliar tanto aqueles que não admitiam quanto aqueles que ainda consideravam legítima a possibilidade de imputação de pena de morte; foi o meio-termo encontrado para conciliar as duas correntes e possibilitar que o referido tribunal restasse instituído.

O objetivo era, antes de se estabelecer um tribunal perfeito e ideal, conseguir que tais Estados, apesar do multiculturalismo envolvendo os membros que estudavam os termos da instituição de um Tribunal Penal Internacional, pudessem convergir para uma única solução, possibilitando o maior número de adesões ao Estatuto de Roma e a consequente instauração de um Tribunal Penal Internacional permanente.

Apesar de ter sido imposta a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua, também restou consignada no estatuto sua excepcionalidade, bem como a obrigatória revisão desta pena após vinte e cinco anos, para que se possa verificar se ela deve ou não ser reduzida. Assim como anotado por Claus Krieb (2000, p. 128), o mecanismo de obrigatoriedade de revisão foi crucial para a

1 Entre os Estados que propugnavam pela pena de morte, podemos citar Ruanda, Arábia Saudita e outros países árabes, Serra Leoa, Cingapura, Trinidad e Tobago, além de outros países caribenhos.

2 Os Estados Unidos, embora admitam a pena capital em sua legislação interna, eram contra a possibilidade de o Tribunal Penal Internacional imputar penas de morte. Em relação à pena de prisão perpétua, uma minoria se opôs firmemente à sua instituição, entre eles, Brasil e Portugal, que, entretanto, restaram vencidos pela vontade da maioria.





obtenção de consenso, tendo sido apoiado pela maioria dos países cuja Constituição impedia a aplicação de prisão perpétua, possibilitando, assim, que tais Estados admitissem a imposição do encarceramento vitalício.

Também em relação à revisão obrigatória, segundo Dirk van Zyl Smit (2006, p. 12), a pena de prisão perpétua, após o período mínimo de vinte e cinco anos, depois do qual deverá existir uma reconsideração automática, foi adotada a partir de um compromisso exarado por aqueles que eram a favor das penas de morte e de prisão perpétua para com aqueles que possuíam objeções principiológicas em relação a esta. A determinação de revisão após vinte e cinco anos, de acordo com Helen Duffy (2001, p. 36), embora não signifique uma automática redução da pena imputada pela sentença do Tribunal Penal Internacional, trouxe um conforto substancial para aqueles países que acabaram por consentir na possibilidade de imputação de pena perpétua, que, então, por meio daquele mecanismo, poderá perder esse caráter.

A questão que se coloca é a de que a Constituição Federal brasileira proíbe a pena de prisão perpétua, enquanto o Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil, admite-a. Os próximos passos deste estudo serão no sentido de analisar a compatibilidade entre o Estatuto de Roma, no que tange à possibilidade de imputação de prisão perpétua, e o ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, inicialmente, há que se cotejar o *status* que os tratados internacionais de direitos humanos assumem ao ingressar na ordem jurídica interna.

3. Hierarquia entre tratados de direitos humanos e lei interna e *status* do Estatuto de Roma

A Constituição da República do Brasil de 1988 colocou a dignidade da pessoa humana no centro dos fundamentos da República, alargou a dimensão dos direitos e garantias fundamentais e determinou, pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Entretanto, não estabeleceu, de forma clara, qual a posição hierárquica do direito internacional perante o direito interno, deixando para a doutrina e a jurisprudência tal tarefa.

Muitos estudiosos do direito internacional, como Cezar Roberto Bittencourt, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Luiz Luisi, Luiz Roberto Basso, Fausi Hassam





e Kai Ambos, quando analisam a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua pelo Tribunal Penal Internacional, verificam se tal penalidade é compatível com o ordenamento jurídico pátrio.

Há alguns autores que entendem que, embora o Estatuto de Roma seja um acordo que, sistematicamente, pertence ao direito público internacional e não ao direito internacional de direitos humanos, ele protege, indiretamente, esses direitos humanos e a eles é complementar, pois se ocupa de seus violadores e das consequências de tais violações, protegendo, em última análise, direitos humanos.

Nesse sentido são os ensinamentos de Tarciso Dal Maso Jardim (2000, p. 31), para quem, embora o Tribunal Penal Internacional não seja exclusivamente um tribunal de direitos humanos, possui aspectos intrínsecos a estes, além de ir ao encontro do projeto constitucional brasileiro.

Há outros autores³, entretanto, como Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina (2006, p. 157-159) que, a nosso sentir, com mais razão, reconhecem a relação direta do Estatuto de Roma com os direitos humanos, defendendo que o Tribunal Penal Internacional é um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos:

É necessário apontar, ainda, que os dispositivos relativos aos Direitos Humanos encontram-se por todo o texto constitucional, e não meramente em pontos específicos. Por esse motivo, mostra-se crucial a afirmação da República brasileira em defender a formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos capaz de garantir e efetivar normas fundamentais internacionalmente reconhecidas. E, sendo o TPI um Tribunal dessa natureza, outra não poderia ser a posição do Estado brasileiro que não a sua resguarda e consequente aprovação. É também neste contexto que a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe inovações, reafirmando e elevando a posição de destaque dos Direitos Humanos no ordenamento pátrio, bem como da expressa adesão ao Tribunal Penal Internacional. [...] Sem dizer, ainda, na clara e anterior alusão de um Tribunal de Direitos Humanos propugnado pelo art. 7º do ADCT. Dado as características e a competência material do TPI, outro não seria o aludido Tribunal.

O termo direitos humanos deve ser entendido como a conjugação dos direitos naturais e fundamentais do homem, bem como seus poderes de autodeterminação. A função primordial dos direitos humanos, em todas as suas dimensões, é a de proteger o homem como indivíduo, cidadão e trabalhador, seja no exercício de suas liberdade, na sua esfera jurídico-individual, objetiva ou

3 Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan, Valério de Oliveira Mazzuoli, Eneida Orbage de Britto Taquary, André de Carvalho Ramos. Segundo este último autor, “o intérprete não pode deixar de reconhecer que este Estatuto insere-se no conjunto de tratados internacionais protetivos de direitos humanos” (Ramos, 2000, p. 255).





subjetiva, seja no exercício dos atributos decorrentes de sua personalidade ou de sua inserção na sociedade, a fim de que alcance uma vida digna e livre.

É de se considerar que a proteção aos direitos humanos é concebida de forma universal, daí a importância dos tratados dessa natureza na sua proteção e garantia desses direitos.

Com efeito, o Estatuto de Roma, ao dispor sobre a competência material do Tribunal Penal Internacional, determina a competência desse tribunal para julgar, ainda que subsidiariamente aos Estados-Partes, os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e os crimes contra a humanidade. Em assim sendo, a norma está protegendo bens jurídicos considerados direitos humanos, como o direito à vida, à integridade física, à autodeterminação dos povos, à paz, entre outros.

Nesse sentido, são elucidativas as conclusões de Eneida Orbage de Britto Taquary (2008, p. 246):

Vê-se que o Estatuto de Roma se caracteriza como tratado de direitos humanos porque visa promover a proteção do homem, apurando as violações dos referenciados direitos, não mais por meio de sistemas de proteção que impõem apenas indenizações ou reparações de danos, mas sanções penais, visando punir o criminoso, por quaisquer condutas descritas no art. 5º do Tribunal Internacional. Ao lado dos sistemas normativos de proteção aos direitos humanos, surge o TPI como sistema normativo de proteção dos direitos humanos, aplicando efetivamente uma sanção àquele que viola os direitos humanos, em situações de conflitos armados internos e internacionais.

É de se considerar ainda que o Estatuto de Roma também protege os direitos humanos dos acusados, garantido-lhes o devido processo criminal, a fim de possibilitar a adequada investigação, o processamento e a condenação dos responsáveis pelos crimes descritos no estatuto.

O Tratado de Roma possui regramentos de relevante proteção aos acusados, como o *nullum crimen sine lege*; a *nulla poena sine lege*; a irretroatividade; a exclusão de jurisdição sobre menores de 18 (dezoito) anos; a necessidade de existência de elementos de intencionalidade; a consideração de circunstâncias que excluem a responsabilidade penal. O estatuto também dispõe sobre o juiz natural, sobre o conteúdo e os limites de investigação do promotor, sobre os direitos do acusado no processo afirmando, em especial, a sua presunção de inocência, e também sobre a coleta de provas e oitiva de testemunhas. Também há que se mencionar que a proibição da pena de morte e a limitação da pena de prisão perpétua a casos excepcionais, admitindo, ainda, a possibilidade de revisão, acabam protegendo direitos humanos do condenado.





Assim, é possível sustentar que o Estatuto de Roma deve gozar do mesmo *status* conferido aos tratados de direitos humanos. O problema a ser enfrentado é que a estatura dos acordos internacionais de direitos humanos é controversa, porque a Constituição pátria é ambivalente nesse ponto.

Nesse contexto, em relação aos tratados de direitos humanos, sumariamente podemos dizer que existem quatro correntes que determinam a hierarquia de tais tratados perante o ordenamento interno, quais sejam: 1) hierarquia supraconstitucional; 2) hierarquia constitucional; 3) paridade hierárquica entre tratado e lei federal e 4) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.

3.1 Hierarquia entre tratados de direitos humanos e lei interna

3.1.1 Hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos

Para esta corrente, os tratados de direitos humanos que forem celebrados pelo Brasil, referendados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo presidente da República, ingressam no ordenamento com *status* supraconstitucional.

De acordo com o pensamento dos adeptos dessa corrente, os Estados já se comprometeram na ordem internacional e, por conta da grandiosidade dos direitos protegidos pelos tratados de direitos humanos, estes devem ser considerados superiores à própria Constituição do Estado signatário⁴.

Hildebrando Accioly é um defensor do ideário da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos⁵. Segundo o autor (ACCIOPLY apud PIOVESAN, 2008, p. 69):

realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se pode dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente. Daí pode dizer-se que, na legislação interna, os tratados ou convenções a ela incorporados formam um direito especial que a lei interna, comum, não pode revogar.

De fato, o raciocínio é lógico e está de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena, que dispõe que “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”,

4 A Constituição do Paraguai adota essa corrente.

5 Também possui o mesmo entendimento Vicente Marotta Rangel (apud Piovesan, 2008, p. 70), para quem “a superioridade do tratado em relação às normas de Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda* e o *civitas maximae est servanda*”.





já que o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional no livre exercício de sua soberania.

3.1.2 Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos

Para os defensores desta corrente, os tratados de direitos humanos, quando incorporados ao nosso ordenamento jurídico interno, assim o são com estatura de norma constitucional.

O argumento que nos é apresentado por eles perpassa pela crença de que a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, § 2º, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, estaria incluindo no rol de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados em que o Brasil fosse parte.

Nesse sentido⁶, leciona Flávia Piovesan (2008, p. 52):

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional⁷.

A Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º ao artigo 5º, que passou a dispor: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Com isso, parece admitir que,

6 Também nesse sentido é o entendimento de Pedro Dallari, Valério de Oliveira Mazzuolli, George Rodrigo Bandeira Galindo, Antônio Augusto Cançado Trindade. Corroborando o entendimento suprarreferido, dispõe Cançado Trindade (2000): “Por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se ipso facto ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter aplicação imediata, da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados”.

7 Importante que se diga que, para Flávia Piovesan, apenas os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional; os demais tratados internacionais possuem força hierárquica infraconstitucional, embora supralegal. A professora justifica seu posicionamento no fato de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um caráter especial em relação aos tratados internacionais comuns, uma vez que estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados Partes, enquanto aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre Estados pactuantes, objetivando a salvaguarda dos direitos humanos e não simplesmente das prerrogativas estatais.



para que os tratados sejam equivalentes às normas constitucionais, devem ter respeitado o quórum exigido pelo artigo 5º, § 3º.

Todavia, ainda há os que, como Flávia Piovesan, acreditam que o dispositivo é inócuo, uma vez que a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos já se extrai da interpretação conferida ao próprio artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Para ela (2008, p. 71), inclusive, seria mais adequado que a redação do aludido § 3º do artigo 5º confirmasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos já ratificados pelo Brasil, declarando sua hierarquia constitucional.

3.1.3 Paridade hierárquica entre tratado de direitos humanos e lei federal

Para os partidários desta corrente, os tratados, mesmo aqueles que versarem sobre direitos humanos, são incorporados na ordem interna com *status* de lei ordinária.

Entende-se que, pelo fato de o artigo 102, III, *b*, da Constituição Federal, dispor ser de competência do Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”, os tratados possuiriam a mesma hierarquia jurídica da lei federal.

O Supremo Tribunal Federal, desde 1977⁸, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, passou a admitir a derrogação de um tratado por lei posterior. Segundo observação de Amílcar de Castro, em que se fundamentou o ex-Ministro Cunha Peixoto, relator do referido recurso extraordinário, “tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna”.

Também no julgamento da ADI n. 1.480/DF⁹ restou consignado o entendimento segundo o qual os tratados internamente incorporados possuem *status* de lei ordinária:

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

O que se verifica é que o posicionamento do nosso Pretório Excelso vem sendo no sentido da possibilidade de superação de um tratado de direito

8 Antes dessa data, o Pretório Excelso consagrava o primado do direito internacional, reconhecendo que a lei – ainda que posterior – não teria o condão de revogar tratado de direito internacional.

9 ADI n. 1.480/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 8 ago. 2001.



internacional¹⁰ – ainda que seja relativo a direitos humanos –, em razão de edição de lei ordinária posterior, resolvendo a questão sobre o conflito entre tratado e direito interno por meio do critério da *lex posterior derogat priori*.

Em assim sendo, o Tribunal Pleno não reconhece prevalência hierárquica alguma entre tratados internacionais e leis internas, tornando, de tal forma, possível que um compromisso assumido na seara internacional seja revogado no âmbito do direito interno pela legislação ordinária posterior.

3.1.4 Hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados de direitos humanos

Atualmente, parece existir uma tendência de mudança no entendimento do STF, que passa a considerar que os tratados de direitos humanos – que não forem aprovados pelo Congresso Nacional nos moldes exigidos pela EC n. 45/2004 –, apesar de não possuírem hierarquia constitucional, possuem estatura supralegal.

No julgamento do RHC n. 79.785/RJ, que tratava sobre o alcance interpretativo do duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, entendeu o ex-Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Também no julgamento do RE n. 466.343, em 22 de novembro de 2006, que trata da inconstitucionalidade da prisão civil no caso de alienação fiduciária, o Ministro Gilmar Mendes, já sob a influência da inovação trazida pela EC n. 45/2004, reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos. De acordo com os Boletins Informativos do STF n. 449 e 456,

o Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da

¹⁰ Embora já existam indícios de uma mudança da posição do Supremo Tribunal Federal, passando este a reconhecer a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, conforme se exporá no tópico seguinte.





Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel¹¹.

3.2 Estatura do Estatuto de Roma e a proibição constitucional da pena de prisão perpétua

Com base na análise da hierarquia de tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, e dependendo da posição que se adote, diferentes conclusões podem tomar lugar.

Caso se entenda que os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores à Constituição, como o fazem Hildebrando Accioly e Vicente Marota Rangel, a questão de se saber se é possível o estabelecimento de encarceramento perpétuo torna-se de fácil solução, ao menos no plano abstrato. Para os defensores desta corrente, o Estatuto de Roma seria superior à Constituição Federal e, portanto, plenamente admissível que o Tribunal Penal Internacional pudesse imputar pena de prisão perpétua ao nacional brasileiro submetido à sua jurisdição. Aliás, por esse raciocínio, poder-se-ia admitir que a pena de prisão perpétua pudesse ser imputada até mesmo pelos órgãos judiciais brasileiros.

Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2004, p. 203) entende, entretanto, que, ainda que se considere que os tratados de direitos humanos sejam superiores à Constituição Federal, não há como ajustar esta às regras estabelecidas pelo Tribunal Penal Internacional. Segundo o autor, para a solução do conflito deve ser utilizada a regra da norma mais benéfica ao acusado, e, considerando que, no caso em apreço, nossa Carta Magna é mais benéfica, uma vez que proíbe a imposição de encarceramento perpétuo, é ela que deve prevalecer em detrimento do estabelecido pelo Estatuto de Roma. São dele as seguintes palavras:

Se for adotado o entendimento pela prevalência dos tratados de direitos humanos, poder-se-ia sugerir que o Tratado de Roma, por se encaixar nessa categoria, automaticamente e em todos os seus dispositivos, estaria incorporado à ordem jurídica interna. Tal posição, no entanto, no que tange à prisão perpétua, não encontra sustentação visto que norma internacional é menos benéfica que a norma nacional, o que contraria a própria lógica do preceito. Não

11 Também nesse sentido foi o HC n. 90.751/SC, rel. Min. Gilmar Mendes (DJ de 8 mar. 2007): “O meu entendimento é o de que, desde a ratificação dos referidos tratados, inexistente uma base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. É que o status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.





pode ter validade a norma que menos protege os direitos humanos, superando a mais protetora.

Essa também foi a posição adotada pelos estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) (AMBOS et al, 2006, p. 146), em coletânea que analisou as dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação do Estatuto de Roma pelos países da América Latina e pela Alemanha.

A questão assumirá maior complexidade caso entenda-se que os tratados de direitos humanos ingressam na ordem jurídica com *status* de lei ordinária ou infraconstitucional, mas supralegal ou mesmo com *status* constitucional.

Conforme visto, a maior parte dos estudiosos de direito internacional considera que um tratado de direitos humanos, aprovado e ratificado pelo Brasil, ingressa na ordem jurídica interna com hierarquia de norma constitucional. A jurisprudência, todavia, ainda atribui a tal tratado hierarquia de norma infraconstitucional, embora já exista uma tendência na nossa Suprema Corte em admitir o caráter supralegal – embora infraconstitucional – dos tratados de direitos humanos.

A partir desse raciocínio, autores como Cezar Roberto Bittencourt, Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Luiz Roberto Basso, Luiz Luisi, Fausi Hassam e Kai Ambos analisam as consequências jurídicas internas da ratificação do Estatuto de Roma a partir de seu ingresso no ordenamento brasileiro, estudando a compatibilidade entre a proibição constitucional da pena de prisão perpétua com a possibilidade de imputação dessa pena pelo Tribunal Penal Internacional.

O artigo 5º da Constituição da República Brasileira de 1988 é expresso em proibir a pena de prisão perpétua, razão pela qual muitos entendem ser inconciliável a submissão do nacional brasileiro ao Tribunal Penal Internacional a quem poderia ser imputada, ao menos em tese, a pena de prisão perpétua.

Cezar Roberto Bittencourt (2000, p. 46) não vê como conciliar Constituições de países que proíbem a pena de prisão perpétua com o Estatuto de Roma:

considerando sua função humanizadora e pacificadora das relações internas, o Tribunal Penal Internacional é uma instituição que precisa e deve ser prestigiada, reconhecida e acatada por todos os países democráticos, inclusive o Brasil. No entanto, por ora não passa de um sonho a acalantar, uma visão romântica da Justiça universal, posto que, nos termos em que se encontra, exigiria a reforma de dezenas de constituições de países democráticos, caracterizando retrocessos que negariam todas as conquistas iluministas. Assim será mais fácil revisar o Estatuto de Roma do que pretender a revisão de tantas constituições espalhadas pelo mundo, permitindo, por exemplo, a adesão ao Tribunal Penal Internacional com ressalvas.





Para o autor, a única forma de se conciliar o Estatuto de Roma à nossa Constituição Federal seria a reforma desta última, o que para ele seria um retrocesso, uma vez que a proibição de pena de prisão perpétua é uma conquista que privilegia a proteção a direitos humanos.

Luiz Roberto Basso (2006, p. 118), embora também compartilhe da opinião de que o Estatuto de Roma é incompatível com a ordem jurídica interna, acredita ser necessária a adaptação da legislação brasileira ao referido tratado, para possibilitar o pleno exercício da jurisdição pelo Estado brasileiro, bem como a perfeita cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Em texto publicado antes da ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil, Fauzi Hassam Choukr e Kai Ambos (2003, p. 4) também já externavam opinião no sentido de que a prisão perpétua é sanção que se choca com a Constituição Federal brasileira, que expressamente a proíbe, mencionando que já existiam esforços acadêmicos e políticos a fim de superar esse impasse, chegando a se pensar na adoção de uma provável emenda constitucional que contornasse a impossibilidade, permitindo que o Brasil viesse a ratificar o estatuto na forma em que se encontrava.

Também Carlos Eduardo Japiassú (2001, p. 8; 2003, p. 218) entende que o dispositivo do Estatuto de Roma que prevê a pena de prisão perpétua está em confronto com o estabelecido pelo artigo 5º, XLVIII, *b*, da Constituição Federal brasileira, que dispõe ser vedada a existência de penas de caráter perpétuo, tendo preferido o legislador constitucional a adoção de disciplina humanitária. Para o autor, não há como se ajustar a Constituição ao diploma aprovado em Roma, uma vez que não se pode cogitar de uma emenda constitucional que fira a cláusula pétrea do direito e garantia individual consagrado da Carta Magna que proíbe o perpétuo encarceramento.

Por fim, Luiz Luisi (2001, p. 369) é categórico em afirmar que “são, pois, insuperáveis as dificuldades que a infeliz previsão das penas perpétuas no Estatuto criou para a sua ratificação para muitos países, mormente porque inadmitiu a ratificação sem reservas”.

A professora Flávia Piovesan (1999, p. 8) pondera que a maioria vai negar a possibilidade de prisão perpétua, uma vez que ninguém pode ser simpatizante ou defender esse tipo de pena, no entanto, segundo ela:

nessa balança, tenho de optar, e esse conflito de valores deve ser solucionado à luz da condição, é essa pauta valorativa que nos vai orientar a detectar a racionalidade abraçada pelo sistema e a racionalidade da dignidade humana, essa é a alma do constitucionalismo de 1988. Portanto, com toda a convicção, entendo que a balança deve pesar em prol do direito à justiça, do combate à impunidade, quando se trata de crimes que afrontam a humanidade. Veja-se a questão da prisão perpétua – é uma hipótese da hipótese: a jurisdição nacional





não funcionou, não foi capaz de responder ao conflito; a questão chega ao Tribunal Internacional Criminal permanente e esse, em vez de se valer da regra geral, que é a pena privativa de liberdade de trinta anos, poderá, excepcionalmente, valer-se desse tipo de pena. Portanto, penso que nessa balança – e por isso entendo que a análise deva ser feita nesse contexto, e não apenas enfocando a prisão perpétua como instituto – temos de avaliar esse contexto e dar essa dimensão mais ampla.

De fato, aparentemente, reconhecer a impossibilidade de prisão perpétua é posição mais benéfica ao indivíduo, entretanto, não se pode esquecer que, no caso vertente, não há apenas um bem jurídico protegido. Se o violador possui o direito de não ser preso perpetuamente, existe uma pretensão punitiva da comunidade internacional em relação a grandes violadores de direitos humanos. Assim, a norma mais benéfica possui dois prismas: pode-se visualizá-la sob a ótica do réu, mas também sob a ótica da vítima. E, realmente, esta merece prevalecer, uma vez que é mais benéfica à proteção dos direitos humanos.

4. A atuação do Tribunal Penal Internacional e a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua

4.1 Atuação do Tribunal Penal Internacional em face do princípio da complementaridade

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional é complementar à do Estado onde ocorreu o fato criminoso ou à do Estado de nacionalidade do autor do crime, pois este é o responsável pela apuração dos crimes previstos no Estatuto de Roma.

Durante os trabalhos da Conferência Diplomática de Roma, de acordo com o relatado por Fábio Konder Comparato (2003, p. 449), existiram algumas propostas para a fixação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional; a liberdade, a ser conferida aos Estados-Partes, para aceitar ou rejeitar a jurisdição do referido tribunal; o regime do consentimento, proposto pela França, pelo qual seria necessária a aquiescência de todos os Estados-Partes envolvidos, no caso concreto; a jurisdição universal e direta do Tribunal Penal Internacional, proposta pela Alemanha. O que prevaleceu, todavia, foi uma proposta intermediária, apresentada





pela Coreia do Sul, para elaboração de um sistema complexo, de jurisdição complementar. Como regra geral, cada Estado aceitará de pleno direito a jurisdição do Tribunal Penal Internacional subsidiariamente à sua própria jurisdição.

Nota-se esse caráter complementar do Tribunal Penal Internacional já no preâmbulo do Tratado de Roma, onde restou consignado: “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”. E o artigo 1º é enfático ao estabelecer:

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e *será complementar às jurisdições penais nacionais*. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto. [g. n.].

Diferentemente do que ocorreu com os Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, que adotaram o princípio da primazia, dispõe o Estatuto de Roma que o Tribunal não exercerá sua jurisdição caso um Estado, que seja competente para investigar, processar e julgar o agente responsável pelo crime, assim proceda.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional apenas substitui a de seus Estados Partes em caso de omissão ou incapacidade para a apuração regular do fato. Nesse contexto, o Tribunal não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que permanecem com a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes cometidos por seus nacionais, salvo nas exceções mencionadas.

Assim, apenas se o Estado, que possui jurisdição primária sobre o caso, não tiver condições de apurar o fato ou demonstrar que não tem interesse em fazê-lo é que surge a jurisdição subsidiária do Tribunal Penal Internacional.

Pode-se dizer que a falta de interesse em apurar as infrações criminosas é verificada se o Estado, com jurisdição sobre o caso, tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa. O § 2º do artigo 17 do Estatuto de Roma menciona as circunstâncias em que se pode determinar se há ou não vontade do Estado-Parte em agir num determinado caso. São elas: o processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça; o processo não ter sido ou não estar a ser conduzido de maneira independente ou imparcial e ter estado ou estar a ser conduzido de uma





maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça.

E, a fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, de acordo com o § 3º do mencionado artigo, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer o arguido, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não está, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Em decorrência da característica da complementaridade e tendo em vista que a jurisdição doméstica é primária em relação à do Tribunal Penal Internacional, nascem para os Estados Partes dois direitos: 1) o de serem notificados sobre eventual investigação, para que possam, assim, informar sobre o exercício de sua jurisdição sobre aquele caso, o que, de pronto, obstaria a atuação do Tribunal, e 2) o direito de, amparado pela primazia de sua competência, impugnar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, expediente que, entretanto, apenas poderá ser utilizado uma única vez.

Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina (2006, p. 91-92) elencam algumas vantagens trazidas pela adoção do princípio da complementaridade, mencionando que é no Estado em que ocorreu o crime onde o conjunto probatório se mostra mais acessível, de modo a facilitar as investigações e o próprio julgamento, bem como reduzir os custos do processo; a complementaridade fortalece a busca pela proteção das soberanias estatais, uma vez que cada Estado pode desativar a competência do Tribunal Penal Internacional assumindo a persecução penal de forma eficaz; o mecanismo da complementaridade permite que o Tribunal Penal Internacional permaneça com sua estrutura limitada, atuando apenas em casos excepcionais, devendo a maioria dos processos criminais ater-se às Cortes nacionais; por fim, destacam o desenvolvimento do direito penal, uma vez que os Estados que ratificam o Estatuto de Roma não apenas admitem a possibilidade de persecução penal internacional em relação aos crimes considerados mais graves para a humanidade, como também acolhem a persecução desses crimes como tarefa nacional de máxima prioridade, desenvolvendo, assim, mecanismos processuais eficazes, os quais são capazes de aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, que passam, também, a ser crimes integrantes do direito interno dos Estados-Partes.

Aliás, o desenvolvimento da legislação e do aparato estatal para investigar, perseguir e punir os crimes elencados pelo Estatuto de Roma é, para Gilberto Vergne Sabóia (2000, p. 8), a mais importante contribuição trazida pelo tratado:

É mediante a complementaridade que o TPI poderá, a longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e proces-





suais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto.

É de se considerar também que o princípio da complementaridade possui o condão de eliminar o temor daqueles que acreditavam que o Tribunal Penal Internacional pudesse subjugar a Nação ou se sobrepor à jurisdição nacional. Assim, a jurisdição do Tribunal só encontra lugar se o Poder Judiciário do Estado onde ocorreu o fato criminoso ou o Estado de nacionalidade do autor do crime não quiser ou não puder atuar.

O artigo 80 do Estatuto de Roma explicita o conteúdo do princípio da complementaridade ao dispor sobre a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos:

Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação de Estados que não preveja as penas referidas neste Capítulo.

Flávia Piovesan (1999, p. 6-7) enfatiza a proteção trazida, pelo princípio da complementaridade, à soberania de cada Estado-Parte:

Tendo em vista o Princípio da Complementaridade e da Soberania, insisto neste ponto: essa sistemática é uma garantia adicional de proteção. Cabe ao Estado – isso está repetido dezenas de vezes nesse Estatuto – a responsabilidade primária com relação aos direitos humanos. A comunidade internacional e, por sua vez, esse Tribunal têm a responsabilidade subsidiária e complementar acionável quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas na proteção dos direitos humanos.

Verifica-se que cada Estado-Parte possui a própria legislação interna e seus instrumentos de persecução criminal como mecanismos eficientes para evitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, capazes de provocar, de tal forma, o insulamento do direito penal internacional em face do direito penal interno. Para tanto, é imperioso que os crimes previstos no artigo 5º do Estatuto de Roma sejam investigados e que seus responsáveis sejam punidos na órbita interna do Estado onde ocorreu o fato delituoso ou do Estado da nacionalidade do autor do crime.

Nesse sentido foram as conclusões de Maria Patrícia Vanzolini (2007, p. 258):

Para evitarem a ingerência do Tribunal Penal Internacional, os Estados-Partes serão obrigados a, em primeiro lugar, prevenir e coibir o cometimento dos crimes elencados, em seu território ou por seus nacionais e, em segundo lugar, aperfeiçoar seu aparato legislativo e judiciário para que eventuais violações jamais fiquem impunes. Com isto, evita-se a jurisdição internacional e em contrapartida aperfeiçoa-se a jurisdição interna, situação que seria, sem dúvida, altamente desejável.





Por fim, impende mencionar que, quando instada a se manifestar sobre a compatibilidade entre a Constituição da Costa Rica, que em seu artigo 40 estatui que ninguém pode ser sujeito a punições perpétuas, e os artigos 77 e 78 do Estatuto de Roma, a Corte Internacional valeu-se do princípio da complementaridade para formar sua conclusão. Considerou que a constitucionalidade dos mencionados artigos pode ser mantida, uma vez que, assim como determina o artigo 80 do Tratado de Roma, nada naquele estatuto afeta a aplicação, pelos Estados, das penalidades prescritas em sua legislação nacional nem mesmo na legislação dos Estados que não determinam as penalidades prescritas naquele estatuto (COMITE INTERNACIONAL GENEVE, 2003, p. 9), utilizando-se, de tal maneira, a característica da jurisdição complementar, conferida ao Tribunal Penal Internacional, como argumento para defender a compatibilidade entre as opostas normatizações.

Conclui-se, portanto, que a atuação do Tribunal Penal Internacional é subsidiária à atuação do Estado-Parte. No caso brasileiro, e no que diz respeito ao tema objeto desse estudo, a possibilidade abstrata de imputação de pena de prisão perpétua apenas surgirá se os órgãos do Poder Judiciário brasileiro não puderem ou não quiserem apurar os fatos criminosos, elencados no artigo 5º do Estatuto de Roma, e/ou processar e julgar os autores desses delitos.

4.2 Pena de prisão perpétua: possibilidade de imputação pelo Tribunal Penal Internacional

A despeito da posição dos estudiosos mencionados na seção anterior, há autores que não analisam a possibilidade de imputação de prisão perpétua cotejando o Estatuto de Roma com a ordem jurídica interna, mas sim identificando duas ordens distintas, a interna e a internacional.

Antonio Cassese (2003, p. 361) critica a concepção – típica da comunidade westfaliana – de que os Estados soberanos não confiam uns nos outros e não possuem escopo e propósito universais e acabam buscando refúgio em suas provisões constitucionais para recusar o cumprimento de um acordo celebrado em âmbito internacional. Segundo o autor:

[...] em virtude de um princípio legal internacional bem estabelecido, os Estados não deveriam invocar sua legislação nacional, nem mesmo constitucional, para se furtar a cumprir uma obrigação internacional. Essa objeção é, naturalmente, tradicionalista. A outra, no entanto, é inovadora. Ela determina que, acima de tudo, as regras constitucionais em questão somente se aplicam para as relações entre Estados soberanos, e não para as relações entre um Estado e uma corte internacional. As primeiras relações são baseadas no princípio da igualdade formal, enquanto as últimas são hierárquicas por natureza.





A lição de Antonio Cassese é esclarecedora, uma vez que toca num dos pontos principais para se solucionar a questão sobre a compatibilidade da Constituição Federal brasileira de 1988, que proíbe a pena de caráter perpétuo, e o Estatuto de Roma, que admite tal penalidade. Invocar preceitos constitucionais internos para se eximir de uma obrigação assumida em âmbito internacional seria fruto de uma concepção tradicionalista do conceito de soberania, que considera existir um poder maior advindo da soberania de um Estado, ainda que para exercê-lo seja necessário ferir regras pactuadas no cenário internacional.

No mesmo sentido também, Hildebrando Accioly (2008, p. 218) entende que “a própria lei constitucional não pode isentar o estado de responsabilidade por violação de seus deveres constitucionais”. É de se considerar que a noção de soberania, hodiernamente, vem sendo relativizada. Na visão política atual, a ideia que associava soberania a territorialidade não mais encontra lugar. De acordo com Abram Chayes (apud PIOVESAN, 1999, p. 4), a soberania consiste atualmente em uma conjuntura de cooperação internacional em prol de finalidades comuns, em que o Estado não é mais aquele ente supremo, independente em todas as esferas e com um poderio absolutamente incontestável, mas sim um membro da comunidade que é o sistema internacional. Aliás, para Chayes, seria um ato de soberania – já adequada ao conceito moderno – a própria participação do Estado na comunidade internacional.

Eduardo Gomes Freneda (2007, p. 73) também enfrenta a questão e considera ser necessária a absoluta prevalência da dignidade humana dentro de um cenário mais democrático e igualitário, uma vez que este vive hoje uma crescente conscientização em torno da busca pela soberania compartilhada, ao menos em prol do espectro humanitário, mesmo porque os entendimentos contrários podem levar a uma ruptura institucional e, principalmente, a um colapso entre as relações internacionais.

Na verdade, o que precisa ser entendido é que a proteção efetiva dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras, além das barreiras das nacionalidades, não havendo que se justificarem os desrespeitos à dignidade humana local, escondendo-se no manto da alegação de que a soberania nacional estaria sendo ofendida ou suplantada. Nesse contexto, verifica-se a vital importância da instituição de um Tribunal Penal Internacional permanente, voltado para a proteção complementar de direitos humanos que deixaram de ser protegidos na seara interna do Estado competente.

Outro ponto relevante levantado por Antonio Cassese é o fato de que as regras constitucionais somente se aplicam para as relações entre Estados soberanos e não para as relações entre um Estado e uma Corte Internacional, mormente quando aquele Estado aceitou a jurisdição desta Corte.





Independentemente do modo de incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, devemos interpretar o dispositivo do Estatuto de Roma que prevê a prisão perpétua, a partir do princípio da especialidade e considerando que tal previsão é facultada ao Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma prevê a possibilidade de o Tribunal Penal Internacional imputar, em casos excepcionais justificados pela gravidade dos crimes e/ou pelas circunstâncias individuais do criminoso, a pena de prisão perpétua. É de se considerar que tal pena será imputada pela referida Corte Internacional e não por órgão do Poder Judiciário brasileiro. Ocorre que a Constituição Federal brasileira, ao proibir a pena de prisão perpétua, endereça tal proibição aos órgãos internos e não a órgãos internacionais.

Em assim sendo, o dispositivo do Estatuto de Roma que possibilita a imposição de prisão perpétua é especial em relação ao dispositivo da Constituição da República do Brasil, que proíbe a imposição de tal penalidade, e destinado a outra jurisdição, qual seja, a internacional. Aquele há de ser aplicado pelo Tribunal Penal Internacional ao exercer sua competência complementar, nos específicos crimes de genocídio, de lesa humanidade, de guerra ou de agressão, enquanto a proibição de determinação de encarceramento perpétuo é dirigida aos poderes internos brasileiros.

Da mesma forma, explicita Sylvia Helena F. Steiner (2000, p. 38):

[...] vejo que o constituinte, ao formular o elenco de direitos e garantias previstos no art. 5º, mais especificamente o regime penal nas regras dos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, não poderia ter em conta senão as relações entre o Estado, por meio de seus órgãos repressivos, e o indivíduo que, nos termos do princípio da territorialidade, houver cometido delito no território nacional ou nas suas extensões, como previsto em lei. As normas de Direito Penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida que o constituinte vê na justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o País se vincule por força de compromissos internacionais.

O que se percebe é que a aplicação dos dispositivos do Estatuto de Roma deve ser efetuada pelo Tribunal Penal Internacional e não pelos órgãos de jurisdição interna dos países signatários do referido tratado, razão pela qual as aprovações e promulgações do Estatuto de Roma pelos órgãos legiferantes internos dos Estados signatários não implicam a transformação da ordem jurídica interna de cada Estado-Membro. Os Estados signatários do tratado que não possuem em sua legislação interna dispositivo normativo que permita a aplicação da pena de prisão perpétua não estão obrigados a adotar internamente a possibilidade dessa penalidade.





Em igual sentido é o magistério de Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2000, p. 15):

A proteção constitucional da pena de caráter perpétuo restringe apenas o legislador interno brasileiro. Não constrange nem legisladores estrangeiros, nem aqueles que labutam na edificação do sistema jurídico internacional. [...] Parece-me, pois, convincente a tese que sustenta a colisão entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República, no que diz respeito à pena de prisão perpétua, é aparente, não só porque aquele visa a reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas porque a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida ao legislador interno para os crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional.

Helen Duffy (2001, p. 15) também possui o mesmo posicionamento, entendendo que, dentro de uma Corte Internacional, que está exercendo uma jurisdição internacional sobre crimes que são, por natureza, internacionais, dispositivos nacionais não são mais um critério a ser levado em consideração.

Importante que se diga que o próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 80, enuncia expressamente a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos, ressalvando que nada prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no estatuto.

Assim, não é preciso que o Brasil altere sua Constituição Federal para evitar uma violação de direito internacional público nem é preciso denunciar o Estatuto de Roma para que a Carta Magna reste preservada. Não será necessário que o país signatário do Estatuto de Roma, que não possua previsão de prisão perpétua, tenha que ajustar sua legislação, uma vez que a pena de encarceramento perpétuo é destinada apenas a ser imposta no âmbito no Tribunal Penal Internacional.

O Supremo Tribunal Federal ainda não teve a oportunidade de analisar caso algum relativo à transferência de nacionais para o Tribunal Penal Internacional em que poderia ser imputada ao criminoso a pena de prisão perpétua, já o fez, entretanto, com relação a pedidos de extradição em que, no país requerente, havia a previsão de imputação de tal penalidade.

A posição da Corte Suprema sofreu alteração com o passar dos anos. No julgamento da Extradição n. 426¹², o Pretório Excelso admitia a extradição de condenado à pena de prisão perpétua sem que houvesse a necessidade de comutá-la, considerando que a esfera da nossa lei penal seria apenas interna e, se somos benevolentes com nossos delinquentes, não podemos impor o mesmo

12 RTJ-115/969.





tipo de benevolência aos países estrangeiros, conforme se percebe a partir da ementa a seguir:

EXTRADIÇÃO. EXTRADITANDO FORAGIDO. PRISÃO PERPÉTUA. DEFERIMENTO. 1. PROCESSO QUE REÚNE AS CONDIÇÕES À ENTREGA DO EXTRADITANDO. 2. ENTENDE O TRIBUNAL, POR SUA MAIORIA, IMPROCEDENTE A ALEGAÇÃO DE RESSALVA PARA A COMUTAÇÃO DE PRISÃO PERPÉTUA EM PENA LIMITATIVA DE LIBERDADE, POR FALTA DE PREVISÃO NA LEI OU NO TRATADO. 3. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO.

O mesmo raciocínio, por ilação, era utilizado por estudiosos no sentido de deduzir que a Magna Corte, quando instada a tratar da entrega ao Tribunal Penal Internacional, também iria deferir o pleito, apesar da possibilidade de imputação, por parte daquele tribunal, de pena de prisão perpétua.

Nesse sentido, lecionava Flávia Piovesan (2003, p. 448) que, “considerando-se o maior rigor devido à extradição em relação à entrega, tem-se que o entendimento pela possibilidade de extradição a países que adotem a pena de prisão perpétua pode ser aplicado também à entrega ao Tribunal Penal Internacional”.

Entretanto, no dia 26 de agosto de 2004, ao julgar o pedido de Extradição n. 855¹³, requerido pela República do Chile, o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento. A Corte deferiu o pedido para extraditar o condenado àquele país¹⁴, entretanto, impôs como condição a imperiosidade de serem comutadas as penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária no limite de trinta anos de reclusão, conforme se percebe pelo o trecho da ementa do acórdão a seguir:

Extradição – Atos delituosos de natureza terrorista – Descaracterização do terrorismo como prática de criminalidade política – Condenação do extraditando a duas (2) penas de prisão perpétua – Inadmissibilidade dessa punição no sistema constitucional brasileiro (CF, art. 5º, XLVII, b) – Efetivação extradicional dependente de prévio compromisso diplomático consistente na comutação, em penas temporárias não superiores a 30 anos, da pena de prisão perpétua – Pretendida execução imediata da ordem extradicional, por determinação do Supremo Tribunal Federal – Impossibilidade – Prerrogativa que assiste, unicamente, ao presidente da República, enquanto chefe de Estado – Pedido deferido, com restrição. O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. [...] Extradição e prisão perpétua: necessidade de prévia comutação, em pena temporária (máximo de 30 anos), da pena de prisão perpétua

13 Extradição n. 855, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1º jul. 2005.

14 O chileno Mauricio Hernandez Norambuena foi condenado – por participar do assassinato do Senador Jaime Guzmán, em abril de 1991, e do sequestro de Cristián Del Río, filho do dono do jornal El Mercurio, entre setembro de 2001 e fevereiro de 2002 – a duas penas de prisão perpétua, pela prática de crimes de extorsão mediante sequestro, formação de quadrilha e tortura.



- Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em obediência à declaração constitucional de direitos (CF, art. 5º, XLVII, *b*).
- A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradiçionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva. [...]

Não se pode deixar de criticar a posição do Tribunal Pleno, que, a partir do julgamento da supramencionada Extradição n. 855, passou a exigir que tribunais estrangeiros respeitassem limites de imposição de pena insertos na legislação brasileira. O raciocínio, *data venia*, não merece se sustentar, pois beneficia criminosos que sabiam dos limites das penas de seus países e, ainda sim, optaram por transgredir a legislação estrangeira e, posteriormente, refugiaram-se no Brasil para conseguir o benefício indevido.

É de se considerar ainda que, com essa decisão, a Corte Suprema, em seu juízo de delibação, acabou por adentrar no mérito da questão, perquirindo a respeito de quais penalidades deve um país impor ou deixar de fazê-lo, desrespeitando, de tal forma, a prerrogativa deste ente soberano em aplicar a justiça em seu território, além de ferir princípios da nossa própria Constituição Federal que regem as relações internacionais, tais como a não intervenção, a igualdade entre os Estados e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Ademais, o Estatuto do Estrangeiro – Lei n. 6.815/1980 – ao reger a matéria condiciona a extradição ao compromisso do Estado requerente em comutar apenas a pena corporal ou de morte em pena privativa de liberdade, restando silente quanto à necessidade de limitação da pena privativa de liberdade a trinta anos¹⁵.

Luiz Augusto Módolo de Paula (2007) tece apropriadas críticas em relação à nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

Com a recente decisão do STF na Extradição n. 855, o Brasil mais uma vez se credencia como potencial éden de criminosos, abrindo nosso território para foragidos em busca de impunidade. Qualquer condenado à prisão perpétua, pelo mero fato de ingressar em território nacional, se aqui for preso e tiver sua extradição pedida, ganhará o direito de cumprir apenas o máximo da pena privativa de liberdade

15 “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: [...] III – de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação”.



prevista no Brasil (30 anos de reclusão, art. 75 do Código Penal), em que pese não ter sido aqui cometido o crime e nem possuir o extraditando maiores ligações com nosso país. Por si só, a decisão estimulará a vinda de condenados à prisão perpétua ao Brasil, pois ganharão um beneplácito supremo de reduzir a sua pena a trinta anos de reclusão, caso sejam enviados de volta a seus países. [...] a Carta Magna é para aplicação em nosso território. E a decisão de não permitir a extradição de condenados na hipótese em discussão transforma o Brasil num censor do ordenamento jurídico dos demais Estados do mundo, uma espécie de “polícia global” cuja missão é recriminar a prisão perpétua, sem tratado ou autorização para tal, e à revelia da ordem internacional. É indevida intromissão em assuntos da ordem interna dos países com os quais o Brasil se relaciona.

Todavia, impende esclarecer que o instituto de que trata o Estatuto de Roma é o da entrega e não o da extradição.

O próprio Tratado de Roma, em seu artigo 102, faz a diferenciação, considerando que, por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do Estatuto de Roma, e, por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2005, p. 68) também diferencia os dois institutos:

Daí estar correto o entendimento de que o ato de entrega é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido desde, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo nesse último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2000, p. 14) leciona que a entrega não pode ser comparada à extradição, na medida em que o Tribunal Penal Internacional é órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, uma vez que reprime crimes contra o próprio direito internacional.

A distinção é de suma importância, pois há que se ter em mente que a entrega se faz de um país para um tribunal internacional, que o próprio país ajuda a formar a soberania, tendo em conta ser ele signatário do Estatuto de Roma. O Tribunal Penal em questão se constitui em órgão internacional, criado pelos próprios Estados signatários do Tratado de Roma, por meio de consentimento. Já





a extradição é mecanismo de cooperação internacional em que um país transfere o extraditando a outro poder soberano.

Nesse sentido são os ensinamentos de Tarciso Dal Maso Jardim (2000, p. 31):

não se trata do antigo instituto da extradição, que se reporta a entrega de uma pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma jurisdição à outra. Trata-se de entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir.

Com efeito, um Estado, quando reconhece a jurisdição de um tribunal internacional, não forma uma entidade soberana e autônoma, e sim uma entidade que consistirá na extensão de seu poder soberano e que refletirá a intenção conjunta de inúmeros Estados no sentido de colaborar para a consecução de uma finalidade comum, qual seja, a realização da justiça universal.

O Tribunal Penal Internacional, apesar de ser um tribunal distinto de todos os tribunais da jurisdição brasileira, é um tribunal a que o Brasil reconhece a jurisdição, uma vez que, além de ser signatário do Estatuto de Roma, referido tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo presidente da República.

Embora entendamos que, mesmo quando se trate de extradição, a determinação exigida pelo Supremo Tribunal Federal de se comutar a pena de prisão perpétua em privativa de liberdade limitada a trinta anos é indevida e extrapola os limites do juízo de delibação, esperamos que a Magna Corte compreenda as peculiaridades do instituto da entrega, quando instada a se manifestar sobre ele, e não aplique o mesmo entendimento exarado, por ocasião de requerimentos de extradições, a partir do julgamento da Extradição n. 855.

Aliás, o artigo 91, § 2º, c, do Estatuto de Roma indica que os requisitos necessários para a entrega devem, se possível, ser menos rigorosos do que os exigidos para a extradição, em face da natureza específica de que se reveste o Tribunal Penal Internacional.

Dessa forma também é a conclusão, já supramencionada, da professora Flávia Piovesan (2003, p. 448), para quem a extradição deve possuir maior rigor em relação à entrega.

É de se considerar também que essa aparente antinomia existente com relação à previsão de pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma e à proibição pela ordem jurídica interna não é um problema enfrentado apenas pelo Brasil. A questão atormenta também esses diversos outros países signatários do referido tratado.

O Tribunal Penal Internacional ainda não foi instado a analisar sobre a compatibilidade entre a Constituição Federal brasileira e o Estatuto de Roma, mas já o fez em relação às Constituições da Espanha, do Equador e da Costa





Rica, que possuem, por princípios, a reabilitação e reintegração social dos condenados, concluindo pela compatibilidade entre estas e o referido tratado.

Quando da análise de eventual contrariedade ao artigo 208 da Constituição equatoriana, que, embora não contenha a proibição expressa de prisão perpétua, estatui que os principais objetivos do sistema penal equatoriano são a reforma, a reabilitação e a reintegração à sociedade daqueles que cometeram qualquer tipo de crime, a Corte considerou que, uma vez que o artigo 110 do Estatuto de Roma determina uma automática revisão das sentenças de prisão perpétua, estas não podem ser consideradas, na prática, sentenças de prisão perpétua (COMITE INTERNACIONAL GENEVE, 2003, p. 10).

Também em relação à Constituição espanhola, restou consignado que o artigo 110 do Tratado de Roma, para a revisão das sentenças, denota um princípio geral que tende a colocar limites temporais nas penalidades impostas, estando, portanto preservados os requisitos do artigo 25 da Constituição da Espanha, que determina que as sentenças que restringem a liberdade pessoal devem ser orientadas em direção à reabilitação e reintegração social (IBIDEM, p. 8).

Aliás, esse foi o argumento utilizado pela Itália, na ratificação do Estatuto de Roma, que expôs, por intermédio de seus porta-vozes, que, uma vez que o artigo 110 do mencionado tratado prevê a obrigatoriedade de revisão após o transcurso do prazo de vinte e cinco anos, com a possibilidade de redução, não se pode considerar que se trata de pena de encarceramento perpétuo.

De fato, o artigo 110 do Estatuto de Roma dispõe que, se o condenado se mostrar merecedor, poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua. O Tribunal terá a faculdade de decidir sobre redução de pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se a tal respeito.

No caso de haver sido imposta a pena de prisão perpétua, após vinte e cinco anos de prisão, o Tribunal Penal Internacional reexaminará a pena para determinar se é possível a sua redução. Em tal reexame, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das seguintes condições: a pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; a pessoa condenada tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaiam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefícios das vítimas; outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena.

Em relação à Constituição da Costa Rica, seu artigo 40 estatui que ninguém pode ser sujeito a punições perpétuas. Assim, os artigos 77 e 78 do Estatuto de Roma poderiam, à primeira vista, contrariar o referido artigo 40. A Corte considerou, entretanto, que a constitucionalidade dos artigos 77 e 78 do Estatuto de Roma





pode ser mantida, uma vez que, assim como determina o artigo 80 do mesmo instrumento internacional, nada naquele estatuto afeta a aplicação, pelos Estados, das penalidades prescritas em sua legislação nacional nem mesmo na legislação dos Estados que não determinam as penalidades prescritas naquele estatuto (COMITE INTERNACIONAL GENEVE, 2003, p. 9), ressaltando, de tal forma, a característica da jurisdição complementar conferida ao Tribunal Penal Internacional.

Acreditamos que outro não será o resultado da exegese em relação à compatibilidade da Constituição Federal brasileira e o Estatuto de Roma, caso essa consulta seja feita ao Tribunal Penal Internacional, uma vez o dispositivo constitucional brasileiro que proíbe a pena de prisão perpétua possui a mesma essência dos dispositivos supramencionados das Constituições da Espanha, do Equador e da Costa Rica, já declarados compatíveis pelo Tribunal Penal Internacional.

Ademais, a própria Constituição Federal brasileira, a exemplo das Constituições de França e Bélgica, parece declarar sua compatibilidade com o Estatuto de Roma ao dispor em seu artigo 5º, § 4º, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos seguintes termos: “Art. 5º [...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Entretanto, ainda que se admita que as normas estabelecidas pelo Estatuto de Roma também devem ser compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, o que se admite apenas para argumentar, podemos afirmar que tal compatibilidade se verifica. Ainda que se ignore a dualidade de jurisdições e de regras relativas a elas e se considere que o caso deva ser solucionado a partir da análise sobre o fato de a previsão de prisão perpétua ser compatível com o ordenamento jurídico nacional, devemos ter em mente que a ratificação do Estatuto de Roma vai ao encontro dos princípios adotados pela Carta Magna brasileira.

De acordo com Helen Duffy (2001, p. 16), a contribuição que o Tribunal Penal Internacional irá trazer para o avanço dos direitos humanos não pode ser ignorada. Assim, sugere a autora que confrontações sobre a compatibilidade constitucional do Tratado de Roma devam ser analisadas à luz da totalidade dos valores em jogo. As Constituições, e os valores que elas representam, serão mais bem servidas pela ratificação do Estatuto de Roma do que pela sua negativa. Qualquer interpretação da Constituição que militar contra a responsabilização por genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade deve ser considerada inconsistente quando relacionada com os objetivos básicos constitucionais.

Ademais, impende esclarecer que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XLVII, *a*, prevê a possibilidade de pena de morte, para os crimes cometidos em tempo de guerra. Também o Código Penal Militar traz um rol de delitos punidos com tal pena. De tal forma, é imperioso concluir que, se





nossa legislação interna prevê pena muito mais severa do que aquela trazida pelo Estatuto de Roma, não há que se falar que a possibilidade de prisão perpétua fere o conjunto de normas e princípios constitucionais.

Dessa forma também conclui Sylvia Helena F. Steiner (2000, p. 38):

[...] reforça-se a idéia de que a previsão restritiva à pena de prisão perpétua, dirigida ao legislador ordinário interno, não oferece resistência à apenação de crimes internacionais, em tudo assemelhados aos crimes cometidos em tempo de guerra – aqui compreendidas as situações de conflito previstas no Estatuto do TPI – que poderiam inclusive, na legislação interna, serem punidos com a pena capital.

Conclui-se, portanto, que no âmbito do direito interno brasileiro, é impossível se aplicar a pena de prisão perpétua, uma vez que nossa Constituição veda a imposição de tal penalidade, entretanto, resta a possibilidade de que esta seja aplicada, por óbvio, por tribunais estrangeiros e também em decisões advindas de tribunais internacionais.

5. Considerações finais

O Estatuto de Roma, ao instituir o Tribunal Penal Internacional e ao conferir-lhe a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua, criou um aparente problema perante todos os Estados que, em suas legislações internas, proibiam penalidades dessa natureza.

Além das discussões que antecederam a previsão abstrata, pelo Estatuto de Roma, da pena de encarceramento perpétuo, novas discussões começaram a existir na análise da compatibilidade do Tratado de Roma com o ordenamento jurídico interno de cada país signatário.

Com o Brasil não se deu de forma diversa. Mesmo antes da aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e da promulgação pelo presidente da República, em 25 de setembro de 2002, os doutrinadores já começaram a concluir sobre a compatibilidade ou incompatibilidade do Estatuto de Roma para com a Constituição da República.

Partindo do pressuposto de que, quando um tratado é aprovado, ingressa na ordem jurídica interna, muitos autores não veem como o Estatuto de Roma pode conciliar-se com a Constituição no que tange à pena de prisão perpétua, uma vez que tal proibição, instituída pela Constituição brasileira, possui o *status* de cláusula pétreia.





Ainda que se pudesse pensar em reformar a Constituição brasileira, tal reforma seria um retrocesso que negaria todas as conquistas iluministas de proteção aos direitos humanos. Entre esses autores, há a visão de que, para a proteção dos direitos humanos, far-se-ia necessária a reforma do Estatuto de Roma. Também existe o pensamento daqueles que resolvem o problema a partir da identificação da norma mais benéfica, cotejando o disposto no Tratado de Roma e o disposto na nossa Constituição, concluindo que esta contém a norma mais benéfica ao indivíduo, devendo, portanto, ser prevalente.

Consideramos, entretanto, que a razão está com aqueles autores que identificam que a possibilidade de imputação de pena de prisão perpétua é diferida ao Tribunal Penal Internacional e não se destina a valer na seara doméstica dos Estados signatários.

De fato, a proibição do encarceramento perpétuo, disposta na Constituição brasileira, restringe-se aos legisladores e aplicadores do Direito no âmbito interno.

Os dispositivos da legislação nacional não possuem o condão de alterar regras determinadas internacionalmente, ainda com mais razão, se tais regras foram estabelecidas para vigor no plano internacional.

Será de suma relevância para o direito internacional que questões como esta restem pacificadas, pois, para a evolução da ordem internacional, não apenas órgãos internacionais devem ser respeitados pelos Estados, que, em última análise, formam essa ordem internacional. Será preciso ir além e reconhecer inclusive que disposições internacionais possam alterar disposições nacionais em situações de conflito.

A globalização da justiça é de vital importância num mundo em que as fronteiras físicas são cada vez mais tênues. Para tanto, os Estados terão que reconhecer a legitimidade de entidades internacionais. Mais do que isso, terão que compreender que a soberania não é mais um instrumento de exclusão do Estado, e sim de integração do Estado na comunidade global.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando et al. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMBOS, Kai et al. *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*: contribuciones de América Latina y Alemania. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2006.





BAHIA, Saulo José Casali. Problemas constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o caso brasileiro. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BASSO, Luiz Roberto. Commander (IM). War crimes after brazilian ratification of the Rome Statute. *Revista da Escola de Guerra Naval*, Rio de Janeiro, jun./2006, p. 109-120.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Pena de prisão perpétua. *Revista Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, Brasília, n. 11, maio/ago. 2000.

CASSESE, Antonio. *Internacional criminal law*. 1. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassam; AMBOS, Kai. Tribunal Penal Internacional: breve análise do Estatuto de Roma. *AIDP-Brasil*, Rio de Janeiro, jul. 2003. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/p_tribunal.htm>. Acesso em: 6 jan. 2009.

COMITE INTERNACIONAL GENEVE. *Issues raised with regard to the Rome Statute of the International Criminal Court by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Concils of States*, 2003.

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

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1994.

DIAS, José Procópio da Silva de Souza. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

DUFFY, Helen. National constitutional compatibility and the International Criminal Court. *Duke Law*, 2001, Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?11+Duke+J.+Comp.+&+Int'l+L.+5+pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2008.

ESER, Albin et al. Responsabilidade penal individual. In: AMBOS, Kai et al (Coord.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. 4. ed. (ou 1. ed. 4. tir.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRENEDA, Eduardo Gomes. Da internacionalização dos direitos humanos e da soberania compartilhada. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

FRIMAN, Hakan. The International Criminal Court: negotiations and key issues. *African Security Review*, v. 8, n. 6, 1999. Disponível em: <<http://www.iss.co.za/PUBS/ASR/8NO6/interCourt.html>>. Acesso em: 18 jan. 2009.





GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *A reforma do Judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal*. Cena Internacional, Brasília, v. 7, n. 1, 2005.

_____. *Conflito entre tratados internacionais de direitos humanos e Constituição: uma análise do caso brasileiro*. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

GÓIS, Ancelmo Lins de.; BARROS, Ana Flávia Granja. Direito internacional e globalização face às questões de direitos humanos. In: RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional: possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. *AIDP–Brasil*, Rio de Janeiro, dez. 2001. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/p_carlos2.htm>. Acesso em: 5 jan. 2009.

_____. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Câmara dos Deputados. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

KELSEN, Hans. *Peace through law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

KREB, Claus. Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Tribunal Penal Internacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Renata Mantovani; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LORANDI, Adriana (Coord.). *Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: MPM, 2007.

LUISI, Luiz. Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: Kosovski, Ester; Zaffaroni, Eugenio Raúl (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. João Marcelo de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.





MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Câmara dos Deputados. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. Extradicação e comutação de pena de prisão perpétua. A mudança na posição do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1350, 13 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9593>>. Acesso em: 7 maio 2009.

PESSÔA, Fernando José Breda. A transformação da soberania e o Tribunal Penal Internacional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Princípio da complementariedade e soberania*. Portal da Justiça Federal, Brasília, 30 set. 1999. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/painel-VI-2.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2008.

RAMOS, André Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Coord.). *Tribunal Penal Internacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SABÓIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. *Revista Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, Brasília, n. 11, 2000.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.





STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Câmara dos Deputados. *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

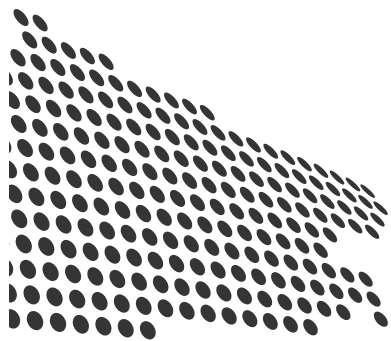
T AQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/05*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil: as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

VAN ZYL SMIT, Dirk. Life imprisonment: recent issues on national and international law. *PubMed, US National Library of Medicine National Institutes of Health*, June, 19, 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16784776>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

VANZOLINI, Maria Patrícia. O Tribunal Penal Internacional e o processo de judicialização do direito internacional dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coord.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.





O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E SUA CONVERGÊNCIA COM O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ampliação e fortalecimento das vias de
proteção da pessoa humana

Rodrigo Nascimento de Avellar Fonseca







O direito internacional humanitário e sua convergência com o direito internacional dos direitos humanos

Ampliação e fortalecimento das vias de proteção da pessoa humana

Rodrigo Nascimento de Avellar Fonseca

Sumário

1 Introdução. 2 O direito internacional humanitário. 2.1 A origem e a evolução histórica do DIH. 2.2 A conceituação do DIH. 3 Relações e aproximações entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos. 3.1 As teses que explicam as relações entre o DIH e o DIDH. 3.2 As aproximações e convergências entre o DIH e o DIDH. 4 Conclusão.

1 Introdução

O direito internacional humanitário (DIH) não é um tema estudado com a frequência devida no direito pátrio. Existem poucas publicações em comparação a outros assuntos pertinentes ao estudo do direito no meio acadêmico nacional. Contudo, trata-se de um tema de relevância ímpar quando se procura entender a contextualização das normas de direito internacional público ante a soberania dos Estados, visto que tais normas devem ser observadas pelos Estados e não podem ser encaradas como uma limitação à soberania estatal. O DIH, ao regulamentar as condutas dos Estados nos conflitos armados, não o faz de maneira a limitar a livre vontade estatal, visa apenas ao estabelecimento de regras a serem seguidas pelos Estados com um dos objetivos de proteger a pessoa humana (população civil, prisioneiros etc.).





Pode-se afirmar que o DIH foi criado com o objetivo de proteger as vítimas dos conflitos armados, além de regulamentar os meios e métodos de combate. Não há dúvida de que o escopo desse diploma legal é a proteção da pessoa humana, e, diante da grande ocorrência de conflitos armados no século XX e início do século XXI, surge o questionamento de se o DIH comporta, de maneira isolada, uma proteção efetiva à pessoa humana.

São três os pilares que sustentam a proteção internacional dos direitos da pessoa humana: o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito dos refugiados. Os dois primeiros serão o objeto de análise deste trabalho na medida em que se complementam, apesar de distintos, muito pela orientação comum que apresentam na proteção da pessoa humana. Pode-se afirmar que o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos (DIDH) são ramos do direito internacional que apresentam um propósito comum, a salvaguarda da dignidade humana em toda e qualquer circunstância.

Os indivíduos se valem de dois corpos legais para a sua proteção contra atos arbitrários e abusos. São distintos, mas apresentam uma complementaridade. A distinção se situa em vários aspectos, como, p. ex., a origem e a aplicação. O direito internacional humanitário surgiu no século XIX e tem sua aplicação nas situações de conflitos armados. O direito internacional dos direitos humanos, como a internacionalização da proteção dos direitos humanos, é um fenômeno recente que se iniciou após a Segunda Guerra Mundial e se aplica a todo tempo e lugar, visto que é um direito inerente ao ser humano e visa a sua proteção em tempo de paz e guerra.

As origens históricas desses dois pilares da proteção à pessoa humana motivaram uma visão compartimentalizada do tema pela doutrina clássica, mas a convergência é hoje manifesta e, vale ressaltar, não equivale a uma uniformidade total, seja do ponto de vista normativo, seja do processual. No entanto, as interações no plano normativo se dão de forma manifesta, como p. ex., as alíneas *a* e *d* do inciso 1 do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra que consagram direitos humanos básicos que devem ser aplicados em tempos de paz ou conflitos armados; artigos dos Protocolos Adicionais de 1977 às citadas convenções, especificamente o artigo 75 do Protocolo I e os artigos 4º ao 6º do Protocolo II, que consagram determinadas garantias fundamentais da pessoa humana. O DIH e o DIDH são muito diferentes na sua formulação, mas a essência de muitas das regras utilizadas nos dois corpos normativos são similares, mesmo que não idênticas. Um grande exemplo está na busca da proteção da vida humana, na proibição da tortura e de tratamento cruel presente nos dois corpos legais, como também na garantia dos direitos das pessoas submetidas à justiça criminal, no compromisso com a proteção das mulheres e das crianças, na proibição da discriminação etc. Convergência aqui significa uma superposição nos termos do





âmbito da proteção. Entretanto, a distinção entre as duas áreas do direito, que é primariamente procedimental, não pode ser esquecida. A convergência abriu portas para a possibilidade da aplicação cumulativa dos dois corpos legais.

Este trabalho visa ao reconhecimento da importância das aproximações e convergências entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, dois dos três pilares das normas de proteção da pessoa humana, para maior efetividade na busca por um propósito comum, a salvaguarda da dignidade humana em toda e qualquer circunstância. O caminho a ser percorrido passa pela busca do entendimento dessa convergência por meio de uma visão geral do direito internacional humanitário, identificando suas origens, seus princípios e características, bem como a sua aplicação no plano operacional mediante a atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

É importante apresentar a convergência no plano normativo, identificando nos diplomas normativos das matérias em questão os pontos de interação que, por exemplo, consagram direitos humanos básicos, como também garantias fundamentais da pessoa humana. Ao final, ficará patente o fato de que a convergência entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos amplia e fortalece os meios de proteção à pessoa humana.

2 O direito internacional humanitário

Mesmo em tempo de guerra, deve haver limites para a perpetuação da violência dos seres humanos, ou seja, mesmo diante da ocorrência de uma guerra, nem tudo é permitido¹. A proteção das pessoas que não estão fazendo parte dos conflitos ou que não estão mais envolvidas no conflito é o objetivo do direito internacional humanitário², além da proibição de certos meios e métodos utilizados nesses conflitos.

1 A resposta civilizada ao recorrente ímpeto de beligerância e barbárie deu-se pelo viés jurídico, com a convicção de que a guerra conformava a violação absoluta do direito. Daí a necessidade da persecução da paz ou, na pior das hipóteses, o compromisso de humanização das guerras, proscrevendo-se a violência desnecessária e protegendo-se as populações civis, os templos e hospitais, provendo-se garantias jurídicas aos derrotados, prisioneiros, feridos e moribundos (FONTOURA; FRIEDRICH, 2004).

2 Celso D. de Albuquerque Mello faz referências quanto à designação de direito internacional humanitário: “Uma observação que se impõe é que a denominação de DI Humanitário é muito recente e não existia ainda em 1949. [...] A denominação de ‘humanitário’ foi dada por Jean Pictet que afirma ter recebido crítica de estar unindo ‘duas noções de natureza diferente, uma de ordem jurídica, a outra de ordem moral’. Afirma ainda que a denominação de DI Humanitário foi adotada pela ‘maioria da doutrina’ e que atualmente é ‘quase oficial’, apesar de reconhecer que a ONU prefere usar a de ‘direito dos conflitos armados’. A expressão DI Humanitário figura no título da Conferência de Genebra de 1974-1977” (MELLO, 1997, p. 138-143).





A busca pela limitação do sofrimento decorrido de uma guerra sempre foi o objetivo de muitas culturas, a transformação dessa ideia em meios jurídicos pode ser expressa como direito internacional humanitário. A Carta das Nações Unidas estabelece, no seu artigo 2º, parágrafo 4º, que a guerra não mais constitua um meio aceitável de solucionar controvérsias entre Estados, mas indica exceções, como p. ex., o direito de defesa de um Estado contra ameaças a sua independência ou seu território e o disposto no Capítulo VII, que autoriza o uso da força no contexto de uma ação coletiva com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais³. Quando os Estados procuram estabelecer que o respeito ao ser humano em uma guerra é uma obrigação internacional, ocorre uma manifestação de que o direito internacional humanitário se torne uma obrigação para todos.

Quando se busca falar de temas que envolvam qualquer ramo do direito, deve-se ter em mente a obrigatoriedade de uma abordagem inicial, mesmo que breve, que contemple a origem e a conceituação do direito abordado.

2.1 A origem e a evolução histórica do DIH

Existe uma tendência de relacionar o nascimento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) com o surgimento do direito internacional humanitário, mas é sabido que as primeiras leis de guerra eram conhecidas bem antes disso. As antigas sociedades humanas, ao estabelecerem tais leis baseadas nos seus costumes, colaboraram decisivamente para a formatação atual do DIH. Nas principais civilizações da antiguidade, como, por exemplo, egípcios, gregos e romanos, a relação entre vencedor e vencido estava fundamentada sobre o trabalho escravo; em que a escravidão era considerada um ato de compaixão no contexto da possibilidade da morte do inimigo.

Os sumérios consideravam a guerra como uma instituição organizada, havia certas imunidades e a necessidade de uma declaração específica que estabelecesse as hostilidades. Na Babilônia, o Código de Hamurabi, datado do século XVIII antes de Cristo, tinha como uma de suas justificativas “impedir que o mais forte oprima o mais fraco”. Outras codificações antigas, como o Código de Manu e o Mahabharata, estabeleciam a proibição de matar o inimigo em rendição ou desarmado, determinavam o retorno dos feridos ao lugar de origem e restringiam os

3 Carta das Nações Unidas, “Capítulo VII. AMEAÇAS À PAZ, RUPTURA DA PAZ E ATOS DE AGRESSÃO.

Artigo 39 – O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. [...].

Artigo 42 – No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas” (MAZZUOLI, 2006, p. 44).





meios de combate permitidos, como, por exemplo, a proibição do uso de flechas envenenadas.

A Idade Média, também conhecida como a Idade das Trevas, representou um freio no desenvolvimento de qualquer ideia humanitária relacionada com as guerras. Muitas barbaridades foram cometidas pelos exércitos que, em nome de Deus, aplicavam a ideia da *guerra justa* e da *guerra santa*. Santo Agostinho, um dos maiores pensadores da época, entendia que a guerra justa era uma justificação às necessidades políticas mediadas por ideias morais⁴. O modelo de *guerra justa* era personificado pelas cruzadas⁵.

O surgimento das armas de fogo, dos exércitos e a substituição do poder da igreja pelo poder do Estado mudaram o modelo vigente das guerras, o anterior *status* de certa solidariedade com os prisioneiros retornava com a substituição às guerras privadas e de servidão. As bases formadoras dos modernos direito internacional e direito de guerra foram estabelecidas no século XVII por Hugo Grotius. Mônica Teresa Costa Sousa (2007, p. 50-51) ao abordar a origem e a evolução histórica do DIH afirma que:

Para Grotius, havia direitos que deviam ser protegidos pela comunidade internacional, pois os direitos inerentes à pessoa humana, os direitos essenciais, não poderiam ser garantidos aos cidadãos dos países em conflito por estes últimos. Fazia-se então necessária uma ordem internacional que garantisse o respeito a esses direitos. Nascia o moderno direito das gentes. Grotius continuava a crer na guerra justa, mas não sob o ponto de vista do motivo do conflito, e sim, sob o ponto de vista da competência para se fazer a guerra. Grotius foi o primeiro jurista a afirmar que, embora houvesse um motivo que autorizasse o Estado a fazer a guerra, este não podia ser alheio ao seu dever de observar as leis que delimitavam o conflito.

4 Aqui se tem um pensamento racionalista: a ordem natural é um reflexo da ordem divina. O soberano legítimo tem o poder de estabelecer e manter essa ordem. Como o fim justifica os meios, os atos de guerra cometidos por ordem do soberano perdem todo o seu caráter de pecado. Essa guerra é declarada guerra justa. Deus a quer; a partir deste momento, o adversário é inimigo de Deus e, como tal, somente poderia fazer uma guerra injusta. (PCTET, 1986, p. 12).

5 Em 1905, porém, abriu-se oficialmente uma nova rota para o domínio de Deus. Na terça-feira, 27 de novembro daquele ano, o Papa Urbano II subiu numa plataforma erguida num campo além do portão leste da cidade francesa de Clermont. Daquela eminência, pregou uma cruzada, uma guerra feita em nome da cruz. Nessa guerra santa, segundo o Papa, podia-se obter o favor de Deus, e um assento ao lado do Seu trono, matando. [...].

Mas matar era apenas um dos componentes de um pacote atraente. Além da permissão para matar, os bons cristãos obteriam remissão de qualquer pena que já houvessem sido condenados a cumprir no Purgatório, e de penitência a serem pagas ainda na terra. Se o cristão morresse nesse esforço, prometiam-lhe automaticamente a absolvição de todos os seus pecados. Se sobrevivesse, seria protegido de castigo temporal por quaisquer pecados que cometesse. [...].

Podia tomar bens, terras, mulheres e títulos do território que conquistasse. Poderia amealhar tanto butim e saque quanto desejasse (BAIGENT; LEIGH, 2001, p. 19-20).





No século XVIII, as guerras eram embates entre exércitos profissionais, sem a participação de civis e com certa proibição da utilização de meios cruéis. O direito de guerra foi abordado por Rousseau na obra *O Contrato Social* (1999, p. 32), que estabelece a guerra como uma relação entre Estados, em que a deposição final das armas estava vinculada à preservação do inimigo. A Revolução Francesa pregou maiores garantias aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados dos homens e trouxe, na sua legislação, dispositivos de proteção aos soldados feridos que recebiam o mesmo tratamento dado aos soldados franceses, como também estabelecia a proteção da lei aos prisioneiros de guerra. Vale ressaltar que, na contramão dessas normas, Napoleão tratava com extrema crueldade as forças inimigas, existindo relatos do extermínio de quatro mil soldados turcos após a devida rendição.

O direito internacional humanitário de caráter universal e em grande parte codificado é recente, tendo sua origem no século XIX; suas concepções e conteúdo apresentam relação direta com experiências de guerra de duas pessoas em especial: Francis Lieber e Henry Dunant. O primeiro, um jurista alemão radicado nos Estados Unidos, foi designado pelo então presidente americano Abraham Lincoln para preparar um sistema normativo de regras de condutas para as tropas em campanha na Guerra de Secessão. Surgiu então o chamado Código Lieber (*Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*), publicado em 1863, que continha normas para a condução da guerra terrestre e visava minimizar os sofrimentos desnecessários dos envolvidos nos combates, como também limitar o número de vítimas nas batalhas. O código serviu como fonte material para a sociedade internacional na realização de esforços futuros no sentido da normatização de regras nos conflitos armados, tendo como primeiro fruto a *Declaração de São Petersburgo*, em 1868, que proibia em tempos de guerra o emprego de projéteis explosivos e inflamáveis.

Contudo, credita-se a Henry Dunant o título de principal criador do direito internacional humanitário, quando, em 24 de junho de 1859, presenciou em Solferino, norte da Itália, as consequências de uma batalha que vitimou mais de 40.000 pessoas, entre mortos e feridos, e envolvia forças francesas de Napoleão III, italianas e austríacas. Ao retornar para Genebra, o jovem suíço publicou um livro no qual descrevia os horrores vivenciados na Itália e propunha duas ações com o intuito de evitar tal tragédia: a criação de sociedades privadas de socorro e a aprovação de um tratado internacional que permitisse sua atuação independente da vinculação com as partes envolvidas.

Surge o Comitê Internacional de Ajuda aos Feridos⁶, fundado por Dunant e um grupo de cinco pessoas, que, em 1863, com a ajuda do governo suíço, convoca

6 O Comitê Internacional de Ajuda aos Feridos, também chamado de Comitê dos Cinco, por reunir cinco personalidades suíças com o objetivo de analisar as proposições humanitárias elaboradas por Dunant, reuniu-se pela primeira vez em 17 de fevereiro de 1863. Além de Dunant, o comitê reunia dois médicos, Louis Appia e Théodore Maunoir, um jurista, Gustave Moynier, e um militar, o general Guillaume-Henri Dufour (BORGES, 2006, p. 10).





uma conferência diplomática que permite, no ano seguinte, a criação do primeiro tratado internacional do direito internacional humanitário, a Convenção de Genebra, para melhorar a sorte dos combatentes feridos em batalha. Mais tarde, em 1880, o comitê foi transformado no Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Mônica Teresa Costa Sousa (2007, p. 52-55) ressalta que nesse momento surge o moderno direito humanitário e destaca a importância exercida pelo CICV:

A partir de então, o Direito Internacional Humanitário toma fôlego de norma imperativa, de caráter universal. Inegável a contribuição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha na evolução deste ramo do Direito, desde a criação do Comitê em 1864. Desde então o Comitê vem sendo responsável pela revisão dos trabalhos referentes ao Direito Humanitário, pela promoção das normas humanitárias, pela sua aplicabilidade e pela elaboração de novas normas.

De 1864 aos dias atuais vários foram os tratados pactuados sob os auspícios do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Impossível dissociar a moderna evolução do Direito Internacional Humanitário de suas atividades.

Cabe destacar os principais acordos do direito internacional humanitário, que foram estabelecidos no decorrer de mais de um século:

- 1864 – Convenção de Genebra, para o melhoramento da sorte que sofrem os militares feridos dos exércitos em campanha;
- 1868 – Declaração de São Petersburgo, para proibição do uso de determinados projéteis em tempos de guerra;
- 1899 – Convenções de Haia, sobre as leis e os costumes de guerra terrestre e sobre a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 1864;
- 1906 – Revisão e aprimoramento da Convenção de Genebra de 1864;
- 1907 – Revisão das Convenções de Haia de 1899 e aprovação de novas convenções;
- 1925 – Protocolo de Genebra, sobre a proibição do emprego, na guerra, de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e métodos bacteriológicos;
- 1929 – Duas Convenções de Genebra, revisão e aprimoramento da Convenção de Genebra de 1905 e Convenção de Genebra relativa ao trato dos prisioneiros de guerra);
- 1949 – Quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949: I – Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha; II – Convenção de Genebra para a melhoria das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; III – Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; IV – Convenção de Genebra relativa à proteção dos civis em tempo de guerra;



- 1954 – Convenção de Haia, para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado;
- 1972 – Convenção sobre a proibição de desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas e tóxicas e sobre a sua destruição;
- 1977 – Dois Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 1949, que promovem a proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I) e não internacionais (Protocolo II);
- 1980 – Convenção sobre proibições e restrições ao emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas excessivamente nocivas ou de efeitos indiscriminados. A essa convenção se relacionam: o Protocolo I, sobre fragmentos não localizáveis; o Protocolo II, sobre proibições e restrições ao emprego de minas e outros artefatos; o Protocolo III, sobre proibições e restrições ao emprego de armas incendiárias;
- 1993 – Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção, armazenamento e emprego de armas químicas e sobre a sua destruição;
- 1995 – Protocolo sobre as armas *laser* que causem cegueira;
- 1996 – Protocolo sobre proibições e restrições ao emprego de minas e outros artefatos;
- 1997 – Convenção sobre a proibição ao emprego, armazenamento, produção e transferência de minas pessoais e sobre a sua destruição.

O Código de Lieber e o Comitê Internacional de Ajuda aos Feridos propiciaram a base axiológica e institucional para o pronto desenvolvimento do direito internacional humanitário (DIH) que agora passamos a conceituar.

2.2 A conceituação do DIH

O direito internacional humanitário, também conhecido como *direito da guerra* ou *direito dos conflitos armados*, é um conjunto de normas internacionais que tem como objetivo limitar os efeitos dos conflitos armados sobre pessoas e bens. Essas normas se traduzem em tratados que buscam a proteção das vítimas de uma guerra, visam à limitação e/ou proibição de diferentes tipos de armas, determinam a proteção de certos bens e tratados que regem a jurisdição internacional traduzindo-se pela repressão dos chamados crimes de guerra. Em resumo, esses tratados expressam que pessoas que não estão nos conflitos ou dele não participam mais não devem ser atacadas, como também restringem o uso de armas que não permitam a distinção entre civis e combatentes e que promovam sofrimento e danos desnecessários.

Existe uma certeza quanto ao escopo do direito internacional humanitário. Trata-se de um ramo do direito que está voltado, na sua essência, para a proteção da pessoa humana. As diversas definições propostas para o DIH corroboram tal afirmação. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha o define como uma parte importante do direito internacional público cujo conjunto de normas tem por fi-



nalidade, em tempo de conflito armado, por um lado, a proteção das pessoas que não participam ou que tenham deixado de participar das hostilidades e, por outro, limitar os métodos e os meios de fazer uma guerra (COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, 1998, p. 4).

É importante ressaltar que o direito internacional humanitário não visa transformar uma guerra em uma situação humana, muito menos legitimar pelo caráter humanitário de suas regras – que balizam os caminhos das hostilidades no conflito – a possibilidade de que os beligerantes se utilizem de tal argumento para estabelecer uma visão de uma “guerra justa”. Leonardo Estrela Borges (2006, p. 3-4) assim aborda a questão, *in verbis*:

Quanto à contradição existente na regulamentação de uma situação sequer permitida atualmente pelo direito internacional, o que seria pior: omitir-se e fechar os olhos às atrocidades cometidas contra a dignidade da vida humana em uma situação de beligerância ou, mesmo tendo a consciência de sua ilicitude, aceitar a sua real e efetiva existência e proporcionar meios jurídicos para restringir os efeitos devastadores de um conflito às pessoas direta ou indiretamente nele envolvidas?

A função do direito internacional humanitário é regulamentar o direito de guerra – *jus in bello* –, até mesmo porque a limitação e a proibição do direito de recorrer à guerra – *jus ad bellum* – é o grande objetivo do direito internacional e do sistema das Nações Unidas, instituição criada para este fim.

Restabelecendo as noções conceituais da matéria, Mônica Teresa Costa Sousa (2007, p. 30) aponta três características importantes do DIH presentes na definição dada pelo CICV, a proteção à pessoa humana, o elemento temporal – delimitado em tempo de conflito armado – e a caracterização como divisão do direito internacional público, definindo-o como um ramo desse citado direito internacional público que tem como fundamento, quando na ocorrência de conflitos armados, a garantia da proteção aos indivíduos que não participam ou que não atuam mais de forma ativa do conflito. Celso de Albuquerque Mello (1997, p. 137), ao definir o DIH, também demonstra as características acima referidas, ao afirmar que “Talvez se possa definir o DI Humanitário como sub-ramo do Direito Internacional Público que integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa humana em conflitos armados”.

Apresentando uma definição mais abrangente e em consonância com a posição adotada pelo CICV, Christophe Swinarski (1990, p. 31) assim conceitua o DIH, *in verbis*:

O DIH é um conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolherem



livremente os métodos e os meios utilizados na guerra (Direito de Haia) ou que protege as pessoas e os bens afetados (Direito de Genebra).

Dessa maneira, o autor estabelece como função básica do direito internacional humanitário a necessidade de assegurar e determinar proteção aos indivíduos de determinado Estado, que frequentemente não contam com as garantias fundamentais internas, como também as internacionalmente garantidas, mas que excepcionalmente podem lhes ser retiradas em razão da situação de conflito armado. Busca-se também a tentativa de preservar, mesmo em situações extremas, a dignidade da pessoa humana.

Ponto de convergência entre dois dos citados autores, Mello e Swinarski, é o posicionamento do direito internacional humanitário como norma de *jus cogens*⁷, que a posiciona com *status* de norma imperativa. Pode-se reforçar tal entendimento no exame da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, que preceitua a anulação de tratados que venham a conflitar com uma norma de *jus cogens*; no seu artigo 53, a Convenção define que a norma imperativa é aquela reconhecida e aceita pela comunidade internacional e pelos Estados⁸.

Trata-se do entendimento de que o direito internacional humanitário é universal, ou seja, quando positivado⁹, a coletividade internacional o recebe de

7 A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969 (CVDT), previu normas imperativas de direito internacional geral, também chamadas de *jus cogens*, que se caracterizam por serem aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida, e por possuírem a capacidade de gerar a nulidade de todo o tratado que com ela conflite.

No entanto, a CVDT não definiu o conteúdo de tais normas e deixou em aberto a questão sobre quais seriam interesses mais elementares da comunidade internacional, que mereceriam sua caracterização como *jus cogens* (FONTOURA, 2004).

8 “Art. 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (MAZZUOLI, 2006, p. 266).

9 Abre-se um parêntese para comentar as três correntes do direito internacional humanitário, quais sejam, o direito de Haia, o direito de Genebra e o direito de Nova York. O primeiro apresenta disposições que visam à regulamentação da condução das hostilidades entre os beligerantes e, do mesmo modo que as normas pretéritas que o influenciaram – Código Lieber e a Declaração de São Petersburgo em 1968 –, busca limitar o sofrimento dos envolvidos no conflito, regulamentando a maneira com que as forças combatentes poderiam conduzir suas ações, ou seja, limitando e até mesmo proibindo a prática de certos meios e métodos de guerra. O direito de Haia apresentou desenvolvimento significativo após a segunda grande guerra mundial, visto que refletiu o grande avanço tecnológico que desencadeou a criação de armamentos progressivamente sofisticados. O direito de Genebra apresenta relação direta com as iniciativas do suíço Henry Dunant e do governo suíço de promover auxílio humanitário às vítimas de conflitos armados. O seu desenvolvimento pós-guerra (I e II guerras mundiais) se deu muito no sentido de aumentar as categorias de pessoas protegidas pelas suas convenções, em especial os prisioneiros de guerra; estão aí presentes as quatro famosas Convenções de Genebra: a primeira, relativa à proteção dos feridos e enfermos; a segunda, relativa aos náufragos, feridos e enfermos no mar; a terceira, abordando os prisioneiros de guerra e a quarta, relativa à proteção dos civis em tempo de guerra. Ainda no direito de Genebra, em 1977, foram adotados dois protocolos adicionais, ampliando as proteções presentes nas quatro convenções anteriores. Por fim, o direito de Nova York, que representa os esforços das Nações Unidas para o desenvolvimento do direito internacional humanitário,



maneira igualitária¹⁰, não cabendo interpretações de cunho relativistas quanto aos aspectos culturais, étnicos, religiosos e políticos.

3 Relações e aproximações do direito internacional humanitário com o direito internacional dos direitos humanos

O direito internacional clássico reconhece a separação entre as leis em tempo de paz e as leis em tempo de guerra. A aplicação do *corpus juris* das leis de paz ou de tempo de guerra estará na dependência do estado das relações internacionais. A adoção da Carta das Nações Unidas em 1945 e os subsequentes documentos mais importantes relativos aos direitos humanos mudaram de maneira contundente essa divisão. Desde então, existem normas que são válidas

onde a Conferência de Teerã sobre Direitos Humanos, de 1968, adotando a Resolução XXIII referente à aplicação dos direitos humanos em tempo de guerra e a Resolução 2.444 da Assembleia Geral das Nações Unidas demonstraram a adoção de medidas que visam assegurar a melhor aplicação das regras internacionais humanitárias em todos os conflitos armados. A ONU também procurou estabelecer um arcabouço normativo com o intuito de limitar a produção e a comercialização de armas de risco para a segurança internacional. Leonardo Estrela Borges, após abordar as três correntes do DIH, demonstra a ocorrência de uma convergência entre elas: “Apesar se mostrarem fiéis aos princípios básicos do direito humanitário, essas três correntes se ocuparam, em um primeiro momento, de objetos claramente distintos. Entretanto, com o passar dos anos, e principalmente após a criação dos dois Protocolos Adicionais, elas foram cada vez mais estabelecendo nexos estreitos entre si, convergindo suas regras para um mesmo corpo normativo sem, contudo, perder sua identidade. [...] Esse movimento de convergência tem seu ápice na Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário Aplicável em Conflitos Armados (Genebra, 1974-1977), ocasião em que foram adotados os dois Protocolos Adicionais, que podem ser considerados com uma combinação do Direito de Haia com o Direito de Genebra, contendo importantes elementos de direitos humanos. Na verdade, após a adoção dos dois Protocolos, a distinção existente entre essas correntes passa a ter somente um valor histórico” (BORGES, 2006, p. 23-32).

10 Hoje, quando a pós-modernidade, que prometia mercado e felicidade para todos, brinda-nos com o renascimento da guerra ao vivo e a cores, ganha força a ideia-matriz que contra a violência internacional e o terrorismo, que mata sem pátria e sem rosto, deva opor-se a violência de uma justiça da mesma forma internacional. Uma justiça não jungida pelos limites do território, das fronteiras ou dos melindres estatais. Uma onipresente “espada de Dâmocles”, sempre pronta a intervir “quando suscitada pelos justos contra os injustos”. Nesse passo, é assustador concebermos a possibilidade de obrigação estatal nascida na vontade dos outros, como, presumivelmente, poderia facultar a admissão do *jus cogens*, elevado ao patamar de legítima fonte de direito internacional público não codificada. Por certo, se não podemos precisar, com mínima exatidão, o conteúdo e a abrangência dos chamados “direitos irrenunciáveis da humanidade”, sempre ficará a pergunta que inquieta, pelo silêncio que suscita: de qual humanidade, ou da humanidade de quem? [...]. A intensificação das relações estatais despertou o interesse pela busca de meios para se estabelecerem os valores mais fundamentais da comunidade internacional, a fim de transformá-los em regras superiores, que deveriam ser respeitadas por todos (FONTOURA, 2004).





tanto em tempo de paz como em guerra. A despeito de qualquer inovação, tal desenvolvimento não é imediatamente aceito por todos.

3.1 As teses que explicam as relações entre o DIH e o DIDH

A doutrina atual procura explicar as relações existentes entre o direito internacional humanitário e os direitos humanos por meio, basicamente, de três teses: a tese integracionista, a tese separatista e a tese complementarista. Pode-se afirmar que essas correntes doutrinárias são fruto do envolvimento entre esses ramos do direito internacional público, que apresenta um contexto histórico bem definido. Os horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, em especial o Holocausto, motivaram uma crescente internacionalização das normas de direitos humanos, culminando com a criação, pelas Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Surge aí uma questão a ser respondida, qual seja, qual a relação existente entre os direitos humanos e o direito internacional humanitário? As teses doutrinárias acima referidas procuraram responder tal questionamento com base no estabelecimento das possíveis semelhanças e diferenças fundamentais entre esses dois sistemas normativos de proteção ao indivíduo.

2.1.1 A tese integracionista

Aqui, prega-se a fusão dos direitos humanos com o direito internacional humanitário, uma vez que se trata de um único corpo jurídico de normas que não apresentam distinção quanto ao objeto e à finalidade. Tal tese posiciona o DIH como uma espécie de gênero dos direitos humanos, em razão de sua aplicação somente em situação específica, qual seja, nos conflitos armados. O DIH, nesse caso, seria uma subdivisão dos direitos humanos que fornece toda a base para a sua aplicação; nesse entendimento, as ideias que visam à proteção da pessoa humana teriam como ponto de partida os direitos humanos. Mello (1997, p. 139-142) se inclina para essa posição, afirmando que ambos os diplomas legais apresentam como finalidade a proteção da pessoa humana:

A tese integracionista afirma que o direito humanitário é apenas “um aspecto particular regulamentando a situação dos direitos do homem nos conflitos armados”. Ela “preconiza a fusão do direito internacional humanitário e dos direitos humanos”. [...].

Por outro lado, o que nos parece é que há uma indivisibilidade dos Direitos Humanos, inclusive do D. Humanitário. A grande finalidade de todos esses ramos é a proteção da pessoa humana. A mesma posição é semelhante ao gráfico de Pictet, mas sem a sua conclusão. Consideramos que há no DIP um DI dos Direitos Humanos (em sentido amplo) que se subdivide em DI dos Direitos Humanos (em





sentido estrito) e D. Humanitário. Defendemos o DIDH como sendo único, porque a sua implosão acabará por enfraquecê-lo. E mais o fim último de ambos é o mesmo, bem como há normas do DIDH (em sentido estrito) que são aplicadas mesmo em períodos de conflito armado. Por outro lado, nem todo conflito armado é guerra e na maioria das vezes não surge um estatuto de neutralidade para os terceiros estados. Não há um estado de guerra. Acresce ainda que nos conflitos armados sem caráter internacional o D. Humanitário é aplicado, de um certo modo, muitas vezes a seus próprios súditos, uma vez que os habitantes só perderiam esta situação após a vitória. Eles são complementares, mas dentro do DIDH (em sentido amplo).

Não faltam críticas a essa posição (SWINARSKI, 1990, p. 23-24). As regras existentes nos dois corpos normativos apresentam diferenças marcantes, como, por exemplo, o direito de Haia, que é tido como parte integrante do direito internacional humanitário e que normatiza os métodos de conduzir os conflitos; tal normatização não encontra consonância nos direitos humanos. Deve-se destacar também que o DIH e os direitos humanos possuem princípios e regras próprios, bem como momentos históricos diferentes.

2.1.2 A tese separatista

Para os seus partidários, existe uma incomunicabilidade entre ambas as esferas jurídicas, em razão da natureza e dos objetos diversos. No caso dos direitos humanos, suas normas buscam a defesa do indivíduo perante o Estado, contra as arbitrariedades da ordem jurídica interna; por outro lado, o direito internacional humanitário busca a proteção do indivíduo em situação de conflito armado, em que nem mesmo o ordenamento interno pode protegê-lo.

Particularmente, aqueles que são adeptos da teoria separatista rejeitam a aplicação de normas de proteção aos direitos humanos durante conflitos armados com o argumento de que tais leis e as normas do *jus in bello* apresentam diferentes campos de atuação, que não podem ser aplicados ao mesmo tempo. Essa posição é um tanto surpreendente porque, no direito internacional público clássico, considerações sobre direitos humanos – com base no direito natural – sempre foram levadas em conta. Nessa linha, *Bluntschli* afirmou, em 1872, que uma declaração de guerra não suprime a ordem legal, mas, ao contrário, reconhece que direitos humanos naturais devem ser preservados e reconhecidos em tempos de guerra e de paz. Ademais, a Hague Convention on Land Warfare, de 1907, indica que parte dos tratados é fruto do desejo de servir, mesmo nos casos extremos, os interesses da humanidade. À luz dessas constatações, surge a dúvida sobre a justificativa para a teoria da separação (HEINTZE, 2004, p. 789).

A tese separatista ainda encontra adeptos nos dias de hoje. O conhecido Handbook of Humanitarian Law não acompanha o posicionamento do tópico





“human rights in armed conflicts” (FLECK, 1995). A esse respeito, pode-se afirmar que o livro demonstra um atraso diante da posição majoritária expressada pela Corte Internacional de Justiça no “Legality of threat or use of nuclear weapons advisory opinion” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1996, p. 26) e “Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory advisory opinion” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2004, p. 102-106). A Corte, nesses casos, rejeita claramente a posição de que o International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), de 19 de dezembro de 1966, somente pode ser aplicado em tempos de paz. A condição de relevância dos tratados de direitos humanos deu suporte à jurisprudência da Corte no caso. Certamente, esses tratados contêm claras estipulações concernentes à observância das obrigações de direitos humanos pelos Estados-Partes em tempos de conflitos armados.

Alguns autores, entre eles Mônica Teresa Costa Sousa (2007, p. 104), apontam como fundamento dessa teoria a absoluta divergência entre os direitos humanos e o direito internacional humanitário, visto que o primeiro existe para a normatização da paz e o segundo apresenta relação com as consequências da guerra. A reunião dessas esferas jurídicas, até certo ponto, pode ser prejudicial à proteção dada aos indivíduos, seja pela diversidade da natureza das normas, seja pela total incompatibilidade.

No entendimento da tese separatista, os direitos humanos devem ser aplicados a um indivíduo em relação ao seu próprio Estado, divergindo do direito internacional humanitário em que a relação é do indivíduo com um Estado estrangeiro. Situação que também reflete na aplicação de uma punição, a violação dos direitos humanos é punida pelo Estado nacional do autor, enquanto as violações do DIH, geralmente, são punidas por Estados aos quais o autor não pertence.

2.1.3 A tese complementarista

Algumas obrigações presentes nos tratados de direitos humanos permanecem em vigência durante conflitos armados. O resultado disso é certamente uma substancial superposição dos dois corpos legais. Entretanto, a resposta legal para essa situação difere. Alguns autores argumentam contra os defensores da fusão desses dois corpos legais e falam sobre a teoria da complementaridade.

Neste entendimento doutrinário, os direitos humanos e o direito internacional humanitário são distintos, porém assumem caráter complementar muito em decorrência da mesma orientação quanto aos princípios adotados, principalmente o da proteção da pessoa humana. Apresentariam continuidade, mas aplicação temporal e material diversas. Caberia ao DIH situações de exceção, como, por exemplo, um rompimento da ordem internacional que, nesses casos, dificultam sobremaneira a aplicação das normas dos direitos humanos, uma vez que podem ser incompatíveis (liberdade de associação e reunião, alguns direitos econômicos etc.).





Trata-se da tese mais aceita atualmente. Mônica Teresa Costa Sousa (2007, p. 104-105) assim a define:

Enquanto o DIH regulamenta as relações entre o Estado e os indivíduos do Estado inimigo, os Direitos Humanos se voltam para a relação entre o Estado e seus próprios súditos. Isso faz que os sistemas sejam distintos, porém complementares em razão de objetivos e princípios comuns, como o princípio da inalienabilidade e o princípio da não-discriminação em função de cor, religião, sexo etc.

O que se conclui é que a escola complementarista vê os dois ordenamentos de forma complementar, não excludente nem unificadora, estando lado a lado na tarefa de proporcionar instrumentos específicos à proteção da pessoa humana.

De acordo com Mello (1997, p. 139), autores como Calogeropoulos-Stratis, ao defender a tese complementarista, apresentam novos enfoques, como, p. ex., o fato de os direitos humanos estarem vinculados às organizações internacionais, universais e regionais destinadas a sua defesa, enquanto o DIH apresenta vinculação ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Para Swinarkis (1990, p. 23-24), o DIH é um direito de exceção, de urgência, enquanto os direitos humanos se aplicam em tempos de paz e também apresentam restrições¹¹ para a sua aplicação em determinadas circunstâncias.

2.2 As aproximações e convergências entre o DIH e o DIDH

2.2.1 As convenções de direito internacional humanitário e a convergência entre o DIH e o DIDH

Pode-se afirmar que o direito internacional humanitário e os direitos humanos são ramos do direito internacional que apresentam um propósito em comum, ou seja, salvaguardar a dignidade humana em toda e qualquer situação. Nesse contexto, cada vez mais nota-se uma convergência dos dois corpos normativos no momento de sua aplicação, “ora o DIH utilizando-se de mecanismos dos direitos humanos para a sua implementação, ora os direitos humanos utilizando as instituições de DIH para a sua promoção” (BORGES, 2006, p. 40).

11 Os direitos humanos podem ser restringidos ou suspensos. A suspensão dos direitos humanos está autorizada por acordos regionais e internacionais em casos de comoções internas, situações de guerra ou em casos de violência interna. Existem certos direitos que são definidos e reconhecidos como não sujeitos à suspensão. Sem embargo, o Estado, ao declarar a suspensão de certos direitos durante estados de emergência interna, não necessariamente tem levado em consideração os parâmetros estabelecidos para a efetiva observância dos direitos que não podem ser suspensos. Ao contrário, as normas de DIH, por definição, não admitem restrições nem suspensões, portanto, sequer autorizam o Estado a intentar uma interpretação unilateral com respeito a uma eventual suspensão ou restrição (VINUESA).





O artigo 3º comum às Convenções de Genebra pode ser considerado um exemplo prático da ideia de convergência entre esses dois ramos do direito internacional:

No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;

b) A tomada de reféns;

c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados. Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes no conflito.

Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor por meio de acordos especiais todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afectará o estatuto jurídico das Partes no conflito (UNIÃO INTERPARLAMENTAR E COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 1999, p. 13).

Essas regras são chamadas de “considerações elementares de humanidade” refletindo aí a grande importância do seu respeito e aplicação (MARQUES, 2004, p. 23-25). Como exemplo prático recente pode ser citado o conjunto de medidas adotadas pelo governo americano em 2006 que diziam respeito à de-





tenção, ao tratamento e ao julgamento de pessoas sob a sua custódia¹², incluindo a publicação de diretrizes sobre detenção do Departamento de Defesa e de um manual do exército para interrogatórios (*Army Field Manual on Interrogation*), como também a revelação do Programa de Detenção da CIA e da adoção pelo Congresso americano do chamado *Military Commissions Act*. Tais medidas foram implementadas alguns meses após a decisão da Corte Suprema americana no caso Hamdan¹³, em junho de 2006, em que houve o reconhecimento pelo governo americano que a norma jurídica mínima aplicável a pessoas detidas na luta contra o terrorismo seria o artigo 3º comum às Convenções de Genebra¹⁴.

12 Como informação adicional vale ressaltar a avaliação realizada por Helvetius Marques quanto à atitude do governo americano com as pessoas detidas acusadas de terrorismo: o terrorismo sempre esteve presente na história da humanidade e foi o estopim de diferentes guerras que causaram milhares de vítimas. Observou-se, nos anos 70 do século passado, o recrutamento de ações terroristas. [...]. Seguindo, ainda, uma tendência crescente dos atos terroristas, em 2001, testemunhou-se a ação da Al-Qaeda contra as torres gêmeas e contra o prédio do Pentágono. Tal fato levou os Estados Unidos à guerra do Afeganistão e à guerra do Iraque. O terrorismo passou a ser a pauta principal da agenda mundial. [...]. O direito internacional criminalizou o terrorismo. Nas Convenções de Genebra, é considerado como grave violação, devendo os Estados reprimi-lo em suas legislações internas. Contudo, não é um crime de competência do Tribunal Penal Internacional. Ainda referente à sanção por atos de terrorismo, todos os Estados têm jurisdição universal, isto é, avocar para si a competência para levar a julgamento qualquer ato terrorista. As Convenções de Genebra repudiam o terrorismo como método de guerra. Em outros termos, o terrorismo é criminoso por atentar contra os princípios cardeais do DIH. Dessa forma, o DIH proíbe, sem exceção, a realização de atos terroristas. Deve-se ter em conta que combinar guerrilha com atos terroristas não tem escusa alguma, pois permanece para o guerrilheiro-combatente legítimo a obrigação de respeitar as normas de DIH. Por fim, os tratados internacionais instigam os Estados a levarem os terroristas a cortes criminais para responsabilizá-los por seus delitos. É relevante esclarecer que mesmo os terroristas têm direito à segurança jurídica. Num marco de retrocesso, os EUA confinaram os combatentes talibãs sem atender minimamente às Convenções de Genebra (MARQUES, 2004, p. 23-25).

13 Caso *Hamdan versus Rumsfeld*, em que se discutiu o direito dos prisioneiros da Baía de Guantánamo a *habeas corpus*, abrangendo questões relativas à supressão de direitos humanos e o impasse entre o Congresso americano e a Suprema Corte sobre a competência para a análise dos pedidos de *habeas corpus* de estrangeiros detidos em razão da prática do terrorismo.

14 O *Military Commissions Act of 2006* é uma lei complexa que diz respeito a diversos assuntos. Alguns são assuntos de legislação doméstica, enquanto outros envolvem interpretações do direito internacional, inclusive do direito internacional humanitário. Nossa primeira leitura da nova legislação traz certas preocupações e questões. A ampla definição do que é um “combatente inimigo ilegal” e o fato de não haver uma proibição explícita à obtenção de provas por meio de métodos coercitivos são um exemplo. Da mesma maneira, nos preocupa a forma como essa lei criou um sistema de dois níveis de violação ao artigo 3º comum. A lei estabelece uma lista de violações chamadas de “violações graves”, que é, inclusive, mais ampla do que as próprias determinações do artigo 3º (roubo, agressão sexual, experiências biológicas e lesões físicas graves causadas intencionalmente), que são positivas. Ao mesmo tempo, ela omite certas violações da lista de atos que são crimes de guerra sob a legislação doméstica dos EUA. Isso inclui a proibição de atentados contra a dignidade pessoal, em particular, a humilhação e o tratamento desumano, e a negação ao direito a um processo justo, que é uma proteção básica determinada pelo direito internacional. Essa distinção entre diferentes violações atenta contra a integridade do artigo 3º comum. Estes e outros assuntos são tema de diálogos que estão em andamento com os EUA.

O artigo 3º comum às Convenções de Genebra – chamado “comum” porque seu texto está incluído em todos os quatro tratados de proteção das vítimas da guerra adotados em 1949 – estipulava, inicialmente, regras para as partes em um conflito armado interno. Essas regras protegem pessoas que não participam ou deixaram de participar ativamente das hostilidades, proibindo assassinatos, mutilações, tortura, tratamento cruel, tomada de reféns e atentados contra a dignidade pessoal, em particular tratamentos humilhantes e degradantes. As condenações proferidas sem que tenha havido respeito a “todas as garantias judiciais que são reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados” também são proibidas. O



Ainda no tocante às supracitadas convenções, o preâmbulo do Protocolo II dispõe que «*Relembrando, ainda, que os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos conferem a pessoa humana uma proteção fundamental*», como também o artigo 75 do Protocolo I e os artigos 4º e 6º do Protocolo II apresentam correlação com o Pacto relativos aos direitos civis e políticos da ONU.

Quanto ao artigo 75 do Protocolo I, Antônio Augusto Cançado Trindade (1996) ensina que esse dispositivo contém as garantias fundamentais mínimas para as pessoas afetadas pelo conflito armado, onde ocorre a proteção de direitos individuais desses indivíduos em oposição a seu próprio Estado. Tal fato gera uma aproximação do DIH com as normas de direitos humanos, no entanto não causa uma confusão entre eles; significando que tanto o DIH como os direitos humanos podem ser aplicados de maneira simultânea ou cumulativa, garantindo assim a complementaridade dos dois sistemas jurídicos. Como exemplo prático desse entendimento, o autor cita o caso envolvendo Chipre e Turquia¹⁵, em que esta recusou-se a aplicar o direito internacional humanitário, mas viu-se com a obrigação de se valer e aplicar as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Quanto ao Protocolo II, Trindade ressalta o artigo 4º, em que estão presentes as garantias fundamentais mínimas para os indivíduos que não participam ou que não estejam mais participando dos conflitos, estando ou não em privação de liberdade.

3.2.2 A convergência sob o aspecto dos princípios comuns do DIH e do DIDH

No direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e de imparcialidade devem estar presentes em toda ação humanitária, em que sua atuação é pautada unicamente com base na necessidade, não sendo influenciada por questões políticas, estratégicas ou militares. Nesse contexto, alguns autores, entre eles Jean Pictet, Torrelli e Mello são unânimes ao estabelecer que a convergência entre os direitos humanos e o direito internacional humanitário se dá por princípios comuns, como o princípio da inviolabilidade, que garante ao não combatente o respeito a sua vida e sua integridade física (proibição da tortura); o princípio da não discriminação, que determina que as pessoas sejam tratadas sem discriminação de raça, sexo, religião e opinião política; e o princípio da segurança (garantias legais, proibição da tomada de reféns etc.), em que ninguém

artigo estabelece que as obrigações listadas constituem um “mínimo” ao qual as partes estão obrigadas a respeitar. Com o passar do tempo, as proteções estipuladas pelo artigo 3º comum foram pouco a pouco consideradas tão fundamentais para a proteção da humanidade na guerra que essas regras, chamadas de “considerações elementares de humanidade”, passaram a ser regras obrigatórias em qualquer tipo de conflito armado (o resto das Convenções de Genebra, aplicável somente em guerras entre Estados, contém salvaguardas mais elaboradas que protegem categorias específicas de pessoas protegidas). O artigo 3º comum tornou-se então uma regra básica que não pode ser violada sob nenhuma circunstância. Esse é, portanto, o tratamento que deve ser dispensado a todas as pessoas que se encontrem em mãos inimigas, independentemente de como elas possam ser legalmente ou politicamente classificadas, e de quem sejam seus captores (KELLENBERGER, 2006).

15 Caso que teve início com a invasão de tropas turcas no norte da ilha de Chipre em agosto de 1974.



pode ser responsável por ato que não tenha praticado, além da proibição de penas coletivas e de represálias etc.

Com o objetivo de limitar o sofrimento e os danos causados nos conflitos armados, pode-se dizer que o direito internacional humanitário protege o “núcleo duro” (*hard core*)¹⁶ ou fundamental das normas concernentes aos direitos humanos na vigência de um conflito. Esse “núcleo” inclui o direito à vida, a proibição da escravidão, a proibição de tortura e de tratamentos desumanos e a proibição a qualquer aplicação retroativa da lei. Ao contrário de outros direitos, como, p. ex., a liberdade de expressão, de locomoção e associação, que podem ser restringidos diante de emergências nacionais, a proteção dada pelo DIH ao “núcleo duro” dos direitos humanos nunca pode ser suspensa. Tendo em vista que as normas de direito internacional humanitário se aplicam precisamente em situações excepcionais – conflitos armados –, o conteúdo do “núcleo duro” dos direitos humanos tende a convergir com as garantias fundamentais e legais aplicadas pelo DIH¹⁷.

Em uma visão geral, existem alguns caminhos nos quais o DIH protege direitos humanos fundamentais nos conflitos armados:

- a proteção dada às vítimas de uma guerra deve-se caracterizar pela ausência completa de qualquer tipo de discriminação;
- o grande objetivo do DIH é direcionado à proteção da vida, especialmente à vida de civis e pessoas que não estão envolvidas no conflito, além da restrição à imposição de penas de morte;
- os objetivos do DIH vão além do tradicional direito à vida, eles também protegem os meios necessários para a vida, com uma visão econômica e social das normas de direitos humanos;
- o DIH proíbe de maneira absoluta a tortura e os tratamentos desumanos;
- o DIH proíbe especificamente a escravidão, em que prisioneiros de guerra não devem ser vistos como propriedade de quem os tenha capturado;
- garantias legais estão codificadas nas Convenções de Genebra e nos Protocolos Adicionais,

16 Também chamados de *direitos humanos inderrogáveis*.

17 “En estas situaciones la aplicación de la normativa de derechos humanos puede ser limitada ya que el Derecho internacional admite que, en situaciones de emergencia, cuando la vida de la nación esté amenazada, el Estado pueda suspender de forma no discriminatoria el ejercicio de la mayoría de los derechos humanos relativos o sujetos a derogación, en la medida en que tal suspección sea compatible con sus demás obligaciones internacionales, entre ellas las del Derecho internacional humanitario. Sin embargo, dicha suspensión nunca puede afectar al denominado núcleo de derechos y principios inderogables o absolutos, de naturaleza consuetudinaria: (a) el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes y a no sufrir esclavitud o servidumbre, y (b) los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Este núcleo de derechos humanos absolutos coincide con el núcleo de derechos inderogables del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra aplicable a todo conflicto armado. Tal coincidencia garantiza de la violación del núcleo común de derechos inderogables sea ilegal en cualquier situación, más allá de una eventual discrepancia entre el Estado y los grupos disidentes sobre la calificación de una situación como tensiones internas o disturbios interiores o como conflicto armado interno” (VALLADARES, 2003, p. 49-70).





- a proteção à criança e à família está disposta de maneira clara no DIH, com dispositivos regulando a internação de crianças e regras contra a separação de famílias e;
- o respeito às religiões sempre é levado em consideração nos casos que envolvem prisioneiros de guerra e práticas mortuárias.

3.2.3 A convergência nos planos normativo, hermenêutico e operacional

Ao abordar as convergências ou aproximações entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, Trindade (1996, p. 3) estabelece que tal convergência se dá nos planos normativo, hermenêutico e operacional. No contexto normativo, o autor refere forte influência de um movimento contemporâneo em prol da proteção internacional dos direitos humanos que teve como ponto de partida a Declaração Universal de 1948, com reflexos diretos nas Convenções de Genebra sobre direito internacional humanitário, de 1949, que estabeleceram direitos individuais às pessoas protegidas em suas normas. Tal influência foi marcante nos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra (1977), em que foram consagradas algumas garantias fundamentais, além do estabelecimento da relação Estado e indivíduo, meio de aplicação tradicional das normas de direitos humanos. Seguindo a mesma linha de convergência, tratados de direitos humanos buscaram novos âmbitos de aplicação de suas normas também em tempos de crise e de exceção, como, p. ex., o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (artigo 4º)¹⁸, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 15)¹⁹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 27)²⁰.

18 Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

“Artigo 4º – 1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6º, 7º, 8º (§§1º e 2º), 11, 15, 16 e 18.

3. Os Estados-Partes do presente pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados-Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados-Partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão”.

19 Convenção Europeia de Direitos Humanos. “Artigo 15º (Derrogação em caso de estado de necessidade).

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º.

3. Qualquer Alta Parte Contratante que exercer este direito de derrogação manterá completamente informado o Secretário-Geral do Conselho da Europa das providências tomadas e dos motivos que as provocaram. Deverá igualmente informar o Secretário-Geral do Conselho da Europa da data em que essas disposições tiverem deixado de estar em vigor e da data em que as da Convenção voltarem a ter plena aplicação”.

20 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. “Artigo 27 – Suspensão de garantias.





Ainda no campo normativo, a aproximação do DIH e dos direitos humanos pode ser verificada em resoluções adotadas em conferências internacionais desses dois ramos do direito internacional público. A Resolução n. XXIII de 12 de maio de 1968, também conhecida como “Direitos Humanos em Conflitos Armados”, foi adotada pela Conferência de Direitos Humanos de Teerã e hoje é vista como o momento de abertura que colocou o direito internacional humanitário em uma perspectiva ampliada de direitos humanos; essa resolução determinou o início da preocupação das Nações Unidas com o tema e, seguindo essa tendência, novas resoluções foram adotadas pela Assembleia Geral da ONU, Resolução n. 2.444 (XXIII), de 1969, e a Resolução n. 2.597 (XXIV), de 1970.

Algumas conferências internacionais da Cruz Vermelha também motivaram a adoção de resoluções que fazem referência aos direitos humanos. Em Istambul, em 1969, a XXI Conferência Internacional aprovou resoluções que invocavam respeito aos direitos humanos, mais recentemente, na XXIII Conferência (1977), surgiu a resolução XIV (sobre a tortura), e, na XXIV Conferência (1981), a Resolução n. II, que aborda os desaparecimentos forçados e involuntários. Pode-se perceber que, no plano normativo, a convergência entre o DIH e os direitos humanos se concentra mais em matérias como proibição de tortura e de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante; detenção e prisão arbitrárias; garantias de *due process* e proibição de discriminação de qualquer tipo (TRINDADE, 1996, p. 5).

Trindade ainda destaca a importância do artigo 3º comum às Convenções de Genebra, de 1949, aqui citado anteriormente, em razão das relações existentes entre os Estados e seus indivíduos nos casos de conflitos armados não internacionais, como também nas situações de distúrbios e tensões internas, em que se manifesta de forma clara a defendida convergência das normas de direito internacional humanitário e direitos humanos. Os Protocolos de 1977, adicionais às Convenções de Genebra, apresentam o mesmo destaque do artigo 3º comum e, como este, já foram motivo de abordagem anterior.

Ao se considerar o plano hermenêutico de convergência ou aproximação entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos,

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraidas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

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

3. Todo Estado-Parte no presente Pacto que fizer uso do direito de suspensão deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, as disposições cuja aplicação haja suspenso, os motivos determinantes da suspensão e a data em que haja dado por terminada tal suspensão”.



deve-se estabelecer que o ponto central dessa convergência está no entendimento do caráter especial dos tratados que envolvem a proteção dos direitos da pessoa humana. Ao reconhecer tal situação, admite-se que, diante da especificidade da matéria, algumas consequências importantes tomam vulto, com reflexos na interpretação e aplicação dessas normas. Trindade (1996, p. 6) assim se manifesta:

Na implementação de tais instrumentos internacionais detecta-se o papel proeminente exercido pelo elemento da interpretação na evolução do direito internacional dos direitos humanos, que tem assegurado que aqueles tratados permaneçam instrumentos vivos. Com efeito, da prática dos diversos órgãos de supervisão internacionais emana uma convergência de pontos de vista quanto à interpretação própria daqueles tratados, uma *jurisprudence constante* quanto à natureza objetiva das obrigações que incorporam e quanto a seu caráter distinto ou especial – em comparação com outros tratados multilaterais do tipo tradicional – como tratados celebrados para a proteção da pessoa humana e não para o estabelecimento ou a regulamentação de concessões ou vantagens interestatais recíprocas.

A interpretação e aplicação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos dão testemunho do caso da reciprocidade e da proeminência das considerações de *ordre public* no presente domínio. Com efeito, a proibição da invocação da reciprocidade como subterfúgio para o não-cumprimento das obrigações convencionais humanitárias foi corroborada em termos inequívocos pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que, ao dispor sobre as condições em que uma violação de um tratado pode acarretar sua suspensão ou extinção, excetua expressa e especificamente os “tratados de caráter humanitário” (artigo 60(5)). Assim, como ressaltamos em recente estudo sobre a matéria, “o próprio direito dos tratados de nossos dias, como o atesta o artigo 60(5) da Convenção de Viena, descarta o princípio da reciprocidade na implementação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, em razão precisamente do caráter humanitário desses instrumentos”. Abrindo uma brecha em um domínio do direito internacional como o atinente aos tratados tão fortemente impregnados do voluntarismo estatal, o disposto no referido artigo 60(5) da Convenção de Viena constitui uma cláusula de salvaguarda em defesa do ser humano.

Quando se aplica essa interação interpretativa aos tratados de direitos humanos, consegue-se uma ampliação do alcance das obrigações ali determinadas. Muitas vezes, o êxito de avanços obtidos em um determinado tratado serve de orientação para a interpretação e aplicação em outros meios de proteção à pessoa humana. Órgãos de supervisão internacional de direitos humanos apresentam jurisprudência no sentido de se adotar uma interpretação restritiva no tocante às limitações ou restrições permitidas no exercício dos direitos garantidos e das



derrogações previstas pelas normas de proteção adotadas pelo direito internacional dos direitos humanos.

Heike Krieger (2006, p. 275) aborda a relação entre os dois corpos legais sob uma perspectiva do conflito de normas, ou seja, o olhar voltado para o direito internacional humanitário como uma lei especial diante do direito internacional dos direitos humanos e, dessa maneira, ambos se reforçam no aspecto normativo. Essa abordagem não deve ser entendida como uma *lex specialis* de direito internacional anulando a norma geral.

Ao abordar as convergências ou aproximações do direito internacional humanitário com os direitos humanos no plano operacional, deve-se ter em mente as diferenças nos mecanismos de implementação de tais normas. É importante ressaltar que não ocorre uma coincidência na aplicação material e pessoal das normas em estudo, desse modo, os mecanismos de supervisão se fazem de maneira distinta; o DIDH se vale de petições ou comunicações, relatórios e da determinação dos fatos ou investigações. No caso do DIH, os mecanismos de controle apresentam relação com a atuação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, das “potências protetoras” e das partes contratantes. Mesmo assim, tem ocorrido uma convergência no plano operacional muito pela necessidade de proteção presente em diversas situações.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha atua também na proteção e assistência para as vítimas de distúrbios e tensões internos, situações não incorporadas pelo direito internacional humanitário convencional. Tal ação tem por base, além da prática e tradição do CICV, as resoluções adotadas nas conferências internacionais da Cruz Vermelha, como, por exemplo, a Resolução n. XV da X Conferência em Genebra (1921) e a Resolução n. VI da XXIV Conferência de Manila (1981), como também os Estatutos da Cruz Vermelha Internacional (artigos 6º e 7º) e os do CICV. Desse modo, a proteção humanitária vai além da proteção dada aos prisioneiros de conflitos armados, alcançando detidos e prisioneiros políticos em razão de distúrbios e repressão política internos. Nesses casos, o CICV busca, muitas vezes, as melhorias das condições de detenção, a assistência material aos detidos, a luta contra a tortura e os desaparecimentos forçados, contra a tomada de reféns e atos de violência contra as pessoas indefesas; trata-se de contribuição efetiva ao respeito dos direitos humanos. Trindade (1996, p. 7) entende que essa proteção apresenta suas bases nas normas humanitárias e nos direitos da pessoa humana presentes nos instrumentos internacionais de direitos humanos, tendo como ponto de partida a Declaração Universal de 1948.

No tocante à ação do CICV, é importante destacar sua atuação na II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena (1993), com maior intensidade nas sessões do comitê preparatório, em que pautou sua atuação na observância dos direitos humanos nos tempos de conflitos armados, realçando o papel desempenhado pelo direito internacional humanitário. Na terceira sessão, o CICV





destacou a mobilização realizada quanto à tortura, à discriminação racial, aos desaparecimentos forçados ou involuntários e também quanto aos abusos contra as crianças; concluindo que a ação humanitária nas graves situações de emergência é facilitada pela implantação do respeito aos direitos humanos de forma concomitante, além de atuar como um fator de prevenção de guerras e conflitos. Na quarta sessão preparatória da conferência, o papel desempenhado pelo CICV foi no sentido de reforçar a interação e complementaridade entre o DIH e os direitos humanos como ponto de prevenção de violações graves e maciças de direitos inderrogáveis²¹.

A despeito de o Comitê Internacional da Cruz Vermelha ter, no passado, abordado o assunto com cautela, nos dias de hoje, como exposto anteriormente, está envolvido no estabelecimento de valores comuns que transcendem os argumentos legais e as devidas distinções, como, por exemplo, na publicação de uma edição especial de seu *Review* (*International Review of The Red Cross*) abordando a convergência do direito internacional humanitário e os direitos humanos. O algo a mais positivo da teoria da convergência vem ganhando em influência. Isso vai favorecer mais que somente uma complementaridade e visar que seja proporcionada maior e efetiva proteção ao ser humano por meio da aplicação cumulativa dos dois diplomas legais. Tal referência pode, conseqüentemente, fazer uma unificação do complexo dos direitos humanos sob diferentes proteções institucionais.

Hans-Joachim Heintze (2004, p. 794) demonstra que uma simples avaliação nas mais recentes práticas dos Estados mostra que isso não é mera teoria. Exemplos são o Kuwait em 1991 e o Iraque em 2003-2004. A aplicação cumulativa dos dois corpos legais durante o conflito armado do Kuwait foi tanto possível quanto significativo e tornou claro o significado prático da teoria de convergência aplicada ao regime de ocupação naquele Estado em 1990-1991. Paralelos podem ser estabelecidos com a situação do Iraque em 2003-2004. A Resolução n. 1.483 do Conselho de Segurança da ONU (2003), estabeleceu os princípios básicos para a ocupação e reconstrução do Iraque, exigindo todo um engajamento para o cumprimento dessas obrigações sob as leis internacionais, especialmente aquelas de acordo com as Convenções de Genebra. Determinou, ainda, que o representante especial do Secretário-Geral da ONU para o Iraque trabalhasse para a promoção da proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, isso significa que essas obrigações requerem a aplicação conjunta do direito

21 Na etapa final dos trabalhos do Comitê Preparatório da Conferência Mundial (Genebra, 4ª Sessão, abril-maio de 1993), o CICV apresentou uma contribuição ressaltando as relações entre o direito internacional humanitário e os direitos humanos. Se, por um lado, reafirmou o CICV o “caráter específico” do direito humanitário (voltado a situações de conflito armado internacional ou não internacional – e suas conseqüências diretas – nas quais o ser humano se encontra extremamente vulnerável), por outro lado, sustentou serem as duas vertentes complementares, ao perseguirem o mesmo fim, tem o “respeito pelos seres humanos e seus direitos fundamentais, tais como o direito à vida”. Por sua atuação, ainda que com métodos distintos dos usados pelos órgãos de supervisão dos direitos humanos, o CICV também dava sua decidida contribuição ao respeito pelos direitos humanos e, particularmente, à luta contra a tortura na prisão (TRINDADE; PEYTRIGNET; DE SANTIAGO, 1996, p. 21).





internacional humanitário como os direitos humanos. A respeito da aplicação cumulativa dos dois corpos legais, Heintze (2004, p. 795) ressalta três pontos:

- A interpretação dos direitos e das obrigações deve referir-se às duas áreas da lei. É, por exemplo, difícil de interpretar o termo “tratamento desumano”, encontrado nas normas de direitos humanos, em outro sentido daquele estabelecido pela Terceira Convenção de Genebra, em que o significado apresenta aplicação específica no contexto dos prisioneiros de guerra. Por outro lado, a exigência do parágrafo 1º, c, do artigo 3º comum à quarta Convenção de Genebra não pode ser cumprida antes de serem consideradas as “garantias legais julgadas imperativas pelas nações civilizadas” em procedimentos criminais, que implicam a aplicação dos instrumentos de direitos humanos.
- Os direitos humanos fortalecem as regras do direito internacional humanitário por permitirem uma exatidão maior na formulação das obrigações dos Estados. Desse modo, as obrigações surgidas com o artigo 55 da quarta Convenção de Genebra, relativo aos cuidados de saúde, devem ser aplicadas à luz do direito à saúde contido no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Na tênue linha de separação entre o estupro (como um método utilizado em tempo de guerra e também como uma proibição pelo direito internacional humanitário) e a tortura, as leis de direitos humanos dispostas nas convenções da ONU contra a tortura devem, necessariamente, ser aplicadas.
- Apesar de os “desaparecimentos” representarem indiscutivelmente uma séria violação dos direitos humanos, suas normas em consideração a esses casos são muito incipientes. Em tempos de conflitos armados, as forças de ocupação são obrigadas pela terceira e quarta Convenções de Genebra a providenciar informações sobre as pessoas detidas, incluindo a notificação das mortes e de possíveis desaparecimentos ocorridos, e a procurar as pessoas cujo destino é desconhecido. O direito internacional humanitário, nesse caso, induz as normas de direitos humanos a produzirem efeitos.

Em um relatório do Conselho de Segurança da ONU intitulado “A Proteção dos Civis nos Conflitos Armados”²², ficou demonstrada a sua opinião quanto à aplicação cumulativa de todas as normas que protejam o indivíduo²³, incluindo a população civil como definida nas Convenções de Genebra e seus

22 UNITED NATIONS. *Security Council resolution 1265 (1999) on the protection of civilians in armed conflict*. Disponível em: “<http://www.un.org/Docs/scres/1999/sc99.htm>”. Acesso em: 8 dez. 2008.

23 Vale ressaltar que alguns autores entendem o tema de maneira mais restrita e apontam algumas situações nas quais a convergência deve ser analisada com ressalvas. Noam Lubell (2005, p. 753) ressalta a possibilidade da aplicação das regras pertinentes ao direito internacional dos direitos humanos nas situações de conflitos armados, mas entende que alguns pontos ainda merecem mais debates, como, p. ex., as aplicações no contexto extraterritorial e nos casos de conflitos armados não internacionais. Outros autores, como, p. ex., Clemens Loos (2005, p. 119), buscam analisar a questão à luz das muitas divergências existentes entre os dois corpos legais, mas não discordam dos pontos de convergência e entendem que existe cada vez mais a adoção de instrumentos no sentido dessa convergência, citando algumas decisões da Corte Internacional de Justiça.





Protocolos. Tal relatório recomendava aos Estados que ratificassem também outros instrumentos de direito internacional humanitário, direitos humanos e direito dos refugiados, visto que todos os três são “ferramentas essenciais para a proteção legal de civis em conflitos armados” (HEINTZE, 2004, p. 796).

4 Conclusão

O presente trabalho demonstrou a existência de uma convergência entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, em que esse processo produz uma consequência prática da maior importância: o fortalecimento do próprio DIH. Tal convergência, nos últimos anos, se deu nos planos normativo, hermenêutico e operacional, propiciando a ampliação e o fortalecimento das vias de proteção da pessoa humana. É importante ressaltar que não se trata de um processo acabado; em algumas situações de conflitos internos (distúrbios e tensões), a falta de uma aproximação mais efetiva desses corpos legais permite que direitos básicos da pessoa humana ainda sejam amplamente violados.

No entanto, não há dúvida que a convergência entre o DIH e o DIDH amplia e fortalece os meios de proteção à pessoa humana e, quando há o reconhecimento por parte da comunidade internacional, com a preocupação da observância desses direitos em toda a parte e em todo momento, surge um grande passo, visando à consagração de obrigações *erga omnes* diante de matéria afeita à proteção integral da pessoa humana. A passagem da ideia anterior de compartimentalização do direito internacional humanitário e do direito internacional dos direitos humanos para uma nova perspectiva de interação só traz benefícios aos seres humanos que necessitam de proteção.

Referências

- BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. *A inquisição*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- BORGES, Leonardo Estrela. *O direito internacional humanitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BYERS, Michael. *A lei da guerra*. Direito internacional e conflitos armados. Rio de Janeiro: Record, 2007.





CARVALHO, Leonardo Arquimimo. Direitos humanos, direito internacional humanitário e conflito assimétrico. In: FOLMANN; ANNONI. *Direitos humanos*. Os 60 anos da declaração universal da ONU. Curitiba: Juruá, 2008.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Derecho internacional humanitario – respuestas a sus preguntas*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1998.

DOSWALD-BECK, Louise. The right to life en armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? *International Review of The Red Cross*, v. 88, n. 864, Dec. 2006.

DROEGE, Cordula. The interplay between international humanitarian law and international human rights law in situations of armed conflict. The Hebrew University of Jerusalem. Faculty of Law. International Law Forum. *Isr. L. Rev.*, v. 10, n. 2, 2007.

FERNANDES, Jean Marcel. *A promoção da paz pelo direito internacional humanitário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FLECK, Dieter. *Handbook of humanitarian law in armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

FONTOURA, Jorge. (Prefácio); FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público – Jus Cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GENTIL, Alberico. *O direito de guerra*. Ijuí: Unijuí, 2005.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HEINTZE, Hans-Joachim. On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, v. 86, n. 856, Dec. 2004.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of threat or use of nuclear weapons, advisory opinion. *ICJ Reports*, 1996.

_____. Legal consequences of the construction of wall in the occupied palestinian territory, advisory opinion. *ICJ Reports*, 9 July 2004, p. 102-106. Disponível em: <<http://www.icj-cji.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

KELLENBERGER, Jakob. *Mudanças na política e na legislação dos EUA sobre detidos: a posição do CICV*. 2006. Disponível em: <<http://icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/kellenberger-interview-191006>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

KRIEGER, Heike. A conflict of norms: the relationship between humanitarian law and human rights law in the ICRC customary law study. *Journal of Conflict & security Law*, v. 11, n. 2, p. 265-291, 2006.

LOOS, Clemens. *The convergence and divergence os international humanitarian law and international human rights law*. LL.M. mimithesis, Department of Law, University of the Western Cape, Republic of South Africa, 2005.



LUBELL, Noam. Challenges in applying human rights law to armed conflict. *International Review of The Red Cross*, v. 87, n. 860, Dec. 2005.

MARQUES, Helvétius da Silva. O terrorista e o direito internacional humanitário. *Direito Militar*. Florianópolis: *AMAUME*, v. 8, n. 48, p. 23-25, jul./ago. 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. Carta das Nações Unidas. 4. ed. Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICTET, Jean. *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitário*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Princípios de direito político. Trad. Antônio P. Machado. 19. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Direito internacional humanitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SWINARSKI, Christophe. *Direito internacional humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana: principais noções e institutos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard; DE SANTIAGO, Jaime Ruiz. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

UNIÃO INTERPARLAMENTAR E COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Respeitar e fazer respeitar o direito internacional humanitário. *Manual prático para parlamentares*, n. 1, Suíça, 1999.

UNITED NATIONS. *Security council resolution 1265 (1999) on the protection of civilians in armed conflict*. Disponível em: <<http://www.un.org/Docs/scres/1999/sc99.htm>>. Acesso em: 8 dez. 2008.

VALLADARES, Gabriel Pablo. Aspectos destacados en la aplicación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. *Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas. Lecciones y Ensayos*, n. 78. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

VINUESA, Raúl Emilio. *Derechos humanos y derecho internacional humanitario, diferencias y complementaria*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/icrcspa.nfs>>. Acesso em: 15 nov. 2008. Original em espanhol.